



جامعة المدينة العالمية

الميزان

للدراستات الإسلامية والقانونية

مجلة علمية عالمية محكمة

المجلد الثامن - العدد الأول: رمضان ١٤٤٢ هـ / نيسان ٢٠٢١ م

ISSN 2311-097X



جامعة غزة الإسلامية العالمية

الميزان

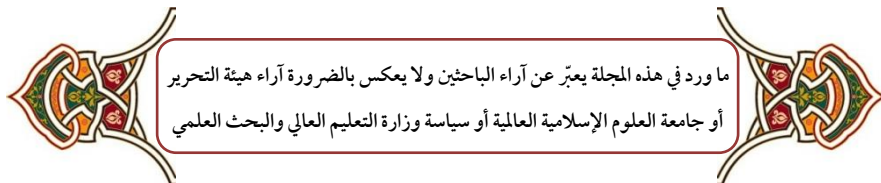
للدراستات الإسلامية والقانونية

مجلة علمية عالمية محكمة

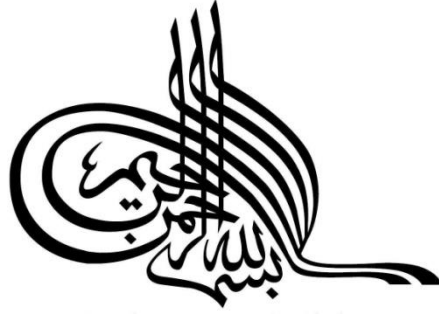
تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة العلوم الإسلامية العالمية
عمّان / المملكة الأردنية الهاشمية

المجلد الثامن – العدد الأول: رمضان ١٤٤٢هـ / نيسان ٢٠٢١م

ISSN 2311-097X



ما ورد في هذه المجلة يعبر عن آراء الباحثين ولا يعكس بالضرورة آراء هيئة التحرير
أو جامعة العلوم الإسلامية العالمية أو سياسة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



تُوجّه جميع المراسلات إلى العنوان الآتي:

رئيس هيئة تحرير مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية

عمادة البحث العلمي - جامعة العلوم الإسلامية العالمية

المملكة الأردنية الهاشمية

ص.ب (١١٠١) الرمز البريدي (١١٩٤٧)

هاتف (+٩٦٢ ٦ ٥٦٠٠٢٣٠) فاكس (+٩٦٢ ٦ ٥٦٠٠٢٣٧)

البريد الإلكتروني: al_mizan.journal@wise.edu.jo

موقع الجامعة الإلكتروني: www.wise.edu.jo

مَجَالَةُ عَالَمِيَّةُ مَلَكِيَّةُ

المجلد الثامن - العدد الأول: رمضان ١٤٤٢هـ / نيسان ٢٠٢١م

رئيس هيئة التحرير

أ.م.م. خلوق ضيف الله أبا

هيئة تحرير المجلات العلمية

أ.د. عبد الملك السعدي	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. محمد ديبني سلامة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. علي قشيشات	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. غسان الطاليب	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. عماد الشيخ	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. شاكرا خشالي	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. أحمد العياصرة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. محمد عبيدات	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
د. مبرك الطراونة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
د. هارون نسوح القضاة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الهيئة الاستشارية

سماحة الشيخ عبد الكريم خصاونة	مفتي عام المملكة الأردنية الهاشمية
أ.د. محمد علمي الخلايلة	رئيس جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. عبد الناصر أبو البصل	وزير الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية سابقا
أ.د. عبد الرزاق الشايجي	جامعة الكويت
أ.د. قطب مصطفى سنانو	أمين عام مجمع الفقه الإسلامي الدولي / جدة
أ.د. قاسم أحمد قاسم	عميد كلية القانون / جامعة دهوك العراق
أ.د. صلاح الدين دكندك	عضو مختبر الشريعة والقانون والمجتمع / المغرب
أ.د. خالد الصبيح	رئيس وكالة الاعتماد الأكاديمي للعلوم الإسلامية، تركيا
أ.د. نادر محمد إبراهيم	كلية القانون / جامعة قطر
أ.د. نجيب أحمد الجبالي	كلية الحقوق / جامعة البحرين

المحرر اللغوي / اللغة الإنجليزية

د. غالب فريحات

تنفيذ وإخراج
ثناء أنيس طيفور



المحرر اللغوي / اللغة العربية

أ.د. ناصر النعيمي

أمانة سر المجلة
رهام ألفأعور



مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية مجلة علمية عالمية محكمة

تعريف بالمجلة:

مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، مجلة علمية عالمية متخصصة محكمة تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة العلوم الإسلامية العالمية.
مقر المجلة: جامعة العلوم الإسلامية العالمية - عمان، المملكة الأردنية الهاشمية.
تُصدر المجلة ثلاثة أعداد سنوياً.

أهداف المجلة:

- ١ - الإسهام في نشر المعرفة العلمية الأصيلة وتقديمها في مجال الدراسات الإسلامية والقانونية.
- ٢ - المعالجة العلمية لقضايا العصر ومشكلاته.
- ٣ - الإسهام في المحافظة على هوية الأمة العربية والإسلامية وقيمها وترسيخها والاعتزاز بها.

دائرة اهتمام المجلة:

- ١ - تنشر مجلة الميزان البحوث الأصيلة التي تحتوي إضافة إلى المعرفة في مجال الدراسات الإسلامية والقانونية من داخل الجامعة وخارجها باللغتين العربية والإنجليزية.
- ٢ - تهتم المجلة بنشر الدراسات النظرية والمراجعات النقدية التي تغطي بتعمق أحد فروع المعرفة التي تنتمي إلى تخصص المجلة.
- ٣ - تنشر المجلة الدراسات التطبيقية و/ أو الدراسات المتعلقة بالوضع الراهن في الدول العربية و/ أو الإسلامية منفردة أو مجتمعة على أن تكون هذه الأبحاث ملتزمة بالأسلوب والمنهجية المتعارف عليها في هذه الحالة.
- ٤ - نشر مراجعات الكتب الحديثة، المنشورة منذ عامين على الأكثر، الخاصة بأحد فروع المعرفة التي تنتمي إلى تخصص المجلة، على أن تأتي هذه المراجعات حسب الأصول المتعارف عليها.
- ٥ - تنشر المجلة ما يردّها من تعقيب على الأبحاث والدراسات المنشورة فيها.

- ٦- ترحب بنشر ملخصات الرسائل الجامعية ذات العلاقة بفروع المعرفة التي تنتمي إلى تخصص المجلة.
- شروط عامة للنشر:**
- ١- يُشترط في المخطوط المقدم للنشر في المجلة أن لا يكون قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك عند تقديم المخطوط للنشر.
 - ٢- تخضع جميع المخطوطات المقدمة للنشر في المجلة للتحكيم العلمي الدقيق حسب الأصول المتبعة مع الحفاظ على سرية التحكيم.
 - ٣- تشمل معايير التقويم كلاً من: الأصالّة العلمية للمخطوط، ومدى إضافته للمعرفة، وإمكانية تطبيقه، ومنهجيته، وأسلوبه، ونتائجه، ومدى مراعاة الأمانة العلمية، وسلامة اللغة، وسلاسة أسلوب العرض.
 - ٤- للمجلة أن تطلب إجراء تعديلات على المخطوط قبل إجازته للنشر، كما أن لها الحق في إدخال قدر من "التحرير" على المخطوطات المُجازة.
 - ٥- تحتفظ المجلة بالحق في عدم نشر أي مخطوط دون إبداء الأسباب، ويُعدّ قرارها نهائياً.
 - ٦- أن يوافق الباحث على نقل حقوق النشر إلى المجلة، وفي حال رغبة المجلة إعادة نشر البحث أو جزء منه يجب حصول المجلة على موافقة الباحث.
 - ٧- يلتزم الباحث بدفع النفقات المترتبة عن إجراءات التقييم إذا رغب الباحث بإيقافها.
 - ٨- الآراء التي ترد في الأبحاث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء الباحثين أنفسهم، ولا تعكس بالضرورة سياسة جامعة العلوم الإسلامية العالمية أو هيئة تحرير المجلة.

قواعد تفصيلية للنشر:

مواصفات البحث المقدم للنشر:

- ١- أن لا يزيد المخطوط مع المصادر والهوامش والجداول والملاحق على (٣٥) صفحة بواقع (٩٠٠٠) كلمة وحجم الحرف (١٤)، مطبوعة بمسافات مزدوجة بين الأسطر على ورق (A4)، مع التقييم المتسلسل لجميع صفحات المخطوط.
- ٢- ترسل أربع نسخ ورقية ونسخة على قرص ممغنط (CD) مطبوعة على برنامج Word، ونسخة بواسطة البريد الإلكتروني. ويجب أن تكون جميع النسخ متطابقة.

- ٣- ترقيم الجداول والأشكال بالترتيب كما وردت في المخطوط، وتزود الجداول بعناوين في الأعلى والأشكال في الأسفل وهوامشها في الأسفل، ويطلع كل منها على صفحة مستقلة مع تحديد موقع الجدول أو الشكل في المتن على نحو "شكل (١) هنا تقريباً".
- ٤- تشتمل الصفحة الأولى من المخطوط على عنوان المخطوط، والاسم الثلاثي للباحث أو الباحثين (بالعربية والإنجليزية) ورتبهم العلمية وأماكن عملهم الحالية، وعنوان المراسلة للباحث الرئيس بالتفصيل.
- ٥- تشتمل الصفحة الثانية من المخطوط على العنوان (دون ذكر اسم المؤلف) ويليه ملخص دقيق باللغة العربية على ألا يزيد عن (١٥٠) كلمة.
- ٦- تشتمل الصفحة الثالثة من المخطوط على ملخص (Abstract) باللغة الإنجليزية (ترجمة علمية دقيقة للملخص العربي) وبالشروط ذاتها.
- ٧- تبدأ مقدمة المخطوط من الصفحة الرابعة، ويشتمل على عنوان المخطوط (دون ذكر اسم المؤلف).
- ٨- يقدم مع المخطوط المقبول للنشر سيرة علمية مختصرة عن الباحث أو الباحثين.

طريقة التوثيق:

- ١- الآيات القرآنية: تنسخ الآية الكريمة بخط المصحف العثماني ويوضع بعد نهاية الآية رقم الآية واسم السورة بين قوسين. مثال [٤٦: آل عمران].
 - ٢- الأحاديث النبوية الشريفة: تؤثّق بالرجوع إلى كتب الحديث الأصلية -مع بيان درجتها من الصحة- وذلك ببيان الكتاب، والباب، ورقم الحديث إن أمكن. مثال: عن عائشة قالت: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم: "أحب الأعمال إلى الله تعالى أدومها وإن قلّ". مسلم، صحيح مسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضيلة العمل الدائم من قيام الليل وغيره، حديث رقم (٢١٨).
 - ٣- الكتب: تؤثّق الاقتباسات النصية أو المأخوذة بتصرف مشاراً إليها بأرقام متسلسلة في نهاية البحث على النحو الآتي:
- اسم المؤلف كاملاً وتاريخ وفاته هجرياً وميلادياً بين قوسين متبوعاً بفاصلة، ثم اسم الكتاب (مطبوعاً بخط غامق Bold) متبوعاً بفاصلة، ثم اسم المحقق أو المترجم -إن وجد- متبوعاً بفاصلة، ثم مكان

النشر متبوعاً بفاصلة، ثم اسم الناشر متبوعاً بفاصلة، ثم تاريخ النشر مع بيان الطبعة بين قوسين، ثم رقم الجزء إن وجد متبوعاً بفاصلة، ثم رقم الصفحة.

مثال: محمد بن عبد الكريم الشهرستاني (توفي ٥٤٨هـ / ١١٥٣م)، الملل والنحل، تحقيق: أمير علي مهنا وعلي حسن فاعور، بيروت، دار المعرفة، ١٩٩٨م (ط٧)، ج١، ص١١٨. وإذا ذكر هذا الكتاب مرة أخرى يُوثق مختصراً: الشهرستاني، الملل والنحل، ج١، ص٣٤١.

ولا ترفق قائمة بالمصادر والمراجع في نهاية البحث.

٤- النصوص القانونية والأحكام القضائية:

- توثق النصوص القانونية بذكر النص من مصدره. مثال: المادة (٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨.
- توثق الأحكام القضائية بذكر الحكم من مصدره. مثال: عدل عليا، حكم رقم (١٢٠)، مجلة نقابة المحامين، العدد (١) لعام ١٩٨٩، ص١٦١.

٥- الدوريات العلمية: يتم التوثيق على النحو الآتي:

اسم صاحب البحث كاملاً متبوعاً بفاصلة، ثم عنوان البحث متبوعاً بفاصلة، ثم اسم الدورية (مطبوعاً بخط غامق Bold) ومكان صدورها متبوعاً بفاصلة، ثم رقم المجلد ورقم العدد متبوعاً بفاصلة، ثم تاريخ العدد متبوعاً بفاصلة، ثم رقم الصفحة. مثال: عزمي طه السيد أحمد، المقصدان العلمي والأخلاقي لمعاني أسماء الله الحسنى عند الغزالي، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، المجلد (١٠)، العدد ١، ١٩٩٤م، ص٤٥، وإذا ذكر هذا البحث مرة أخرى يوثق مختصراً: السيد أحمد: المقصدان العلمي والأخلاقي لمعاني أسماء الله الحسنى عند الغزالي، ص..

٦- النقل من الصحف:

- أ- الخبر: يشتمل على اسم الصحيفة، والعدد، والتاريخ، ومكان الصدور.
مثال: الدستور، ع٩٢٥٣، ١٣ حزيران، ١٩٩٣م، عمان.
- ب- غير الخبر: يشتمل على اسم الكاتب متبوعاً بفاصلة، ثم عنوان المقالة (مطبوعاً بخط غامق Bold) متبوعاً بفاصلة، ثم اسم الصحيفة والعدد متبوعاً بفاصلة، والتاريخ متبوعاً بفاصلة، ومكان الصدور.

مثال: محمود درويش، أحد عشر كوكباً، الدستور، عمان، ٣١ آذار ١٩٩٣ م، ع ١٩٦٥.

٧- المخطوطات: يتم التوثيق على النحو الآتي:

اسم المؤلف كاملاً متبوعاً بفاصلة، ثم عنوان المخطوط كاملاً (مطبوعاً بخط غامق Bold) متبوعاً بفاصلة، ثم رقم المخطوط متبوعاً بفاصلة، ثم مكان المخطوط، ثم رقم الصفحة (أو الورقة) مع بيان الوجه أو الظهر المأخوذ منه الاقتباس باستخدام الرمز (و) و(ظ) على التوالي.
مثال: ابن حجر العسقلاني (توفي ٨٥٢هـ / ١٤٤٩م)، ذيل الدرر الكامنة، مخطوط رقم ٦٤٩، المكتبة التيمورية، ورقة ٥٤ (وجه).

المرفقات عند تسليم البحث للتحكيم:

- ١ - رسالة موجهة إلى رئيس تحرير المجلة متضمنة رغبة الباحث في نشر بحثه في المجلة، على أن تتضمن هذه الرسالة تحديد التخصص الدقيق للبحث.
- ٢ - نُسخ البحث الورقية الأربع والنسخة الإلكترونية، وذلك حسب المواصفات المتقدّم ذكرها في مواصفات البحث.
- ٣ - السيرة الذاتية للباحث (موجزة).
- ٤ - تعهد خطّي من الباحث للمجلة بأن البحث لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر في مجلة أخرى، وأن حقوق الملكية المتعلقة بالدراسة تؤول إلى جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

إجازة النشر:

- ١ - تقوم المجلة بإبلاغ المؤلف عن إجازة المخطوط للنشر بعد استيفاء جميع الشروط والإجراءات اللازمة.
- ٢ - يُقدّم للباحث المنفرد أو الرئيس نُسخ من العدد الذي نُشر فيه المخطوط بواقع عشر مستلات من البحث.
- ٣ - توجّه جميع المراسلات إلى المجلة على العنوان التالي:

رئيس تحرير مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية

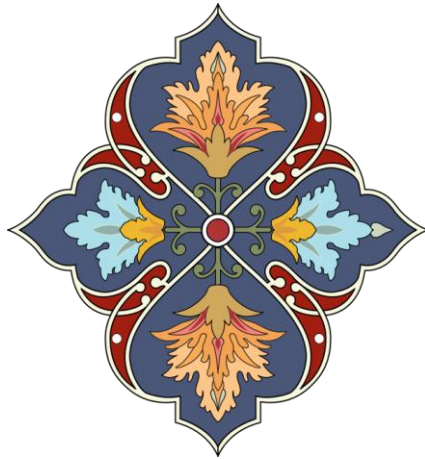
عمادة البحث العلمي / جامعة العلوم الإسلامية العالمية / المملكة الأردنية الهاشمية

ص.ب (١١٠١) الرمز البريدي (١١٩٤٧)

هاتف (+٩٦٢ ٦ ٥٦٠٠٢٣٠) فرعي: (٢٠١٢) فاكس (+٩٦٢ ٦ ٥٦٠٠٢٣٧)

البريد الإلكتروني: al_mizan.journal@wise.edu.jo

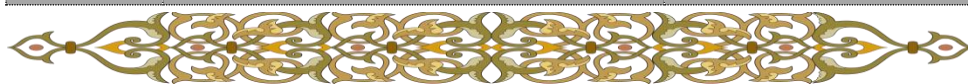
موقع الجامعة الإلكتروني: www.wise.edu.jo

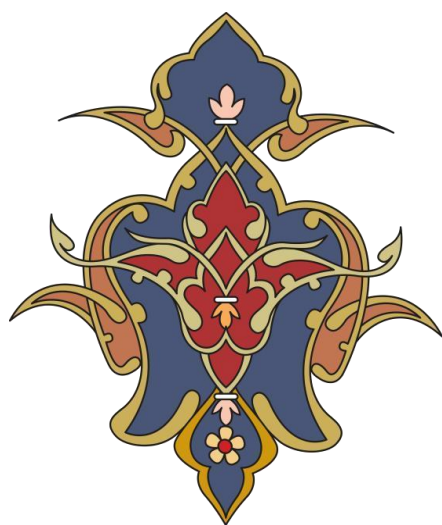


محتويات العدد (باللغة العربية)
المجلد الثامن - العدد الأول: رمضان ١٤٤٢هـ / نيسان ٢٠٢١م

الباحث/ الباحثون	عنوان البحث	الصفحات
مريم ياسر الحوراني	تطبيق نظرية الظروف الطارئة على بيع المراجعة للأمر بالشراء بالإشارة إلى البنك الإسلامي الأردني	٣٣-١٣
أ.د ياسين محمد الجبوري و عيسى محمود الوحش	التزام المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها عند انتهاء عقد الإيجار	٦٧-٣٥
سحر سالم محمود الدوري و أ.د محمد علي الخلايلة	الغرامة التهديدية وسيلة لتنفيذ حكم الالغاء	١١٢-٦٩
نور سامي عبد الفتاح الخطيب و أ.د. عبد المجيد محمود الصلاحيين	حماية الآثار بين الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني	١٤٠-١١٣
أ.د. أحمد ياسين القرالة و د. محمد خير حسن العمري	البحث العلمي مفهومه وأهدافه وأثره في المحافظة على المقاصد الضرورية للشرعية الإسلامية	١٧٢-١٤١
د. أسامة رضوان محمد الجوارنة و د. ضرار مفضي بركات	أحكام دخول الرجال تخصص طبّ النسائية والتوليد	٢٠٢-١٧٣
د. ابتهاج راضي عبد الرحمن	تحقيق مخطوطة المسائل المشكلات مع جوابهن في القراءات تأليف: عبد القدوس بن عمر بن سفري بن محمد الشهير والده بابن السفري الغزي الشافعي (ت ٨٨١هـ)	٢٣٠-٢٠٣
نضال جمال جرادة	أثر ارتكاب العامل للجريمة التأديبية أو الجنائية على حقه في مكافأة نهاية الخدمة	٢٥٢-٢٣١

٢٨٨-٢٥٣	تعسفُ ناظر الوقف في استعمال حقّه، دراسة فقهية مقارنة بالقانون المدني الأردني	أحمد كامل أبو رمان
٣١٥-٢٨٩	مدى ملائمة نموذج CAMELS لتقييم أداء البنوك الإسلامية الأردنية	د. عبد المجيد الرحامنة و أ. د. هناء محمد الحنيطي
٣٤٠-٣١٧	جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية في التشريع الأردني (دراسة مقارنة)	د. عاصم عادل محمد العضايلة
٣٧٢-٣٤١	مرويات ابن هشام في أسباب النزول من خلال كتابه (سيرة ابن هشام) من السنة الثالثة إلى العاشرة للبعثة	د. الليث صالح العتوم و د. محمد خير العيسى
٤٠٦-٣٧٣	الجديد في التحديد الإقليمي لمسؤولية الناقل البحري الدولي وفقاً لأحكام قواعد روتردام دراسة مقارنة مع الاتفاقيات الدولية والقانونين المصري والأردني	د. محمد محمود خليل
٤٣٣-٤٠٧	أساس المسؤولية عن الفعل الضار بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني (دراسة فقهية مقارنة)	إسراء بني مصطفى و أ. د. محمد عواد عايد السكر
٤٧٢-٤٣٥	أحكام تصرفات الإمام في الجهاد والعلاقات الدولية	د. محمود هارون النوافلة و نوح محمد الفضول
٤٨٧-٤٧٣	أخلاقيات البحوث الأكاديمية من منظور إسلامي	أ. د. محمد نعيم ياسين





تطبيق نظرية الظروف الطارئة على بيع المراجحة للآمر بالشراء بالإشارة إلى البنك الإسلامي الأردني

مريم ياسر عبدالكريم الحوراني*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٤/١٦ م تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/٦/٢٧ م

الملخص

يهدف البحث إلى التعرف على واقع نظرية الظروف الطارئة ومدى الاستفادة منها في المجال التطبيقي، من خلال بيان أثر التطبيق المترتب على عملية التوازن في الالتزام العقدي بين أطراف التبادل في بيع المراجحة للآمر بالشراء، مع الإشارة إلى الحلول الشرعية المعاصرة الواردة في هذا السياق.

وتتمثل مشكلة البحث في التعرف على مفهوم وشروط نظرية الظروف الطارئة، ومدى تطبيقها على بيع المراجحة للآمر بالشراء، مع الإشارة إلى البنك الإسلامي الأردني. ويسلك البحث طريقة المنهج الوصفي بتتبع الأحكام الشرعية للمسائل المطروحة ومناقشتها في ضوء صلتها بالتطبيقات المعاصرة للبنك الإسلامي، مع الإشارة إلى البنك الإسلامي الأردني بوجه خاص.

وخلص البحث إلى أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يخضع لشروط موضوعية تمثل بمجموعها خصائص عامة يمكن أن تتميز بها هذه النظرية، كما أن البنك الإسلامي الأردني يستخدم أدوات تحوط كثيرة ونوعية ضد مخاطر الظروف الطارئة التي يواجهها العملاء، لكنه في حالات معينة يستخدم مبدأ المسامحة في إهمال العميل أو إعادة جدولة الدين، أو تقديم أية تسهيلات إضافية ممكنة.

* طالبة دكتوراه، قسم الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية.

Applying the Contingency Theory to Murabaha Sale for the Purchase Orderer with reference to the Jordan Islamic Bank.

Maryam Yasser Al-Hourani

Abstract

The goal of this paper is to explore the applicability and the conditions of the theory of emergent circumstances as regards to the contractual balance in Al Murabaha sale with reference to the Jordanian Islamic Bank JIB and the contemporary Islamic solutions. To achieve this goal, the paper functionalizes a descriptive method which is appropriate to reveal the Islamic provisions which were applied by the Islamic bank.

The results showed that the implementation of the theory of emergent circumstances is bounded to objective conditions that represent its standards and propositions. Furthermore, the JIB functionalizes protective procedures against the probable emergent circumstances which the customers may face, but sometimes it uses the principle of tolerance with customers by giving them sufficient time to rescheduling their debts or any other facilities.

المقدمة:

التقلبات الاقتصادية الحادة، والمخاطر المالية المرتفعة، بالإضافة إلى التطورات المفاجئة التي تؤدي إلى اختلال التوازن على حساب أحد الأطراف، مما ينشأ عنه إلحاق الضرر، ووقوع الظلم، وتقويت مصلحة التبادل.

تقوم أحكام الشريعة الإسلامية بوجه عام على أساس مراعاة التوازن في الالتزامات الناشئة عن العلاقات المالية، وضرورة وجوب الوفاء بهذه الالتزامات، غير أنه من غير المؤكد غالباً ضمان استمرارية التوازن بين أطراف التبادل في العقود طويلة الأجل، وخصوصاً في ظل

الأكثر شيوعاً، علماً بأن هناك صيغ أخرى كالسلم والاستصناع والمشاركات وغيرها. كما تم اختيار البنك الإسلامي الأردني لأنه أكبر المصارف الإسلامية في الأردن.

أهداف الدراسة وأهميتها:

- (١) محاولة الكشف عن احتمالات تعرض بعض التطبيقات المصرفية الإسلامية للمواقف الطارئة.
- (٢) بيان الآثار المالية الضارة التي تخل بحالة التوازن في الالتزام العقدي بين أطراف التبادل.
- (٣) التعرف على الحلول الشرعية في إعادة التوازن استناداً إلى أصول الشريعة وقواعدها ومقاصدها العامة.

منهج الدراسة:

تسلك الدراسة طريقة المنهج الوصفي من خلال تتبع الأحكام الشرعية للمسائل محل البحث، وإسقاطها ومناقشتها في ضوء صلتها بالتطبيقات المعاصرة للصيرفة الإسلامية.

الدراسات السابقة:

أولاً: دراسة شليك (٢٠٠٦م)^(١)، بعنوان "نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها".

تناولت الدراسة العقد وشروطه، والظرف الطارئ وأقسامه وشروطه، والجزاء في نظرية الظروف الطارئة. وتوصلت إلى أنه يشترط في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام ناشئاً عن عقد متراخي التنفيذ، وأن يكون العقد محدوداً غير قائم على المخاطرة

وقد عاجلت الشريعة مثل هذه الأحوال فيما يعرف بنظرية الظروف الطارئة، والتي تتضمن تطبيقات واضحة في مجالات مختلفة؛ مثل نظرية الجوائح في بيع الثمار، ونظرية فسخ الإجارة بالأعذار، بالإضافة إلى نظرية تغير النقود.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في الإجابة عن الأسئلة التي تتمحور حول الأحكام الفقهية في جواز فسخ العقود المالية عند الاضطراب، ومدى وجود حوادث طارئة يمكن أن تواجه العمليات المالية التي تقوم بها المصارف الإسلامية، وتخل بالالتزامات العقدية، مع التركيز على تطبيقات بيع المراجعة للأمر بالشراء، بالإشارة إلى البنك الإسلامي الأردني، ويمكن إجمال مشكلة الدراسة بالأسئلة الآتية:

السؤال الأول: ما مفهوم نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها؟

السؤال الثاني: ما التطبيق العملي لبيع المراجعة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني؟

السؤال الثالث: ما مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على بيع المراجعة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني؟

عينة الدراسة:

يعتمد البحث على عينة نوعية محددة يمكن الإشارة من خلالها إلى تطبيقات نظرية الظروف الطارئة، وتم اختيار صيغة بيع المراجعة كونها

والغرر، وملزماً لأحد الطرفين، وأن هذه النظرية تتشابه مع أحكام العذر والجوائح في الفقه الإسلامي.

ثانياً: دراسة العطيّات (٢٠١٣م)^(٣٠)، بعنوان "الظروف الطارئة وتطبيقاتها في عقود الأعمال".

هدفت الدراسة إلى بيان أثر الظروف الطارئة على عقود التوريد والمقاوله والصيانة. وتناولت أركان هذه العقود وشروطها وأقسامها وخصائصها وتكييفاتها الفقهية. وتوصلت الدراسة إلى وجود أثر للظروف الطارئة على عقد التوريد من حيث الإعفاء أو التخفيف أو إزالة الضرر، وأن مرد تقدير ذلك إلى حكم القضاء.

ثالثاً: دراسة سلمان (٢٠١٣م)^(٣١)، بعنوان "أثر الظروف الطارئة على العقود الآجلة في المعاملات المالية".

تناولت الدراسة حقيقة الظروف الطارئة والعقود الآجلة، ومدى اعتبارها، وضوابطها، وصورها، وأثرها على عقد التوريد والمقاوله والسلم والاستصناع. وتوصلت إلى أن الحلول المقترحة تتراوح بين إهمال المتضرر حتى يزول الضرر والظرف الطارئ، أو توزيع الخسارة بين الطرفين، أو استبدال السلع مع عدم ترتب ضرر أكبر، أو إنقاص الكميات، أو تعويض المتضرر.

رابعاً: دراسة دقاسمة (٢٠١٥م)^(٣٢)، بعنوان "تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الصيرفة الإسلامية".

هدفت الدراسة إلى التعرف على أهم العقود التي تتأثر بنظرية الظروف الطارئة في المصارف الإسلامية والآثار السلبية التي يمكن أن تنشأ عنها، والسبل الكفيلة لمعالجتها. وتناولت الدراسة تطبيقات هذه النظرية في الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى التطبيقات الواردة في مجال جذب المدخرات والموارد المالية، واليوع التمويلية كالمراجحات واليوع الآجلة والسلم والاستصناع، وعقود المشاركات، والإجازات كالتأجير التشغيلي والتمويلي، والخدمات المصرفية. وتوصلت إلى أن الموارد المالية الذاتية للمصارف الإسلامية تعد أداة تحوط ضد الحوادث الطارئة، وأنه يمكن الاستفادة من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في مجالات عديدة تقوم بها المصارف الإسلامية؛ مثل الحسابات الجارية باعتبارها عقد قرض يتم توظيفه على ضمان البنك عند وقوع ظرف طارئ، ومنها عقود المشاركة والمضاربة، وعقود الإجازات وغيرها.

وتتميز هذه الدراسة عن جميع الدراسات السابقة أنها تركز على عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء، ومدى تأثيره بنظرية الظروف الطارئة في التطبيق المصرفي الإسلامي.

خطة الدراسة:

تقع الدراسة في ثلاثة مباحث، ويتضمن كل منها مطلبين، على الوجه الآتي:

المبحث الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

وشروط تطبيقها

المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المبحث الثاني: بيع المراجعة للأمر بالشراء المطلب الأول: مفهوم بيع المراجعة للأمر بالشراء وعناصره

المطلب الثاني: بيع المراجعة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني

المبحث الثالث: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في البنوك الإسلامية

المطلب الأول: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه المالي الإسلامي

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع المراجعة للأمر بالشراء.

المبحث الأول:

تعريف نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها.

المطلب الأول: تعريف الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول تعريف الظروف الطارئة:

أولاً- التعريف اللغوي:

يتكون مصطلح الظروف الطارئة من مركب لفظي يدل على معنيين؛ الأول: الظرف: ويعني وعاء كل شيء، ومن معانيه البراعة والذكاء والهبة الحسنة^(١)، ويجمع على ظروف، الثاني: الطارئة: ويعني كل ما حدث فجأة^(٢)، وهو مؤثّر طارئ، ويجمع على طوارئ. ويمكن استنتاج معنى الظروف الطارئة لغوياً بأنه كل ما يمكن حدوثه على وجه غير معتاد.

ثانياً- التعريف الاصطلاحي:

لم يرد مصطلح نظرية الظروف الطارئة عند الفقهاء القدامى، وإنما ورد عند الفقهاء المعاصرين، لأن هذا المصطلح مستحدثاً، خصوصاً في ظل تبدل الأحوال والظروف في علاقات الحياة الراهنة على نحو لم تشهد الأزمنة السابقة. ومن جهة أخرى فإن الفقهاء القدامى لم يتناولوا مفهوم النظريات العامة، لأن بحثهم كان منصباً على المسألة الواحدة، من خلال بيان الحكم الشرعي فيها، استناداً إلى النص أو الاجتهاد بالرأي^(٣)، مع التعمق في تحليل الواقعة وسبر أغوارها في سياق الظروف والقرائن التي تؤثر في علة الحكم، وتختلف باختلاف الزمان والمكان. ومع أنهم لم يتعرضوا لهذا الموضوع لكنه يعد من الأمور التي تتفق مع أصول الشريعة ومقاصدها، التي تدعو إلى العدل

والإحسان ودفع الضرر والضيق ورفع الظلم بين المتعاقدين.

ويمكن تعريف الظروف الطارئة بالمعنى الاصطلاحي بأنها كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال^(٩٠)، ومنهم من عرف الظروف الطارئة بأنها مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها^(٩١). وعرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوبي) الظروف الطارئة بأنها أحداث غير اعتيادية من شأنها منح اتخاذ إجراءات لا تجوز في الظروف الاعتيادية، مثل حالة الحرب أو الاضطرابات الداخلية أو الكوارث الطبيعية^(٩٢).

كما أن مفهوم الظروف الطارئة يدخل في معنى العوارض الطارئة على الالتزامات بوجه عام، والتي تدل على الأمور التي تطرأ على التصرفات أو الالتزامات الناشئة عنها، بعد وقوعها صحيحة، فتؤثر فيها^(٩٣).

ومن المنظور القانوني تعرف الظروف الطارئة بأنها "حوادث استثنائية عامة، خارجة عن إرادة المتعاقدين، لا يمكن توقعها وقت إنشاء العقد، وتطرأ عند تنفيذه، فتجعله مرهقاً للمدين لا مستحيلاً، تهدده بخسائر فادحة"^(٩٤).

وواضح أن التعريف الأول يغطي المقصود الدقيق للمعاني المتضمنة في مصطلح الظروف الطارئة، لأنه يحدد اتجاه الظرف المعبر ليوصف بأنه طارئ، وهو الحادث العام، وبالتالي يخرج الظرف الخاص، كما أنه حدد ضابط الاعتبار للظرف الطارئ بأنه اختلال الحصول على المنافع المرجوة في العقد لكل من العاقدين، إضافة إلى أن هذا المصطلح ينحصر في الآجال المتراخية، وبذلك يتحقق من هذا التعريف معنى الظروف الطارئة كونها أمور غير اعتيادية تقع فجأة خلافاً للتوقعات عند إبرام العقد، بحيث تؤثر على نحو فادح بأحد المتعاقدين.

المطلب الثاني شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

في ضوء المناقشة السابقة يمكن التوصل إلى بعض المحددات التي تبرز طبيعة الشروط الواجبة عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهي مجموعها تمثل خصائص عامة يمكن أن تتميز بها هذه النظرية؛ ومن أهمها:

١. الالتزام: يشترط في تطبيق الظرف الطارئ أن يكون ملزماً لأحد أطراف العقد، ويستوي في ذلك العقود ثنائية الطرف، والعقود المركبة التي تتجاوز إلى وجود أكثر من عاقدين، وهي شائعة في الصيغ المصرفية التي تطبقها البنوك الإسلامية؛ مثل عقد الإجارة المنتهية بالتملك، وعقد المراجعة للأمر بالشراء، وعقد السلم الموازي، وعقد

الاستصناع الموازي، وغيرها. وهناك من يرى من الفقهاء المعاصرين أن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتضمن وجود التزام على طرفي العقد وليس على طرف واحد^(١٣).

٢. التراخي: ويمثل هذا الشرط وجود مدة زمنية كافية لوقوع الحادث الطارئ بين وقت إبرام العقد ووقت ابتداء التنفيذ، مما لا يمكن حدوثه في العقود الفورية، ولا شك أن التراخي في تنفيذ العقود، ومنها العقود المصرفية الإسلامية يسمح باحتمالية وقوع مخاطر مفاجئة، أو غير متوقعة، من شأنها تهديد مصالح أحد أطراف العقد. وفي هذا الصدد يشار إلى أن العقود التي تجريها المصارف الإسلامية كالمراجعة للأمر بالشراء والبيع المؤجلة يطبق عليها شروط النظرية مع أنها غير متراخية بالمعنى الدقيق، ولكنها تمتد إلى آجال استحقاق مختلفة تسمح بوقوع حوادث جديدة تكون مرهقة على أحد الأطراف.

٣. الإرهاق: وهذا الشرط يدخل في تعريفات فقهاء القانون اللذين يفرقون بين الممكن والمستحيل، فإذا كان الظرف الطارئ مما يستحيل دفعه، فهو يدخل فيما يعرف بمفهوم القوة القاهرة، ويشير السنهاوري إلى أن الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا استطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة

القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب^(١٤). وهذا الشرط دفع بعض الدول العربية للتعامل بموجبه^(١٥)، باعتبار أن الحوادث الاستثنائية تخول القاضي النظر في إعادة التوازن للالتزامات بين أطراف العقد، وحتى لو كان العقد يمثل شريعة المتعاقدين، ومن هذه الدول مصر والأردن والعراق والجزائر، وينحصر عمل القاضي في هذه الحالة في منحه السلطة القضائية للبت في إعادة توزيع تبعات الواقعة على المتعاقدين، ولا يمكنه فسخ العقد.

١. الاستثناء: ويقصد بهذا الشرط أن يقع الحادث على وجه غير معتاد، ولم تجر به العادة بين الناس في تعاملاتهم أو حياتهم المعيشية، ومن ذلك الحوادث السماوية كالجوائح والآفات والكوارث، والحوادث الآدمية كالحروب والاضطرابات^(١٦)، والحوادث المالية كالأزمات النقدية، وما يحدث فيها من اختلالات عميقة تعكس واقع التغير الذي يطرأ على قيمة النقود.

٢. الخروج عن إرادة المتعاقدين: وهذا الشرط يدل على أن الحوادث الطارئة الاستثنائية تتضمن عدم وجود قرائن أو دلائل تشير إلى إرادة أحد أطراف التعاقد في نشوئها أو وقوعها، لأنه في هذه الحالة يتحمل أي طرف تعاقد ما ينشأ من آثار طارئة في العقد تكون ناتجة عنه بسبب الإفراط أو التقصير.

المطلب الأول مفهوم بيع المراجعة للأمر بالشراء وعناصره:

أولاً: مفهوم بيع المراجعة للأمر بالشراء:

يعرف بيع المراجعة للأمر بالشراء بأنه اتفاق بين طرفين، يتضمن تعهداً من كل منهما للآخر، وتعهدهما معلق على حصول أمر في المستقبل، هو بالنسبة للأمر بالشراء، تملك البائع للسلعة، وأن تكون بالموصفات التي يطلبها. وبالنسبة للبائع شراء الأمر بالشراء لتلك السلعة إذا جاءت كطلبه^(٨).

وعرف قانون البنك الإسلامي الأردني بيع المراجعة للأمر بالشراء بأنه قيام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه البنك، كلياً أو جزئياً، وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به وحسب الريح المتفق عليه عند الابتداء^(٩).

من هنا تتضح صورة بيع المراجعة للأمر بالشراء بأن يطلب العميل من البنك شراء سلعة بمواصفات محددة، بوعده منه بالشراء بريح معلوم، ويقسط الثمن الإجمالي على دفعات تتناسب مع ملاءته المالية.

وواضح أن طلب العميل بالشراء يعكس حالته بأنه لا يملك المال الكافي للشراء، أو أن البائع لا يريد بيع السلعة لأجل، كما أن البائع يقوم بذلك لعدم علمه بالمشتري، أو أنه لا يمارس بيع الأجل، أو لحاجته إلى النقود، فيتدخل المصرف الإسلامي

٣. الوصف التام للعقد: وهذا يعني أن لا يقع العقد على وجه يفيد الاحتمالية، بل ينبغي بيان جميع الأوصاف المعتبرة فيه^(١٠)، ومن ذلك مدة العقد، وطبيعة المعقود عليه، وقدره، وثمرته، أو أجرته، ففي حالة بيع المراجعة للأمر بالشراء أو الإجارة المتهمة بالتملك لا تضر قيمة الريح أو الإجارة المتفق عليها، ولكن تضر الجهالة في عدم التحديد.

٤. محل العقد أو منفعته: ويشترط في الحادث الاستثنائي تعلقه بمحل العقد أو المنفعة الناتجة عنه، وليس بشخص أحد أطراف العقد، ولكن في حالة وقوع الظرف الطارئ لأحد طرفي العقد على وجه يمنعه من المضي في إتمامه وفوات المنفعة منه فإنه يؤخذ به عند التطبيق.

المبحث الثاني:

بيع المراجعة للأمر بالشراء:

تعد صيغة بيع المراجعة للأمر بالشراء من أكثر الصيغ المصرفية شيوعاً في النشاط التمويلي في المصارف الإسلامية، ويطلق عليها بيع المراجعة للواعد بالشراء، وهي صيغة مصرفية مركبة تختلف عن المراجعة الفقهية العادية التي تتضمن وجود عاقلين.

المطلب الأول: مفهوم بيع المراجعة للأمر بالشراء وعناصره

المطلب الثاني: بيع المراجعة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني

البنك بمفهوم هذا البيع بحسب وروده في قانونه الأساسي المشار إليه آنفاً^{٣٢}.

وفي هذا العقد يتحمل البنك كافة النفقات الإجرائية المترتبة على تنفيذ العقد، ومنها نفقات الاستخدام الإلكتروني، والرسوم، وفرق العملة، وعمولة العملاء، وأقساط التأمين، وأتعاب الخبراء والمحكمين ونحوها مما يدخل في نفقات التشغيل لإنشاء العقد. وتدخل جميع هذه النفقات فيما يطلق عليه البنك "سند تنفيذي" مضافاً إليها ثمن الشراء، كما يختص هذا السند بعنصر الإفصاح والشفافية، ويتضمن كافة البنود الأساسية في العقد؛ ومنها مقدار ربح البنك، ومقدار أقساط التأمين التبادلي، وإجمالي الدين، وعدد الأقساط، ومقدار كل قسط من الأقساط، ومواعيد التسديد، وفترة السماح إن وجدت.

ويشير طلب الشراء إلى وجود وعد ملزم صادر من العميل بشراء البضاعة بحسب التفاصيل الواردة في السند التنفيذي، أو ملحق طلب الشراء، وفي حال امتناع العميل عن شراء البضاعة فإنه يتحمل الفرق بين التكلفة وثمان بيع البضاعة للغير وأي خسائر فعلية تنشأ عن الإخلال بتنفيذ العقد. وإذا كانت البضاعة كذلك موردة من الخارج بموجب فتح اعتماد مستندي وامتنع العميل عن الاستلام فإنه يتحمل الفروقات المترتبة على ذلك. وهناك أدوات مهمة في سياسة التحوط ممارستها البنك في تنفيذ هذا العقد، ومن أهمها:

بشراء السلعة ثم بيعها إلى العميل بسعر أعلى مؤجلاً^{٣٣}.

ثانياً: عناصر بيع المراجعة للأمر بالشراء:

يمكن إجمال العناصر الأساسية التي يتضمنها مفهوم بيع المراجعة للأمر بالشراء من خلال النظر إلى الإجراءات التي تمر فيها هذه العملية، وهي شائعة في عمل المصارف الإسلامية، ومنها البنك الإسلامي الأردني، والتي تتمثل بالنقاط الآتية^{٣٤}:

- طلب شراء بامضاء العميل مقدماً إلى المصرف، موضحاً فيه مواصفات السلعة وقيمتها والمصاريف المترتبة عليها، مع إمضاء المصرف بالموافقة.
- الاتفاق على القيمة الإجمالية للسلعة متضمنة الإفصاح عن تكلفتها الحقيقية وربح البنك والتكاليف الإضافية التي يتحملها العميل.
- وعد من الأمر بالشراء (العميل) بشراء السلعة بعد تملك المصرف لها، يقابله وعد من المصرف ببيع السلعة للأمر بالشراء بحسب المواصفات المتفق عليها.
- شراء المصرف للسلعة نقداً، ثم بيعها للأمر بالشراء بالتقسيط.

المطلب الثاني: بيع المراجعة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني:

يمكن تصوير عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء كحالة تطبيقية يقوم بها البنك الإسلامي الأردني في تمويل طلبات شراء البضائع للعملاء^{٣٥}، حيث يلتزم

- أنه يلزم العميل بدفع جزء من الثمن الإجمالي للبضاعة كتأمين نقدي مقابل أي طارئ يصدر من العميل، دون أن يتحمل البنك أي التزام جراء ذلك.

- وجود طرف ثالث في العقد وهو الكفيل الذي يكفل العميل كفالة مطلقة على وجه التضامن والتكافل في كل ما يتعلق بطلب الشراء والالتزامات المترتبة عليه، بحيث تسري هذه الكفالة على جميع بنود ملحق طلب الشراء وجميع بنود السند التنفيذي. وتنزل هذه الكفالة بحق الكفيل منزلة الإلزام كتأمين دائم مستمر، وتبقى سارية المفعول، وملزمة له، على الرغم من أي تسديد للاعتمادات، أو الحساب، أو وفاة أحد الموقعين، أو حدوث حالة عسر أو خسران للحقوق المدنية، أو لأي سبب آخر مهما كان نوعه، ولا تنتهي مسؤولية الكفيل إلا بعد قيام العميل بتسديد كامل التزاماته تجاه البنك.

- ومنها أن البنك يلزم العميل (أو الكفيل أو كليهما) بالتنازل عن أي حق قانوني بالاعتراض أو التقاضي أمام المحاكم، وكذلك التنازل عن طلب إجراء الخبرة، وتوجيه اليمين المتممة، ويكون البنك في كل الأحوال مصدقاً بقوله دون يمين.

- وفي حال قيام العميل بالتسديد المعجل يجوز للبنك، من غير إلزام عليه، التنازل عن جزء من

أرباح الأقساط المؤجلة التي عجل العميل سدادها.

- إقرار العميل والكفيل بأن إخلال تنفيذ العقد يترتب عليه اتخاذ إجراءات قانونية منها زيادة التكاليف مثل الرسوم وأتعاب المحاماة والتنفيذ القضائي على الضمانات العقارية والأسهم أو أي ممتلكات أخرى.

- وتكون جميع المعاملات والبضائع والحسابات المودعة لدى البنك ضامن لتسديد أي التزام يمكن أن يترتب في ذمة العميل أو الكفيل.

- كما يشير عقد طلب الشراء إلى نقطة أساسية يفصح عنها البنك وهي ذات صلة مباشرة بنظرية الظروف الطارئة، وتتمثل بأنه في حال طرأ أي تغيير بسبب حدوث حرب أو حوادث طارئة أو حتى في الأحوال العادية بأن يلتزم العميل والكفيل بدفع جميع المصاريف المتعلقة بتنفيذ عقد المراجعة، مع إسقاط أي اعتراض أو ادعاء مهما كان نوعه.

المبحث الثالث:

تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في البنوك الإسلامية.

المطلب الأول: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه المالي الإسلامي

المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع المراجعة للأمر بالشراء

المطلب الأول تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه المالي الإسلامي:

مما لا شك فيه أن الشريعة أشارت إلى أهمية المحافظة على الالتزام بالاشتراطات العقدية واحترام علاقات التبادل بين أطراف العقد، وهناك أدلة إجمالية في الشريعة تدل بوضوح على عدم جواز أكل الأموال بالباطل، وأهمية تحقيق المساواة والعدل في الاقتضاء في المعاملات، بالإضافة إلى وجود أدلة تفصيلية تنهى عن الظلم في المعاملات المالية^(٢٤)، ومن ذلك القواعد الفقهية الكلية مثل "الضرر يزال" و"المشقة تجلب التيسير"، و"درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة^(٢٥).

ولكن هناك ظروف استثنائية طارئة يتم فيها التعامل على أساس مراعاة الحقوق بين هذه الأطراف، ومنها ما يعرف بنظرية فسخ عقد الإجارة بالأعذار الطارئة، ونظرية الجوائح في الثمار، ويمكن استعراض الآراء الفقهية الواردة في هذه المسائل على النحو الآتي:

أولاً: دور الأعذار الطارئة في فسخ عقد الإجارة:

العذر في اللغة الحجة التي يعتذر بها، ويجمع على أعذار. وهو تحري الإنسان ما يحو به ذنوبه. يقال: ولي في هذا الأمر عذر ومعذرة أي خروج من الذنب^(٢٦). والعذر هو روم الإنسان إصلاح ما أنكر عليه بكلام^(٢٧).

أما تعريف العذر في الاصطلاح فهناك أوجه مختلفة تناولها الفقهاء في بيان هذا المصطلح، وذلك في سياق مناقشة الأدلة الشرعية للوصول إلى الحكم الشرعي في جواز فسخ العقد.

فعند فقهاء الحنفية عرفه ابن نجيم بأنه "العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد"^(٢٨)، أو هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه، وهو لم يرض به^(٢٩).

ويستتج من هذه التعريفات أن العذر الموجب لفسخ العقد يقوم على وجود ضرر كبير يلحق بأحد العاقدين، ولا يمكن تجنبه، أو تحمله، أو الرضا به، ولم يستحق في العقد، ومثله أن يقع العذر الطارئ في العين المعقود عليها. وهذا المعنى ينطبق على حالة سكنى العين المستأجرة، واستصلاح الأرض المعدة للحرث، لوجود آفات طارئة غير موجودة في أصل العقد. وهذا التوسع في مفهوم العذر الطارئ وشموله عند الحنفية ليتسع جميع أطراف العقد، ومحله، وجواز الفسخ فيه، لم يتم العمل به عند فقهاء المذاهب الأخرى إلا في حدود ضيقة، لأنهم ينظرون إلى أن الفسخ بسبب زوال المنفعة المرجوة لا يتوصل إليه إلا بوجود عيب في المعقود عليه، وليس بسبب وقوع ظرف طارئ، أي أن الفسخ ينحصر في حدود المعقود عليه، وليس له علاقة بأطراف العقد، ويراعى فيه

فوات المنفعة أو نقصها، أو فوات المنفعة الشرعية.

فالملكية يذهبون إلى أن "عقد الإجارة لازم من الطرفين ليس لأحدهما فسخه مع إمكان استيفاء المنافع، فإن طرأ ما يمنع ذلك كاحتراق الدار وانهدامها أو غصبتها أو مرض العبد أو الدابة فإن العقد يفسخ معه"^(٣٠). وهذا يعني أن زوال المنفعة يتحقق بزوال العين المعقود عليها كلها مثل انهدام الدار المستأجرة، أما إن انهدم بعضها، لم يفسخ الكراء، ولم يجبر رب الدار على إصلاحها"^(٣١). ومثل ذلك ذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بلزوم العقد مما ينعدم معه فسخ العقد بالأعذار الطارئة ما لم يطرأ سبب موجب يقدر في عين المبيع لوجود آفة أو عيب تزول فيه المنفعة"^(٣٢)، لأن المنافع عندهم بمنزلة الأعيان.

ويلاحظ أن مذهب جمهور الفقهاء من غير الحنفية لم يتسع لنظرية الظروف الطارئة من جهة تحقق وقوع الأعذار في كل أركان العقد، وإنما تم تضيقه في محل العقد، ولو طرأت أعذار موجبة في أحوال العاقلين، خصوصاً من جهة العاقد المستأجر، مثل عجزه عن تحصيل المنفعة في العين المستأجرة، لمرض عضال يصيبه، أو نازلة شديدة تنزل به.

من هنا يترجح القول بجواز فسخ عقد الإجارة بسبب الأعذار الطارئة تبعاً للمذهب الحنفي لعدة أسباب، من أهمها:

- يتفق رأي الحنفية مع مقاصد الشريعة في حفظ الكليات الخمس والقواعد الفقهية المتعلقة بنظرية الضرورة؛ مثل قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، وغيرها من القواعد المعتمدة شرعاً.

- جاءت الشريعة لدفع الظلم بين العباد، ومن ذلك معاملاتهم المالية، ووجه الظلم بين حالة الأعذار الطارئة لأطراف العقد مع إبقاء العقد على حاله دون تعديل أو تبديل.

إن فوات المنفعة بسبب آفة عارضة تصيب أحد العاقلين مما يفوت تحصيل المنفعة المرجوة من العقد، هو من باب أكل أموال الناس بالباطل إذا بقي العقد على حاله لخلو العقد من الرضا، وقد نهى القرآن عن ذلك، كما ورد في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

ثانياً - دور الجوائح في فسخ العقد في الشمار: يدل مفهوم الجائحة على كل ما لا يستطيع دفعه كسماوي وجيش"^(٣٣)، أو هي كل ما اذهب الثمرة أو بعضها بغير جنابة آدمي"^(٣٤). وواضح أن

الآفات السماوية التي يمكن أن تسبب وقوع الجوائح في الثمار تنتج عن تقلبات الطقس، مثل البرد والحر والرياح العاتية والنار وانحباس ماء السماء وهطول الأمطار على نحو مفرط مما يؤدي إلى الإغراق والإتلاف^(٣٥)، ومثلها ظروف الحرب ودخول الجيش، وهذه الظروف تمثل جناية الأدميين في أحوال استثنائية، وتؤدي إلى إتلاف ما يخرج من الأرض، ونحوه^(٣٦).

وهناك بعض العقود المالية التي تجري فيها الجوائح وتؤثر في الالتزامات الناشئة عنها؛ مثل الإجارة، حيث تؤثر الجائحة من جهة الأرض في عقد الإجارة فيحط من الأجرة على قدر الضرر الواقع بالمستأجر^(٣٧). ومنها الوديعة، فلا يضمن الوديع وقوع الجائحة لأن يده يد أمانة، بينما ضمانه لا يتحقق إلا بإفراط أو تقصير.

المطلب الثاني تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في بيع المراجعة للأمر بالشراء:

يتصف بيع المراجعة بأنه تأخير دفع الثمن أو بعضه إلى أجل يتفق عليه طرفا العقد، كما هو معروف في عقود المداينات الأخرى، كالسلم والاستصناع والمضاربة والتقسيط وغيرها، وقد تقع ظروف طارئة قبل استيفاء كامل الثمن، مما يدفع العميل إلى عدم الوفاء بالتزاماته، ويكون سببها مخاطر تتعلق بملاءة العميل أو المصرف، أو مخاطر سوقية ناتجة عن تغير الأحوال الاقتصادية والسياسية وما شابهها. وتعد هذه الصيغة من

اليوع الآجلة التي تشيع في بيع التقسيط، وصورتها أن يبيع المصرف سلعة (سيارة مثلاً) للعميل الذي يقوم بتسديد قيمتها بعد فترة زمنية معلومة أو على أقساط.

ويمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على بيع المراجعة للأمر بالشراء لأنه من العقود الفورية المؤجلة التنفيذ^(٣٨)، حيث يتصور وقوع الظرف الطارئ لوجود فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه، وعدم اتحاد وقت إبرام العقد مع وقت التنفيذ^(٣٩)، ومع أن هذه الحالة غير متفق عليها عند شراح القانون المدني، لكن اتفق جمهورهم على جواز ذلك^(٤٠).

ويمكن إبراز أهم الأوجه التي تطبق فيها نظرية الظروف الطارئة في بيع المراجعة للأمر بالشراء بالنقاط الآتية:

أولاً- المدين المماطل:

يرتبط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالأسباب المرتبطة بالعميل، وذلك في حالة المماطلة خصوصاً للمدين المليء المعسر، ووجود عذر كالإفلاس والعسر المالي.

ففي حالة المماطل يرى جمهور الفقهاء جواز بيع أو تأجير الحاكم مال المماطل جبراً للوفاء بدينه، وفسخ العقد واسترداد البدل، ورغم أن هذه الحالة تعد من الأعذار التي تبيح للمصرف فسخ العقد، لكن لا تعد من الأعذار الطارئة للعميل المماطل، لأنه لا يمكنه تعديل العقد^(٤١).

وقد تبنى هذا الرأي قرار هيئة كبار العلماء الذي يشير إلى أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط صحيح معتبر، يجب الأخذ به، ما لم يكون هناك عذر في الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً، فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول^(٤٢).

ومن ذلك أنه لا يجوز التعويض أو العمل بالشرط الجزائي في حالة المدين المماطل المليء، وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي أنه لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء^(٤٣).

أما حالة المدين المعسر فيمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة فيها لأن المدين في هذه الحالة طرأت عليه مخاطر غير متوقعة؛ سواء كانت مخاطر اقتصادية أو طبيعية، إضافة إلى أنه لا يستطيع ردها إلا بإرهاق، مما يتيح تطبيق قاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح".

وفي البنك الإسلامي الأردني يختلف التعامل مع حالة الإعسار المالي للمدين باختلاف درجة الإعسار؛ ويتم التعامل مع الحالات المختلفة وفق سياسات مختلفة مثل إعادة جدولة المديونية عن طريق زيادة مدة الأجل دون إضافة أية التزامات مالية جديدة، وتعديل الالتزامات العقدية خصوصاً طريقة السداد وفقاً للحالة الراهنة لدرجة الإعسار، وكذلك إلزام العميل والكفيل بدفع جميع المصاريف المتعلقة بتنفيذ عقد المراجعة،

وفي المقابل هناك بعض المصارف الإسلامية التي تقوم بتطبيق مبدأ المساواة والتنازل عن الأرباح أو بعضها^(٤٤)، عملاً بالآية الكريمة: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ثانياً- إفلاس العميل:

وفي حالة إفلاس العميل، وهي الحالة التي يزيد فيها دين العميل على ماله، حتى لو كان لديه مال كثير^(٤٥)، فإنه في الغالب يتم تطبيق ما ورد في المعيار الشرعي (٣) بأنه إذا بقيت العين المبيعة في حالات المراجعة وغيرها بعينها، وكان المدين ممطلاً في أداء الثمن، ثم أفلس، فإن البائع يحق له استرداد العين المبيعة إذا كانت قائمة بدلاً من الدخول في التفليسة^(٤٦). وتعد هذه الحالة في المصارف الإسلامية من حالات الضرورة، فتقوم بمعالجتها بطرق مختلفة؛ مثل إهمال العميل لمدة زمنية كافية حتى يزول سبب الإفلاس، أو إعادة جدولة الدين لأجل زمنية أطول، وفي حالة الإفلاس التي يواجه فيها المدين فقدان المال، تقوم المصارف بمنح تسهيلات إضافية مراعاة لمقتضى الحال^(٤٧).

ثالثاً- تغير القوة الشرائية:

يعد تغير القوة الشرائية للنقود من المخاطر السوقية التي لا يمكن ردها، وتختلف حدتها باختلاف مسبباتها، ويمكن أن يصل التغير إلى

مستويات عالية، كما في حالة الأزمات الحادة أو الكوارث والنزاعات المسلحة بين الدول، وينتج عن ذلك إلحاق الضرر بالدائن، ويمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة من أجل إعادة التوازن في توزيع عبء المخاطر، وهو ما عبر عنه ابن عابدين بقوله الأصلح على الأوسط منها لثلاثا يختص الضرر من هذا الهبوط بأحد العاقلين^(٤٨).

ولكن إذا لم يصل التغير في القوة الشرائية للنقود إلى مستوى الهبوط الفاحش أو فقدان ماليته، فإن بعضهم يرى عدم التدخل لأن التغير يعد حالة طبيعية^(٤٩)، أي أنه في حالة عدم وجود إرهاب لأحد الطرفين نتيجة تغير قيمة النقود لم يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ويشير الشيخ الزرقا إلى أن العدل في حسم قضية تغير قيمة النقود يعود إلى الجانب التقديري في مدى تحقق الإرهاب لكل من طرفي العقد؛ فإنهما إذا لم يتفقا رضائياً ولجأ أحدهما إلى القضاء، فإن القاضي إذا تبين له أن القضية ينطبق عليها تعريف الظرف الطارئ يحدد فرق السعر بين يوم الالتزام ويوم استحقاق الأداء، فيقسم هذا الفرق بين الطرفين؛ الملتزم والملتزم له، فيحمل كلاً منهما نصفه، ولا يتركه كله على عاتق الملتزم، ويوجب عليه الوفاء بالسعر المهبط المرقق^(٥٠).

وواضح أن اختلال التوازن النقدي يتم علاجه في هذا السياق على المستوى الجزئي

بإعادة ترتيب علاقة الالتزامات العقدية على أساس تحمل المصرف الإسلامي نصف الفرق في قيمة التضخم، وتقوم على مبدأ المثل في القوة الشرائية، لأنها تمثل قبول الناس لها باعتبارها نقوداً، وكونها لا تمثل قيمة ذاتية في عينها، وبالتالي تؤدي هذه العملية إلى دفع الضرر، ورفع الظلم، مما يحقق العدل ويزيد من كفاءة سوق النقود، بل يعزز من كفاءة النظام النقدي برمته. وأما سياسة البنك الإسلامي الأردني حيال ذلك فلم يوجد بنود أو أحكام تشير إلى كيفية التعامل مع تغير القوة الشرائية، خصوصاً في الأزمات الحادة، وربما يعود ذلك إلى ندرة حدوثها، أو عدم تأثر البنك بها إلى درجة الإرهاب، إضافة إلى وجود ضمانات أخرى كافية، ويأخذ البنك في هذه الحالة بمبدأ الرد بالمثل وليس بالقيمة.

ومع أن بعض المعاصرين يرى جواز إعادة ترتيب التوازن النقدي على أساس الربط القياسي للأسعار، والنظر في مستوى تكاليف المعيشة، واعتماد سعر فائدة عقدي تعويضي لآثار انخفاض قيمة النقد، فإن جمهور المعاصرين يرى عدم جواز ذلك لأن هذه العملية تفضي إلى الربا، وتفتح باب الخيل الربوية والفساد المصرفي، وذهب مجلس مجمع الفقه الإسلامي إلى أن العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي بالمثل وليس في القيمة، لأن الديون تقضى بأمثلها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة، أيأ كان

مصدرها، بمستوى الأسعار^(٥١). ولكن ذهب المجمع إلى جواز التحوط في هذه العملية عند إنشاء الالتزام بربط النقود الورقية بالذهب، ويؤخذ بمبدأ الصلح الواجب من خلال تقدير الأضرار، كما يؤخذ بمبدأ "وضع الجوائح".

أما إذا وقع التغير في قيمة النقود بعد مماطلة المدين الموسر، وامتناعه عن السداد، فمن العلماء من ذهب إلى أن هذه الواقعة تنزل منزلة الغصب للأموال، وذهب ابن منيع في ذلك إلى أنه يقتضي إلزام المدين، بتعويض الدائن عن نسبة الانخفاض في القوة الشرائية للنقد، جبراً لما فات الدائن من نقص نتيجة مطله بالباطل، لأن مطله من باب الغصب^(٥٢).

رابعاً- الزامية المواعدة في بيع المراجعة للأمر بالشراء:

تصدر المواعدة من طرفي العقد، وتجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما ليس عنده^(٥٣).

وقد أشار قرار رقم (٤٠-٤١) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي بشأن الوفاء بالوعد، والمراجعة للأمر بالشراء، إلى أن البنك يتحمل

مسؤولية التلف قبل التسليم ومسؤولية العيوب الخفية، وجاء فيه أن بيع المراجعة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعية الرد بالعيب الخفي ونحوه من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه. ومثله ما يتعلق بالوعد الذي يصدر من أحد العاقدين، وأشار القرار إلى أن الوعد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض على الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر^(٥٤).

ويمكن أن تطرأ ظروف استثنائية على عقد المراجعة في إطار إلزامية الوعد وتأجيل الثمن، وذلك في مرحلة الاتفاق المبدئي ومرحلة التوقيع على العقد؛ ومع أن هذا العقد يقع الإلزام فيه من جهة المشتري، فهناك من الفقهاء من يرى جواز ذلك، وصرح قرار المجمع المشار إليه سابقاً بأن يكون الوعد ملزماً ديانة إلا لعذر أي لظرف طارئ يواجه الواعد، وينتج عن ذلك نكول الواعد وعدم قدرته على إمضاء العقد، ففي هذه الحالة يؤخذ بالظرف الطارئ بدلاً من إلزامية الوعد، ويتم تسوية الواقعة المصرفية بقيام

المؤسسة الإسلامية "بيع السلعة نيابة عن العميل وحسابه وتستوفي مستحقاتها من الثمن وترجع عليه بالباقي إن لم يكف الثمن"^(٥٥). كما يمكن معالجة نكول العميل في هذه الحالة عن طريق هامش الجدية الذي يمثل ما يدفعه العميل مسبقاً تعويضاً عن أي ضرر يقع على المصرف حال نكوله^(٥٦)، أي أن المصرف الإسلامي يستحق ما يرفع الضرر الناشئ عن النكول، ولا يستحق تقدير الربح الفائت استناداً إلى تكلفة الفرصة البديلة.

ومن هنا يمكن التوصل إلى أن وجود العذر ممثلاً بأي ظرف طارئ يسمح بتوزيع الضرر بين الواعد والمصرف، ويتم ذلك من خلال عدم إلزام العميل بإمضاء العقد لأنه يترتب عليه ضرر زائد، وإنما يقتصر على التعويض العادل سواء في مرحلة الوعد الملزم أو مرحلة التعاقد النهائي^(٥٧).

النتائج:

يمكن إبراز أهم ما توصل إليه البحث بالنتائج الآتية:

١. يشترط في تحديد مصطلح الظروف الطارئة، تحديد اتجاه الظرف المعتبر ليوصف بأنه طارئ، وتحديد ضابط الاعتبار للظرف الطارئ، إضافة إلى ضرورة توافر عنصر الأجل المتراخية، مما يحقق معنى الظروف الطارئة كونها أمور غير اعتيادية تقع فجأة خلافاً للتوقعات عند إبرام

العقد، بحيث تؤثر على نحو فادح بأحد المتعاقدين، وتجعله مرهقاً لا مستحيلاً.

٢. يخضع تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى شروط موضوعية تمثل بمجموعها خصائص عامة يمكن أن تتميز بها هذه النظرية؛ ومن أهمها: الالتزام، والتراخي، والإرهاق، والاستثناء، والخروج عن إرادة المتعاقدين، والوصف التام للعقد، ومحل العقد ومنفعته.

٣. يعكس طلب العميل بالشراء في بيع المراجعة حالته كونه لا يملك المال الكافي للشراء، أو أن البائع لا يريد بيع السلعة لأجل، أو أن البائع يقوم بذلك لعدم علمه بالمشتري، أو أنه لا يمارس بيع الأجل، أو حاجة العميل إلى النقود، فيتدخل المصرف الإسلامي بشراء السلعة ثم يبيعها إلى العميل بسعر أعلى مؤجلاً.

٤. من أدوات سياسة التحوط التي يمارسها البنك في تنفيذ بيع المراجعة أنه يلزم العميل بدفع جزء من الثمن الإجمالي للبضاعة كتأمين نقدي مقابل أي طارئ، ووجود طرف ثالث في العقد وهو الكفيل الذي يكفل العميل كفالة مطلقة على وجه التضامن والتكافل، إضافة إلى أن البنك يلزم العميل (أو الكفيل أو كليهما) بالتنازل عن أي حق قانوني بالاعتراض أو التقاضي أمام المحاكم، وكذلك التنازل عن طلب إجراء الخبرة، وتوجيه اليمين المتممة، إلى جانب إقرار العميل

المعيشة، أو اعتماد سعر فائدة عقدي تعويضي لآثار انخفاض قيمة النقد، لأن هذه العملية تفضي إلى الربا، وتفتح باب الحيل الربوية والفساد المصرفي.

٨. إن وجود العذر ممثلاً بأي ظرف طارئ من شأنه أن يسمح بتوزيع الضرر بين الواعد والمصرف، ويتم ذلك من خلال عدم إلزام العميل بإمضاء العقد لأنه يترتب عليه ضرر زائد، وإنما يقتصر على التعويض العادل سواء في مرحلة الوعد الملزم أو مرحلة التعاقد النهائي.

٩. ويلاحظ أن ما يطرأ على السلعة من أضرار قبل التسليم، وأثناء الشحن والتخزين لا يمكن أن يطبق عليه نظرية الظروف الطارئة، لأنه لا يتعلق بعذر مقترن بحالة الأمر للشراء.

الهوامش:

(١). شليك، أحمد الصويغي، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، جامعة آل البيت، المجلد (٣)، العدد (٢)، ٢٠٠٧م.

(٢). العطيات، فوزي سالم زين، الظروف الطارئة وتطبيقاتها في عقود الأعمال، أطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ٢٠١٣م.

(٣). سلمان، مرسي جمال دياب، أثر الظروف الطارئة على العقود الآجلة في المعاملات المالية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٣م.

والكفيل بأن إخلال تنفيذ العقد يترتب عليه اتخاذ إجراءات قانونية منها زيادة التكاليف مثل الرسوم وأنعاب الحماية والتنفيذ القضائي على الضمانات، وأن جميع المعاملات والبضائع والحسابات المودعة لدى البنك تكون ضامناً لتسديد أي التزام يمكن أن يترتب في ذمة العميل أو الكفيل.

٥. يشير عقد طلب الشراء في البنك الإسلامي الأردني إلى نقطة أساسية يفصح عنها البنك وهي ذات صلة مباشرة بنظرية الظروف الطارئة، وتمثل بأنه في حال حدوث أي تغيير ناتج عن أي حوادث طارئة أو حتى في الأحوال العادية بأن يلتزم العميل والكفيل بدفع جميع المصاريف المتعلقة بتنفيذ عقد المراجعة، مع إسقاط أي اعتراض أو ادعاء مهما كان نوعه.

٦. تعد حالة إفلاس العميل في المصارف الإسلامية من حالات الضرورة، فتقوم بمعالجتها بطرق مختلفة؛ مثل إهمال العميل لمدة زمنية كافية حتى يزول سبب الإفلاس، أو إعادة جدولة الدين لأجل زمنية أطول، وفي حالة الإفلاس التي يواجه فيها المدين فقدان المال، تقوم المصارف بمنح تسهيلات إضافية مراعاة لمقتضى الحال.

٧. يرى جمهور المعاصرين عدم جواز إعادة ترتيب التوازن التقدي على أساس الربط القياسي للأسعار، والنظر في مستوى تكاليف

- ٤). دقاسمة، واصف نايف نهار، تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الصيرفة الإسلامية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١٥م.
- ٥). ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ١٤١٤هـ مادة: ظرف.
- ٦). الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٥م، ص ٨٣٤.
- ٧). الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، دمشق، جامعة دمشق، ص ١٤٣.
- ٨). قباني، محمد رشيد، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد (٢)، ص ١٣١.
- ٩). منصور، محمد خالد، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (١)، العدد (١)، ١٩٩٨م، ص ١٥٣.
- ١٠). هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣٦)، ص ٩٣١.
- ١١). المرجع نفسه، ص ٩٢٣.
- ١٢). بني أحمد، خالد، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة: دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد (٢)، ٢٠٠٦م، ص ٥.
- ١٣). الكلوراني، أسعد، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة، العدد (١)، السنة (٤٠)، ص ٢١٧.
- ١٤). السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢م، ص ٦٤٤.
- ١٥). انظر المادة رقم (١٤٧) من القانون المدني المصري رقم (٣١) لعام ١٩٤٨م.
- ١٦). الزحيلي، وهبة، نظرية الضرورة الشرعية، دار الفكر المعاصر، بيروت، ٢٠١٠م، ص ٣٠٠.
- ١٧). فحدات، محمد، ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دار المكتبي، دمشق، ٢٠٠٧م، ص ٤٠١.
- ١٨). البعلي، عبد الحميد محمود، فقه المراجعة في التطبيق الاقتصادي المعاصر، مكتبة السلام العالمية، القاهرة، ص ٦٦.
- ١٩). قانون البنك الإسلامي الأردني، رقم (٦٢)، لسنة ١٩٨٥م، ص ٥.
- ٢٠). المصري، رفيق يونس، التمويل الإسلامي، دار القلم، دمشق، ٢٠١٢م، ص ٩١.
- ٢١). الهيتي، عبد الرزاق رحيم، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة، عمان، ١٩٩٨م، ص ٥١٥.
- ٢٢). انظر: نشرة البنك الإسلامي الأردني، طلب شراء بضاعة بالمراجعة للأمر بالشراء.
- ٢٣). قانون البنك الإسلامي الأردني، رقم (٦٢)، لسنة ١٩٨٥م، مرجع سابق، ص ٥.
- ٢٤). للمزيد حول هذا الموضوع، انظر: العطيات، فوزي سالم زين، الظروف الطارئة وتطبيقاتها في عقود الأعمال، أطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ٢٠١٣م، ص ١٢-١٤.
- ٢٥). سلمان، مرسي جمال دياب، أثر الظروف الطارئة على العقود الآجلة في المعاملات المالية، ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٣م، ص ١٣-١٧.
- ٢٦). ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، باب عذر.
- ٢٧). ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٩٧٩م، ٤/٢٠٧.
- ٢٨). ابن نجيم، زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة، ٤٢/٨.
- ٢٩). الموصلي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، دار الرسالة العالمية، دمشق، ٢٠٠٩م، ٢/١٤٨.
- ٣٠). الثعلبي، عبد الوهاب، التلخيص في الفقه المالكي، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٤م، ٢/١٥٨.

٣١. مالك بن أنس، المدونة، بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م، ٤٥٨/٣.
٣٢. ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٧٥م، ٢/٢٢٩.
٣٣. الفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٧م، ٢/٢١٢.
٣٤. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، بيروت، دار ابن حزم، ٢٠١١م، ٤/١١٩.
٣٥. السيوطي، مصطفى، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ٢٠٠٠م، دن، ٣/٢٠٥.
٣٦. المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، ٧٨/٥.
٣٧. الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ١٩٩٢، ٤/٥٠٧.
٣٨. ومع أن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة تظهر في صيغ أخرى مهمة مثل صيغة الإجارة والاستصناع والتوريد والمقاولات وغيرها، إلا أن صيغة بيع المراجعة هي الأكثر شيوعاً، بل إن المصارف الإسلامية تركز في عملها على هذه الصيغة، والتي تصل في بعضها إلى درجة مطلقة، ومع أن هذه الصيغة تدرج في التبادلات قصيرة الأجل، لكنها تمتد في معظم التمويلات إلى مدد طويلة نسبياً، يحتمل فيها وقوع حوادث طارئة.
٣٩. شلييك، أحمد الصويحي، نظرية الظروف الطارئة: أركانها وشروطها، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد (٢)، المجلد (٣)، ٢٠٠٧م، ص ١٧٦.
٤٠. عمر، محمد الشيخ، العقد والإرادة المنفردة: المصادر الإرادية، بيروت، مطبعة داغر، ١٩٧٢م، ص ٢٧٢.
٤١. انظر: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مرجع سابق، المعيار رقم: (٣)، معيار المدين المماثل، ص ٩٣-٩٤.
٤٢. انظر: قرار مجلس هيئة كبار العلماء رقم (٢٥) بتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١هـ.
٤٣. انظر: القرار رقم (٦٢/٢٣) بشأن البيع بالتقسيط، ١٩٩٠م، ٣/١٤.
٤٤. البعلي، عبد الحميد، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية: دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٩١م، ص ١٤٣.
٤٥. ابن قدامة المقدسي، موفق الدين، المغني في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٠٦/٤.
٤٦. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٣).
٤٧. الدريني، فتحي، النظريات الفقهية، مرجع سابق، ص ١٦٦.
٤٨. ابن عابدين، محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٥٢هـ، ٢/٦٦.
٤٩. مجلة مجمع الفقه الإسلامي: تغير قيمة العملة، العدد (٥)، الجزء (٣)، ص ١٨٤٢.
٥٠. الزرقا، مصطفى أحمد، حل مقترح لمشكلة التضخم النقدي في ظل نظرية الظروف الطارئة، وقائع ندوة رقم (٣٨)، بعنوان قضايا معاصرة في النقود والبنوك والمساهمة في الشركات، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، ص ١٩٨.
٥١. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٥)، الجزء (٣)، ١٩٨٨م، ص ١٦٠٩.
٥٢. ابن منيع، عبد الله بن سليمان، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٦م، ص ٤٥١.
٥٣. انظر: قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم ٤٠-٤١ (٢/٣ و ٥/٣) بشأن الوفاء بالوعد، والمراجعة للأمر بالشراء المتعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من ١ إلى ٦

جمادى الأول ١٤٠٩ هـ / ١ إلى ١٥ كانون الأول

(ديسمبر) ١٩٨٨ م.

٥٤. المرجع نفسه.

٥٥. هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،

معياري رقم (٨)، ص ٢١٥.

٥٦. المرجع نفسه، ص ٢٠٨.

٥٧. ويلاحظ أن ما يطرأ على السلعة من أضرار قبل

التسليم، وأثناء الشحن والتخزين لا يطبق عليه نظرية

الظروف الطارئة، لأنه لا يتعلق بعذر مقترن بحالة الأمر

للشراء.

التزام المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها عند انتهاء عقد الإيجار

أ.د. ياسين محمد الجبوري*

عيسى محمود الوحش**

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٢/٢٦ م

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/٦/٣٠ م

الملخص

إن عقد الإيجار من أكثر العقود المتداولة في الحياة العملية، وتبرز إشكاليات كثيرة فيما يتعلق بموضوعه، فمحلله يرد على تمليك منفعة المأجور لا على تمليكه، ومن ثم يقع على عاتق المستأجر التزام برد المأجور بانتهاء العقد، ولكن بالحالة التي تم استلامه بها، ونص المشرع الأردني على هذا الالتزام في القانون المدني الأردني تحديداً المادة (٧٠٠) منه، ولم يبين فيها حكم إذا تغيرت حالة المأجور عند الرد كما لو به تلف أو نقص بالمأجور أو بملحقاته أو رده وقد أحدث به محدثات، أو عدم رده في حالة كان المأجور منقولاً، ومدى تعارض هذه المادة مع النصوص القانونية الأخرى المنظمة لعقد الإيجار في القانون ذاته.

وتهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على التنظيم القانوني له، وذلك من خلال ثلاثة مباحث بينت الطرق التي سلكها المشرع في تنظيم هذا الالتزام، عرضنا فيها الحالة التي يجب أن يكون عليها المأجور وقت الرد، وإثبات حالته وجزاء الإخلال برده بالحالة التي تسلمه عليها، رجوع المستأجر على المؤجر بما أنفقه وزاده بالمأجور. ولقد توصلت من خلال هذا البحث إلى قصور موقف المشرع الأردني في تنظيم هذا الالتزام كما خلصنا إلى تصور تنظيم قانوني له بما يساهم في حل الإشكاليات التي تبرز خلال تنفيذ المستأجر التزامه برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها.

* استاذ دكتور، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة.

** محامي.

The obligation to restitute the leased property in acondition in which it was upon expiration of the contract .

Prof. Yassin Mohammed Al-Jubouri

Eisaa mahomud al -wahsh

Abstract

The obligation to restitute the leased property in the condition in which it was leased upon expiration of the contract.

The lease contract (the rent contract) is considered one of the most important contracts in practical life . Many problems and study cases arise concerning its subject-matters. Its object is to owe the benefit of the leased by the lessee. Therefore, the lessee is obliged to restitute the property to the landlord, i.e (the owner) on the expiration of the contract in its conditions when he leased it according to Article (700) of the Jordanian civil code. which does not deal with the alteration of the state of the leased property.

This study has dealt also with the sub-chapters the ways to organize such obligations as follows: The case of the leased property upon the time of restitution . proof such case. and the sanction of breach of such obligation.

This study has reached to conclusion on one hand that the Jordanian legislation i.e.(civil code or law of owners and lessee) has not dealt enough with this obligation. and on the other hand the study reached a conclusion of a legal organization to such obligation which may contribute to solve all problems that may arise.

المقدمة:

إلى المؤجر، وهنا قد تتبدل حالة المأجور أو تتغير هيئته أو كيانه بفعل الاستعمال من قبل المستأجر أو نتيجة لطبيعة المأجور أو لأسباب أخرى، أو قد يضيف المستأجر إلى المأجور بعض الإضافات أو ينفق مصاريف على المأجور وهو في حيازته، وهنا تظهر إشكاليات متعددة سببها قصور موقف

إن التزام المستأجر برد المأجور إلى المؤجر عند انتهاء عقد الإيجار، هو التزام يقابل التزام المؤجر بتسليم المأجور إلى المؤجر بعد انعقاد عقد الإيجار، وبانتهاء العقد يترتب على المستأجر التزام برد المأجور الذي كان يشغله ويستمتع به طيلة مدة العقد

١ - هل التزام المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها هو التزام بتحقيق نتيجة أم بذل عناية؟

٢ - هل يعتبر المستأجر مخلاً بالتزامه إذا رد المأجور بغير الحالة التي تسلمه عليها، كما في حالة رده وبه تلف نتيجة الاستعمال المألوف؟

٣ - هل يعفى المستأجر من مسؤولية رد المأجور إذا فُقد أو رده وبه نقص بدون تقصير من جانبه؟

٤ - هل تعتبر واقعة رد المأجور وإثبات حالته عند الرد تصرف قانوني أم عمل مادي؟ وعلى من يقع عبء إثبات حالة المأجور عند رده؟

٥ - ما مدى أحقية المستأجر بالمطالبة بالمصروفات باختلاف أنواعها التي أنفقها على المأجور وهو في حيازته؟

٦ - ما مصير ما استحدثه المستأجر بالمأجور من بناء، غراس، أو أي تحسينات أخرى عند الرد سواء بعلم المؤجر أو موافقته، أو بأمر منه، أو بدون علمه أو رغم معارضته؟

منهج البحث:

لقد تم الاعتماد في البحث على المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك بعرض النصوص القانونية في القانون المدني الأردني وقانون المالكين والمستأجرين الأردني المتعلقة بالموضوع مدار البحث وتحليلها مسترشدين بذلك بالأحكام القضائية وبالمنهج الاستنباطي المقارن كلما دعت الحاجة لذلك من خلال البحث في بعض القوانين

القانون المدني الأردني في معالجة مثل هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المستأجر، وهو ما جاء به نص المادة (٧٠٠) من القانون المدني الأردني، وعليه فإننا سنعرض بالبحث لعدة مسائل تتعلق بالتزام المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها. هذه المسائل هي على النحو التالي:

مشكلة البحث:

تقضي المادة (٧٠٠) من القانون المدني الأردني على التزام المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، وقد بينت هذه المادة مدى مسؤولية المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه بها من حيث أنه التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية، وفي هذا السياق هل يتعارض ما ورد من حكم في نص المادة سالفة الذكر مع باقي النصوص القانونية في أحكام عقد الإيجار في القانون المدني الأردني فيما يتعلق بمسؤولية المستأجر عن المأجور في نطاق درجة العناية المطلوبة بالمأجور والحفاظة عليه، وكذلك ما ورد في حكم المادة (٧٠١) من القانون ذاته، بخصوص ما زاد المستأجر بالمأجور، وهل به تعارض مع باقي النصوص القانونية في أحكام عقد الإيجار، وغيرها من الموضوعات والإشكاليات مدار البحث التي تثير تساؤلات مهمة وعديدة تتمثل بما يلي:

المبحث الأول الحالة التي يجب أن يكون عليها المأجور وقت الرد:

لقد بين المشرع في المادة (١/٧٠٠) من القانون المدني الأردني^(١) حالة المأجور وقت الرد؛ وذلك بأن يرد المستأجر المأجور كما تسلمه في بداية عقد الإيجار؛ حيث جاء النص مطلقاً من أي استثناء؛ إلا ما تقتضيه القواعد العامة في تنفيذ العقود، وما ورد في نطاق المادة (٦٩٢) من القانون ذاته المتعلق بالتزامات المستأجر في المحافظة على المأجور، حيث أن المشرع الأردني اعتمد المعيار الموضوعي لبيان درجة العناية اللازم بذلها في حفظ المأجور، وذلك عناية الرجل العادي لا الحريص ولا المتهاون، وهذا بصراحة المادة (١/٦٩٢) والتي تنص على أنه: "...وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي"^(٢)، فإن الحكم الذي جاءت به هذه المادة لا يعد إلا تطبيقاً للقواعد العامة، حيث نصت المادة (١/٣٥٨) من القانون المدني الأردني^(٣) إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيلة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفى بالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود^(٤)، فالترامه هنا يخضع لسلطة قاضي الموضوع فهو الذي يحكم هل المستأجر بذل العناية في المحافظة على المأجور أم لا؟ وذلك بالرجوع إلى العرف و طبيعة الشيء المؤجر^(٥).

العربية المقارنة التي نظمت موضوع البحث وتحديد القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، كما أنه تم الاعتماد على الفقه الإسلامي وتحديد الفقه الحنفي في تفسير بعض النصوص.

خطة البحث:

لقد تم بحث موضوع التزام المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها وفق خطة البحث التالية:

المبحث الأول: الحالة التي يجب أن يكون عليها المأجور وقت الرد.

المطلب الأول: حالة المأجور لم تتغير.

المطلب الثاني: تغير حالة المأجور عند الرد.

المبحث الثاني: إثبات رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها وجزاء الإخلال به.

المطلب الأول: إثبات رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها.

المطلب الثاني: جزاء إخلال المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها.

المبحث الثالث: رجوع المستأجر على المؤجر بالنفقات والمصروفات.

المطلب الأول: حق المستأجر بما أنفقته على المأجور.

المطلب الثاني: مصير ما زاد المستأجر بالمأجور من بناء أو غراس أو تحسينات أخرى.

كما على المستأجر أن يستعمل المأجور الاستعمال المعتاد، فالمعيار في ذلك ليس شخصي "حيث لا يتوقف على المنافع التي هدف المستأجر إلى استيفائها من العين المؤجرة لأنه لم يشترط هذه المنافع على المؤجر، وإنما يكون المعيار موضوعياً حيث تؤخذ بعين الاعتبار المنافع التي تتوخى من العين حسبما تقضى به طبيعتها" ونوع الانتفاع المخصص لها، بالإضافة لما جرى عليه العرف، وبالارتكاز إلى شروط العقد في ذلك إن وجدت^(٥)، كما يفترض مسؤولية المستأجر عن التلف أو الهلاك الذي يقع على المأجور، ولا ترفع مسؤولية المستأجر عن ذلك إلا إذا أثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد في استعمال المأجور، ودون تعد منه أو أن التلف نجم عن سبب أجنبي، وبالمقابل على المؤجر أن يثبت أن التلف أو الهلاك غير ناشئ عن الاستعمال المألوف والمعتاد للمأجور^(٦)

وبعد أن عرضنا في مقدمة هذا البحث بشكل موجز عن درجة العناية اللازمة للمحافظة على المأجور، هنا يقع على عاتق المستأجر التزام برد المأجور بحالة معينة عند انتهاء عقد الإيجار ولمعرفة حدود حالة المأجور وقت الرد، نين الأمر في حالة المأجور لم تتغير (المطلب الأول)، ومن ثم حالة المأجور الذي طرأ عليه تغيير، وذلك من خلال البحث في تغير حالة المأجور عند الرد (المطلب الثاني).

المطلب الأول حالة المأجور لم تتغير:

تقضي المادة (١/٧٠٠) من القانون المدني الأردني بأنه: "على المستأجر رد المأجور عند انقضاء مدة الإيجار إلى المؤجر بالحالة التي تسلمه بها"^(٧)، توضح هذه المادة أن التزام المستأجر برد المأجور يجب أن يكون بالحالة التي تسلمه عليها، فإذا تغيرت حالة المأجور ورده بحالة أخرى اعتبر مخالفاً بالتزامه، فيكون التزامه في ضوء هذه المادة التزام بتحقيق نتيجة، ولا يعتبر أنه أوفى التزامه إلا بتطبيق محل الالتزام بالنتيجة التي تتمثل برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، فإذا عجز المستأجر عن إثبات تحقيق هذه النتيجة اعتبر مخالفاً بالتزامه ولا ترفع مسؤوليته إلا بإثبات وجود السبب الأجنبي، فإذا لم يبين طرفا العقد حالة المأجور وملحقاته ووصفهما في عقد الإيجار أو في محضر التسليم (بداية العقد أو أثنائه)، فإنه يعتبر المستأجر قد تسلم المأجور وتوابعه في حالة تصلح معها استيفاء المنفعة المرجوة كاملة، وقضي أنه "تطبيقاً لأحكام المواد (٦٨٥، ٦٨٤، ٦٧٧، ٦٧٦، ٦٧٥) من القانون المدني التي تلزم المؤجر والمستأجر بتنفيذ ما اشتمل عليه الإيجار بصورة تحقق الغاية المشروعة منها وبما يتفق وحسن النية وذلك بنقل حق الانتفاع بالمأجور للمستأجر وتسليمه مع توابعه في حالة تصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة"، على أن هذا الفرض يتعلق بواقعة مادية يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، كما أنه لا يتحمل

التلف غير الظاهر الذي لا يمكن كشفه بالفحص العادي، فإنه يعتبر قرينة على أنه تسلمه وهو يحمل هذا التلف^(٨).

ويتضح مما سبق أنه يجب على المستأجر أن يرد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، وإلا عد خلاً بالتزامه ويكون مسؤولاً عما طرأ على هذا المأجور من تغيير مسؤولية عقدية وفقاً للقواعد العامة، ولكن ماذا لو رد المأجور وقد تغيرت حالته بسبب التلف الناجم عن استعماله استعمالاً مألوفاً، أو رده بنقص فيه أو بملحقاته أو نقص في قيمته، أو حتى فقدانه؟ هنا نعرض الإجابة على هذا التساؤل في الفرع الثاني.

المطلب الثاني تغيير حالة المأجور عند الرد:

تقضي المادة (١/٧٠٠) من القانون المدني الأردني على رد المأجور بحالته التي تسلمه عليها المستأجر عند الرد، ولم يرد فيها استثناء، إلا ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية العقدية التي يعد المدين خلاً بالتزامه بتحقيق غاية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ولكن قد لا تنهض مسؤولية المستأجر في حال تغيرت حالة المأجور وفق المادة (١/٦٩٢) من القانون ذاته التي تنص بأن "المأجور أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص أو تلف أو فقدان ناشئ عن تقصيره أو تعديه وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي"^(٩)، ويسدو واضحاً من نص المادة

(١/٦٩٢) أعلاه أن المستأجر غير مسؤول في حالة التلف الحاصل نتيجة استعمال الشيء استعمالاً مألوفاً وفيما أعد له، وقضي أن "المشرع اشترط لضمان المستأجر عما يلحق المأجور من ضرر أو تلف أن يكون هذا الضرر ناشئ عن تقصيره أو تعديه وعدم المحافظة عليه محافظة الشخص العادي، وبالفهم المعاكس فإن المستأجر لا يسأل عن الضرر الذي يلحق بالمأجور إذا كان هذا الضرر ناشئ عن الاستعمال الطبيعي للمأجور، ووفق الغاية التي يستأجر من أجلها"^(١٠).

وفي ضوء ذلك هل ما جاء في المادة (١/٦٩٢) أن المستأجر يستطيع التخلص من مسؤولية رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، بأن أثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المأجور وملحقاته حتى في حالة فقدان أو نقص أو تلف غير ناشئ عن تعديه أو تقصيره؟ هل في هذا تعارض مع مقتضى المادة (٧٠٠) التي لا ترفع مسؤوليته كما أوضحنا إلا بإثبات السبب الأجنبي في حالة الإخلال بالتزام؟ سوف نقوم بالإجابة على هذه التساؤلات وفق الآتي:

الفرع الأول تغيير حالة المأجور بسبب التلف:

المأجور أمانة؛ جاء مطلع المادة (١/٦٩٢) من القانون المدني الأردني بهذه العبارة معتبراً أن يد المستأجر تعتبر أمانة باعتباره حائزاً مال غيره، لا بقصد تملكه، أو اكتساب حق عيني آخر عليه،

وإنما يكون حائراً له نيابة عن المالك أو بإذنه حيازة العرضية، والأمانة تفرض على المستأجر أحكامها ، فلا يلزم الضمان عليه إذا تلف المأجور أو نقص من قيمته أو فقد في يده بدون صنعه وتعديه وتقصيره في الحفظ^(١١)

فإذا قام المستأجر بفعل قصد فيه التعدي- والمقصود بالتعدي هنا هو انحراف المستأجر عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، فإذا لم يبذل ذلك اعتبر مقصراً ويسمى هذا التقصير بالفقه الإسلامي التعدي^(١٢) وكان من شأن فعله أن يؤدي إلى تغيير حالة المأجور عن الحالة التي تسلمه عليها، فيكون مسؤولاً عن ذلك؛ مثل : أن يتعسف في حقه في استعمال المأجور، أو أن يتجاوز حدود المنفعة المحددة له، أو بأن لم يقيم بالعمل الملقى على عاتقه باعتبار المأجور أمانة عنده من حفظه في مكان مخصص للحفظ، أو بذل العناية في استعماله وفي المحافظة عليه بإجراء الترميمات التأجيرية الملقاة على عاتقه جراء الاستعمال المألوف للمأجور، وقضي أنه "مجرد التقصير في المحافظة على المأجور من ناحية وعدم إشعار المؤجر بحاجة المأجور إلى الصيانة والإصلاح يكفي لتوفر عنصر الخطأ"^(١٣)

و بالمقابل يكون المستأجر غير مسؤول عن التلف أو النقص في قيمة المأجور نتيجة الاستعمال المألوف له وذلك للأسباب التالية:

١- إن نتيجة التزام المستأجر باستعمال المأجور بما أعد له ، وعدم الإساءة في استعماله و المحافظة عليه بإجراء الإصلاحات التأجيرية الناتجة عن الاستعمال الطبيعي للمأجور كل ذلك هو يعد غير مخل به ما دام بذل عناية الشخص المعتاد، وفي حالة تجاوز الاستعمال المألوف بين الناس أو المشروط كان متعدياً وضمن^(١٤)

٢- والملاحظ أيضاً في هذا السياق أن المشرع الأردني في المادة (٧٧٣) من القانون المدني قد أعفى المستعير من ضمان النقص في قيمة العين المستعارة والعيب الحاصل نتيجة الاستعمال المألوف لها، فإذا كانت الإعارة تمليك الغير منفعة الشيء بلا عوض وفق المادة (٧٦٠) من القانون ذاته فإنه من باب أولى إعفاء المستأجر من التلف أو نقصان القيمة الناتج عن الاستعمال الطبيعي للمأجور في عقد الإجارة الذي هو تمليك منفعة بعوض ، وبذلك لا يكون المستأجر مسؤولاً عن التلف أو النقصان الحاصل نتيجة الاستعمال الطبيعي للمأجور، وقضي في ذلك أن "الضرر الذي ينجم عن استعمال المأجور فيما أعد له استعمالاً عادياً لا يوجب الحكم بالتخلية"^(١٥)

٣- وأيضاً لا يسأل المستأجر عن التلف الحاصل نتيجة وجود عيب في البناء يرجع إلى طبيعة المأجور نفسه، أو عدم قيام المؤجر بالترميمات الضرورية لحفظ المأجور، أو التلف الناتج عن الاستعمال المألوف الذي سببه قدم

المأجور نفسه، وقضي أن "عمليات صيانة المأجور من حيث الدهان وبدل إصلاحات أعمال البلاط الصبني نجمت عن عوامل طبيعية وليس من أعمال تخريب قام بها المدعى عليه المستأجر"^(٦٦) ويتبين مما سبق أن التزام المستأجر برد المأجور خالياً من التلف أو النقص في القيمة يكون التزام ببذل عناية فيد المستأجر على المأجور هي يد أمانه، فإذا أثبت المستأجر أنه بذل العناية المطلوبة لا يعد مخلاً بالتزامه، أما إذا أثبت المؤجر أنه لم يقد ببذل العناية المطلوبة، فإن المستأجر يسأل عن التلف و النقص في القيمة ما لم يثبت السبب الأجنبي، ولكن في حالة أن المستأجر أبقي المأجور تحت يده دون وجه حق ولم يردده إلى المؤجر هنا تنقلب يده من يد أمانه إلى يد ضمان، وهنا يلتزم المستأجر بضمان التلف الحاصل للمأجور حتى لو حصل بسبب أجنبي، لأنه يعد مقصراً في تنفيذ التزامه برد المأجور.

الفرع الثاني: تغير حالة المأجور لسبب غير التلف.

الفرض هنا في حالة أن المستأجر لم يقد برد المأجور نهائياً نتيجة لفقدانه مثل منقول فضاء أو رده ناقصاً كالنقص في رد الملحقات أو نقص في محتويات الشقق المفروشة مثلاً، فما حكم هذه المسألة نعرض لها كالأتي:

١- نلاحظ أنه ترفع المسؤولية عن المستأجر وفق الفرض السابق بمقتضى المادة (١/٦٩٢) من القانون المدني الأردني بمجرد أن لا يكون سببه ناشئ عن تقصيره أو تعديه، ومن الملاحظ هنا أن هذه النتيجة فيها تعارض مع التزام المستأجر برد المأجور الذي هو التزام بالقيام بعمل، وهو التزام بتسليم، وكل التزام بتسليم عين معينة بالذات لا يتم تنفيذه إلا بتسليم هذه العين؛ يعني التزام بتحقيق غاية معينة وهي محل الالتزام، كما أن التزام المؤجر بنقل منفعة المأجور للمستأجر هو التزام بتحقيق نتيجة^(٦٧)، فإنه بالمقابل رد المنفعة للمؤجر بانتهاء مدة الانتفاع وهو التزام بتحقيق نتيجة؛ باعتبار أن المستأجر حاز حق المنفعة لمصلحة نفسه، فتكون يده عليها يد ضمان بانتهاء هذه الحيازة، موجبة تحقيق نتيجة بردها باستثناء ما نقص محلها من قيمته أو لحقه تلف نتيجة الاستعمال الطبيعي له، باعتبار المستأجر دفع عوض مقابل هذا الاستعمال.

٢ - إن المادة (١/٧٠٠) من القانون المدني الأردني تقضي برد المأجور وملحقاته بنفس الحالة التي تسلمه عليها وهو التزام بتحقيق نتيجة أيضاً، في هذه الحالة يصبح تنفيذ التزام المستأجر مستحيلاً في رد المأجور، ولا ترفع مسؤوليته عن ذلك إلا بإثبات أنه بسبب أجنبي لا يد له فيه^(٦٨)، وأنه بمقتضى المادة (١/٦٩٢) من ذات القانون

يستطيع المؤجر أن يثبت أن المستأجر لم يبذل العناية اللازمة في المأجور لذلك تلف أو نقصت قيمته ، على عكس موضوع الفقدان فإن المأجور لم يعد موجود فليس من اليسير إثبات أن المستأجر لم يقصر في حفظ المأجور ونسب فقدانه للمستأجر^(٩٩)

٣ - ولكن بالرجوع لمصدر المادة (٦٩٢) من القانون المدني الأردني في مجلة الأحكام العدلية وبالتحديد المادة ٧٦٨ التي تقضي "إذا هلك الأمانة أو فقدت أو طرأ نقصان على قيمتها في يد الأمين بدون صنعه وتعديه وتقصيره في الحفظ لا يلزمه الضمان" هذه المادة جاءت توضح في حكم فقدان الأمانة، باعتبار المأجور أمانه كما جاء في حكم المادة (٦٩٢) من القانون المدني الأردني، ولكن جاءت بصيغة مغايرة ، بحيث اشترطت أن لا يكون الفقدان بسبب المستأجر؛ أي لا يكون للمستأجر يد فيه وليس من صنعه، بمعنى أنها لا ترفع المسؤولية عن المستأجر إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وهذا التزام بتحقيق نتيجة، فمثلا لا يلزم المستأجر في ضمان المأجور سواء أفقدت بشيء يمكن تحرزه كالسرقة - ويسأل في حالة عدم منع السارق أثناء السرقة مع وجود الاقتدار على ذلك أنظر شرح المادة (٧٧٩) من المجلة - أم غير ممكن تحرزه كالخريق، ذلك لأن السرقة بفعل أجنبي ولا يد له فيها، ولأن يده يد أمانة فلا يحمل تبعه فعل الأجنبي^(١٠٠)

٤ - ومن الملاحظ أن التشريع المقارن لم يتطرق للفقدان في تشريعاته، وتعرض لموضوع الهلاك والتلف ، ففي التشريع الفرنسي تقضي المواد (١٧٣٠ و ١٧٣٥، ١٧٣١) في إلزام المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها سواء كانت حالة المأجور مثبتة أم مفترضة، وجاء نص المادة (١٧٣٢) "يسأل عن انخفاض القيمة أو الخسارة اللتين تحدثان خلال تمتعه، إلا أن يثبت أنهما حدثتا بدون خطأ منه" ويكون مسؤول عن التلف أو نقصان القيمة مسؤولية عقدية، ولا ترفع المسؤولية عنه ما لم يثبت أن سبب ذلك لا يكون بخطأ منه، على أن يقيم الدليل أن التلف أو نقصان القيمة راجع لسبب أجنبي عنه؛ مثل الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو بفعل شخص أجنبي عنه أو بخطأ الدائن نفسه^(١٠١) كما لا يكون مسؤول عن التلف أو الخسارة الناتجة عن الاستعمال الطبيعي للمأجور وكان القدم سببها^(١٠٢)

أما في التشريع المصري فقد قضت المادة (٥٨٣/٢) من القانون المدني بأنه لا يترتب مسؤولية على المستأجر إذا أصاب المأجور تلف أو هلاك نتيجة الاستعمال المألوف له، فالالتزام المستأجر وفق النص هو التزام بعناية، وبهذا يستطيع المستأجر أن يخرج من حكم المادة (٥٩١ / ١) من ذات القانون التي تفرض على المستأجر رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، وهو التزام بتحقيق نتيجة لا ترفع المسؤولية عنه إلا بإثبات

المبحث الثاني : إثبات رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها وجزاء الإخلال به:

تبرز أهمية بيان حالة المأجور عند بداية الإجارة ، لتحديد مدى مسؤولية المستأجر عن هذه الحالة عند انتهاء عقد الإيجار، فماذا إذا لم يبين طرفا العقد حالة المأجور في العقد أو محضر التسليم، فعلى من يقع إثبات أن الحالة التي تم الرد بها هي ذات الحالة التي تم استلام المأجور بها عند بداية الإجارة ؟ والسؤال الذي يطرح هنا ، ما هي الحالات التي يعتبر المستأجر مخلا بها في هذا الإطار؟ وما هو الجزاء على ذلك ، سنقوم بالإجابة على هذه التساؤلات في مطلبين: الأول إثبات رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها ، ونفرد الثاني: جزاء إخلال المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها.

المطلب الأول إثبات رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها:

إن محور عملية الإثبات لا يتخطى القواعد العامة، حيث تعد عملية الرد واقعة مادية، فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن، وذلك لأن واقعة الرد منفصلة عن العقد، وقضت محكمة النقض المصرية بأنه " متى كان المستأجر قد ادعى أنه سلم المنقولات المؤجرة كاملة للمؤجر بعد انتهاء عقد الإيجار، ورتب على ذلك طلب رفض دعوى المؤجر، فإنه يكون قد استند لا إلى تصرف قانوني، بل إلى واقعة مادية

السبب الأجنبي، بأن سبب التلف أو الهلاك يرجع إلى الاستعمال المألوف للمأجور^(٢٣)

وهنا يتضح مما سبق أن المشرع الأردني في المادة (٦٩٢) من القانون المدني التي جاءت توضح التزام المستأجر في حفظ المأجور ومسؤوليته عنه في حال التلف أو النقص أو الفقدان، هنا قد يفهم أن المستأجر يملك منفعة المأجور مقابل عوض، ولا يمكن أن يتفقد بالمأجور إلا باستعماله، وهذا الاستعمال الطبيعي قد يترتب عليه تلف بالمأجور أو نقص في القيمة، أو نتيجة قدم المأجور، أو بسبب طبيعة المأجور، أو عدم قيام المؤجر بالترميمات المطلوبة منه لدوام المأجور وعدم هلاكه أو تلفه، ففي هذه الحالة التزامه برد المأجور بحالته التي تسلمه عليها خالياً من التلف أو نقصان القيمة يتحول من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية، وذلك في حالة اجتماع التزامين أحدهما الحفظ قبل الرد، فيستطيع أن يتخلص من المسؤولية حتى لو لم يثبت السبب الأجنبي إذا أثبت عدم وقوع تقصير منه^(٢٤)، أما في حالة الفقدان أو النقص في المأجور، فإن المشرع جعل حكم التلف و الفقدان واحداً، وهذا لا يتفق مع جوهر الالتزام بالرد الذي هو رد المأجور وهو التزام بتحقيق نتيجة؛ بحيث إذا استحال تنفيذ التزامه برد المأجور، فهو يتحمل تبعه ذلك ما لم يثبت أن السبب أجنبي لا يد له فيه^(٢٥)

هي استرداد المؤجر للمقتولات، فإذا كانت هذه الواقعة المادية ليس فيها ما يخالف الثابت بعقد الإيجار كتابة أو ما يجاوزه فإن الاعتداد بالبينة كدليل في الإثبات في هذا الخصوص يكون صحيحاً باعتبار هذه الواقعة منفصلة عن العقد^(٣٦) وهناك رأي في معرض تعليقه على قرار محكمة النقض السابق، حيث يرى أن القرار صحيح ولكن أسانيد غير صحيحة، "فليس الواقعة محل الإثبات في وفاء المستأجر بالتزامه برد العين المؤجرة واقعة مادية هي استرداد المؤجر للمقتولات، بل هي تصرف قانوني هو وفاء المستأجر بهذا الالتزام"^(٣٧)

وهنا وفاء المستأجر بالتزامه برد المأجور عبارة عن واقعة مختلطة، فهو عبارة عن التنفيذ المادي للالتزام بتسليم المأجور، وهو مبني على اتفاق، والاتفاق تصرف قانوني، ولكن فكرة التصرف القانوني يطغى عليها العمل المادي وهو تسليم المأجور، والاتفاق يظهر إذا وقع خلاف بين الطرفين على صحة رد المأجور، مثلاً في حال إذا تسلم المؤجر المأجور، ينقل ذلك عبء الإثبات من المستأجر إلى المؤجر، لأن قبول المؤجر الوفاء من المستأجر عن طريق تسلمه المأجور يعد قرينة على أن واقعة الرد صحيحة، فإذا ادعى المؤجر عكس ذلك، مثل أن المأجور ليس هو، أو أن به عجز، أو أن ملحقته لم ترد أو بها نقص، فعليه هو يقع عبء الإثبات^(٣٨).

وهنا ينشأ على ما سبق أن واقعة الرد في حد ذاتها مبنية على عمل مادي وهو تسليم المأجور، وهذه الواقعة يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، وهذا ما أخذت به محكمة التمييز الأردنية وقضت بأنه "وحيث أن البينة الشخصية المقدمة هي لإثبات واقعة عرض تسليم المبنى، ورفض المدعي التسليم، وحيث أن هذه واقعة الرد لم ترد في البينات الخطية، كما أن مثل هذه الواقعة هي واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة الشخصية، وحيث أن محكمة الاستئناف لم تناقش هذه البينة ومدى تأثيرها على إصدار القرار النهائي فإن سببي التمييز يردان على القرار المميز مما يستوجب نقضه"^(٣٩)

وأما إثبات حالة المأجور عند بداية عقد الإيجار والحالة التي يجب رد المأجور بها، إذا بين في العقد أو في محضر مستقل حالة المأجور وجب رده في هذه الحالة، أما إذا لم تبين حالة المأجور، افترض أن المستأجر استلم المأجور بحالة حسنة، ولكن هذه قرينة قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات لأن محل الإثبات واقعة مادية^(٤٠)

وقضي أنه إذا كان الشاهد المطلوب أحد المستفيدين من عقد الإيجار المبرم بين المتداعين حسب ما ورد في نصوص العقد وكانت الغاية من شهادته لإثبات حالة المأجور عند استئجاره وفي ذلك مخالفة لما ورد في عقد الإيجار من أن المميز قد تسلم المأجور كاملاً وسالماً من أي عيب وحيث لا يجوز إثبات خلاف ما اشتمل عليه

دليل كتابي فتكون شهادته غير مقبولة قانوناً.....
فلا يجوز إثبات عكس ما ورد في هذا الإقرار
الخطي وتكون الخبرة المطلوبة لهذه الغاية غير
مقبولة قانوناً^(٣١)

المطلب الثاني جزاء إخلال المستأجر برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها:

الأصل أن يقوم المستأجر بتنفيذ التزامه بعين ما
التزم به، وهو رد المأجور بالحالة التي تسلمه بها،
بمعنى أن يتم التنفيذ عيناً ما دام ممكناً وليس
مستحيلاً، لأن الاستحالة التي ترجع إلى السبب
الأجنبي ينقضي بها الالتزام، أما إذا كانت
الاستحالة راجعة لخطأه هو فإنه يلزم بالتعويض^(٣٢)
و في حالة تعذر التنفيذ العيني، فهنا تنهض
مسؤولية المستأجر العقدية، بحيث يكون مسؤولاً
عن تعويض المؤجر عن الضرر المباشر المتوقع، و
إذا كان إخلاله بالتزامه نتيجة الغش والخطأ
الجسيم الصادر منه؛ فإنه يكون مسئولاً عن
تعويض المؤجر عن الضرر المباشر المتوقع والغير
متوقع، وقضي أنه يترتب على المسؤولية العقدية
التعويض وفقاً للمادة ٣٦٣ من القانون المدني
، بحيث يقدر التعويض بما يساوي الضرر الواقع
فعلاً حين وقوعه، ولا يشمل ذلك التعويض عن
الضرر المعنوي وفوات الكسب ، أما تطبيق قواعد
المسؤولية التقصيرية على المسؤولية العقدية، فلا

يكون إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم كما
يذهب إلى ذلك الفقه^(٣٣).

في حالة ما إذا كان المأجور عقاراً مثلاً ولم يقيم
المستأجر برد المأجور عند انتهاء عقد الإيجار ، فهنا
حق المؤجر إجباره على الرد متى كان ممكناً ذلك،
فيتم تنفيذ التزام المستأجر عيناً طالما كان المأجور في
حيازته ولم يهلك^(٣٤)، وأما إذا تعذر رد المأجور
لفقده بالسرقة أو بإخفائه إن كان من المنقولات أو
رده بدون ملحقاته كلها أو جزء منها أو لحق
المأجور نفسه نقص بأن كان هناك نقص في
المساحة أو نقص في المقدار، أو لتملكه من قبل
الغير بالتقادم المكسب (الحيازة) ، فإن المستأجر في
مثل هذه الأحوال تفترض مسؤوليته عن تعذر رد
المأجور، وهنا لا يمكن أن يتحقق الجزاء بفرض
التنفيذ العيني لاستحالته، وإنما يكون مسؤولاً عن
تعويض المؤجر عما لحق به من خسارة وفاته من
كسب نتيجة عدم الرد، وذلك لأن التزام المستأجر
بالرد هو التزام بتحقيق نتيجة وهو رد المأجور
للمؤجر، ولا ترفع مسؤولية المستأجر إلا في حالة
إثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه ، كما لو
أن تملك المأجور من قبل الغير بالتقادم المكسب قد
جاء نتيجة لإهمال المؤجر نفسه في استردادها
، على الرغم من قيام المستأجر بإخطاره بما وقع
على المأجور من غضب، فإذا استطاع المستأجر

إثباته فلا تتحقق مسؤوليته، وبغير ذلك يكون مسئولاً عن تعويض المؤجر^(٣٥)

أيضاً في هذا السياق إذا أصاب المأجور تلف أو هلاك وقام المستأجر برده بهذه الحالة، ولم يتمكن المستأجر من نفي مسؤوليته عن الهلاك أو التلف، فإنه يلتزم بتعويض المؤجر عن النفقات التي تلزم لتصليح وترميم المأجور ومن ثم إعادته إلى الحالة التي كان عليها، إضافة إلى تعويض المؤجر عن حرمانه من الانتفاع بالمأجور واستغلاله خلال المدة التي يجري فيها إصلاح وترميم المأجور^(٣٦)

أما في حالة ما إذا كان المأجور منقولاً فإنه أمانه بيد المستأجر^(٣٧)، ومن كانت في حوزته أمانه وعمل على عدم ردها إلى صاحبها بدون حق^(٣٨) يترتب عليه بالإضافة للتعويض بموجب المسؤولية المدنية أيضاً دخوله في نطاق المسؤولية الجزائية باعتباره مسيئاً للأمانة، وذلك بتوفر شروط هذه الجريمة، ونصت المادة (٤٢٢) من قانون العقوبات الأردني "كل من سلم إليه على سبيل الأمانة ... لأجل الاستعمال على صورة معينة .. فكتمه أو بدله أو تصرف به تصرف المالك أو استهلكه أو أقدم على أي فعل يعد تعدياً أو امتنع عن تسليمه لمن يلزم تسليمه إليه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من عشرة دنائير إلى مئة دينار".

وهذه المادة حددت الأفعال التي يقوم بها المستأجر في إجارة المنقول، ويعد هذا السلوك

سلوكاً جرمياً، وهي بأن يعدم المستأجر المأجور عمداً، وكذلك أن يبيع المنقول أو يرهنه أو يقوم بعدم رده عمداً، فيكون للمؤجر وفق ذلك دعوى جزائية ضد المستأجر^(٣٩).

إن جريمة إساءة الائتمان لا تقع إلا على المنقول، فإن العقارات تخرج من نطاق هذه الجريمة لان العقار يحتاج التصرف به إلى شكل معين والذي يتمثل بالتسجيل في دائرة تسجيل الأراضي، إلا في حالة العقار بالاتصال أو بالتخصيص؛ مثل فصل الأبواب والشبابيك والنوافذ وغيرها فأصبحت منقولة، أو في إيجار الشقق المفروشة؛ فإذا بدد المستأجر جزء من أثاث المسكن أو بدد بعض الأدوات الزراعية لمستأجر الأرض الزراعية، أو تصرف بالمأجور^(٤٠) يحق للمؤجر أن يرفع شكوى إساءة ائتمان، وإن لم تكن مدة عقد الإيجار قد انتهت خاصة إذا وجد سوء نية لدى المستأجر، وتحقق الضرر أو أصبح أمراً لا مفر منه^(٤١)، على أنه لا تتوافر هذه الجريمة في حالة تأخر المستأجر برد المأجور، أو في حالة استعماله بعد انتهاء عقد الإيجار، أو أن يتصرف بالشيء المسلم إليه، إنما يجب أن يقترن ذلك بانصراف نية الجاني إلى إضافة المال إلى ملكه اضراً بصاحبه^(٤٢)

وتجدر الإشارة إلى أن الوفاء اللاحق لارتكاب جريمة خيانة الأمانة لا يمحوها ولا يدل بذاته على انتفاء القصد الجنائي، ومثال ذلك، أن

يقوم الشخص بإيداع قيمة المقنولات لأنه يلتزم أصلاً بردها بعينها. وفي حكم لمحكمة النقض المصرية اعتبرت المحكمة أن المال المختلس سلم للطاعن على سبيل عارية الاستعمال لا على سبيل الإيجار ... وعلّة ذلك أنه إذا كان الحكم قد أظهر استلام الطاعن للمقنولات بمقتضى عقد إيجار أو قائمة تحوله استعمالها مقابل الأجرة المتفق عليها فإنه لا يؤثر في صحته أن يكون قد اعتبر المال قد سلم على سبيل عارية الاستعمال أو على سبيل الإيجار، لأن كل من هذين العقدين من عقود الأمانة ويتوفر به ركن الائتمان.^(٣٧)

ومما يجب ملاحظته هنا أن المحكمة الجزائية لا تستند إلى طرق إثبات معينة ولكن للمشتكي الحق في أن يثبت دعواه بكافة طرق الإثبات، إلا إذا كان قضاء المحكمة في الدعوى يتوقف على وجوب الفصل في مسألة مدنية هي عنصر من عناصر الجريمة المطروحة للفصل فيها ومسألة البحث في حصول الضرر من عدمه هي مسألة موضوعية يفصل فيها نهائياً قاضي الموضوع^(٣٨)

المبحث الثالث رجوع المستأجر على المؤجر بالنفقات والمصروفات:

قد يعتمد المستأجر بإبقاء المأجور تحت يده بعد انقضاء عقد الإيجار، وذلك بإدعائه بأن له حقاً في ما أحدثه بالمأجور، وما مصيره، أو أنه قام بالإنفاق على المأجور خلال مدة عقد الإيجار فهل المستأجر حق بإدعائه بذلك؟ وهل يحق له في سبيل ذلك

حبس المأجور؟ لهذه التساؤلات وغيرها نعرض في هذا المبحث في مطلبين، نفرد الأول لحق المستأجر بما أنفقه على المأجور ونخصص الثاني لمصير ما زاد المستأجر من بناء وغراس أو تحسينات أخرى.

المطلب الأول حق المستأجر بما أنفقه على المأجور:
قد يقوم المستأجر أثناء فترة سريان عقد الإيجار بإتفاق مصروفات على المأجور، وهذه النفقات والمصروفات يلتزم المؤجر بردها إلى المستأجر وذلك استناداً إلى ما تقضي به المادة (٣/٧٠٠) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها أنه: "يلتزم المؤجر بنفقات الرد".

ومن الملاحظ هنا أن القانون المدني الأردني لم ينص في عقد الإيجار على حكم خاص بأنواع هذه المصروفات، وكل ما ورد في نص المادة (٣/٧٠٠) أعلاه هو ذكرها لنفقات الرد، وكذلك نص المادة (٧٠١) من القانون المدني الأردني الذي يتعلق بإحداث المستأجر بناء أو غراساً في المأجور، وإتفاقه النفقات لذلك، وهذه النصوص لا شأن لها بتفصيلات المصروفات، فما هو الحل وما هو الحكم لتحديد مثل هذه المصروفات من حيث أنواعها ومن حيث وجوب وعدم وجوب رجوع المستأجر على المؤجر؟ للإجابة عن ذلك نبحت هذا المطلب بثلاثة فروع، الأول المصاريف

الضرورة، الثاني المصاريف الكمالية والثالث المصاريف النافعة.

الفرع الأول: المصاريف الضرورية

وهي المصاريف التي يقوم المستأجر بإففاقها على المأجور، وهي بالأصل تقع على عاتق المؤجر، فقد نصت المادة (٦٨١ / ١) من القانون المدني الأردني "يلزم المؤجر أن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في المأجور يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة، فإذا لم يفعل جاز للمستأجر فسخ العقد أو الحصول على إذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق بالقدر المتعارف عليه".^(٤٥)

فالمقصود بالمنفعة المقصودة "هي المنفعة التي يتفق عليها المتعاقدان على لزوم قيام المأجور بتحقيقها، وفي حالة عدم وجود اتفاق فتكون هذه هي التي تتأتى من المأجور طبقاً لطبيعته"^(٤٦)، ولدوام هذه المنفعة، فرض المشرع على المؤجر القيام بالترميمات الضرورية لإصلاح المأجور ولكن هناك نوعين من الترميمات الضرورية وهما:

أولاً: الترميمات الضرورية لحفظ المأجور.

فهذه الترميمات من حق المؤجر، فلا يحق للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجرائها، وبالمقابل هي تقع على عاتقه، فهي التي تكون لحفظ المأجور من الهلاك أو التلف بحيث يجعل استيفاء المنفعة كلياً أو جزئياً غير ممكن، مثل ترميم السقف

الموشك على الانهيار، إصلاح الحائط الآيل للسقوط، أو إصلاح التسريب الذي يهدد أساسات المنزل، فهذه الإصلاحات ضرورية لبقاء المأجور وهي ضرورية للانتفاع به أيضاً، ولكن لأنها ضرورية لحفظ المأجور فكانت هي الصفة الغالبة^(٤٧).

ثانياً: الترميمات الضرورية للانتفاع بالمأجور:

فهذه الترميمات الضرورية للانتفاع بالمأجور بالمأجور كاملاً، طوال مدة الإيجار، فإن التزام المؤجر بذلك هو التزام بتحقيق نتيجة، فهو ملزم به سواء كان ناشئ عن قوة قاهرة، أم فعله هو، أم أحد أتباعه، أو إلى فعل الغير، فهو يقوم بالإصلاح ثم يرجع بالتعويض على من تسبب بالتلف الذي أصاب المأجور، ولكن المؤجر يستطيع أن يتخلص من هذا الالتزام إذا أثبت أن هذا الخلل بالمأجور نتيجة خطأ المستأجر أو شخص آخر ممن يسأل عنهم؛ كأولاده وتابعيه ومن يشتركون معه في استعمال المأجور^(٤٨)، فهي وإن لم تكن ضرورية لحفظ المأجور وليست بسيطة كالترميمات التأجيرية التي جرى العرف أنها على المستأجر نتيجة الاستعمال المألوف للمأجور - كإصلاح البلاط وزجاج النوافذ و مفاتيح الأبواب وصنابير المياه ودهان الحائط ومفاتيح الكهرباء. - ومثال الترميمات الضرورية للانتفاع بالمأجور، إصلاح السلم والدرج أو المصعد أو دورات المياه وهنا في هذا السياق ما يعد إصلاح ضروري أم تأجيري

يختلف باختلاف الظروف والأحوال، ويحسن أن يترك لسلطة قاضي الموضوع في تحديده، ويراعى عرف الجهة والبلد في ذلك^(٤٩)

ولهذا التمييز أهميته بحيث أن الترميمات التي يلزم المؤجر بالقيام بها هي التي تؤثر على استيفاء منفعة المأجور، فقد تكون هنالك ترميمات المقصود منها حفظ المأجور دون أن تكون لازمة للانتفاع بالمأجور؛ مثل تدعيم أعمدة البناء وجدارانه، أيضاً قد تكون الإصلاحات ضرورية لحفظ المأجور والانتفاع به؛ مثل إصلاح شقوق في كراج موجود في الحديقة ولم يكن المستأجر يستعمل هذا الكراج، فإن المؤجر غير ملزم بالقيام بهذه الإصلاحات لأنه لا يؤثر على استيفاء منفعة المأجور، وعلى كل حال يرجع الأمر في تحديد كون الإصلاحات ضرورية للانتفاع بالمأجور أم لا إلى محكمة الموضوع^(٥٠).

فإذا امتنع المؤجر عن القيام بالترميمات الضرورية، هل يحق للمستأجر القيام بها؟ ويرى الدكتور علي العبيدي أن المادة (٦٩٤ / ١) من القانون المدني الأردني أعطت الرخصة للمستأجر للقيام بهذه الترميمات حيث نصت "لا يجوز للمستأجر أن يحدث في المأجور تغييراً بغير إذن المؤجر، إلا إذا كان يستلزمه إصلاح المأجور ولا يلحق ضرراً بالمؤجر" وذهب هذا الرأي في أنه يجوز للمؤجر أن ينفق على المأجور مصروفات

ضرورية لحفظ المأجور أو لإصلاحه بدون إذن المؤجر^(٥١)

ولا يرى الباحث الأساس الذي ذهب إليه الرأي السابق لتبرير حق المستأجر في إنفاق المصروفات الضرورية، وإنما للمستأجر أن يقوم بإجراء هذه الترميمات بموجب المادة (٦٨١) من القانون المدني الأردني، وذلك للأسباب التالية:

أولاً: جاءت المادة (٦٩٤) في سياق عدم جواز إحداث تغيرات مادية بالمأجور إلا بإذن المؤجر، وجاءت باستثناء إذا كانت هذه التغيرات المادية هدفها إصلاح المأجور، جاز إجراؤها اتساقاً مع المادة (٦٨١).

ثانياً: الأصل أن يقوم المؤجر بالتزامه في صيانة المأجور، وعند الإخلال في هذا الالتزام جاز للمستأجر بعد توجيه إعذار للمؤجر أن يطالبه بتنفيذ التزامه وفقاً للمادة (٢٤٦) من القانون المدني الأردني، وإجباره على تنفيذه عيناً متى كان ممكناً وغير مرهقاً وفق المادة (٣٥٥ / ١) من القانون ذاته، كما له المطالبة بالتعويض عن الأضرار المتوقعة الحصول والتي أصابت الشخص أو أمواله نتيجة تأخر المؤجر بتنفيذ التزامه في إجراء الإصلاحات، كما له المطالبة أيضاً في الأضرار المباشرة غير المتوقعة الحصول في حال صدور غش من جانب المؤجر.

فإذا حكمت المحكمة على المؤجر بالقيام بالإصلاحات ولم يقم بها؛ هنا جاز للمستأجر وفق نص المادة (٦٨١) الطلب من المحكمة الحصول على ترخيص بخوله القيام بهذه الإصلاحات، والرجوع على المؤجر بالقدر المتعارف عليه، وقضي في هذا السياق أنه "إذا استعمل المميزون حقهم باللجوء إلى المحكمة لتسمح لهم بإصلاح العيوب والنواقص في المأجور ليتمكنوا من الانتفاع به الانتفاع المتفق عليه والمقصود في عقد الإيجار، وأن يعودوا بالنفقات على المؤجر وأن المحكمة سمحت لهم بذلك عملاً بأحكام المادة ٦٨١ من القانون المدني"^(٦١)، فإذا كانت هذه الإصلاحات تستوجب تغيير مادي بالمأجور جاز للمستأجر إجراؤها بدون موافقة المؤجر عملاً بأحكام المادة (٦٩٤) من القانون المدني الأردني.

ثالثاً: قضت المادة (٢/٦٨١)، أنه إذا كانت الترميمات بسيطة يجب إجراؤها؛ مثل إصلاح السلم أو ترميمات مستعجلة مثل إصلاح السقف عند نزول المطر، وطلب المستأجر من المؤجر القيام بها، وتأخر المؤجر بالقيام بها في الميعاد المحدد أو تعذر الاتصال بالمؤجر، جاز للمستأجر إصلاحه على نفقة المؤجر دون ترخيص القضاء، وهذا تطبيقاً للقواعد العامة في المادة (٢/٣٥٦) من القانون المدني الأردني.

رابعاً: إن ما يوحى إليه نص المادة (١/٦٨١) في شق منها بأنها تخص الترميمات اللازمة للانتفاع بالمأجور دون الترميمات اللازمة لحفظه، وإذا كان هذا الفرض صحيح، فهنا نرجع المسألة في خصوص المصروفات الضرورية لحفظ المأجور إلى القواعد العامة في نطاق الحيازة التقادم المكسب، كسب لكسب الملكية والحقوق العينية، تحديداً نص المادة (١/١١٩٣) من القانون المدني الأردني، على اعتبار أن المستأجر يعد حائزاً عرضياً، والمؤجر مالكا.

والسؤال الذي يثور هل يحق للمستأجر الرجوع على المؤجر في ما أنفقه على المأجور من مصروفات ضرورية؟

في مضمون ما سبق بيانه أنه يستطيع في حالة إذا أخذ إذناً من المحكمة بذلك، أو في الإصلاحات من الأمور البسيطة عرفاً أو المستعجلة وتأخر المؤجر بإجرائها أو تعذر الاتصال به جاز للمستأجر إجراؤها واقتطاعها من الأجر، ولكن في حالة أن قام المستأجر بإصلاح المأجور مما يلتزم به المؤجر، دون الحصول على ترخيص من القضاء، ولم يكن القانون ليعفيه من هذا الترخيص، هنا في هذه الحالة يستطيع الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء بلا سبب^(٦٢) ويستطيع المستأجر أن يحبس المأجور وعدم رده دون أن يستوفي ما أنفقه على إصلاح المأجور وترميمه سواء بإذن أم لا، حتى يسترد ما أنفقه على

المأجور من مصروفات، وله المطالبة بالفوائد من تاريخ المطالبة بها، و له التنفيذ على أي من أموال المؤجر بموجب المادة (٣٦٥) من القانون المدني الأردني، كما له الرجوع بما أنفقته على صيانة المأجور وكانت هذه الصيانة في منفعة المأجور؛ ولكن بشرط أخذ إذن المؤجر بإجرائها وذلك بموجب المادة (٦٨٢) من القانون ذاته، ويكون حق المستأجر حق ممتاز على المأجور إذا كان منقولاً^(٥٤).

الفرع الثاني: المصاريف الكمالية

هي النفقات التي ينفقها المستأجر على المأجور في سبيل تزيينها وزخرفتها، مثل عمل ديكورات في الأسقف، تلوين الجدران، فرش الأرض بالمشمع، وضع ثريات، وتغيير زجاج البيت إلى زجاج عازل للصوت أو ملون، زراعة الحديقة أو فرش الطريق المؤدي إلى المنزل بالرممل^(٥٥)، فهذه المصروفات ترجع بالمنفعة الشخصية للمستأجر؛ ولذلك فليس له الرجوع على المؤجر بهذه النفقات والمطالبة بها عند رد المأجور، وذلك بمقتضى نص المادة (٢/٦٨٢) من القانون المدني الأردني حيث نصت "إذا كان ما أحدثه المستأجر عائدًا لمنفعته الشخصية فليس له حق الرجوع على المؤجر ما لم يتفق على غير ذلك"، فهذه المادة أجازت للمستأجر إنفاق مثل هذه المصروفات، ولكن بموجب الحصول على إذن من المؤجر

وذلك بمقتضى نص المادة (١/٦٨٢) من ذات المادة، فإذا لم يحصل على إذن وأحدث تغييراً في المأجور فعليه إعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها وذلك بموجب المادة (٦٩٤) والمادة (١/٧٠٠) من ذات القانون، فإذا تركها المستأجر لا يحق له مطالبة المؤجر بأي تعويض، ويحق للمستأجر نزاعها من المأجور، ولكن عليه إعادة المأجور كما تم استلامه.

والتساؤل الذي يظهر هنا هو، مادام أنه ليس من حق المستأجر مطالبة المؤجر بالمصروفات الكمالية التي أنفقها على المأجور، ثم إذا ترك المستأجر ما استحدثه بالمأجور بهذه المصروفات الكمالية، لا يجوز له أن يطالب المؤجر بأي تعويض عنها، فهل يجوز للمستأجر أن يتزع ما استحدثه في المأجور لكي يعيد المأجور إلى حالته التي كان عليها؟ ثم هل يحق للمؤجر أن يعترض ومن ثم القيام بمنع المستأجر من نزاعها مقابل دفع قيمتها، وهل يدفع المؤجر قيمتها قائمة أم مستحقة للقلع؟

للإجابة على مثل هذه التساؤلات لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم المصروفات الكمالية في القانون المدني، وبالتحديد نص المادة (٣/١١٩٣) التي تقضي بأنه: "ولا يلتزم المالك برد النفقات الكمالية، ويجوز للحائز أن يتزع ما أقامه بهذه النفقات على أن يعيد الشيء إلى حالته

الفرع الثالث: المصاريف النافعة

هي المصروفات التي يسعى المستأجر من ورائها إلى تحسين المأجور وزيادة منفعة مما ينتج عنه زيادة في قيمته، وهي ليست ضرورية لحفظ المأجور، كما أنها ليست مصروفات من أجل إحداث النقوش والتزيين للجدران، وإنما قد تكون مصروفات تقع على عاتق المستأجر كالترميمات التأجيرية، أو مصروفات ضرورية للارتفاع بالمأجور تقع على عاتق المؤجر، فإذا قام بها المستأجر يحق له الرجوع بها على المؤجر إذا أجراها بترخيص من القضاء أو بإذن المؤجر، أما بغير ذلك فيرجع على المؤجر وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، أي بمقدار ما زاد بالمأجور من جراء هذه الترميمات أو بمقدار ما أنفقه عليها، أي القيمتين أقل^(٦٧)، وقد تكون مصروفات أو وجد المستأجر بها في المأجور بناء أو خدمات كالماء أو الكهرباء أو الصرف الصحي، وحكم هذه المصروفات وما يثار بخصوصها من إشكاليات سيتم بيانه في المطلب التالي.

المطلب الثاني مصير ما زاد المستأجر بالمأجور من بناء أو غراس أو تحسينات أخرى:

الفرض هنا قيام المستأجر ببناء طابق جديد أو استحداثه أو إيجاد غراس أو زيادة مرافق المأجور أو عمل تحسينات أخرى تزيد من قيمة المأجور، فما هو مصير هذه التغيرات التي يحدثها المستأجر في المأجور عند نهاية عقد الإيجار؟ نعرض

الأولى، وللمالك أن يستبقها لقاء قيمتها مستحقة الإزالة".

يتضح لنا من نص المادة (٣/١١٩٣) أعلاه، أنه تتنازع النص القانوني حالتان إحداهما أنه في حق الحائز وهو هنا المستأجر، أن يتزع ما أقامه من محدثات بهذه النفقات والمصروفات الكمالية على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، وأن حق المالك وهو هنا المؤجر أن يستبقها بقيمتها مستحقة للقلع. والتساؤل الذي ينهض وبشدة هنا هو، ماذا لو طلب المستأجر انتزاع ما أقامه، وطلب المؤجر استبقاءه، فأَيُّ منهما يرجح حقه على الآخر؟

إن صيغة نص المادة (٣/١١٩٣) سالفة الذكر لا توضح أي الحقين أولى وأرجح، ويرى الدكتور علي العبيدي أن حق المالك يتقدم على حق الحائز، وذلك لأن المشرع ختم به النص^(٦٨)

ونعتقد من جهتنا بصواب هذا الرأي وذلك لأن المادة (٣/١١٩٣) أصلها هو نص المادة (١١٦٧) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها :

٣ - وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للحائز أن يطلب بشيء منها ، وعلى ذلك يجوز له أن يتزع ما استحدثه منها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا أثر المالك أن يستبقها في نظير دفع قيمتها للقلع".

للإجابة عن هذا التساؤل في ثلاث فروع نخص الأول لبيان موقف التشريع المقارن، ومن ثم نبين في الثاني موقف القانون المدني الأردني، والثالث نفرد لمصير ما زاد المستأجر بالمأجور من بناء وغراس أو تحسينات أخرى.

الفرع الأول موقف التشريع المقارن:

يفرق التشريع المقارن بين ما زاده المستأجر بالمأجور إذا كان يعلم المؤجر و دون معارضته، وبين إذا كان دون علم المؤجر أو رغم معارضته، أو كان بأمر المؤجر.

ففي القانون المدني المصري وتحديدًا المادة (٥٩٢) منه التي قضى حكمها، بأنه إذا علم المؤجر بإجراء المستأجر بناء أو غراس أو أي تحسينات أخرى ولم يعترض عليها، فكانت هذه موافقة ضمنية أو صريحة منه بإجرائها، فحكم هذه الحالة في الفقرة الأولى من هذه المادة بأن يستحوذ المؤجر على هذه التحسينات، بمقابل أن يدفع للمستأجر أقل القيمتين، ما أنفقه على هذه التحسينات أو ما زاد في قيمته^(٥٨).

أما في حالة قيام المستأجر بإجراء التحسينات بدون علم المؤجر أو رغم معارضته، أي أن يكون المؤجر غير موافق فعلاً على التحسينات، أو غير موافق عليها حكماً إذا تمت دون علمه، فهو غير ملزم ببقاء هذه التحسينات كما في الفرض السابق، ففي حال طلب المؤجر إزالتها وجب

على المستأجر أن يزيلها وأن يعيد المأجور إلى حالته التي استلمه عليها، كما يحق للمؤجر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيب العقار إذا كان له مقتضى، أما حالة الطلب ببقائها فعلى المؤجر أن يدفع للمستأجر أقل القيمتين، ما أنفقه على هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار^(٥٩).

أما في القانون المدني العراقي فقد توافقت الأحكام الخاصة الواردة في شأن التحسينات التي يجريها المستأجر في المأجور مع التقنين المصري بذلك، ومع وجود بعض الفروق نعرض لها - لعدم التكرار - حيث قضت المادة (٢٧٧٤/٢) من القانون المدني العراقي بالنص الصريح على حق المؤجر بالخيار بإبقاء أو إزالة التحسينات في حالة إضافتها دون علم المؤجر أو بالرغم من معارضته إذا كانت إزالتها تضر بالعقار، فإن المستأجر يملك ما استحدثه بالمأجور بقيمته مستحقاً للقلع، وأيضاً بمقتضى المادة (٣٧٧٤/٣) في حال أن يطلب المؤجر من المستأجر القيام بالتحسينات، فهنا قد لا يوجد اتفاق على مصير النفقات التي يصرفها المستأجر على المأجور، و يكون المؤجر ملزم أن يرد للمستأجر مقدار ما أنفقه بالقدر المعروف، وفي حالة الخلاف على القدر تقوم المحكمة بالبت بالموضوع بعد تقدير القيمة بواسطة الخبراء^(٦٠).

الفرع الثاني موقف القانون المدني الأردني:

نصت المادة (٧٠١) من القانون المدني الأردني.

١- إذا أحدث المستأجر بناءً أو غراساً في المأجور ولو بإذن المؤجر كان للمؤجر عند انقضاء الإيجار إما مطالبة بهدم البناء أو قلع الغراس أو أن يملك ما استحدث بقيمته مستحق القلع إن كان هدمه أو إزالته مضرًا بالعقار.

٢- فإن كان الهدم أو الإزالة لا يضر بالعقار فليس للمؤجر أن يقيه بغير رضا المستأجر.

هنا من الملاحظ وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي الذي اعتمد عليه كثيرًا المشرع الأردني في نصوصه وبالتحديد الفقه الحنفي في هذه المسألة، ففي مجلة الأحكام العدلية تقضي المادة (٥٣١) بأنه: "لو أحدث المستأجر بناءً في العقار المأجور أو غرس شجرة فالأجر غير عند انقضاء مدة الإجارة إن شاء قلع البناء أو الشجرة وإن شاء أبقى ذلك وأعطى قيمته كثيرة كانت أم قليلة"^(١١).

هنا أعطي الخيار للمؤجر بالإبقاء على ما يحدثه المستأجر، سواء كان إزالة المحدثات مضر أم غير مضر بالمأجور، فإذا كان مضرًا له؛ كان للمؤجر تملكها جبراً على المستأجر وإعطاء قيمتها مستحقاً للقلع يوم الخصومة، وذلك لأن المؤجر يدفع قيمتها دفعاً لما يلحق به من ضرر، أما في حالة عدم وجود ضرر بالمأجور نتيجة هدم البناء وقلع الغراس، فليس للمؤجر تملك المحدثات بغير

رضا المستأجر؛ وجاء الحكم بهذه الصورة لأن المؤجر والمستأجر متساويان في ثبوت الملك فلا يرجع أحدهما على الآخر، "فهنا يجب اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به أحدهما في هذه الحالة دون الآخر" وبالنتيجة ليس للمستأجر إبقاء ما أحدثه في المأجور من بناء وغراس بدون رضا المؤجر، لأن المستأجر ملزم برد المأجور فارغاً كما تم استلامه^(١٢).

وهذا يوضح لما أضاف المشرع الأردني في المادة (٧٠١ / ١) "ولو بإذن المؤجر..." حيث أنه في آخر الأمر يكون الخيار للمؤجر في إبقاء المحدثات التي يحدثها المستأجر بالمأجور، وما جاءت هذه العبارة إلا تكريساً لهذا المبدأ، حيث قضى أنه "ولم يبين العقد الوارد ذكره ما يشير إلى مآل هذه الإنشاءات عند انتهاء العقد فإن ما يحكم ذلك نص المادة (٧٠١) من القانون المدني..... وحيث القاعدة هي أن البناء لبانيه ولو كان على أرض الغير فإن الميزة تعتبر هي المالكة للأبنية التي أضافتها حتى تستعمل الحكومة خيارها الوارد في المادة المشار إليها"^(١٣).

ونرى أن هناك بعض الملاحظات على المادة (٧٠١) نوجزها كالآتي:

أولاً: بينت هذه المادة حكم البناء أو الغراس التي يحدثها المستأجر بالعقار، ولم تبين حكم التحسينات الأخرى التي يحدثها المستأجر بالمأجور وتؤدي إلى زيادة قيمة المأجور، والإكثار من طرق

الانتفاع به، ولا تتعارض مع مصلحة المؤجر والمستأجر؛ مثل أن يدخل المياه النقية أو الصرف الصحي على الدار، تمديدات تدفئة، مظلة قرميد، أطقم حمامات ومطبخ، أو أبواب جديدة^(٦٤)

ثانياً: جاء حكم المادة (٧٠١) واحداً بالنسبة لما يحدثه المستأجر بالمأجور، بحيث لم يبين كما فعل التشريع المقارن بين ما يحدثه المستأجر بعلم المؤجر أو دون معارضته، وبين ما يحدثه بدون علمه أو رغم معارضته أو بأمر من المؤجر.

ثالثاً: جاءت هذه المادة بحكم خاص يتعلق بالعقار المؤجر، ولم تتعرض لما يحدثه المستأجر في المنقول المأجور.

رابعاً: ويرى الدكتور علي العبيدي أن حكم المادة (٧٠١) من القانون المدني الأردني يتعارض مع حكم المادة (٦٨٢) من نفس القانون، ويخلص إلى نتيجة بأنه يفضل إلغاء المادة (٧٠١) والاكتفاء بتطبيق القواعد العامة المبين حكمها في المواد (١١٤١، ١١٤٠، ١١٤٢) في موضوع الاتصال بفعل الإنسان^(٦٥) والتي أحالت إلى تطبيقها المادة (١١٩٣) التي جاءت في موضوع استرداد النفقات التي ينفقها حائز العقار.

كما يرى الدكتور عباس العبودي أنه يوجد خلاف بين المادة (٧٠١) و(٦٨٢)، ولكن من باب التوفيق بين النصين، فيرى أن حكم المادة (٧٠١) تمثل قاعدة عامة في تحديد مصير ما يحدثه

المستأجر في المأجور، وأما المادة (٦٨٢) جاءت بحكم خاص بالإنشآت والإصلاحات التي يقيمها المستأجر بإذن المؤجر لمنفعة المأجور أو صيانتة^(٦٦).

ولا يرى الباحث ما ذهب إليه الرأيين السابقين وذلك للأسباب التالية:

أولاً: جاءت المادة (٦٨٢) في ظاهرها بحكم يتعارض مع المادة (٧٠١) حيث نصت:

١- إذا أحدث المستأجر بإذن المؤجر إنشآت أو إصلاحات لمنفعة المأجور أو صيانتة رجع بما أنفقه بالقدر المتعارف عليه وإن لم يشترط له حق الرجوع.

٢- أما إذا كان ما أحدثه المستأجر عائداً لمنفعته الشخصية فليس له حق الرجوع على المؤجر ما لم يتفق على غير ذلك^(٦٧)

ونلاحظ أن هذا النص جاء في صيانة المأجور، التي يقوم بها المستأجر بإذن المؤجر خلال مدة الإيجار وحقه بالرجوع عليه خلال المدة، وبالرجوع لمصدر هذه المادة من مجلة الأحكام العدلية نرى أنها جاءت بمفردة "التعميرات" حيث نصت المادة (٥٣٠) من المجلة التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن الأجر إن كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانتة.. وهذه التعميرات إذا أجراها المستأجر بإذن المؤجر أو بإذن القاضي يحق له الرجوع على المؤجر حتى لو لم يشترط ذلك

بمقتضى المادة (٥٣٠) من المجلة إذا كانت عائدة لمنفعة المأجور، أما في حالة عملها من تلقاء نفسه أو كانت عائدة لمنفعته الشخصية فليس له الرجوع على المؤجر ويكون من قبيل التبرع، لأن الغرم بالغنم؛ ويكون مصير ما يحدثه بدون إذن المؤجر بعد انتهاء عقد الإيجار بأنه إذا كان ما أحدثه المستأجر غير مستهلك؛ أي ما يمكن إزالته وتفريقه عن أبنية المأجور دون حدوث ضرر له؛ مثل إضافة بناء إلى المأجور، وضع نوافذ زجاج، بلط الدار، أو وضع أقفال لها، فللمستأجر قلعها إذا لم يكن من ذلك ضرر، أما إذا كانت إزالتها تحدث ضرراً فليس له قلعها ويأخذ قيمتها يوم الخصومة، أما إذا بنى في الدار بأمر الآجر، فليس له عند انتهاء الإجارة أخذ قيمة ما أنفق بل له ثمن الأشياء مقلوعة^(٦٨).

وفي ضوء ذلك نلاحظ أن المقصود بالإنشاءات هو ليس بنية أساسية بالبناء أي استحداث شيء جديد بل هي الأعمال التي يقوم بها المستأجر من أجل صيانة المأجور، أو بإجراء تحسينات تخرج عن نطاق البناء أو الغراس التي قصدها المشرع بالمادة (٧٠١)، التي يقوم بها المستأجر على الأرض المؤجرة، وقضت محكمة التمييز الأردنية "إذا قامت الميزة بإضافة إنشاءات عدة هي عبارة عن فندق وملاحق له وإن العقد تم تجديده لمدة عشرة سنوات أخرى، ولم يبين بالعقد الوارد ذكره ما يشير إلى مآل هذه

الإنشاءات عند انتهاء العقد، فإن ما يحكم ذلك نص المادة (٧٠١) من القانون المدني باعتبار أن إحداث الميزة للأبنية، المستأجرة لأرض الدولة المؤجرة كان بإذن الأخيرة.."^(٦٩) كما أنه قضى في حكم سابق أنه "تعتبر واقعة استصلاح الأرض وغرسها بالأشجار وإقامة المنشآت كلها من قبل المميز ومواد من عنده وبإذن المالك سبب من أسباب كسب الملكية بالاتصال بالمعنى المقصود بالمادة ١١٤٢، يختلف عن سبب كسب الملكية بالعقد،... ولا محل في هذه الدعوى لتطبيق أحكام المادة ٧٠١ من القانون المدني.. ولا يتفق لما ذهب له محكمة التمييز الموقرة في حكمها الثاني باعتبار أنه من الأولى تطبيق الحكم الخاص الوارد في المادة (٧٠١)، فهو يقيد الحكم العام في المادة (١١٤٢)^(٧٠)

كما نلاحظ وتحديدًا المادة (١/٧٦٣) من القانون المدني العراقي التي تقابل المادة (٦٨٢) من القانون المدني الأردني وتحمل نفس الحكم ولكن بصياغة مغايرة وذلك في سياق صيانة المأجور "الترميمات التي يقوم بها المستأجر بإذن المؤجر إن كانت عائدة إلى إصلاح المأجور وصيانته.. فكلًا المادتين تين حكم التغيرات التي يكون الهدف منها إصلاح المأجور، ولكن في المادة (٦٨٢) أضافت مصطلح (إنشاءات) قد يكون منها ما هو ضروري لصيانة المأجور؛ مثل الإنشاءات بهدف بناء جدار آيل للسقوط، أو زيادة الانتفاع به مثل

إجراء تحسينات على المأجور عمل ديكورات مثل قرميد أو إدخال تكييف مركزي، أو دهان سيارة أو تنجيد فرشها ، فإذا قام المستأجر بإحداث هذه التغيرات بإذن المؤجر حق له الرجوع عليه بالتلفات، أما إذا عملها بدون إذنه هنا بمقتضى المادة (٦٩٤) لا يحق للمؤجر المطالبة بفسخ العقد أو الإخلاء ما دامت هذه الإنشاءات في نطاق إصلاح المأجور أو إضافة تحسينات عليه لا تلحق به ضرر، وحكم هذه التحسينات يخضع في التزام المستأجر إعادة المأجور إلى الحالة التي تسلمه عليها عند انتهاء عقد الإيجار، نزولاً لحكم المادة (١/٧٠٠) والمادة (٢/٦٩٤) من القانون المدني الأردني، ما لم يتفق على غير ذلك.

كما أنه لم يدخل المشرع العراقي كلمة إنشاءات كما فعل المشرع الأردني، ولكنه في المقابل نص على مصطلح "أو قام بتحسينات أخرى" في المادة (١/٧٧٤) من القانون المدني العراقي ، على عكس المشرع الأردني الذي لم يتطرق لها في المادة (٧٠١) وأقتصر على البناء أو الغراس، ويرى الباحث في ضوء ذلك أن المشرع أورد مصطلح الإنشاءات لكي تتسق مع المادة (٦٩٤) وما قد يحدثه المستأجر من تغيرات بدون إذن المؤجر يكون الغرض منه إصلاح المأجور أو إضافة تحسينات أخرى، وما يكون حكماً بانتهاء

عقد الإيجار بإعادة المأجور إلى حالته ، ولا يحق له الرجوع عليه بالتحسينات التي يجريها للمأجور. وفي ضوء ذلك لا يوجد تعارض بين المادة (٦٨٢) والمادة (٧٠١) ، حيث لكل مادة مجالها الخاص الذي يحكمها ، فالمادة (٦٨٢) تدخل في نطاق صيانة المأجور والإنشاءات التي تدخل في ذلك، بالإضافة إلى التحسينات الأخرى التي ينشئها المستأجر بالمأجور بإذن المؤجر، سواء عائدة لمنفعة المأجور أم كمالية عائدة لمنفعته الشخصية، فإذا أجراها بغير إذن المؤجر سرى بحكمها حكم المادة (١/٧٠٠) و (٢/٦٩٤) من القانون المدني، عند انتهاء عقد الإيجار بإزالتها بطلب من المؤجر وإعادته لحاله، فإذا كانت إزالتها مضر بالمأجور سواء كان منقولاً أم عقاراً، هنا تطبق القواعد العامة في ذلك بأنه يحق للمؤجر تملكها بقيمتها مستحقة القلع وفق المادة (١١٤٠).

ثانياً: إن القول بتطبيق القواعد العامة بدلاً من المادة (٧٠١) محل نظر وتحديدًا المادة (١١٤١)، حيث جاءت هذه المادة تبين حكم من يحدث بناء من مواد مملوكة له بأرض الغير بزعم سبب شرعي، والسبب الشرعي معناه أستاذ إلى سبب لو صح لكان التصرف صحيحاً أي أن الباني لم يكن ليقوم بالبناء لولا أنه توهم وجود هذا السبب، بمعنى أنه يعتقد بحسن نية أن له الحق في إنشائها، مثل أن يعتقد أنها مورثة له، أو حصته من

الشركة، أو انتقلت إليه بالتبرع....، وبذلك وبما أن المستأجر يحوز المأجور لحساب غيره لأن حيازته عرضية على المأجور، فإذا بنى أو غرس لا يستفيد من حكم هذا النص، لأن تصرفه هذا لا يعد حسن النية،^(٧١)

وأخيراً في حكم البناء والغراس أو التحسينات الأخرى التي يجري الاتفاق عليها، فإنه من المعلوم بأن العقد شريعة المتعاقدين، فإذا وجد اتفاق في عقد الإيجار ذاته أو في اتفاق لاحق، فإن هذا الاتفاق واجب التطبيق، فإذا اتفق الطرفان أن يحتفظ المؤجر بما يقيمه المستأجر من تحسينات عند انتهاء عقد الإيجار دون مقابل أو بمقابل أو الاحتفاظ بها نظير قيمة يقررها أهل الخبرة سواءً مستحقة البقاء أو مستحقة الإزالة حسب الاتفاق، أو إزالتها من قبل المستأجر وجب تطبيق ذلك، كما أنه إذا اتفق على عدم إحداث بناء أو غراس أو غير ذلك من التحسينات في المأجور، فيحق للمؤجر عند انتهاء عقد الإيجار طلب إزالتها وإعادة المأجور إلى الحالة التي تسلمه عليها، أو أن يستبقى هذه المنشآت دون تعويض^(٧٢)

الفرع الثالث ملكية البناء والغراس:

إن مصير البناء أو الغراس التي يقوم بها المستأجر بالمأجور يكون في نطاق حالات ثلاث^(٧٣).

١- وجود شرط ما بين المستأجر والمؤجر بأن يملكها الأخير بعوض أو بدون، فإن المؤجر يعد

هنا مالكا للبناء والغراس منذ إنشائها، ويقتصر حق المستأجر عليها حقاً شخصياً بالانتفاع بها سواء بسواء الانتفاع بالمأجور نفسه.

٢- حالة اشتراط المؤجر على المستأجر إزالة هذا البناء أو الغراس، فيكون الأخير مالكا لها، ويكون ما يحدده عقاراً ما دام مستقراً على الأرض المؤجرة، ويكون منقولاً بعد هدمه وتحوله إلى أنقاض.

٣- مصير هذا البناء أو الغراس معلقاً على خيار المؤجر.

أعطى المشرع الأردني الخيار للمؤجر في حالة البناء والغراس بالعقار بمقتضى المادة (١٧٠/١) من القانون المدني، بحيث أعطاه الخيار بين الطلب بإزالة البناء والغراس وإعادة المأجور إلى الحالة التي تسلمه عليها، أو أن يملكها إذا كانت إزالتها تسبب ضرراً بالعقار، ولوجود حق الخيار هذا للمؤجر تكون ملكية البناء والغراس قبل إيداء الخيار ملكية معلقة على شرط واقف بالنسبة للمؤجر، وعلى شرط فاسخ بالنسبة للمستأجر، وهذه الملكية متوقفة النفاذ بالنسبة للمؤجر على إيداء الرغبة في الإبقاء، وبالمقابل زوال ملكية المستأجر بتحقيق الشرط الفاسخ، وفي حال عدم الرغبة بإبقاء البناء والغراس يبقى المستأجر مالكا لها بعدم تحقق الشرط الفاسخ ولا يتحقق الشرط الواقف بالنسبة للمؤجر^(٧٤).

وفي الفقرة الثانية من المادة (٧٠١) التي نصت فإذا كان الهدم أو الإزالة لا يضر بالعقار فليس للمؤجر أن يقيه بغير رضا المستأجر " وكان المشرع أعطى الحق بالخيار للمستأجر، في إعطائه نوع من القوة في المفاوضات مع المؤجر بالثمن أو بحقه بإزالة ما أحدثه في المأجور دون الرضوخ لحكم تملك المؤجر للمحدثات بقيمتها مستحقة القلع، وهو ما دون التكلفة الفعلية للمحدثات ولكن هل يملك المستأجر مركزاً قوياً في التفاوض، وهل يملك الخيار في الإبقاء أو الإزالة؟

في الفرض السابق في حالة أن المستأجر يريد إزالة المحدثات سواء بطلب المؤجر بالإزالة بموجب المادة (٧٠١/١)، أو برغبته في إزالتها في حال أنه لا يلحق ضرر بالمأجور جراء ذلك بموجب المادة (٧٠١/٢)، وهذا لا يعدو إلا تنفيذ التزامه برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، وبالمقابل لا يستطيع المؤجر إجبار المستأجر بالإبقاء عليها، فإن البناء لبانيه، ولكن إذا أراد المؤجر تملك هذه المحدثات، فيكون المستأجر بموقع ضعيف في التفاوض على قيمة البناء أو الغراس، وذلك لأنه يقع ما بين الإزالة أو تملك المؤجر لها، وما يترتب على الإزالة من أضرار بالمحدثات وتكاليف عالية لإزالتها، وعادة يكون قيمة ما يدفعه المؤجر أقل بكثير من قيمة المحدثات الحقيقية، أما في حالة ترتب على إزالتها ضرر بالمأجور فيكون ملكية

المستأجر للبناء والغراس ملكية معلقة على شرط فاسخ هو خيار المؤجر، ويستطيع تملكها جبراً من المستأجر، أما الخيار وفق ما سبق فهو دائماً بيد المؤجر بالإبقاء أو بالإزالة بعد انقضاء عقد الإيجار^(٧٠)، أما أثناء الإيجار فإن الراجع من القول أنه يحق للمستأجر إزالة البناء والغراس التي أحدثها بالمأجور^(٧١).

النتائج:

توصلت الدراسة إلى عدة نتائج نحاول إجمالها بالنقاط التالية:

أولاً: جعل المشرع حكم رد المأجور في المادة (٧٠١/١)، وهو التزام بتحقيق نتيجة، وكذلك رده بالحالة التي تسلمه عليها وهو أيضاً التزام بتحقيق نتيجة، ولا يعتبر أنه أوفى التزامه إلا بتطابق محل الالتزام بالنتيجة التي تتمثل برد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، فإذا عجز المستأجر عن إثبات ذلك اعتبر مخلاً بالتزامه، ولا ترفع عنه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ولكن جعل المشرع في المادة (٦٩٢/١) التزامه بالمحافظة على المأجور ورده بغير تلف أو نقص أو حتى فقدانه هو التزام ببذل عناية.

ثانياً: يكون المستأجر غير مسؤول عن تغير حالة المأجور بسبب الاستعمال المألوف للمأجور، كما لا يعد مسؤولاً عن التلف الذي يرجع إلى عيب بالبناء، أو عن عدم قيام المؤجر بالترميمات

الضرورية لحفظ المأجور، أو التلف نتيجة الاستعمال المألوف الذي سببه قدم البناء.

ثالثاً: جعل المشرع حكم عدم رد المأجور نتيجة لفقدانه أو رده ناقصاً هو التزام يبذل عناية بحكم المادة (٦٩٢/١) وهذه النتيجة فيها تعارض مع حكم المادة (٧٠٠/١) التي تقضي بأن رد المأجور هو التزام بتحقيق نتيجة، وكذلك رد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها هو أيضاً التزام بتحقيق نتيجة، في هذه الحالة يصبح تنفيذ التزامه مستحيلًا لا ترفع مسؤولية المستأجر إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

رابعاً: إن واقعة الرد يجد ذاتها مبنية على عمل مادي وهو تسليم المأجور، وهذه الواقعة يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، أما حالة رد المأجور وملحقاته بالحالة التي تسلمه عليها، فإذا لم يبين طرفا العقد حالة المأجور وملحقاته في عقد الإيجار أو محضر مستقل، فإن المستأجر يعتبر استلم المأجور وملحقاته في حالة تصلح معها استيفاء المنفعة المرجوة كاملة، وهذا الفرض يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

خامساً: الأصل أن يقوم المستأجر بتنفيذ التزامه عيناً برد المأجور، فإذا تعذر ذلك بسبب خطأ من جانبه، هنا تنهض مسؤوليته العقدية بتعويض المؤجر عن الضرر المباشر المتوقع و الضرر المباشر غير المتوقع في حالة الغش والخطأ الجسيم.

سادساً: في حال عدم رد المأجور وكان منقولاً أو عقاراً وبه منقولات، تدخل مسؤولية المستأجر بالإضافة إلى المسؤولية المدنية في نطاق المسؤولية الجنائية باعتباره خائناً للأمانة.

سابعاً: لم يبين المشرع الأردني حكم التحسينات التي يحدتها المستأجر بالمأجور والتي تؤدي إلى زيادة قيمة المأجور عند انتهاء عقد الإيجار في المادة (٧٠١) من القانون المدني الأردني، وجعل في هذه المادة حكم البناء والغراس الذي يحدده المستأجر بالمأجور سواءً يعلم المؤجر وبموافقته؛ أو بدون علمه أو رغم معارضته أو بأمر منه حكم واحد، وعليه فإن حكم التحسينات التي يحدتها المستأجر بإذن المؤجر تخضع للمادة (٦٨٢)، أما إذا أحدثها بغير إذن المؤجر سرى بحكمها حكم المادة (٧٠٠/١) و(٦٩٤/٢) عند انتهاء عقد الإيجار بإزالتها بطلب من المؤجر وإعادة المأجور إلى الحالة التي تسلمه عليها المستأجر، فإذا كانت إزالة مضرّة بالعقار هنا نطبق القواعد العامة في ذلك بأن المؤجر يملكها بقيمتها مستحقة القلع وفق المادة (١١٤٠).

التوصيات:

إن الباحث توصل في دراسته إلى إيجاد حلول للإشكاليات التي برزت خلالها، وذلك بوضع تصور بتعديل وإضافة بعض النصوص القانونية، وبالاكتفاء على ما توصلنا له من نتائج خلال

تحليل الأحكام القضائية والنصوص القانونية ومقارنتها بالتشريع المقارن، نعرضها كالآتي :

أولاً: تعديل نص المادة (٦٩٢ / ١) من القانون المدني الأردني بحذف مصطلح نقص أو فقدان وإضافة مصطلح هلاك، لتصبح كالآتي "المأجور أمانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من تلف أو هلاك ناشئ عن تقصيره أو تعديه وعليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص المعتاد" وذلك لتساق هذه المادة مع التزام المستأجر برد المأجور وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

ثانياً: تعديل نص المادة (٧٠٠) لتصبح كالآتي:

"١- على المستأجر رد المأجور عند إنتهاء عقد الإيجار إلى المؤجر، فإذا أبقاه تحت يده دون حق كان ملزماً بأن يدفع للمؤجر تعويضاً يراعى في تقديره أجر المثل مع ضمان الضرر، أما إذا أبقاه اضطرارياً أو لسبب لا يد له فيه كان ملزماً بأجر المثل".

٢- وعليه أن يرد المأجور بالمكان الذي تسلمه فيه، ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغير ذلك.

٣- يجب على المستأجر أن يرد المأجور بالحالة التي تسلمه عليها، فإذا لم يبين أوصاف المأجور فيفترض حتى يقوم الدليل على العكس أن

المستأجر قد تسلم المأجور في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة .

٤- بالرغم مما ورد في الفقرة السابقة لا يعتبر المستأجر مسئولاً عن التلف والهلاك نتيجة الاستعمال المألوف للمأجور مع مراعاة الإصلاحات التأجيرية التي تقع على عاتقه .

ثالثاً: تعديل نص المادة (٦٨٢ / ١) بحذف مصطلح إنشاءات واستبداله بمصطلح تحسينات لكي لا يبقى التعارض الظاهر مع المادة (٧٠١) لتصبح كالآتي:

"إذا أحدث المستأجر بإذن المؤجر تحسينات أو إصلاحات ..."

رابعاً: تعديل نص المادة (٧٠١) لتصبح كالآتي:

"١- إذا أحدث المستأجر بناء أو غراس في المأجور مما يزيد من قيمته، ولم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر الأقل مما زاد بقيمة المأجور أو ما أنفق في سبيل ذلك.

٢- فإن كان ما أحدثه من بناء أو غراس بدون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان للمؤجر عند انقضاء الإجارة إما مطالبة بهدم البناء أو قلع الغراس أو أن يمتلك ما استحدثه بقيمته مستحق القلع إن كان هدمه أو إزالته مضرراً بالمأجور، فإذا

اختار المؤجر الإبقاء على المحدثات، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بقيمته.

٣- أما إذا قام المستأجر بذلك بناء على أمر من المؤجر، كان المؤجر ملزم برد قيمة البناء أو الغراس بالقدر المتعارف عليه، ما لم يقضي الاتفاق بغير ذلك.

خامساً: حذف الفقرة (٢/٧٠١)، لأن المؤجر لا يستطيع أن يملك البناء أو الغراس التي يحدثها المستأجر إذا كانت إزالته لا تضر بالمأجور وفقاً للفقرة (١/٧٠٠)، فالفقرة (٢/٧٠١) لم تأتي بحكم جديد.

الهوامش:

(١) القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ بتاريخ ١/٨/١٩٧٦
(٢) تقابلها المادة ٥٨٣/١ من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها وما يبذله الشخص المعتاد.

(٣) تقابلها المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري التي جاءت بنفس الحكم.

(٤) رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار (الأحكام العامة في الإيجار)، الدار الجامعية، ١٩٩٤، ص ٦٥٠

(٥) كمال قاسم ثروت الوندوي، شرح أحكام عقد الإيجار، بغداد، مطبعة الزهراء، ١٩٧٤ (ط ١)، ص ٢٦٤.

(٦) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد الإيجار، ١٩٩٣ (ط ٤)، ج ٣، مجلد ٢، ص ٤٧٢.

(٧) نصت المادة ١٧٣٠ من القانون المدني الفرنسي إذا جرى بيان حالة الأماكن بين المؤجر والمستأجر فإن على هذا المستأجر أن يرد الشيء الذي تلقاه وفقاً لهذه الحالة، باستثناء ما تلف أو انخفضت قيمته بسبب البلى أو القوة القاهرة، كما نصت المادة ٥٩١ من القانون المدني المصري: "على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه"

(٨) نصت المادة ١٧٣١ من القانون المدني الفرنسي إذا لم يتم وضع حالة الأمكنة فإن المستأجر يفترض أنه تلقاها في حالة جيدة من التصليحات التأجيرية وعليه ردها كما هي عدا إثبات العكس، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإيجار والعارية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥ (ط ٣)، ج ٦، مجلد ١، هامش ص ٦٠٢، تمييز حقوق رقم ٩٨/٢٢٥٣ لسنة ٢٠٠٠ منشورات مركز عدالة.

(٩) انظر المادة ٥٧٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢، المعدل بالقانون رقم (٤٨٣) لسنة ١٩٩٥ "يكون المستأجر مسؤولاً عن هلاك المأجور أو تعييه إذا كان ناشئاً عن فعله".

(١٠) تمييز حقوق رقم ٢٢٤٦/٢٠٠٦ هيئة خماسية تاريخ ١٧/١٠/٢٠٠٦ منشورات قسطاس، تقابلها المادة ٥٨٣/١ من القانون المدني المصري التي تقضي "وهو مسئول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً".

(١١) حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني الخطأ، عمان، دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٦ (ط ١)، مجلد ٢، ص ٢٤٤، ونصت المادة ٢٨٤ من ق.م.أ. من كانت في يده أمانة وقصر في حفظها أو تعدى عليها.. كان ضامناً لها بالمثل أو بالقيمة، أنظر المواد ٦٠٢، ٦٠١، ٦٠٠، ٦٦٨ من مجلة الأحكام العدلية.

أو النقص، فإن العين أو بعضها قد زالت دون أثر، السنهوري، الوسيط، ج ٦، مجلد ١، هامش ص ٦٠٦، ص ٦٠٧.
 (٢٠) السنهوري، مصادر الحق، ج ٦، ص ١٨١، ١٨٠، فإذا وقعت السرقة بتقصير المستأجر، هنا يكون السبب الأجنبي يرجع إلى خطأ المستأجر، هنا لا يقضي التزامه بالرد بل يتحول من تنفيذ عينا إلى تعويض وعي الإثبات على المؤجر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف - الحالة - الانقضاء، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥، (٣ ط)، ج ٣، ص ٩٨٧.

(٢١) مرقس، عقد الإيجار، ج ٣، ص ٤٩٤.

(٢٢) جاك غستان، المطول، ص ٧٥٧.

(٢٣) السنهوري، الوسيط، ج ٦، مجلد ١، ص ٦٠٤.

(٢٤) المرجع نفسه، هامش ص ٦٠٣ - ٦٠٤.

(٢٥) نصت المادة ٤٤٨ من ق.م.أ. يقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

(٢٦) طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٢/٢١، مشار إليه، محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، عقد الإيجار في الفنين المدني الجديد، دار محمود للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، (٦ ط)، ص ٧٤٩.

(٢٧) عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، الأحكام العامة في الإيجارات، الإسكندرية، المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ج ١، ص ٤٢٣.

(٢٨) السنهوري، الوسيط، ج ٣، ص ٦٣٦، انظر سليم، الوجيز، ج ١، ص ٤٢٣.

(٢٩) تمييز حقوق رقم ٣١٣٨/٢٠١٣ هيئة خماسية، بتاريخ ١١/١١/٢٠١٣ منشورات مركز عدالة.

(١٢) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨، (٣ ط)، ج ٦، ص ١٤٩.

(١٣) علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، عمان، دار الثقافة، ٢٠١٥، (٢ ط)، مجلد ٢، ص ٢٤٦، تمييز حقوق رقم (٢٠١٦/٣٠٩٠) بتاريخ ٢٠١٦/٢/١ منشورات قسطاس.

(١٤) السنهوري، مصادر الحق، ج ٦، ص ١٥٣.

(١٥) تمييز حقوق رقم ٧٩/٧٠ صفحة ٩٠٠ سنة ١٩٧٩ منشورات مركز عدالة.

(١٦) نصت المادة ٥٨٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يكون المستأجر مسؤولا عن الهلاك أو التعيب الناشئ: أولا - عن استعمال المأجور استعمالا عاديا مألوفاً، مع مراعاة الأحكام السابقة المختصة بالإصلاحات الصغرى المطلوبة من المستأجر، ثانيا - عن القوة القاهرة إذا لم تكن معزوة إلى خطأ، ثالثا - عن قديم عهد البناء أو عيب فيه أو عدم إجراء الإصلاحات المطلوبة من المؤجر، فرج، المرجع السابق، ص ٨٧٨، أنظر بأنواع نقصان القيمة المادة ٩٠٠ من مجلة الأحكام العدلية، كما نصت المادة ٦٠٤ من مجلة الأحكام العدلية لئلا تلف المأجور بتقصير في أمر المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان لزم الضمان، أنظر أيضا جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في لقانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ٢٠٠٩، (٢ ط)، مجلد ١، ص ٧٥٥، انظر تمييز حقوق رقم ٩٨/٢٤١٠ صفحة ١٤٠١ سنة ١٩٩٩ مشار إليه في عزت غيث (٢٠٠٢)، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في قضايا الإجارة، عمان، دار قنديل للنشر، ٢٠٠٢، (١ ط)، ص ٥٥٣.

(١٧) السنهوري، مصادر الحق، ج ٦، ص ١٣٩.

(١٨) انظر المواد ٤٤٨، ٢٦١، ٢٤٧ من القانون المدني الأردني.

(١٩) الهلاك والتلف تكون العين باقية، إما في صورة متحولة كما في التلف، أو في صورة انقراض كما في الهلاك، أما فقدان

(٤٢) العاني، جرائم، ص ٢٥٤، أنظر نص المادة (٣٤١) من قانون العقوبات المصري، ونص المادة (٣١٠) قانون الإجراءات الجنائية.

(٤٣) أنظر طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ٢٨/٤/١٩٦٨، ص ٢٠، ص ٦١٦.

(٤٤) عبد الرحمن توفيق، الجرائم الواقعة على الأموال، عمان، دار الثقافة للنشر، ٢٠١٢، ص ٢٩٧.

(٤٥) قضت المادة (٥٦٧) من القانون المدني المصري "على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التي سلمت بها وأن يقوم في أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيلية"، ويقصد بالترميمات الضرورية هي التي تكون ضرورية للإنتفاع بالمأجور وليست الضرورية لحفظه، أبو السعود، عقد الإيجار، هامش ص ٤٠٣، أنظر المادة ٥٢٩ من مجلة الأحكام العدلية، و المادة ٦٤٨ من مرشد الحيران: محمد قلري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، عمان، دار الثقافة للنشر، ٢٠١٧ (ط ١).

(٤٦) الوندائي، شرح أحكام عقد الإيجار، ص ١٥٠.

(٤٧) السنهوري، الوسيط، ج ٦، مجلد ١، ص ٢٦٠، عبد الرزاق حسن فرج، صيانة العين المؤجرة في القانون المدني وفي القوانين الخاصة بالإيجارات، دراسة مقارنة، ١٩٩٧ (ط ١)، ص ٥٤، ص ١٠٨.

(٤٨) عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار، في التفتين المدني وتشريعات إيجار الأماكن، ط ٣، ص ٤٨٩، فرج، صيانة العين المؤجرة، ص ٦٧.

(٤٩) أبو السعود، عقد الإيجار، ص ٤٠٣، ص ٧١٤.

(٥٠) الوندائي، شرح أحكام عقد الإيجار، ص ١٥٢، ص ١٥٣، العطار، شرح أحكام عقد الإيجار، ص ٤٨٩.

(٥١) علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، عمان، دار الثقافة، ٢٠١١ (ط ٢)، ص ٣٢٤.

(٣٠) البكري، موسوعة الفقه والقضاء، ص ٧٥٩، أنظر تمييز حقوق رقم ٢٢٥٣/٩٨ لسنة ٢٠٠٠ مشار إليه غيث، المبادئ، ص ١١٢٩.

(٣١) تمييز حقوق رقم ٣٢٠٢/٢٠١٤، منشور في مجلة نقابة المحامين، عدد ٧، لسنة ٢٠١٥، ص ١٢٤٤.

(٣٢) أنظر المادة ٣٥٥ من القانون المدني الأردني.

(٣٣) تمييز حقوق رقم ٢٨٢٦/٢٠١٤، مجلة نقابة المحامين، عدد ٤، لسنة ٢٠١٦، ص ٦٤٠، ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الحقوق الشخصية، مجلد ١، نظرية العقد، القسم الثالث آثار العقد والإخلاله، عمان، ٢٠٠٢ (ط ١)، ص ٣٠٨-٣٧٣.

(٣٤) أبو السعود، عقد الإيجار، ص ٧١١.

(٣٥) محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع - التأمين - الإيجار، دراسة مقارنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ٩٦٧، أنظر سليم، الوجيز، ص ٤٢٨.

(٣٦) المرجع نفسه، نفس الموضع.

(٣٧) نصت المادة ٦٩٢/١ من القانون المدني الأردني للمأجور أمانه في يد المستأجر..

(٣٨) نصت المادة ٢٨٤ من ق.م.أمن كانت في يده أمانه منعها من صاحبها بدون حق أو جحد لها.. كان ضامنا لها بالمثل أو بالقيمة.

(٣٩) السنهوري، الوسيط، ج ٦، مجلد ١، ص ٦١٣.

(٤٠) عادل عبد إبراهيم العاني، جرائم الاعتداء على الأموال في القانون المدني الأردني، السرقة - الاحتيال - إساءة الائتمان، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٥ (ط ١)، ص ٢٥٤.

(٤١) ناثل عبد الرحمن صالح، الوجيز في الجرائم الواقعة على الأموال، السرقة - الاحتيال - إساءة الائتمان، عمان، دار الفكر العربي، ١٩٩٦ (ط ٢)، ص ٢٦٥.

٥٢) تمييز حقوق رقم ٢٨١٢/٢٠٠٤ (هيئة خماسية) بتاريخ ٢٢/٢/٢٠٠٥، منشورات قسطاس، والمادة ٦٨١ من القانون المدني الأردني لا تعد إلا تطبيقاً للقواعد العامة وتحديدًا المادة ٣٥٦/٢ من القانون ذاته.

٥٣) نصت المادة ١١٩٣/١ من القانون المدني الأردني على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من النفقات الضرورية اللازمة لحفظ العين من الهلاك، فرج، عبد الرزاق، المرجع السابق، ص ٩٣.

٥٤) العبيدي، البيع والإيجار، ص ٣٢٤، أنظر المادة ١٤٣٤ من القانون المدني الأردني.

٥٥) السنهوري، الوسيط، ج ٦، مجلد ١ ص ٦١٥.

٥٦) علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، عمان دار الثقافة للنشر، ٢٠١٣ (ط ١٠)، ص ١٨٦.

٥٧) العطار، شرح أحكام الإيجار، ص ٥٦٠، العبيدي، البيع والإيجار، ص ٣٢٥.

٥٨) نصت المادة ٥٩٢/١ من القانون المدني المصري "إذا أوجد المستأجر في العين المؤجر بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك".

٥٩) نصت المادة ٥٩٢/٢ من القانون المدني المصري "فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان التعويض مقتضى"، ٣/٥٩٢، فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها.

٦٠) نصت المادة ٧٧٤/١ من القانون المدني العراقي "إذا انقضت الإجارة وكان المستأجر قد بنى في المأجور بناء أو

غرس فيه أشجار أو أقام بتحسينات أخرى مما يزيد قيمته، وكان ذلك على الرغم من معارضته أو دون علمه ألزم المستأجر بهدم البناء وقلع الأشجار وإزالة التحسينات، فإذا كان ذلك يضر بالمأجور، جاز للمؤجر أن يملك ما إستحدثه المستأجر بقيمته مستحقاً للقلع"، ٢/٧٧٤، أما إذا أحدث المستأجر شيئاً من ذلك بعلم المؤجر ودون اعتراض منه، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر الأقل مما أنفق أو ما زاد في قيمة المأجور، ما لم يكن هناك اتفاق خاص يقضي بغير ذلك، ٣/٧٧٤، فإذا أحدث شيئاً من ذلك بأمر المؤجر، فإن المؤجر يلتزم بأن يرد للمستأجر ما أنفق به بالقدر المعروف، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك"، الوندلوي، شرح أحكام عقد الإيجار، ص ٣٤٥ إلى ص ٣٤٨.

٦١) أنظر المواد ٦٧٦، ٦٧٧ من مرشد الحيران.

٦٢) حيدر، شرح المجلة، ص ٥٥٧، ٥٥٦.

٦٣) تمييز حقوق رقم ٢٥٠٠/٢٠٠٨ (هيئة خماسية) بتاريخ ٤/٨/٢٠٠٨ منشورات مركز عدالة.

٦٤) تمييز حقوق رقم ٣٦١١/٢٠١١، بتاريخ ١/٢/٢٠١٢، منشورات قسطاس، قلدي عبد الفتاح الشهاوى، الحياة كسب من أسباب كسب الملكية، في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ٢٢٤، ٦٥) العبيدي، البيع والإيجار، ص ٣٢٦.

٦٦) عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، عمان، دار الثقافة، ٢٠١١ (ط ٢)، ص ٦٨٣.

٦٧) مصدر هذه المادة هي المواد ٥٣٩ و ٥٣٠ من مجلة الأحكام العدلية، ونصت المادة ٦٥٥ من مرشد الحيران التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن المؤجر، إن كانت عائدة لإصلاح المؤجر وصيائه عن الخلخل، فللمستأجر الرجوع بها على المؤجر وإن لم يشترط الرجوع بها عليه، وإن

كانت عائلة لمنافع المستأجر، فليس للمستأجر الرجوع بها إلا إذا اشترطه.

(٦٨) حيدر، شرح المجلة، ص ٥٥١ إلى ٥٥٥.

(٦٩) تمييز حقوق رقم ٢٥٠٠/٢٠٠٨، هيئة خماسية بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٤ منشورات مركز عدالة.

(٧٠) تمييز حقوق رقم ٢٦٢٥/٢٠٠٣، بتاريخ ٢٠٠٣/١٠/٥ منشورات مركز عدالة.

(٧١) حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦٤، ج ١ ص ٢٩١.

(٧٢) البكري، موسوعة الفقه والقضاء، ص ٧٦٥.

(٧٣) السنهوري، الوسيط، ج ٦، مجلد ١، ص ٦٢٧.

(٧٤) مرقس، عقد الإيجار، ج ٣، ص ٥٠٩.

(٧٥) أنظر تمييز حقوق رقم ٢٥٠٠/٢٠٠٨، بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٤ منشورات قسطاس.

(٧٦) السنهوري، الوسيط، ج ٦، مجلد ١ هامش ص ٦٢٩.

الغرامة التهديدية وسيلة لتنفيذ حكم الالغاء

سحر سالم محمود الدوري *

أ.د محمد علي الخلايلة **

تاريخ وصول البحث: ٢٣/٤/٢٠١٩م

تاريخ قبول البحث: ٣٠/٦/٢٠١٩م

الملخص

عدم تنفيذ الأحكام يؤدي إلى إنكار مبدأ الفصل بين السلطات. فالأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني، وإن يكون التنفيذ طوعاً، فإذا رفض المدين ذلك يحق للدائن اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم بإجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. والإجبار في التنفيذ العيني على شكلين وهما: الإجبار المباشر، والإجبار غير المباشر.

ونظام الغرامة التهديدية هو أحد الوسائل التي تبناها القضاء الفرنسي لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، إذ إن القانون المدني الفرنسي الصادر في العام ١٨٠٤ لم يكن ينظم الغرامة التهديدية وكان القضاء الفرنسي يستند من أجل الحكم بالغرامة التهديدية إلى نص المادة ١٠٣٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي القديم لعام ١٨٠٦، الذي كان يميز للمحاكم أن تصدر أوامر في القضايا التي تنظر فيها ولو من تلقاء نفسها، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشرها، وذلك لأن القضاء الفرنسي عد الحكم بالغرامة التهديدية أمراً من المحكمة النازرة في الدعوى للمدين بتنفيذ التزامه، فإن خالفه جاز للمحكمة أن تفرض عليه عقوبة مالية. ويعود السبب في ذلك أن القانون الروماني، الذي استمد منه واضعو التقنين المدني الفرنسي أحكامه، لم يكن يعرف هذه الوسيلة لأن شخص المدين وجسمه كانا يضمنان الوفاء بالتزاماته، وهذا يمثل الإكراه البدني الذي كان التقنين المدني الفرنسي ينص عليه في المواد من ٢٠٥٩ حتى نهاية ٢٠٧٠.

إلا أن هذه المواد ألغيت بموجب القانون الصادر في ٢٢ تموز ١٨٦٧، ومن ثم لم يعد للإكراه البدني أثر في القانون الفرنسي إلا في الأمور الجزائية. وبعد ذلك تدخل المشرع الفرنسي وأقر نظاماً قانونياً متكاملماً للغرامة التهديدية ولتغطية كافة جوانب الموضوع سنبحت في مفهوم الغرامة التهديدية وتاريخ ظهورها وتطورها بالإضافة إلى شروطها وآثارها.

* طالبة دكتوراه، قسم القانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية.

** أستاذ دكتور، قسم القانون، كلية الحقوق، جامعة آل البيت.

The threatening fine is a means of implementing the annulment ruling

Sahar Salem Mahmoud Al Douri

Prof. Muhammad Ali Al-Khalayleh

Abstract

Non-execution of the judgments leads to the denial to the principle of separation of powers. The basic of the performance of any commitment is the specific performance must be voluntarily if the pledger refuse to make the specific performance , the obligee in this case will have the right to seek the help of the court to force the pledger to execute his obligation which can be direct or indirect

The system of the Penalty is one of the methods adopted by the French Judiciary to force the pledger to preform his obligation. The French civil code of 1804 did not regulate the penalty system for that reason the French judiciary used article 1036 of the French civil procedures law of 1806 which allowed the courts to issue orders in the cases reviewed by the court and penalty was considered as order to force the pledger to perform the obligation . at the law of July 22, 1876 abolished the body enforcement except for criminal cases after that the French legislature organized complete legal system for penalty . For that purpose we will discuss the principle of the penalty , the history of the system and its development in addition to its condition and its effects .

المقدمة:

رأساً على عقب، وإنكار مبدأ الفصل بين هذه

السلطات ذاتها.

الأصل في تنفيذ الالتزام هو التنفيذ العيني، ويعني التزام المدين بأداء ما التزم به فعلاً وبذاته لا بشيء آخر، وبمعنى آخر أداء المدين موضوع التزامه ذاته ووفق الطريقة المحددة له قانوناً أو

إن أي قاعدة قانونية أو أي نظام قضائي

يمكن أن يفقد سبب وجوده إذا لم يكن فعالاً، لأن عدم تنفيذ الأحكام يؤدي عملياً إلى زوال فكرة العدالة نفسها التي تشكل سلطة مستقلة في حد ذاتها، كما يؤدي إلى قلب تدرج السلطات

اتفاقاً فإذا كان المدين قد التزم بنقل ملكية شيء معين، فالتنفيذ العيني لالتزامه يكون بنقل ملكية هذا الشيء بذاته. وإذا كان قد التزم بالقيام بعمل معين، فالتنفيذ العيني لالتزامه يكون بالقيام بذلك العمل بعينه. والأصل أيضاً أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه طوعاً، فإذا رفض ذلك يحق للدائن اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم بإجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. والإجبار في التنفيذ العيني على شكلين وهما: الإجبار المباشر، والإجبار غير المباشر.

ونظام الغرامة التهديدية هو، في الأصل، نتاج الاجتهاد القضائي في فرنسا، إذ إن التقنين المدني الفرنسي الصادر في العام 1804 لم يكن ينظم الغرامة التهديدية وكان القضاء الفرنسي يستند من أجل الحكم بالغرامة التهديدية إلى نص المادة 1036 من تقنين أصول المحاكمات المدنية الفرنسي القديم لعام 1806، الذي كان يميز للمحاكم أن تصدر أوامر في القضايا التي تنظر فيها ولو من تلقاء نفسها، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشرها، وذلك لأن القضاء الفرنسي عد الحكم بالغرامة التهديدية أمراً من المحكمة الناطرة في الدعوى للمدين بتنفيذ التزامه، فإن خالفه جاز للمحكمة أن تفرض عليه عقوبة مالية. ويعود السبب في ذلك أن القانون الروماني، الذي استمد منه واضعو التقنين المدني الفرنسي أحكامه، لم يكن يعرف هذه الوسيلة

لأن شخص المدين وجسمه كانا يضمنان الوفاء بالتزاماته، وهذا يمثل الإكراه البدني الذي كان التقنين المدني الفرنسي ينص عليه في المواد من 2059 حتى نهاية ٢٠٧٠ إلا أن هذه المواد ألغيت بموجب القانون الصادر في 22 تموز 1867، ومن ثم لم يعد للإكراه البدني أثر في القانون الفرنسي إلا في الأمور الجزائية^(١). وبعد ذلك تدخل المشرع الفرنسي وأقر نظاماً قانونياً متكاملًا للغرامة التهديدية فقد حكمت محكمة باريس، بموجب قرارها الصادر بتاريخ 13 شباط 1877 على زوجة امتنعت عن تنفيذ حكم قضائي صدر بحقتها متضمناً إلزامها بتسليم الفرع الاولدها لزوجها الذي هجرته من دون سبب مقبول، وفرضت المحكمة عليها غرامة قدرها 500 فرنكاً فرنسياً يومياً في الشهر الأول إذا امتنعت عن تنفيذ ذلك الحكم، وزادت مقدار الغرامة إلى 1000 فرنكاً يومياً إذا استمرت في تعنتها في الشهر الثاني. كما ان محكمة النقض الفرنسية في 1 كانون الأول 1897، صدقت قرار محكمة الاستئناف الذي ألزم شركة الكهرباء بإعادة تيار الكهرباء الذي قطعت عن فندق بسبب عدم دفع الفواتير بحجة المبالغة في تقرير قيمتها، وأيدت محكمة الاستئناف قرارها بغرامة مقدارها 100 فرنك عن كل يوم تتأخر فيه الشركة عن تنفيذ ذلك القرار، ونتيجة عدم خضوع المحكمة لذلك القرار زادت محكمة

الاستئناف مقدار الغرامة إلى عشرة آلاف فرنك عن كل يوم تأخير^(٣).

سنقوم بتقسيم هذا البحث الى اربعة مباحث وكما يلي:

١.المبحث الأول: مفهوم الغرامة التهديدية.

٢.المبحث الثاني: ظهور وتطور الغرامة التهديدية.

٣.المبحث الثالث: شروط الغرامة التهديدية وآثارها.

٤.المبحث الرابع: تصفية الغرامة التهديدية وتحويلها إلى تعويض نهائي.

المبحث الأول مفهوم الغرامة التهديدية:

الغرامة التهديدية وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري غير المباشر يلجأ إليها الدائن عندما يتمتع المدين عن تنفيذ التزامه، القائم على الاعتبار الشخصي، تنفيذاً عينياً طوعاً، ومن ثم يكون التنفيذ العيني الجبري المباشر غير ممكن يطلق بعض الفقهاء على التنفيذ العيني الطوعي مصطلح "التنفيذ العيني الاختياري"، وعلى التنفيذ العيني الجبري مصطلح "التنفيذ العيني القهري" وتمتاز هذه الوسيلة بخصائص عدة تميزها عن غيرها من المفاهيم القانونية القريبة منها.

وعلى هذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي:

المطلب الاول: تعريف الغرامة التهديدية وخصائصها.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية.

المطلب الأول تعريف الغرامة وخصائصها:

قبل بيان خصائص الغرامة التهديدية، لا بد من بيان المقصود بها ومن ثم تعريفها على نحو يميزها عن غيرها من وسائل تنفيذ الالتزام.

الفرع الأول: تعريف الغرامة التهديدية.

لم يكن نظام الغرامة التهديدية معروفاً في الأنظمة القانونية القائمة على النزعة الذاتية التي تأخذ بالمذهب الشخصي في تعريف الالتزام الذي يقوم على العلاقة الشخصية بين طرفيه الدائن والمدين، إذ إن الدائن كان يتمتع في ظل هذه النزعة بضمانة أقوى من الغرامة التهديدية المتمثلة بالسلطة التي كان يمنحها له الالتزام على شخص المدين ومن ثم إكراهه بدنياً على التنفيذ العيني المباشر لالتزامه. وبالمقابل فقد اشتهر نظام الغرامة التهديدية في الأنظمة القانونية القائمة على النزعة الموضوعية التي تأخذ بالمذهب المادي في تعريف الالتزام الذي يقوم على محل الالتزام، ومن ثم عد الالتزام عنصراً مالياً أي إئته علاقة مالية بين الدائن والمدين. وتجرد هذه النزعة الالتزام من أي طابع شخصي، ثم تجرد الدائن من السلطة الشخصية التي كان يتمتع بها في ظل النزعة الذاتية التي كانت تحوله استرقاق المدين وقتله من أجل ضمان التنفيذ العيني المباشر لالتزامه حتى لو كان معسراً^(٣).

لا يتضمن القانون المدني الفرنسي، أي تعريف للغرامة التهديدية ومع ذلك يمكن تعريف الغرامة التهديدية بأنها وسيلة مالية يلجأ إليها الدائن من أجل إجبار المدين بطريق غير مباشر على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، إذا كان محل التزامه عملاً أو امتناعاً عن عمل، عندما يكون هذا الالتزام قائماً على الاعتبار الشخصي للمدين بحيث لا يكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً إلا إذا قام به المدين نفسه^(٤). والأصل أنه لا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية إلا إذا كان التنفيذ العيني المباشر غير ممكن -لما فيه من مساس بالحرية الشخصية للمدين^(٥)- بسبب تعنت المدين وإصراره على عدم تنفيذ التزامه القائم على الاعتبار الشخصي له. ويكون ذلك بطلب الدائن الحكم على المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً خلال مدة زمنية معينة، ويكون هذا الحكم مرافقاً بغرامة تهديدية متمثلة بمبلغ من المال، تفرض على المدين في حال تأخره في تنفيذ التزامه، عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر، أو عن كل مرة يقوم بعمل محل بالتزامه إذا كان محل التزامه امتناعاً عن عمل؛ وذلك إلى أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني للالتزامه أو يمتنع عن الإخلال بالتزامه بصورة نهائية. وهذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إذ جاء فيها "أن قواعد الغرامة التهديدية تسري على كل التزام بعمل أو امتناع

عن عمل، أيأ كان مصدره، متى كان الوفاء به لا يزال في حدود الإمكان، وكان هذا الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه. والغرامة المالية هي مبلغ من المال يقضى بإلزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام. ويقصد من هذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف، ولهذا أجاز للقاضي أن يزيد فيها إزاء تلك المخالفة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود"^(٦).

إذا كان محل التزام المدين إعطاء شيء فليس هناك فائدة كبيرة من اللجوء إلى الغرامة التهديدية وذلك لأن التنفيذ العيني الجبري بصورة مباشرة يكون غالباً ممكناً، إذ يمكن للدائن أن يحصل من القضاء على إذن بالتنفيذ على نفقة المدين عندما لا يكون شخص المدين محل اعتبار، كما يقوم حكم القاضي في بعض الحالات مقام التنفيذ العيني، كما لو امتنع البائع بعد البيع عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار في السجل العقاري على اسم المشتري، فيحق لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء والحصول على حكم مبرم بشيئ البيع ونقل الملكية على اسمه في السجل العقاري، عندها يلتزم أمين السجل العقاري بنقل ملكية العقار من اسم البائع. إلى اسم المشتري في السجل العقاري استناداً إلى ذلك الحكم.

ولم يكن نظام الغرامة التهديدية معروفاً في النظم القانونية القائمة على النزعة الذاتية في طبيعة الالتزام، كالقانون الروماني، إذ تغلب هذه النزعة في الالتزام عنصره الشخصي، ومن ثم تسود هذه النزعة نظرية شخصية في تعريف الالتزام يرى أنصارها أن الالتزام هو علاقة أورابطة شخصية بين الدائن والمدين طرفي الالتزام يلتزم المدين بموجبها بأداء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل لمصلحة الدائن. وتمنح هذه الرابطة الدائن سلطة مباشرة ليس فقط على مال المدين، وإنما أيضاً على شخصه أيضاً يستطيع الدائن بموجبها استرقاق المدين وقتله حتى لو كان معسراً^(١) ومن ثم فإن الدائن يملك، في هذا النظام، وسيلة تضمن له الوفاء بدينه، وهي أنجح من الغرامة التهديدية، وتمثل هذه الوسيلة بالسلطة التي يمنحها الالتزام للدائن على شخص المدين تحول له استرقاق المدين وقتله حتى لو كان معسراً، وكان الدائن يمارس هذه السلطة بنفسه في القانون الروماني ومن دون حاجة إلى تدخل الدولة. و سبق للمشرع الفرنسي أن تدخل قبل ذلك بموجب القانون الصادر في 21 تموز 1949 الذي أجاز الحكم على المستأجر الذي تقرر إخلاءه بغرامة تهديدية عن كل مدة زمنية يمتنع فيها عن تنفيذ حكم الإخلاء الصادر بحقه. وكانت

الغرامة التهديدية بموجب هذا القانون تعويضاً نهائياً لأنها كانت تقدر بقدر الضرر الفعلي الذي أصاب المؤجر، ولم يكن التقنين المدني الفرنسي لعام 1804 ينص على الغرامة التهديدية. وقد تدخل المشرع الفرنسي، بموجب القانون رقم 626 / 72 بتاريخ ٥ / ٧ / ١٩٧٢ الذي أقر أول مرة النظام القانوني للغرامة التهديدية، معدلاً المادة 10 من التقنين المدني بحيث أجاز الحكم بالغرامة التهديدية من أجل إلزام الشاهد الممتنع عن الإدلاء بشهادته بأداء هذه الشهادة بهدف مساعدة العدالة على إظهار الحقيقة^(٢) ثم بعد ذلك عدلت أحكام هذا القانون بموجب القانون رقم 1991، الذي نظم الغرامة التهديدية في المواد من 33 وحتى 37 منه.

بالنسبة للفقهاء العرب فقد عرفها بعضهم بانها: "الغرامة التهديدية في مجال القانون الإداري هي عقوبة مالية تبعية ومحتملة تحدد، بصفة عامة، بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير بهدف تجنب عدم تنفيذ أحكام القضاء لإداري أو التأخر في تنفيذها، الصادرة ضد أي شخص من أشخاص القان ون العام أو أي شخص من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام"^(٣). ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن الغرامة التهديدية هي وسيلة معترف بها للقاضي

لكي يسمح له بإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

وعرفها بعض الفقهاء الآخرين بالقول " : إن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزاماته عيناً في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شيء أو أية وحدة من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملاً يخل بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو أن يتمتع المدين نهائياً عن الإخلال بالالتزام ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يحوها"^(١٠).

وعليه فقد تم تعريف الغرامة التهديدية بأنها: عبارة عن مبلغ من النقود مقدر على أساس وحدة زمنية محددة (يوم أو أسبوع أو شهر أو أية وحدة زمنية أخرى) يلزم المدين بدفعه إثر امتناعه أو تأخره عن تنفيذ التزامه"^(١١).

ويتضح من ذلك أن الغرامة التهديدية في مجال القانون الخاص تعدّ وسيلة قانونية غير مباشرة تستهدف الوصول إلى التنفيذ العيني، حين يقتضي التنفيذ العيني تدخل المدين الشخصي في هذا الالتزام"^(١٢).

أما في مجال حث الإدارة على تنفيذ الحكم القضائي، فهناك من عرف الغرامة التهديدية بأنها: "عقوبة مالية تبعية، تحدد -بصفة عامة- عن

كل يوم تأخير، ويصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان حسن تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق"^(١٣).

وقريباً من ذلك يرى البعض بأنها عبارة عن: "تغريم مالي يفرضه القاضي الإداري على أشخاص القانون العام، في حال الامتناع أو التأخر في تنفيذ الحكم القضائي، وهو يحسب عن كل يوم تأخير -أو أي وحدة زمنية أخرى-، ويبقى سارياً حتى تنفيذ هذا الحكم"^(١٤).

ومن خلال التعريفات السابقة يظهر أن الهدف من فرض الغرامة التهديدية في إطار القانون الإداري هو التغلب على عناد الإدارة لإجبارها على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، أي إنها تهدف إلى تأمين تنفيذ الحكم القضائي أو أي إجراء من إجراءات التحقيق"^(١٥).

فالغرامة التهديدية في مجال القضاء الإداري هي وسيلة معترف بها للقاضي الإداري كي يجبر الإدارة على تنفيذ الحكم القضائي، وبالتالي فهي وسيلة وليست هدفاً بحد ذاتها، وبهذا يعدّ التزاماً فرعياً يهدف إلى تأمين التزام أصلي.

الفرع الثاني: خصائص الغرامة التهديدية.

الغرامة التهديدية هي وسيلة غير مباشرة من وسائل التنفيذ العيني الجبري تهدف إلى التغلب على تعنت المدين وكسر عناده، ومن ثم حمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. وتمتاز الغرامة التهديدية بالخصائص الآتية:

أولاً. الغرامة التهديدية ذات طابع تهديدي تحذيري.

أي إنها وسيلة تهديدية تستخدم للتغلب على عناد الإدارة وحملها على التنفيذ، لذا فالغرامة التهديدية لا تقرر حقاً في ذمة الإدارة للشخص الذي صدر الحكم لصالحه، بل علة وجودها هو إجبار الإدارة على تنفيذ هذا الحكم^(٧٦)، والدليل على ذلك هو ما يقرر القاضي عادة موعداً لبدء سريانها، كما إن معدلها النهائي لا يحدد إلا حين تتخذ الإدارة موقفها النهائي عن التنفيذ، إما بوفائها بالالتزام وإما بإصرارها على التخلف، وإذا ما شرعت الإدارة بالتنفيذ، فلم يبق أي داعٍ لفرض الغرامة التهديدية عليها^(٧٧).

ويعتبر الطابع التهديدي هو جوهر نظام الغرامة التهديدية نفسها^(٧٨) وتبرز هذه الخاصية في المبالغة في تقدير مبلغ الغرامة، وما يحققه ذلك من انزعاج لدى المدين عندما لا يعرف على وجه الدقة المبلغ الذي سيحكم به في حال تعنته فالخشية من تراكم مبلغ الغرامة قد يدفع المدين إلى التنفيذ العيني، كما يظهر الطابع التهديدي أيضاً، في كون الغرامة لا تحدد مرة واحدة بل تحدد عن كل يوم أو أسبوع أو شهر، فكلما تأخر المدين في تنفيذ التزامه ارتفعت وتراكت^(٧٩).

ويميز الغرامة أيضاً كونها تحذيرية تنبه المحكوم عليه إلى الجزاءات المالية التي سوف يتعرض لها

إن هو استمر في مقاومة تنفيذ الحكم الصادر ضده وهي تحذر المحكوم عليه إلى الالتزامات المالية التي سوف تثقل عاتقه في حالة امتناعه عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به. وما يعاب على هذه الخاصية أن الغرامة تفقد طابعها التهديدي عندما تتحول إلى مجرد تعويض.

ثانياً. الغرامة التهديدية هي وسيلة إكراه تنصب على أموال المدين.

تهدف الغرامة التهديدية إلى التغلب على تعنت المدين وامتناعه عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. وحتى يكون الإكراه مجدياً تقدر الغرامة عن كل وحدة زمنية يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه (ساعة، يوم، أسبوع، شهر...)، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، لأن المدين يشعر بهذه الطريقة أنه كلما تأخر عن تنفيذ التزامه زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها^(٨٠). ويترتب على ذلك أن الغرامة التهديدية تقدر تقديراً تحكيمياً راعى فيه المركز المالي للمدين ودرجة تعنته وامتناعه عن تنفيذ التزامه، ولا يراعى في تقديرها الضرر الذي لحق بالدائن. ويكون تقدير مبلغ الغرامة التهديدية عادة أكبر من الضرر الواقع حتى يكون بمقدورها تحقيق الغرض منها وهو انصياع المدين للحكم القضائي وتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً^(٨١). ويترتب على ذلك أنه إذا كان القاضي قد قدر بداية مبلغاً، ثم تبين أنه غير كافٍ لإخضاع المدين للحكم القضائي، فيحق له أن

يقرر زيادة المبلغ إلى القدر الذي يراه كافياً لتحقيق ذلك الغرض ويستخلص من ذلك أنه لا يشترط من أجل الحكم بالغرامة التهديدية وقوع ضرر، وذلك لأنها لا تهدف إلى تعويض الدائن، وإنما تهدف إلى ممارسة الضغط على المدين من أجل حمله على تنفيذ التزامه، ومن ثم لا يدخل القاضي في حسبان، عندما يقوم بتقدير مقدار هذه الغرامة، الضرر الذي يمكن أن يلحق بالدائن، وإنما يأخذ بالحسبان موارد المدين المالية ودرجة تعنته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه من أجل التغلب على ذلك وحمله على تنفيذ التزامه. وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي كان يعد الحكم بالغرامة التهديدية، في بادئ الأمر، حكماً بتعويض عن الضرر يقدر سلفاً؛ وذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد انتهاء نظرة الميسرة ثم بعد ذلك غير القضاء الفرنسي موقفه وعد الغرامة التهديدية وسيلة إكراه تهدف إلى التغلب على تعنت المدين وامتناعه عن تنفيذ التزامه^(٣٢).

ثالثاً. الغرامة التهديدية ذات طابع تحكيمي.

تظهر هذه الخاصية من خلال السلطة التقديرية للقاضي في تحديد قيمة الغرامة التهديدية وبدء سريانها، فالقاضي ليس له مقياس أو معيار يعتمد عليه إلا القدر اللازم لتحقيق الغاية منها وهي الضغط وحمل الشخص المعنوي العام على تنفيذ التزامه أو الهيئة التي تخضع منازعاته للاختصاص القضاء الإداري

كأشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام^(٣٣)، وتظهر خاصية التحكم في صور عديدة، يمكن أن نجملها في الصورتين التاليتين:

- يتمتع القاضي الإداري بسلطة مطلقة في رفض أو قبول طلب الغرامة التهديد

- يجوز للقاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية دون مراعاة الضرر الذي أصاب الدائن، بل لا يشترط للحكم بها وجود ضرر أصلاً^(٣٤).

رابعاً. يعد الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكماً مؤقتاً لا نهائياً.

ذلك لأنه لا يفصل في موضوع النزاع، وإنما يهدف إلى التغلب على تعنت المدين وإجباره على الوفاء بالتزامه عيناً، ومن ثم لا يكون واجب التنفيذ حتى لو كان صادراً عن محكمة آخر درجة^(٣٥) أو حتى لو كان الحكم الأصلي مشمولاً بالنفاذ. ولا يكتسب هذا الحكم قوة القضية المقضية ويصبح مبرماً ومن ثم عنواناً للحقيقة، لأنه حكم مؤقت، إذ يجوز للقاضي أن يزيد فيه إذا تبين أنه غير كافٍ. كما يجوز للقاضي عند تحويله مبلغ الغرامة إلى تعويض نهائي أن يخفضه أو أن يلغيه نهائياً، وهذا ما أكدته المادة ٣/٣٦ من القانون الفرنسي لعام 1991، إذ نصت على أنه يمكن للقاضي إلغاء الغرامة التهديدية بنوعيتها المؤقتة والنهائية كلياً أو جزئياً إذا أثبت المدين أن عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه يعود إلى سبب أجنبي كما لا يكون الحكم الصادر

بالغرامة التهديدية قابلاً للطعن فيه بطريق النقض حتى لو كان صادراً عن محكمة آخر درجة^(٣٧). ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالغرامة التهديدية إلا عندما يتحول إلى تعويض نهائي على ضوء موقف المدين الذي قد يخضع لهذا الحكم وينفذ التزامه، أو يستمر في غيه وتعتته ومن ثم يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً حكماً لا حقيقة. وهذا ما نصت عليه الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري^(٣٨). وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي يميز بين نوعين من الغرامة التهديدية، وهما الغرامة التهديدية المؤقتة والغرامة التهديدية النهائية. والغرامة التهديدية المؤقتة هي المبدأ وفقاً للمادة 2/34 و3 التي تنص على أن الغرامة التهديدية إما أن تكون من القانون الفرنسي رقم 91 / 650 مؤقتة أو تكون نهائية. ويجب أن تعد الغرامة التهديدية مؤقتة ما لم يحدد القاضي طابعها النهائي. ولا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية النهائية إلا بعد الحكم بالغرامة التهديدية المؤقتة مدة محددة يبينها القاضي، وفي حال عدم مراعاة أي من الشرطين السابقين يتم تصفية الغرامة التهديدية بوصفها غرامة مؤقتة. وتمتاز الغرامة التهديدية المؤقتة بأنها غير محددة، ومن ثم فإن معدل هذه الغرامة التي يقررها القاضي يمكن أن يتعدل في أثناء تصفيتها،

ومن ثم فإن المدين لا يعرف قبل التصفية مقدار الغرامة التي يجب عليه دفعها نتيجة إصراره على عدم تنفيذ التزامه. في حين أن معدل الغرامة النهائية لا يمكن أن يتعدل، ومن ثم فإن المدين يعرف قبل التصفية ما يجب عليه دفعه بسبب تعتته وإصراره على عدم تنفيذ التزامه. ويجب على القاضي الذي يحكم بغرامة تهديدية نهائية أن يحدد المدة التي تفرض خلالها هذه الغرامة ولا يقبل الحكم بالغرامة التنفيذية وقف التنفيذ^(٣٩).

خامساً. الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم تابع.

لأنه يستند إلى حكم أصلي صادر بحق المدين متضمناً لإلزامه بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، ومن أجل ضمان تنفيذ هذا الحكم يتبع بحكم آخر يتضمن فرض غرامة تهديدية بحق المدين عن كل مدة زمنية يحددها الحكم يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه. ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر بطلان الحكم الأصلي، فإن ذلك يستتبع بطلان الحكم بالغرامة التهديدية. حيث سبق أن قررت محكمة النقض الفرنسية نقض قرار محكمة الاستئناف في مدينة نانت والذي حكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية نتيجة عدم احترامه لقرار صادر عن السلطات المحلية يقرر إغلاق المحلات يوماً في الأسبوع، ثم بعد ذلك قررت محكمة الاستئناف الإدارية في نانت بطلان ذلك القرار مما يؤدي إلى بطلان القرار الذي فرض الغرامة التهديدية^(٤٠).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية.

يستخلص من تعريف الغرامة التهديدية أنها وسيلة مالية تهدف إلى الضغط على إرادة المدين من أجل حمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً والتغلب على تعنته. ويترتب على ذلك أن الغرامة التهديدية هي وسيلة غير مباشرة من وسائل التنفيذ العيني الجبري الغرامة التهديدية بذاتها وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري وهذه الوسيلة إما أن تنجح وتجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، أو تفشل ولا تستطيع التغلب على تعنت المدين وإصراره على عدم التنفيذ، وفي هذه الحال يعد التنفيذ العيني مستحيلًا حكماً، وإن لم يكن كذلك حقيقة، وليس أمام الدائن هنا سوى طلب التنفيذ عن طريق التعويض. وما دامت الغرامة التهديدية هي وسيلة غير مباشرة من وسائل التنفيذ العيني الجبري، فهي تختلف من ناحية عن التعويض، وتختلف من ناحية أخرى عن العقوبة الخاصة.

المبحث الثاني: ظهور وتطور الغرامة التهديدية:

تعدّ الغرامة التهديدية من الوسائل الفعّالة التي بالإمكان استخدامها في مواجهة تعنت الإدارة إزاء تنفيذ التزامها، وتبدو وكأنها آخر دواء أو سلاح لإرغام الإدارة على التنفيذ، إذ يمارس القضاء بهذه الوسيلة الضغط عليها، بتهديدها بزيادة الدين المالي طالما لم تنفذ التزامها،

وستحدث في هذا المطلب عن نشأة وتطور فكرة الغرامة التهديدية ثم عن الأسباب الذي أدت إلى ظهورها وأخيراً عن أنواع الغرامة التهديدية.

المطلب الأول: نشأة وتطور نظام الغرامة التهديدية:

نشأت فكرة الغرامة التهديدية في إطار القانون الخاص، حيث بدأ القضاء العادي في فرنسا ومنذ بداية القرن العشرين بتطبيقها بعيداً عن أي نص صريح، بهدف الضغط على المدين المتعنت حتى يذعن ويقوم بتنفيذ التزامه، وكان القضاء يفرض مبالغ مالية على المدين لكل فترة زمنية محددة يمتنع فيها عن تنفيذ التزامه، وأطلق على هذه المبالغ تعبير التعويضات، إلا أنها كانت تحمل نفس مدلول الغرامة التهديدية بمعناها الحالي^(٣٠).

واستمر القضاء الفرنسي على تطبيق هذا النظام إلى أن صدر قانون التنفيذ الفرنسي لسنة ١٩٧٢ م، والذي نص في المادة (٥) منه على أنه (يجوز للمحاكم ولو من تلقاء نفسها، أن تأمر بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ القرارات التي تصدرها)، ومنذ ذلك التاريخ أصبح للغرامة التهديدية في فرنسا مرجعية تشريعية حيث أخذ المشرع بالاتجاه الذي يقرر بتصفية الغرامة التهديدية على أساس جسامه الخطأ وقدرة المدين المالية وليس على أساس الضرر^(٣١).

أما بالنسبة للمشرع الأردني فإنه لم ينظم الغرامة التهديدية بشكل صريح، وإنما نص عليها ضمناً في نظرية الالتزام، في حين تناول المشرع العراقي الغرامة التهديدية بالنص عليها في المادتين (٢٥٣ و ٢٥٤) من القانون المدني^(٣٦)، ومعنى ذلك أن للغرامة التهديدية سنداً تشريعياً في القانون العراقي، وسنعود للحديث عن موقف القانون الأردني والقانون العراقي من موضوع الغرامة التهديدية في المبحث الرابع من هذا الفصل.

وفي العودة إلى القانون الفرنسي فإننا نجد أن القضاء العادي في فرنسا قد استخدم الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة في بعض الحالات التي كانت تمتنع فيها الإدارة عن تنفيذ التزاماتها^(٣٧)، أما بالنسبة للقضاء الإداري فإنه وإن كان يطبق فكرة الغرامة التهديدية حتى قبل تدخل المشرع، إلا أن الأمر كان يختلف حسب ما إذا كانت الغرامة في مواجهة الأفراد أم في مواجهة الإدارة.

ففيما يتعلق بالأفراد فإن القضاء الإداري كان يفرض الغرامة التهديدية ضد المتعاقدين مع الإدارة، وقد مرت هذه المسألة بمرحلتين: حيث أكد مجلس الدولة في بادئ الأمر أنه ليس من حقه إلزام هؤلاء على تنفيذ العقد وتوقيع الغرامة التهديدية في حالة عدم امتثالهم لهذا الالتزام، أما

في المرحلة الثانية فقد ميز مجلس الدولة بين افتراضين: إذا كانت السلطة الإدارية محتفظة في مواجهة المتعاقدين معها بسلطات القهر والإجبار، فلا يملك القضاء الإداري سلطة توقيع الغرامة التهديدية ضده، أما إذا كانت الإدارة لا يمكنها استخدام وسائل القهر والإجبار تجاه المتعاقدين معها، بل يجب عليها مسبقاً أن تلجأ إلى القضاء؛ فحينئذ يستطيع هذا الأخير أن يحكم عليه بالغرامة التهديدية لإلزامه على القيام بالعمل المطلوب منه^(٣٨).

أما بالنسبة للإدارة فالموقف مختلف تماماً، لأن القاضي الإداري لم يسمح لنفسه توقيع غرامات تهديدية ضد الإدارة إذا ما امتنعت أو تأخرت في تنفيذ حكم الإلغاء، حيث كان مجلس الدولة يقرر دائماً أن القاضي الإداري لا يدخل في اختصاصه إلزام الإدارة بتوقيع عقوبة الغرامة التهديدية ضدها^(٣٩)، استناداً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يحظر على القاضي الإداري التدخل في عمل الإدارة وإصدار الأوامر إليها، إلى أن جاء القانون الرقم (٨٠/٥٣٩) في ١٦/٧/١٩٨٠م الذي أجاز للقضاء الإداري فرض الغرامة التهديدية على الإدارة لإجبارها على تنفيذ أحكام القضاء الإداري^(٤٠).

وبهذا التدخل التشريعي حقق المشرع رغبة رجال القضاء أنفسهم الذين طال تطلعهم ليوم

يتدخل فيه القضاء الإداري بفاعليته في تنفيذ الأحكام التي يصدرها، وصدر القانون ١٩٨٠م ليقتن فكرة الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، مستهدفاً ضمان تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، ولا يعد ذلك تدخلاً في شؤون الإدارة، ولا يحل محلها في شيء، كما لا يعدّ خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، بل كل ما يفعله القاضي الإداري هو تذكير الإدارة بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في احترام مضمون قوة الشيء المقضي به مع إلباس هذا التذكير ثوب التحذير الرسمي وهو التهديد بالجزاء المالي^(٣٧).

لقد ورد في المواد من (٢-٦) من القانون المذكور أن مجلس الدولة يستطيع توقيع الغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية العامة، بهدف ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، ويصف الفقه الإداري هذا القانون بأنه أحد أهم القوانين الإدارية الحديثة الجريئة التي أطاح بالمحظورات القديمة المفروضة على القضاء الإداري، بهدف ضمان قوة الشيء المقضي به في المجال الإداري^(٣٨).

فيظهر مما سبق أن القضاء الإداري الفرنسي قد عرف تطوراً كبيراً وقفزة نوعية فيما يتعلق بتطبيق نظام الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة عند تأخير تنفيذ الأحكام القضائية أو عدمه، وإن هذا التطور قد مرّ بمرحلتين: في المرحلة الأولى لم

يعترف المشرع الفرنسي بهذه السلطة، وقد حظر مجلس الدولة الفرنسي على نفسه توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة، بناء على عدم جواز تدخل القاضي الإداري في عمل الإدارة أو توجيه أوامر تنفيذية إليها، في حين أن الغرامة التهديدية تعدّ أكثر من مجرد أمر، ومرد ذلك أنها تتضمن جزاء يبقى قائماً إلى غاية التنفيذ الكلي للحكم القضائي.

أما في المرحلة الثانية فقد خطا المشرع الفرنسي خطوة جريئة - حرصاً منه على ضمان تنفيذ أحكام القضاء الإداري - وأصدر القانون ١٩٨٠م / ٧ / ١٦ المتعلق بالغرامة التهديدية في المجال الإداري، لكنه لم يقف عند هذا الحد، بل أنه أصدر القانون ١٩٩٥م / ٢ / ٨ لتنظيم الوسيلة نفسها، ويصدر هذين القانونين أصبح توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة في القضاء والتشريع الفرنسي أمراً مؤكداً^(٣٩).

المطلب الثاني: الغرامة التهديدية في القضاء الإداري الفرنسي

حيث ان الغرامة التهديدية هي نتاج الفقه الفرنسي، فيقتضي هنا بيان موقف المشرع الفرنسي الحديث من استخدام هذه الوسيلة وسلطة القاضي الإداري الفرنسي في استخدامها.

الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي الحديث من استخدام الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة:

إذا كان القضاء الإداري الفرنسي يرفض دائماً فرض الغرامة التهديدية على الإدارة ليحملها على تنفيذ التزامها تجاه الحكم الإداري، إلا أن هذا الموقف التقليدي أصبح محل انتقاد جانب كبير من الفقه الفرنسي، كما نادى مجلس الدولة ذاته بضرورة انتهاج سياسة جديدة في مواجهة الإدارة تقوم على جواز توجيه الأوامر إليها لاتخاذ الإجراء الذي يتطلبه تنفيذ الحكم القضائي، واستخدام أسلوب التهديد المالي في مواجهتها لإجبارها على التنفيذ، استناداً إلى أن القاعدة التي نص عليها المشرع فيما يتعلق بتوقيع الغرامة التهديدية في نطاق القانون الخاص، تعتبر قاعدة عامة تقبل التطبيق في القضاء الإداري أيضاً^(١٠).

وقد استجاب المشرع الفرنسي لنداء الفقه والقضاء وأصدر قانون ١٦/٧/١٩٨٠م، الذي منح بموجب القضاء الإداري سلطة فرض الغرامة التهديدية ضد الإدارة، لإلزامها باتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكامه خلال مدة محددة، إلا أن التطور التشريعي الفرنسي لم يقف عند هذا الحد وإنما أصدر المشرع قانون ٨/٢/١٩٩٥م الذي يتسم بالشمول والاتساع من حيث السلطة الممنوحة للقاضي الإداري في هذا المجال، وستحدث في هذا المطلب عن موقف المشرع

الفرنسي من موضوع الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة في كل من قانون عام ١٩٨٠ وقانون عام ١٩٩٥ وعلى التوالي.

أولاً الغرامة التهديدية في قانون ١٦/٧/١٩٨٠م الفرنسي

لقد تدخل المشرع الفرنسي لأجل ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية وأصدر القانون الرقم (٨٠/٥٣٩) بتاريخ ١٦/٧/١٩٨٠م، وأجاز من خلاله فرض الغرامات التهديدية على الإدارة - وتحديد الأشخاص المعنوية العامة - تأييداً لما يصدره من أحكام تجاهها، وفي الحقيقة فإن هذا القانون يعدّ القانون الأول الذي يتيح للقاضي الإداري سلطة توجيه الغرامة التهديدية للإدارة وله فضل سبق في هذا المجال، وخصص مواده من الثانية إلى السادسة لتنظيم هذه السلطة وكيفية استخدامها ضد الأشخاص المعنوية العامة^(١١)، ومع ذلك فقد أبدى الفقه عدة ملاحظات وتحفظات على هذا القانون تتلخص بما يلي:

١ - إن هذا القانون لا يتعلق إلا بالغرامات التهديدية ضد الإدارة لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، بحيث تظل المشكلة كما هي فيما يتعلق بتنفيذ أي إجراء آخر غير تنفيذ الأحكام الإدارية، لأن القانون المذكور لم يشر إلا لعدم تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري^(١٢)، حيث تنص المادة الثانية منه على أنه (في حالة عدم تنفيذ

أي حكم صادر عن جهة القضاء الإداري....)، وتطبيقاً لذلك رفض مجلس الدولة استخدام أسلوب التهديد المالي لإجبار الإدارة على تنفيذ أمر على عريضة أو على تنفيذ تسوية ودية أو صلح أبرمته الإدارة مع أحد الأفراد لإنهاء إحدى المنازعات^(٢٧).

٢- الغرامة التهديدية الواردة في هذا القانون لا يقضى بها إلا في حالة عدم تنفيذ الحكم الإداري، بمعنى أن الحكم بها لا يتلازم مع الحكم الأصلي، أي لا يمكن للقاضي أن يصدر الغرامة التهديدية مع الحكم، ولا يمكنه اللجوء إليها إلا بعد صدور الحكم وثبوت امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الأصلي^(٢٨)، وقد قصد المشرع من وراء ذلك أن يترك فرصة للإدارة لتقوم بتنفيذ الحكم في مدة معقولة قبل أن يستخدم القاضي الإداري سلطته في فرض الغرامة التهديدية في مواجهتها، وإذا قامت جهة الإدارة بتنفيذ الحكم أو بدأت في تنفيذه، فلا تكون هناك أية حاجة للجوء إلى هذه الوسيلة^(٢٩).

٣- الغرامة التهديدية لا يمكن أن يقضى بها إلا من مجلس الدولة فقط، لأن النص المذكور وبالرغم من تعلقه بضمان تنفيذ كل الأحكام الإدارية، حتى تلك الصادرة عن المحاكم الإدارية، إلا أنه جعل لمجلس الدولة وحده الاختصاص الاستثنائي بكفالة تنفيذها، حيث تنص المادة الثانية منه على أنه (في حالة عدم تنفيذ أي حكم

صادر عن جهة القضاء الإداري، فإن مجلس الدولة يستطيع ولو تلقائياً توقيع غرامة تهديدية...).

وقد يزيد هذا النهج من الأعباء القضائية لمجلس الدولة، ومن شأنه تأخير الفصل في طلبات الحكم بالغرامة التهديدية مما يستتبع حتماً تعطيل تنفيذ الأحكام، وهذا يتعارض أصلاً مع الهدف المرجو من وضع هذا النظام، كما أنه ليس هناك ما يبرر هذا التمييز.

٤- قصور سريان نظام الغرامة التهديدية على الأحكام الصادرة ضد أشخاص القانون العام، دون غيرهم من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام، وهو قصور أفضى بلا مبرر إلى خروج طائفة كبيرة من الأحكام الإدارية من نطاق نظام الغرامة التهديدية، ومن ثم حرمانها من ضمانة تنفيذها بسرعة وفعالية، على الرغم من تماثل ما تشغل به هذه الأشخاص وما تتمتع به من امتيازات وسلطات^(٣٠)، فقد جاء النص في المادة الثانية من القانون على أنه (في حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن جهة القضاء الإداري، فإن مجلس الدولة يستطيع ولو تلقائياً، توقيع الغرامة التهديدية ضد الأشخاص المعنوية للقانون العام لضمان تنفيذ هذا الحكم).

ثانياً. الغرامة التهديدية في قانون ١٩٩٥/٢/٨ م الفرنسي.

لقد تدخل المشرع الفرنسي من جديد ليعالج مظاهر القصور في نظام الغرامة التهديدية في المجال الإداري والتي نظمها القانون السابق، وأصدر القانون رقم (١٢٥) في ١٩٩٥/٢/٨ م، والذي أجرى من خلاله إصلاحاً قضائياً في هذا السياق، حيث أعطى للقاضي الإداري إمكانية إصدار أوامر تنفيذية مرتبطة بالغرامة التهديدية كضمان ومؤيد لتنفيذ ذلك الأمر، وقد منح الاختصاص بالحكم بالغرامة التهديدية للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية إلى جانب مجلس الدولة. ويمكن تتبع التطورات التي جاء بها قانون ١٩٩٥ م من خلال المحاور الأربعة التالية:

١. الجهة المختصة بتوقيع الغرامة التهديدية:

لقد رأينا أن الاختصاص بفرض الغرامة التهديدية كان قبل صدور قانون ١٩٩٥ م محصوراً بمجلس الدولة فقط، وفقاً للمادة (٢) من القانون ١٩٨٠ م، وبقي الأمر كذلك حتى صدور القانون الحالي والذي تبنى فكرة التلازم بين قاضي الحكم وقاضي الغرامة المطبق في نطاق القانون الخاص، فاعتبر قاضي الحكم بمثابة قاضي التنفيذ لأحكامه، وتجلى رغبته في أن تتولى كل محكمة من محاكم القضاء الإداري كفالة تنفيذ أحكامها،

لذا لا يجوز لغير المحكمة مصدرة الحكم أن تقوم بتلك الإجراءات لضمان تنفيذ هذا الحكم^(٤٧).

لقد حققت المادة ٨/٤ من قانون ١٩٩٥ م مقتضيات المبدأ المذكور بالتلازم بين قاضي الحكم وقاضي الغرامة، خصوصاً من خلال عبارتي (في حالة عدم تنفيذ) و (ذات المحكمة التي أصدرته)، إذ نصت المادة ٨/٤ منه على أنه في حالة عدم تنفيذ حكم نهائي صادر عن محكمة إدارية أو محكمة استئناف إدارية يكون على ذي الشأن تقديم طلب تنفيذه إلى ذات المحكمة التي أصدرته، وتضيف فقرتها الثانية على أنه إذا كان الحكم مطعوناً فيه بالاستئناف فإن هذا الطلب يجب تقديمه إلى محكمة الاستئناف^(٤٨).

ويبدو بوضوح من خلال النص السابق أن الأحكام التي تصدرها المحاكم الإدارية، إذا كانت نهائية، فإن المحكمة ذاتها هي التي تكون مختصة بالفصل في طلبات الغرامة التهديدية لضمان تنفيذها، أما إذا طعن فيها بالاستئناف، فإن محكمة الاستئناف هي التي تختص بالفصل في طلبات تنفيذها، طالما لم تنفذها الإدارة ولم تبت محكمة الاستئناف فيها بعد، إلا أنه إذا نظرت في الطعن وقامت بفسخ الحكم، فلا يكون هناك محل لطلب الأمر بالتنفيذ وفرض الغرامة التهديدية، أما إذا صدر الحكم عن محكمة الاستئناف الإدارية، فتعتبر بطبيعتها أحكاماً

نهائية، لذا يكون المختص بالفصل في طلب تنفيذها هي ذات المحكمة التي أصدرتها. ويتضح مما سبق أن مهمة القاضي الإداري مثلما تكون في تحديد إجراءات التنفيذ التي لا بد من اتخاذها في مدة معينة والأمر باتخاذها، فإنها تكون كذلك في توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة -إذا وجد ما يدعو لذلك-، وهذه المهمة لا تقتصر ممارستها في حالة عدم تنفيذ الحكم النهائي فقط، وإنما تجوز كذلك في حالة عدم تنفيذ حكم مطعون فيه بالاستئناف، لكن في هذه الحالة يجب أن يقدم الطلب إلى المحكمة المرفوع إليها الاستئناف، لا إلى الجهة القضائية التي أصدرته.

٢. الأشخاص الذين تطبق عليهم الغرامة التهديدية:

أشرنا فيما سبق إلى أن قانون ١٩٨٠م كان ينص صراحة على تطبيق نظام الغرامة التهديدية على أشخاص القانون العام فقط متناسياً بذلك الأشخاص المعنوية للقانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام التي تتقلد امتيازات السلطة العامة، ويرى الفقه بأنه لا يوجد أي سبب يبرر عدم خضوع الأشخاص الخاصة التي تمارس وظيفة إدارية لنفس القواعد التي تخضع لها الأشخاص العامة، طالما أنها تتمتع بنفس الامتيازات الممنوحة للأشخاص العامة^(٤٩).

وقد حاول المشرع بتعديل القانون في ٣٠/٧/١٩٨٧م سد الثغرة التي كانت موجودة قبل ذلك، حين أضاف الأشخاص المعنوية للقانون الخاص المكلفة بإدارة أحد المرافق العامة في نطاق تطبيق نظام الغرامة التهديدية، وكان لصدور القانون ١٩٩٥م أثر حاسم في هذا المجال، إذ يمكن للقاضي الإداري أن يوقع الغرامة التهديدية على كل الأشخاص المعنوية العامة، وعلى كل تنظيمات القانون الخاص المكلفة بتنفيذ مهمة مرفق عام لإكراهها على تنفيذ الحكم الإداري^(٥٠)، لكن الأشخاص الطبيعيين فهم مستبعدون تماماً من نطاق تطبيق هذا القانون وهو ما أكدته مجلس الدولة^(٥١).

٣. ربط الغرامة التهديدية بالأوامر التنفيذية:

تعترف المادة ٣/٨ من التقنين المذكور أن للقضاء الإداري سلطة توجيه أوامر مرتبطة بغرامة تهديدية، وهذا مفاده أنه يجوز لمجلس الدولة وللمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بناء على طلب صريح من صاحب الشأن سواء في ذات صحيفة دعواه مع الطلب المفتوح للخصومة أم منفصلاً عنه، أن تتخذ أوامر تنفيذية مرتبطة بغرامة تهديدية محددة ميعاد سريانها^(٥٢).

ويستطيع القاضي في هذه الحالة أن يقرن حكمه في الموضوع بغرامة تهديدية بقصد تنفيذه، لتدارك احتمال عدم تنفيذه من جانب الإدارة

٤. الحكم الذي يطبق ضماناً لتنفيذه نظام الغرامة التهديدية:

لم يميز المشرع الفرنسي بين الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري فيما يتعلق بتوقيع الغرامة التهديدية ضماناً لتنفيذه، سواء تلك الصادرة في دعاوي القضاء الكامل أم دعاوي قضاء الإلغاء، لكن يكون تطبيقها مفيداً أكثر حينما يكون بصدد تنفيذ حكم الإلغاء، كما يمكن تطبيقها في حالة عدم تنفيذ أي حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري، سواء من المحاكم العادية (المحاكم الإدارية، محاكم الاستئناف الإدارية، مجلس الدولة) أم المحاكم الخاصة، لكن ينبغي أن يكون الحكم من أحكام الإلزام، ويستوي هنا أن يكون حكماً موضوعياً أم حكماً مستعجلاً أو وقتياً.

ولا يقتصر تطبيق الغرامة التهديدية على حالة عدم تنفيذ الأحكام التي تحوز قوة الشيء المقضي به فقط، بل يمكن تطبيقها كجزاء لعدم تنفيذ أي حكم صادر عن أية جهة في القضاء الإداري، سواء كان قابلاً للطعن أم غير قابل للطعن، لأن حكم القضاء الإداري يكون مشمولاً بالنفاذ بالرغم من الطعن فيه بالإلغاء، وإن عدم تنفيذه من جانب الإدارة يؤدي إلى إمكانية توقيع الغرامة التهديدية ضدها، إلا أن القاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة تجاه فرض الغرامة التهديدية - كما سنرى في

من جهة، ورغبة من المشرع في تيسير إجراءات الحكم بالغرامة التهديدية وسرعة الفصل فيها من جهة أخرى، ومن هنا تبرز وظيفة جديدة للغرامة التهديدية، لأنها لم تعد أداة ضمان أحكام إدارية مجردة، إنما صارت وسيلة لكفالة تنفيذ الأوامر القضائية أيضاً^(٥٣).

ولم يتردد القاضي الإداري الفرنسي في الحكم بالغرامة التهديدية المرتبطة بالأوامر التنفيذية في منطوق الحكم، والمثال على ذلك ما أكدته المحكمة الإدارية في Rennes بعدم مشروعية قرار رفض قبول قيد بعض الطلاب بالجامعة، وألغت القرار ووجهت أمراً إلى رئيس الجامعة بقيد الطلاب المحكوم لصالحهم خلال مهلة لا تتجاوز ثمانية أيام فقط، وقرنت المحكمة هذا الأمر بغرامة تهديدية على الجامعة مقدارها خمسمائة فرنك عن كل يوم من أيام التأخير في التنفيذ، يبدأ سريانها بمجرد انتهاء هذه المهلة.

أما بخصوص الأوامر اللاحقة لصدور الحكم، فقد عاجلت ارتباطها بالغرامة التهديدية نص المادة ٨/٤ من التقنين، فوفقاً لها يستطيع القاضي الإداري، إذا طلب منه المحكوم لصالحه كفالة تنفيذ الحكم الذي يصدره، أن يحدد الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم والمدة اللازمة لتنفيذه، كما يمكنه توقيع الغرامة التهديدية لكفالة هذا التنفيذ.

المطلب الثاني من هذا البحث-، لذا فمن الممكن أن يقصر توقيعها بالنسبة للأحكام التي تحوز قوة الشيء المقضي به فقط.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري الفرنسي في استخدام الغرامة التهديدية ضد الإدارة

يجوز للقاضي الإداري أن يحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة بعد ما يتحقق من توافر الشروط المطلوبة لتوقيعها، ويتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، لكن وبالمقابل توجد حالات يرفض فيها القاضي الإداري استخدام الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، وستناول في هذا المطلب مدى حرية القاضي الإداري في توقيع الغرامة التهديدية والحالات التي يرفض فيها القاضي الإداري فرض الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، ونخصص لكل منهما فرع مستقل.

أولاً: مدى حرية القاضي الإداري في اختيار أسلوب التهديد المالي.

لقد ترك المشرع الفرنسي للقاضي الإداري حرية واسعة فيما يتعلق بالحكم بالغرامة التهديدية من عدمه، فالمادة الثانية من قانون عام ١٩٨٠م تنص على أنه لمجلس الدولة في حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن القضاء الإداري، الحكم ولو مباشرة بتوقيع غرامة تهديدية لضمان تنفيذه، وتنص المادة ٣/٨ من التقنين على أنه يكون للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف

الإدارية أن تصدر في ذات الحكم الذي يصدره الحكم بغرامة تهديدية لضمان تنفيذه، كما تنص المادة ٤/٨ منه على أنه للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، في حال عدم تنفيذ حكم قطعي صدر عنها... يكون للمحكمة المختصة... الحكم بغرامة تهديدية لضمان هذا التنفيذ.

فيلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يستعمل صيغة الوجوب، بل يذكر عبارة (لمجلس الدولة) أو (للمحكمة) والذي يدل على أن الحكم بالغرامة التهديدية أمر جوازي للقضاء الإداري، فالقاضي الإداري يستفحص شروط الحكم بالغرامة في الحالة المعروضة عليه، إلا أنه لا يلزم على الحكم بالغرامة حتى ولو توافرت الشروط المطلوبة جميعها، فتقدير الملاءمة في توقيع الغرامة التهديدية يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، فيكون لرئيس المحكمة إما أن يحكم برفض الطلب، أو أن يأمر بحفظ الطلب إدارياً، أو أن يتخذ الإجراءات القضائية لصدور الحكم بالغرامة التهديدية، وفي الحالتين فإنه غير ملزم بتسبيب حكمه، وإن عبارة (للمحكمة) أو (لمجلس الدولة) في المواد المذكورة تؤكد ما للقاضي الإداري من سلطة تقديرية في الحكم أو رفض الحكم بالغرامة التهديدية^(٤١).

وفيما يتعلق بسلطة القاضي في تحديد بدء سريان الغرامة التهديدية فيرى جانب من الفقه أن هذه السلطة مقيدة بتاريخ تبليغ الحكم، في

حين يرى آخرون أن تحديد بدء سريان الغرامة التهديدية متروك لسلطة القاضي التقديرية، دون ضرورة مراعاة تاريخ إعلان الحكم في هذا التحديد^(٥٥)، ومن خلال دراسة النصوص التشريعية المنظمة للغرامة التهديدية في مجال القضاء الإداري يظهر أن المشرع لم يحدد لحظة بدء سريان الغرامة ولا لحظة نهايتها، ولم يتعرض لتلك المسألة لا من قريب ولا من بعيد، وهذا يدلّ باعتقادنا على أن المشرع قد تركها للسلطة التقديرية للقاضي، كما إن طبيعة الغرامة التهديدية وهدفها توحى إلى ذلك أيضاً.

ويختلف تحديد سريان مفعول الغرامة التهديدية باختلاف ما إذا كانت الغرامة سابقة لصدور الحكم الأصلي أو لاحقة له، ففي الحالة الأولى وطالما أن الحكم بالغرامة يكون مدججاً مع الحكم الأصلي، فيفترض بدء سريان المدة المذكورة من تاريخ تبليغه، وقد يمنح المحكمة أجلاً للمحكوم عليه لاتخاذ تدابير معينة لتنفيذ الحكم خلالها، فيبدأ سريان الغرامة التهديدية بانقضاء الأجل المحدد^(٥٦)، أما في الحالة الثانية فتقرر الغرامة التهديدية بعد تسجيل امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، وطالما أن الحكم الصادر قابلاً للتنفيذ فإن قاضي الغرامة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد بدء سريان

الغرامة التهديدية وفقاً لمقتضى الحال وظروف كل منازعة^(٥٧).

ويتمتع القاضي الإداري بحرية واسعة في تحديد المدى الزمني للغرامة كي تجري تصنيفاتها بعد ذلك، فإما يحدد مدة زمنية معينة يستغرقها سريان الغرامة ويتوقف عند نهايتها لتبدأ بعد ذلك إجراءات التصفية، أو يترك تلك المدة بلا تحديد حتى يبلغ اليأس من تنفيذ الإدارة للحكم فيقوم بتصنيفها، أو يعلن في الحكم بشكل صريح بأن الحكم يظل سارياً حتى تمام تنفيذ الحكم^(٥٨).

وجدير بالذكر أن القاضي الإداري لا يتقيد بالمدة المحددة في الحكم، إنما يكون له سلطة تعديل هذه المدة تبعاً لمقتضيات الحال ومدى فاعلية الغرامة المحكوم بها في تأثيرها على موقف الإدارة من تنفيذ الحكم^(٥٩).

وللقاضي حرية واسعة في تحديد معدل الغرامة التهديدية، وله أيضاً سلطة تعديل مبلغها^(٦٠)، دون التقيد بطلبات الشخص المعني وبدرجة الضرر الناتج عن التنفيذ، ويكون مستقلاً تماماً عن التعويض، بل يكون كقاعدة عامة أعلى بكثير من مقدار التعويض والفوائد، بحيث يبدو احترام الشيء المقضي في نظر الإدارة أفضل بكثير من عدم احترامه^(٦١). فالمسألة تختلف من قضية إلى أخرى حسب ظروف كل دعوى على حدة، إلا أنه وفي جميع الأحوال يجب أن لا

يستند هذا التحديد على الضرر الذي نتج عن عدم التنفيذ طالما أن الغرامة التهديدية تستقل عن التعويض، كما أنه لا مجال لربطه بمضمون الالتزام الوارد في الحكم ولا بنوع وأهمية الحكم، لأن الهدف من الغرامة التهديدية هو إجبار الإدارة على احترام حجية الشيء المقضي به، ولا توجد أية تقسيمات للأحكام القضائية حسب أهميته أو حسب مضمون الالتزام الوارد فيه، بل يعد جميع الأحكام القضائية في نفس المستوى ونفس الدرجة، وتحوز نفس الأهمية مهما كان نوعها^(٢٦).

لذلك فلا يهم إذا كان الحكم الذي يفرض الغرامة التهديدية لضمان تنفيذه يقضي بإلغاء قرار إداري فردي يتعلق بشخص واحد، أو يقضي بإلغاء قرار إداري تنظيمي يتعلق بعدد كثير من الناس، بل الذي يهم هو تنفيذ الحكم الإداري مهما كان نوعه، وإلا فهناك أحكام يكون مصيرها الموت وبالتالي نكون أمام بداية الانهيار للقضاء وفقد قيمته كجهاز لصون حقوق وحريات الأفراد، وتفقد الغرامة التهديدية قيمتها كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر ضدها^(٢٧).

لذا يجب أن يستند القاضي في تحديد مقدار الغرامة التهديدية إلى مدى كفايته للتغلب على تعنت الإدارة وحملها على احترام مبدأ المشروعية وتنفيذ الأحكام القضائية، ومن الضروري أن

يقدر القاضي مقدار الغرامة بشكل كبير يفوق مبلغ الضرر، خاصة في حالة الغرامة المؤقتة، أما في حالة الغرامة النهائية فيضع القاضي في حسابه أنه لا يملك تعديل المبلغ إلا حين يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى السبب الأجنبي، لذا فيكون المبلغ معتدلاً ومناسباً.

ثانياً: حالات يرفض فيها القاضي الإداري استخدام التهديد المالي:

طالما أن الهدف من الغرامة التهديدية هو ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، فإن هنالك حالات لا يفرض فيها القاضي الإداري غرامة تهديدية في مواجهة الإدارة بالرغم من أنه يملك -كما رأينا- سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، ومن أبرز هذه الحالات ما يلي^(٢٨):

١. إذا رأى أن الإدارة قد نفذت الحكم.
٢. إذا تبين أن الإدارة مقدمة لا محالة على تنفيذ الحكم الأصلي، نظراً لاحتمال الحكم بالغرامة.
٣. إذا تم إلغاء الحكم الذي كان تنفيذه واجباً على الإدارة من جانب محكمة أعلى، لأن هذا يدل على أن تنفيذ الحكم أصبح مستحيلاً.
٤. إذا لم يكن للقاضي الإداري أي علاقة بالحكم الواجب التنفيذ.

٥. إذا قدم المدعي قبل تقديمه لطلب الحكم بالغرامة طلباً إلى الإدارة في سبيل مراعاة تنفيذ الحكم الأصلي، وصدرت الإدارة قراراً صريحاً أو ضمنياً بالرفض، ومن ثم انتهت مدة الشهرين

المطلب الثالث: أسباب ظهور الغرامة التهديدية في القضاء الإداري:

إذا كان تنفيذ الأحكام الإدارية يعدّ التزاماً على عاتق الإدارة بما لهذه الأحكام من حجية، فإن المشرع الفرنسي - حرصاً منه على احترام هذه الحجية وتنفيذه تنفيذاً تاماً وصحيحاً خلال مدة معقولة - قرر أخيراً إمكانية استخدام الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة كوسيلة ضغط بقصد إجبارها على التنفيذ، وهنالك عدة أسباب دفعت المشرع إلى منح القاضي الإداري سلطة استخدام التهديد المالي ضد الإدارة، يمكن إجمالها في النقاط التالية:

١. إن الإدارة تحوز القوة اللازمة لتنفيذ الحكم، ومن غير متصور أن تستخدم هذه القوة ضد نفسها، ولا يمكن الاستعانة برجال الإدارة لفرض تنفيذ حكم قضائي على الإدارة ذاتها، فالحججة التي تحوزها الأحكام القضائية لا تكفي وحدها لتنفيذها، بل لابد من قوة رادعة تساند تلك الحجية، يخشاه من لم يمثل لهذه الحجية، فيذعن للحكم وينفذه وفقاً لمقتضاه، لذلك فإن رفض القضاء الإداري استخدام أسلوب التهديد المالي يفقد - بلا شك - من مكانته وهيئته، على اعتبار أنه لا يملك القوة التي يحتاجها لتنفيذ الأحكام التي يصدرها.

٢. لا يمكن إتباع طرق التنفيذ العادية في مواجهة الإدارة، حتى في حال رفضها لتنفيذ الأحكام

التي يجوز خلالها مخاصمة هذا القرار الأخير دون أن يطعن فيه، وأصبح القرار باتاً، فيرفض استناداً إلى ذلك طلب توقيع الغرامة ضد الإدارة تأييداً لتنفيذ حكم سبق صدوره.

٦. إذا أثبتت الإدارة نيتها بالبداية في تنفيذ الحكم على أساس إجراءات معينة، أو بدأت بالفعل بتنفيذ الحكم ولو كانت بداية التنفيذ متأخرة، لأن التنفيذ إذا بدأ أو كان التنفيذ جارياً وأمكن الاعتقاد بأنه سيصل يوماً ما إلى النهاية، فلا يوجد هناك ما يدعو إلى توقيع الغرامة التهديدية، حتى ولو جاء التنفيذ متأخراً، لأن هناك طريقاً آخر يمكن اللجوء إليه لجبر الضرر الذي نتج عن التأخير في التنفيذ وهو التعويض، لكن بالنسبة للغرامة فلا توقع مادام الإدارة كشفت عن نيتها في تنفيذ الحكم أو بدأت بالفعل بالتنفيذ^(٩٠).

لكن يجب أن نذكر هنا أن الهدف من توقيع الغرامة التهديدية ليس تنفيذ الحكم القضائي فقط، والغرامة التهديدية لا تعدّ وسيلة لمعاقبة الإدارة في حالة رفضها الصريح لتنفيذ الحكم فقط، إنما يهدف أيضاً إلى حث الإدارة على تنفيذ الأحكام بسرعة أكبر وخلال مدة معقولة، لذا نجد بضرورة توقيع الغرامة التهديدية إذا ثبتت رغبة الإدارة في التأخير في التنفيذ.

المطلب الرابع: أنواع الغرامة التهديدية.

أولاً: تقسم الغرامة التهديدية من حيث سلطة القاضي الإداري في إعادة النظر فيها بتعديلها أو إلغائها إلى الغرامة التهديدية المؤقتة والغرامة التهديدية النهائية. وتعد الغرامة التهديدية المؤقتة الوسيلة الأكثر استعمالاً من قبل القاضي، أي أنها تمثل الأصل الذي يجري عليه القضاء في نطاق الغرامة التهديدية، وقد استقر مجلس الدولة على اعتبار الغرامة أنها مؤقتة، إذا أغفل القاضي عن بيان طبيعتها ولم يحددها صراحة بأنها نهائية، كما أن غالبية أحكام مجلس الدولة الصادرة بهذا الشأن هي غرامة مؤقتة وليست نهائية^(٩٨).

ويتميز هذا النوع من الغرامة في أن القاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية مزدوجة في استخدامها: فمن جهة يتمتع بحرية اختيارها دون أن يقيدته المشرع بأي قيد نوعي، ودون أن يتقيد بطلبات ذوي الشأن ولا بالضرر الذي لحق بالمحكوم عليه جراء عدم التنفيذ، فيملك القاضي الحكم بالغرامة المؤقتة حتى ولو طلب منه ذوو الشأن أن يقضي بغرامة نهائية^(٩٩)، ومن جهة ثانية تكون للقاضي سلطة تعديلها أو إلغائها حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتاً، حيث يعتبر المبلغ المحكوم به مبلغاً مؤقتاً وليس نهائياً، ويستطيع القاضي إعادة النظر فيها عند التصفية، وله أن يقرر تخفيف المبلغ أو إلغائه دون أن يتقيد بالمبلغ المحدد

القضائية؛ لأن المبدأ العام في هذا المجال هو أن الأموال العامة وما يتصل بها لا تمثل ضماناً للدائنين ولا يمكن الحجز عليها أياً كان نوعها، وهذا المبدأ يمثل حائلاً دون إجبار الإدارة على تنفيذ ما يصدر في مواجهتها من أحكام، وتبقى أحكام القضاء الإداري دون التنفيذ؛ إلا إذا أرادت الإدارة عكس ذلك وبالكيفية التي تريدها، لذا فإن القضاء الإداري بحاجة ملحة لاستخدام التهديد المالي بقصد إكراه الإدارة على التنفيذ^(١٠٠).

٣. قصور وسائل التنفيذ التقليدية وعجزها عن تحقيق غايتها في إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي إلى الأخذ بفكرة الغرامة التهديدية كوسيلة فعالة لكفالة تنفيذ هذه الأحكام^(١٠١).

وإذا كانت هذه هي الأسباب التي أدت إلى ظهور فكرة الغرامة التهديدية في مجال القانون الإداري فإن القاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في توقيعها وفي اختيار نوعها، حيث يملك الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية مؤقتة، كما يملك الحكم عليها بغرامة تهديدية نهائية، ويتمتع أيضاً بسلطة تقريرها سواء كوسيلة سابقة لتنفيذ الحكم أم وسيلة لاحقة لصدور الحكم.

في الحكم، لأن الحكم بغرامة تهديدية مؤقتة يعد حكماً تهديدياً مؤقتاً ولا يجوز قوة الأمر المقضي به^(٧٠).

أما الغرامة التهديدية النهائية فهي مبلغ من المال يقدره القاضي عند الحكم به ولا يجوز له إعادة النظر فيه أو إجراء أي تعديل على مقداره أو إلغائه عند التصفية _ التقدير النهائي للغرامة _ إلا إذا كان عدم التنفيذ يعود إلى قوة قاهرة أو حدث فجائي لا يد للإدارة فيها، أي أنه وإن كان القاضي يتمتع بسلطة تقدير قيمتها، إلا أنه لا يستطيع إلغاؤها أو تعديلها عند التصفية _ التقدير النهائي للغرامة^(٧١)، وتمثل الغرامة التهديدية النهائية استثناء على الأصل، لذا لا بد أن يصرح القاضي الإداري بأنها نهائية، لأن الصفة النهائية للغرامة لا تفترض، وإن الغرامة تكون مؤقتة ما لم تحدد المحكمة بأنها نهائية^(٧٢).

ثانياً: تقسم الغرامة التهديدية بالنسبة لوقت صدور الحكم بها إلى غرامة سابقة على مرحلة التنفيذ وغرامة لاحقة لصدور الحكم، فالغرامة التهديدية وسيلة مقترنة بوسيلة الأمر، والأوامر قد تكون أوامر إحترازية، بمعنى أن القاضي يوجهها إلى الإدارة في حكمه الأول الصادر في دعوى الإلغاء، وقد تكون أوامر لاحقة على صدور الحكم بالإلغاء، وقد أعطى المشرع الفرنسي للقاضي الإداري سلطة فرض غرامة

تهديدية على الإدارة لإجبارها على تنفيذ ما يصدره لها من أوامر تنفيذية، ومن ثم فإن استعمال الغرامة التهديدية تكون في حالتين: الغرامة الصادرة في الحكم الأول بالإلغاء، والغرامة اللاحقة لصدور الحكم بالإلغاء^(٧٣).

فقد يقرر القاضي الإداري الحكم بالغرامة التهديدية مقترناً بالأمر القضائي الموجه إلى الإدارة لاتخاذ إجراء أو تدبير معين، كوسيلة احتياطية وسابقة لضمان تنفيذ الأمر القضائي، لبيان للإدارة بأنها سوف تتعرض لجزاءات مالية في حالة امتناعها عن تنفيذ الأمر القضائي، ويقرر هذا النوع من الغرامة في الحالات التي يقدم فيها طلب الغرامة ابتداءً بالتزامن مع الطلبات المقدمة في الموضوع، ويصدر الحكم بالغرامة بشكل مدمج مع الحكم الأصلي^(٧٤).

ومعنى ذلك أن المشرع الفرنسي ينص على التهديد المالي هنا كإجراء مرصود لتدارك الامتناع المحتمل من جانب الإدارة وممارسة الضغط عليها لأجل تنفيذ الحكم القضائي بسرعة ممكنة وبشكل صحيح، ويظهر أسلوب الغرامة التهديدية في هذه الحالة بأنها وسيلة فعالة وذات أهمية خاصة، فإنها تضمن تنفيذ الحكم الإداري بشكل سريع دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء من جديد للمطالبة بتوقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة بعد ثبوت امتناعها عن

التنفيذ، ومن جهة أخرى فإن هذه الوسيلة تعيد للقضاء الإداري هيئته وفعاليته، كما تعطي للحكم الإداري المدلول الحقيقي في قوة الشيء المقضي به^(٧٥).

وبالمقابل يمكن أن تقرر الغرامة التهديدية بعد صدور الحكم الإداري وامتناع الإدارة عن تنفيذه، حيث يقتصر تطبيقها فقط على الحالة التي يطلب فيها ذوو الشأن توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة، بعد أن يثبت امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم، أي يكون توقيعها بشكل لاحق على صدور الحكم بالموضوع^(٧٦).

المبحث الثالث شروط الغرامة التهديدية وأثارها:

لا يجوز للقاضي فرض الغرامة التهديدية على المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إلا إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في القانون. وبعد فرض هذه الغرامة إما أن يخضع لها المدين وينفذ التزامه، أو أن يصر على موقفه ويبقى على عناده ومن ثم فإن الغرامة التهديدية في مثل هذه الحالة تكون قد أخفقت في تحقيق دفها المتمثل بإجبار المدين على الوفاء بالتزامه عينياً.

المطلب الأول شروط الحكم بالغرامة التهديدية:

تنص المادة 213 مدني مصري، على أنه إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة

تهديدية إن امتنع عن ذلك "يتبين من ذلك أنه لا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية إلا إذا توافر نوعان من الشروط، يتعلق النوع الأول بموضوع الالتزام وتنفيذه، وأما النوع الثاني فيتعلق بطرفي الالتزام.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بتقديم الدعوى

لكي تقوم المحكمة بإصدار أوامر تنفيذية إلى الإدارة وتوقيع الغرامة التهديدية ضدها، فإنه يشترط تقديم طلب صريح بهذا الخصوص ممن له مصلحة وخلال مواعيد معينة.

أولاً. تقديم طلب صريح:

لا يمكن للقاضي الإداري أن يصدر أوامر تنفيذية إلى الإدارة إلا بناء على طلبات مقدمة من صاحب الشأن، بل لا يكفي مجرد تقديم الطلب، وإنما يلزم أن يكون الطلب واضحاً ومحدد، أي أن يحدد الطالب الإجراء الذي يريده صراحة، وبناء على ذلك فإن القاضي الإداري يرفض الطلب العام الذي يعلن من خلاله صاحب الشأن عن رغبته في توجيه أمر يقتضيه تنفيذ الحكم دون أن يحدد الإجراء الذي يريده^(٧٧).

وهناك حالة واحدة يترك فيها المشرع مهمة تحديد الإجراء اللازم لتنفيذ الحكم للمحكمة المختصة، وهذه الحالة مقصورة على تقديم طلب لاحق لصدور الحكم وفقاً للمادة ٨/ ٤ من التقنين، فيكون للمحكمة التي أصدرت الحكم ولم تحدد فيه ما تراه لازماً لتنفيذه، تحديد

الإجراءات اللازمة لتنفيذ هذا الحكم، بعد ثبوت امتناع الإدارة عن تنفيذه^(٧٨)

على خلاف ذلك فإن المشرع أجاز لمجلس الدولة -دون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية- أن يقضي بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه -إذا رأى موجباً لذلك- وفقاً للمادة الثانية من القانون ١٩٨٠م، وله سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال^(٧٩)، وعلى هذا الأساس ينادي جانب من الفقه الفرنسي بإعطاء القاضي الإداري سلطة الحكم بالأوامر التنفيذية من تلقاء نفسه إذا رأى أن تنفيذ الحكم يستوجب ذلك، دون أن يعد ذلك حكماً بما لم يطلبه الخصوم، لأن ذلك يعد من نتائج دعوى الإلغاء^(٨٠).

ومن الواضح أن هناك ترابطاً وعلاقة قوية بين الأمر القضائي والغرامة التهديدية، فالأول يعد بمثابة الأساس القانوني للثانية، بينما الأخيرة تعد بمثابة وسيلة لضمان تنفيذ الأول، وإذا كان المشرع أجاز لمجلس الدولة أن يقضي بالغرامة التهديدية ولو من تلقاء نفسه، فإن ذلك لا يفيد بأنه يجوز لمجلس الدولة فرض الغرامة التهديدية دون أن يسبقها أمر تنفيذي موجه إلى الإدارة باتخاذ إجراءات التنفيذ للحكم الصادر في مواجهتها^(٨١).

والطلب المقدم لا يشترط فيه شكل معين إلا أن يكون مكتوباً، وأعفى القضاء الإداري

الفرنسي طلب تنفيذ الحكم بوجه عام من رسم الدمغة، على أساس أنه لا يعد طلباً مستقلاً أو عريضة مستقلة في مفهوم القانون، لذا فلا يلزم خضوعه لرسم الدمغة، وأعفاه المشرع الفرنسي من شرط توقيع محام لقبوله، سواء بالنسبة لذلك الذي يقدم أمام مجلس الدولة، أم الذي يقدم إلى المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية^(٨٢).

والطلب إما أن يكون سابقاً على صدور الحكم فيتقدم به المدعي مقروناً بالطلب الأصلي في الدعوى أو منفصلاً عنه، وإما أن يكون لاحقاً لصدور الحكم فلا يثور أمره إلا بعد أن تصدر المحكمة حكمها وتمتنع الإدارة أو تُهمل تنفيذها، ويفترض في النوع الثاني أمران: أولهما أن الحكم لم ينفذ، أما الآخر فصدوره دون أن يتضمن أوامر يستلزمها تنفيذ الحكم، ففي هذه الحالة ينشأ حق المحكوم لصالحه كي يقدم طلباً باتخاذ ما يراه لازماً لتنفيذ هذا الحكم وتوقيع الغرامة التهديدية لضمان تنفيذه^(٨٣).

ثانياً: أن تكون لدى مقدم الطلب مصلحة شخصية

يشترط لقبول طلب إصدار أمر إلى جهة الإدارة أو الحكم عليها بغرامة تهديدية لإجبارها على تنفيذ حكم إداري توافر مصلحة شخصية ومباشرة لدى مقدم الطلب، ويأتي هذا الشرط حرصاً من المشرع على وقت القضاء ومنعاً

للدعاوى الكيدية، ولكي لا يلتجئ إلى القضاء إلا من كان له مصلحة شخصية ومباشرة في تنفيذ الحكم ويضار من عدم تنفيذه^(٨٤).

ولم يضع المشرع الشروط اللازم توافرها في مقدم الطلب، والرجوع إلى القواعد العامة قد يوسع من نطاق استخدام أسلوب التهديد المالي ضد الإدارة، في حين أن اتجاه مجلس الدولة في الالتجاء إلى هذه الوسيلة يكون في أضيق الحدود، وبشكل يحقق توازناً معقولاً بين احترام الإدارة لحجية الأحكام وعدم الإسراف في تطبيق الغرامة التهديدية بشكل يضر بالصالح العام^(٨٥)، ولذا فإن مفهوم المصلحة فيما يتعلق بهذا الطلب يجب أن يكون أقل اتساعاً من مفهوم المصلحة في دعوى الإلغاء، حيث إن هذه الأخيرة تعدّ دعوى عينية لا تقوم على الخصومة بين الطرفين، وإنما تخاصم القرار المطعون فيه وترتبط مباشرة بحماية مبدأ المشروعية^(٨٦).

وإذا كان صاحب الحق في الطلب هو الطرف المعني بالحكم، ويكون في الغالب الشخص الخصم للإدارة، وهو الشخص الذي يكون طرفاً في النزاع الذي صدر بشأنه الحكم المطلوب تنفيذه، إلا أن صفة الطرف إذا كانت كافية لتحقيق المصلحة في تقديم الطلب فيما يتعلق بتنفيذ أحكام إلغاء القرارات الإدارية، فإن المشكلة تثار بالنسبة لتنفيذ أحكام إلغاء القرارات اللاتحجية، التي من المحتمل أن تستفيد منها

أشخاص عديدة حتى ولو لم تكن أطرافاً في الدعوى^(٨٧)، كما أن اشتراط توافر صفة الطرف في مقدم الطلب قد يضيق كثيراً من نطاق تطبيق الغرامة التهديدية، ولا يمنح ضمانات كافية لكفالة تنفيذ الأحكام الإدارية، كما لا يغطي جميع الحالات التي تواجه القضاء الإداري في الواقع^(٨٨)، لذا فإن هذا المعيار لم يعد كافياً فيما يتعلق بإمكانية تقديم طلب توقيع الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، ومن الضروري فسح المجال للأشخاص الآخرين غير أصحاب الدعوى الأصليين لتقديم هذا الطلب، بل يجب أن يتسع ليشمل جميع الأشخاص المعنيين بالحكم مباشرة، وقضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا السياق بأن حق طلب الغرامة التهديدية لا يقتصر على أطراف الخصومة فقط، إنما يمتد ليشمل جميع الأشخاص المعنيين مباشرة بالقرار الذي أثار الخصومة^(٨٩)، وعلى هذا الأساس فإنه يشترط في تقديم الطلب أن يكون مقدمه طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطلوب تنفيذه، أو أن يكون معنياً بشكل مباشر بمسألة تنفيذ هذا الحكم، أي أن يكون من شأن تنفيذ الحكم أن يعود على مقدم الطلب بمنفعة أو بفائدة معينة^(٩٠).

وفي إطار تحديد صاحب الحق في طلب توقيع الغرامة التهديدية، فإنه يفضل معيار "المستفيد" من الحكم المطلوب تنفيذه على معيار "الطرف" في الدعوى أو "الطاعن" للحكم؛ لأن

المعيارين الأخيرين وبالرغم من تغطيتهما لأغلب الحالات إلا أنها لا تغطي بالتأكيد كل الحالات التي تواجه القضاء الإداري^(٩١).

ثالثاً. تقديم الطلب في الميعاد المحدد:

لقد حدد المشرع الفرنسي مدة زمنية يمكن لصاحب المصلحة تقديم طلبه خلالها إذا واجه صعوبات أو موانع من جهة الإدارة في تنفيذ الحكم، حيث اشترط لتقديم طلب توجيه أوامر محددة للإدارة أو توقيع غرامة تهديدية في مواجهتها مرور ستة أشهر على تاريخ إعلان الحكم المطلوب تنفيذه، إذا كان الطلب سيقدم إلى مجلس الدولة، و مرور ثلاثة أشهر من تاريخ إعلان الحكم، إذا كان الطلب يقدم إلى إحدى المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف الإدارية^(٩٢). وإذا كان مرور المدد السابقة يعد قاعدة عامة في بدء ميعاد تقديم الطلب، إلا أنه من الممكن رفع الطلب دون التقيد بالميعاد المشار إليه وذلك في الحالات التالية^(٩٣):

١. إذا رفضت الإدارة صراحة تنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها، حيث يمكن تقديم طلب الحكم بالغرامة التهديدية بمجرد علم ذي الشأن بالرفض الصريح دون التقيد بالميعاد، إذ تنتهي مع الرفض الصريح العلة التي من أجلها تم وضع ميعاد تقديم الطلب، لذا فلم يبق ما يبرر الانتظار

طالما أن الإدارة كشفت عن نيتها صراحة في عدم التنفيذ.

٢. إذا كان الحكم المعني يأمر باتخاذ إجراء عاجل وبصفة خاصة وقف التنفيذ، حيث يمكن رفع هذه الطلبات دون انتظار أي مدة؛ لأنها لا تحمل التأخير وتستوجب السرعة في إجراءاته.

٣. إذا حددت المحكمة التي أصدرت الحكم مدة لتنفيذها، حيث يقضي منطق الحجية النزول عند حكم التحديد، فلا يقدم طلب الغرامة التهديدية إلا بعد نفاذ هذه المدة، إذ تستطيع الإدارة أن تقوم خلالها بالتنفيذ.

وقد أثار لزوم الانتظار لمدة ستة أشهر اعتباراً من تاريخ إعلان الحكم قبل رفع الدعوى الغرامة التهديدية أمام مجلس الدولة انتقاد بعض الفقه؛ لأن انتظار الأفراد لوقت طويل كي يملك بعدها تقديم الطلب، من شأنه - حسب رأيهم - أن يؤدي إلى نتائج خطيرة لا يمكن قبولها، لذلك يذهب الأستاذ مولر (Muller) إلى القول بأن مدة ستة أشهر تفهم على أنها مدة متروكة للإدارة المقصرة للتنفيذ أكثر منها مدة لرفع الدعوى من جانب الفرد، كما يرى الأستاذ جابوس (Chapus) أن الهدف من هذا الميعاد هو المساهمة في تقدير حقيقة رفض التنفيذ^(٩٤).

وهذا ما دفع مجلس الدولة إلى هجر الموقف الصارم الذي اتخذته تجاه ميعاد رفع طلب الغرامة

التهديدية، وركز اهتمامه عند النظر في الدعوى على عدم تنفيذ الحكم من جانب الإدارة أكثر من اهتمامه برفع الدعوى قبل الأوان، وبالتالي فإن انتهاء مدة الستة أشهر لا يعتبر أمراً إلزامياً قبل رفع دعوى الغرامة التهديدية حسب قضاء مجلس الدولة، حيث أصبح رفع هذا الطلب قبل الأوان مشروعاً، إذا ما كانت الإدارة قد بدأت في تنفيذ القرار المحكوم بإلغائه^(٩٥).

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بموضوع الالتزام وتنفيذه:

يشترط من أجل الحكم بالغرامة التهديدية، فيما يتعلق بموضوع الالتزام وتنفيذه، توافر الشروط الآتية:

أولاً. وجود حكم قضائي صادر عن إحدى محاكم القضاء الإداري:

يشترط لإصدار أمر من القضاء الإداري أو استخدام التهديد المالي في مواجهة الإدارة، أن يكون الهدف من ذلك إجبار الإدارة على تنفيذ حكم قضائي صادر عن إحدى محاكم القضاء الإداري^(٩٦).

فقوم هذا الشرط أمران: أولهما أن يكون حكماً قضائياً بالمعنى الحقيقي لهذا الاصطلاح، أي أن يكون قراراً صادراً عن جهة اختصاصها القانون بولاية إصداره بمقتضى سلطتها أو وظيفتها القضائية تفصل به خصومة أو نزاع معروض عليها، أما الآخر فهو أن يكون الحكم

إدارياً، أي أن يكون صادراً عن القضاء الإداري، سواء أكان صادراً عن قضاء إداري عام الاختصاص مثل مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، أم عن قضاء إداري متخصص كالمجالس التأديبية^(٩٧).

ثانياً. وجود التزام على عاتق المدين يمتنع عن تنفيذه بخطأ منه:

لكي يستخدم القاضي أسلوب الغرامة التهديدية ضد الإدارة أو توجيه أوامر إليها، ينبغي أن يتضمن الحكم المطلوب تنفيذه إلزام الإدارة بتأدية عمل معين أو الامتناع عن الآخر، أي أن يتطلب تنفيذ الحكم اتخاذ الإدارة تدبيراً معيناً^(٩٨)، كالأحكام الصادرة في دعوى الإلغاء التي تفرض الغالبية منها على الإدارة تدخلاً أو تعاوناً فعالاً لتنفيذها، والأحكام الصادرة في دعاوى الحقوق التي تتضمن بالإضافة عن تأكيد حق أو مركز قانوني، إلزام الإدارة بشيء يتعين عليها أدائه^(٩٩)، فإذا لم يوجد التزام أصلاً فلا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز اللجوء إلى الغرامة التهديدية من أجل إجبار خصم في الدعوى على الحضور أمام القاضي، لأنه في الأصل ليس ملزماً بالحضور، ولا يكفي وجود التزام حتى يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية، وإنما يجب أن يكون المدين ممتنعاً عن تنفيذ الالتزام. ويكون المدين ممتنعاً عن التنفيذ إذا رفض الخضوع لطلب المحكمة إليه

بتنفيذ التزامه. أما في حال امتثال المدين لمثل هذا الطلب، فلا يجوز اللجوء إلى الغرامة التهديدية. كما لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية إذا نُفذ المدين التزامه في الميعاد الذي حددته له المحكمة في حكمها القاضي بالتنفيذ العيني والمؤيد بالغرامة التهديدية، لأن الحكم بهذه الغرامة موقوف على عدم تنفيذ المدين لالتزامه في الميعاد المحدد له^(١٠٠). كما يجب أن يكون امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بخطأ منه، أما إذا تبين عند تصفية الغرامة التهديدية أن امتناعه عن تنفيذ التزامه كلياً أو جزئياً بسبب أجنبي لا يد له فيه، فيجب على القاضي إلغاء الغرامة كلياً أو جزئياً، وفق ما ذهبت إليه المادة 36/3 من القانون/ الفرنسي رقم 91 / 650 .

ثالثاً. أن يكون التنفيذ العيني للالتزام لا يزال ممكناً:

لا يكفي من أجل اللجوء إلى الغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه، وإنما يشترط فضلاً عن ذلك أن يكون التنفيذ العيني لذلك الالتزام لا يزال ممكناً، وذلك لأن الغرامة التهديدية تهدف إلى الحصول على التنفيذ العيني للالتزام^(١٠١). ويترتب على ذلك أنه إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، كما لو كان المدين ملزماً بتسليم مستندات تبين فيما بعد أنها احترقت، لا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية

لأن الغرض منها أصبح مستحيلاً وهو التنفيذ العيني للالتزام. ولا يهم هنا سبب الاستحالة سواء كان فعل المدين أم سبباً أجنبياً^(١٠٢).

رابعاً. أن يكون محل التزام المدين القيام بعمل أو الامتناع عن عمل:

المجال الطبيعي لتطبيق الغرامة التهديدية هو الالتزام بالقيام بعمل، سواء أكان الالتزام مالياً كالالتزام الوكيل بتقديم الحساب للموكل، أو التزام أحد المتعاقدين بتقديم وثائق في حيازته للمتعاقد الآخر؛ أم كان غير مالي كالالتزام بتسليم الفرع الولد إلى من له الحق في حضانتهم. ومن ثم لا يتصور من حيث المبدأ تطبيق الغرامة التهديدية في نطاق الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل إذا كان من شأن الإخلال به جعل التنفيذ العيني مستحيلاً، كما لو أفشى الطبيب سر مريضه، أو أفشى المحامي سر موكله .

وليس أمام الدائن في هذه الحالات سوى المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض. ولكن يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية في نطاق الالتزام بالامتناع عن العمل من أجل عدم تكرار المخالفة، أو من أجل إزالة المخالفة الناجمة عن الإخلال بالامتناع إذا كانت الإزالة تحقق التنفيذ العيني للالتزام، كالالتزام الممثل بعدم القيام بأدوار لحساب شركة إنتاج منافسة^(١٠٣). وهذا ما أكدته

المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إذ جاء فيها أن قواعد الغرامة التهديدية "تسري على كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل، أيأ كان مصدره، متى كان الوفاء به لا يزال في حدود الإمكان، وكان هذا الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه^(١٠٠) وبالمقابل، يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية سواء أكان موضوع التزام المدين القيام بعمل أم الامتناع عن القيام بعمل، ولا يوجد ما يمنع من تطبيقها حتى لو كان محل الالتزام أداء مبلغ من النقود. ويترتب على ذلك أن الغرامة التهديدية في القانون الفرنسي لا تعد وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إذا كان الدائن يملك وسائل أخرى فعالة يمكن أن تجبر المدين على الوفاء بالتزامه، وإثما هي وسيلة أصلية يمكن أن يطبقها القاضي حتى لو كانت بيد الدائن وسائل أخرى تضمن له الوفاء بحقه، كالتنفيذ العيني الجبري المباشر. وقد حصرت المادة 213 من القانون المدني المصري، نطاق تطبيق الغرامة التهديدية بالالتزام الذي يكون تنفيذه عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه. ومن ثم يمكن أن يكون هذا الالتزام التزاماً بإعطاء أو بأداء مبلغ من النقود أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل، ولكن إذا كان الدائن يملك وسيلة أنجح من الغرامة التهديدية كالتنفيذ العيني المباشر أو الإكراه البدني، فمن

المنطقي أن يلجأ إليها بدلاً من المطالبة بفرض لغرامة التهديدية.

الفرع الثالث. الشروط المتعلقة بطرفي الالتزام:

يشترط من أجل الحكم بالغرامة التهديدية، فيما يتعلق بطرفي الالتزام، توافر الشروط الآتية:

أولاً. أن يكون تدخل المدين ضرورياً من أجل تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً:

أما إذا لم يكن تدخل المدين الشخصي ضرورياً من أجل تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً فلا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية، كما لو كان بالإمكان تنفيذ الالتزام على نفقة المدين. وهذا ما أكدته المادة 209 من القانون المدني المصري في الالتزام بعمل، إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء يعد تدخل المدين الشخصي ضرورياً، في كثير من الحالات، من أجل تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً. فإذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية منقول معين بالذات، فإن الملكية تستقل بحكم القانون فور نشوء الالتزام، ومن ثم لا تصور اللجوء إلى الغرامة التهديدية في مثل هذه الحال.

أما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية منقول معين بالنوع، فإن الملكية تستقل بالإفراز، وإذا لم قم المدين طوعاً بذلك، فيمكن إجباره مباشرة

عن طريق القضاء، ومن ثم لا يتصور هنا أيضاً اللجوء إلى الغرامة التهديدية. أما إذا كان المدين ملتزماً بنقل ملكية عقار مسجل في السجل العقاري، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في السجل العقاري، ويحتاج ذلك إلى إجراءات رسمية تتطلب حضور المدين أو من ينوب عنه أمام الموظف المختص. وإذا رفض المدين تنفيذ التزامه طوعاً، فيمكن للدائن اللجوء إلى القضاء والحصول على حكم مبرم، ويقوم الحكم هنا مقام التنفيذ، ومن ثم لا يمكن هنا أيضاً اللجوء إلى الغرامة التهديدية. كما لا يمكن اللجوء إليها إذا كان محل التزام المدين مبلغاً من النقود، وذلك لأن تنفيذ مثل هذا الالتزام لا يحتاج إلى تدخل شخصي من المدين، وإنما يكون بالحجز على أمواله وبيعها في المزاد العلني^(١٠٠) وأما إذا كان المدين ملتزماً بعمل، فهنا يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية بشرط أن يكون تدخل المدين ضرورياً للقيام بذلك العمل. ومثال ذلك التزام الوكيل بتقديم حساب عن وكالته، والتزام تاجر بتقديم دفاتره التجارية للمحكمة، والتزام متعاقد بتقديم مستندات في حيازته للمحكمة أو للمتعاقد الآخر، ففي هذه الحالات جميعها يمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لإجبار المدين على تنفيذ التزامه، إذ إن تدخله الشخصي ضروري من أجل تنفيذ التزامه. ولا فرق في أن يكون التزام

المدين ناشئاً عن تصرف قانوني كالعقد، أو عن واقعة قانونية كالعمل غير المشروع، ولكنها غالباً ما تطبق في مجال العقود لضمان تنفيذ الالتزامات العقدية التي يكون تدخل المدين ضرورياً من أجل تنفيذها.

وأما إذا كان المدين ملتزماً بالامتناع عن عمل، فالأصل أنه لا يجوز اللجوء إلى الغرامة التهديدية من أجل إجباره على تنفيذ التزامه عيناً، لأن تنفيذ مثل هذا النوع من الالتزامات لا يتطلب من المدين القيام بعمل ما حتى يمكن إجباره على القيام به. ولكن إذا أخل المدين بالتزامه ونفذ ما امتنع عن القيام به، وكان التعويض العيني ممكناً نتيجة الإخلال بهذا الالتزام، وهو إزالة المخالفة، وكان ذلك يتطلب تدخلاً شخصياً من المدين، يمكن هنا اللجوء إلى الغرامة التهديدية من أجل إجبار المدين على التعويض العيني للدائن والمتمثل بإزالة المخالفة. ومثال ذلك إخلال فنان بالتزامه بالامتناع عن التمثيل في مسرح معين، وقيامه بالتمثيل في ذلك المسرح، فيمكن عندئذٍ الحكم عليه بغرامة تهديدية حتى يمتنع عن التمثيل فيه^(١٠١) وبالمقابل لا يمكن تطبيق الغرامة التهديدية إذا كان من شأنه المساس بالحرية الشخصية للمدين حتى لو كان التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام

به المدين، أو كان من شأنه المساس بالحق المعنوي للمؤلف على نتاجه الفكري^(١٠٧).

ثانياً. أن يطالب الدائن بالحكم بالغرامة التهديدية:

يشترط من أجل الحكم بالغرامة التهديدية أن يطالب الدائن بذلك، وهذا ما يستفاد صراحة من نص المادة ٢١٣/١ من القانون المدني مصري وهو الرأي لراجع في الفقه^(١٠٨) ويحق للدائن أن يطلب الحكم بالغرامة التهديدية في أي حال تكون عليها الدعوى، وحتى أول مرة أمام محكمة الاستئناف، إذ لا يعد هذا الطلب طلباً جديداً. ولا يلزم طلب الدائن الحكم على المدين بغرامة تهديدية المحكمة، لأنها تتمتع بسلطة تقديرية في الحكم بها، وهي لا تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، ما لم يكن رفض الطلب مستنداً إلى عدم توافر شروط الحكم بالغرامة التهديدية، فيخضع الحكم في مثل هذه الحال لرقابة محكمة النقض بحسبان شروط الحكم بها من مسائل القانون لا من مسائل الواقع. ويجوز تقديم طلب الحكم بالغرامة التهديدية لأي جهة قضائية عادية أو استئنائية، كما يجوز لقاضي لأمر المستعجلة أن يحكم بها من أجل تنفيذ حكم في الموضوع تنفيذاً عينياً، كما يجوز له أن يحكم بها من أجل تنفيذ الحكم المؤقت الذي يصدر عنه. ولكن تحويل الغرامة التهديدية المؤقتة إلى تعويض نهائي هو من اختصاص

قاضي الموضوع، وليس من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة^(١٠٩).

أما في القانون الفرنسي فلا يشترط تقديم طلب من الدائن من أجل الحكم بالغرامة التهديدية، لأن المادة 33 من القانون الصادر بتاريخ 9/7/1991 أجازت للمحكمة أن تحكم بها من تلقاء ذاتها من أجل ضمان تنفيذ قرارها. كما تسمح هذه المادة لقاضي التنفيذ أن يرفق قراراً صادراً من قاض أخربغرامة تهديدية من أجل ضمان تنفيذه إذا كانت الظروف تستدعي ذلك. ويمكن أن يصدر الحكم بالغرامة التهديدية ضد أي شخص يتمتع عن تنفيذ التزامه تنفيذاً نيئاً، في الحالات التي يجوز فيها الحكم بمثل هذه الغرامة، سواء كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً خاصاً أم عاماً وهذا ما أكدته القانون لفرنسي الصادر بتاريخ 16/7/1980 وكذلك القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 8/2/1995، اللذان أجازا لمجلس الدولة وللمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية أن تحكم على أشخاص القانون العام الاعتبارية، في حال امتناعها عن تنفيذ حكم صادر من محكمة قضاء إداري، بالغرامة التهديدية من أجل حملها على تنفيذ مثل ذلك الحكم^(١١٠).

المطلب الثاني: أثر الحكم بالغرامة التهديدية

الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم مؤقت، ولا تتحول الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي

إلا بعد أن يتحدد موقف المدين منها، ومن ثم تم تصنيفها. وأما القانون الفرنسي، فقد سبق القول إنه يميز بين نوعين من الغرامة التهديدية، وهما: الغرامة التهديدية المؤقتة ويمكن تعديلها في أثناء تصفيتها، والغرامة التهديدية النهائية ولا يمكن تعديلها في أثناء تصفيتها^(١١١).

وتهدف الغرامة التهديدية إلى الضغط على إرادة المدين وحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينيّاً، ومن ثم التغلب على تعنته وانصياعه للحكم القضائي المتضمن إجباره على تنفيذ التزامه. ويستند الحكم بالغرامة التهديدية أثره إذا امتثل المدين له ونفذ التزامه، أو إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، كما لو هلك الشيء محل الالتزام هلاكاً كلياً، أو إذا استمر المدين في غيه وفي تعنته ورفض الخضوع للحكم الصادر بالغرامة التهديدية بحيث لم يعد هناك جدوى من فرضها. ومن ثم إذا امتثل المدين للحكم ونفذ التزامه في الأجل الذي حددته له المحكمة، لا يحكم عليه بشيء ما لم يكن قد أعذر قبل ذلك للوفاء بالتزامه، فيلزم عندئذٍ بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب تأخير المدين عن الوفاء بالتزامه من وقت الإعذار^(١١٢).

أما إذا امتثل المدين للحكم ونفذ التزامه بعد الأجل الذي حددته المحكمة، أو إذا أصر المدين على عدم تنفيذ التزامه واستمر في تعنته، أو إذا

أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، فيجب على القاضي في مثل هذه الحالات تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي، وهذا ما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، إذ جاء فيها أن "الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوف، تنتفي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه، إما بوفائه بالالتزام، وإما بإصراره على التخلف، فإن استبان هذا الموقف، وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة، فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حطّ عنه الغرامة، إزاء استجابته لما أمر به، وألزمه بتعويض عن التأخير، لا أكثر، وإن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء. ولكن ينبغي أن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض"^(١١٣) هذا ما أكدته المادة ٢١٤ من القانون المدني المصري.

عندما يستند الحكم بالغرامة التهديدية أثره يتحول إلى تعويض نهائي وذلك بناء على طلب يقدمه الدائن إلى محكمة الموضوع^(١١٤) ويشمل هذا التعويض النهائي، على غرار التعويض العادي، ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه في حال

إصراره على عدم التنفيذ، أو نتيجة تأخره في تنفيذ التزامه في حال امثاله للحكم الصادر بالغرامة التهديدية وتنفيذ التزامه بعد الأجل الذي حددته له المحكمة. ويشمل التعويض النهائي.

فضلاً عن ذلك، عنصراً جديداً يميزه عن التعويض العادي وهو العنت الذي بدا من المدين. ويترب على ذلك أنه يجوز للقاضي أن يزيد في التعويض ويدخل فيه الضرر الأدبي الذي أصاب الدائن نتيجة تعنت المدين وإصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد في تنفيذ التزامه. وتبرز أهمية هذا العنصر في حال استمرار المدين في رفض تنفيذ التزامه وإصراره على ذلك وإدخال هذا العنصر في التعويض لا يقصد منه جبر الضرر، وإنما يقصد به مجازاة المدين على سوء نيته المتمثل في العنت الذي أبداه في تنفيذ التزامه. والحكم الصادر بالتعويض النهائي يجب أن يتضمن أسباب تقديره، ويبين قياس التعويض النهائي بمقياس الضرر الذي لحق بالدائن مضافاً إليه ما يراه القاضي كافياً للحكم للدائن مقابل ما بدا من المدين من عنت في تنفيذ التزامه^(١١٥) وغالباً يكون التعويض النهائي أقل من الغرامة التهديدية، زد على ذلك أنه يجوز للقاضي ألا يحكم بأي تعويض إذا تبين له انعدام الضرر بالنسبة إلى الدائن، وعدم إمعان المدين في تعنته^(١١٦) وثبت للحكم الصادر بالتعويض

النهائي قوة القضية المقضية، ومن ثم يكون قابلاً للطعن فيه بالطرق العادية وغير العادية على خلاف الحكم الصادر بالغرامة التهديدية المؤقت الذي يهدف إلى الضغط على إرادة المدين من أجل حمله على تنفيذ التزامه^(١١٧).

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي يميز بين نوعين من الغرامة التهديدية، وهما: الغرامة التهديدية النهائية والغرامة التهديدية المؤقتة.

والأصل أن تكون الغرامة التهديدية مؤقتة، وفق ما نصت عليه المادة 34 من القانون الصادر بتاريخ 9/7/1991 المتعلق بأصول التنفيذ، ما لم يحدد القاضي طابعها النهائي. ولا يمكن للقاضي أن يحكم بغرامة تهديدية نهائية إلا بعد الحكم بغرامة تهديدية مؤقتة، خلال مدة محددة يعينها القاضي في حكمه. وفي حال عدم مراعاة أحد هذين الشرطين تصفى الغرامة التهديدية بوصفها غرامة مؤقتة. وتصفى الغرامة التهديدية، حتى لو كانت نهائية، من قبل قاضي التنفيذ، إلا إذا كانت الدعوى لا تزال أمام القاضي الذي حكم بالغرامة، أو كان هذا القاضي قد احتفظ صراحة لنفسه بالحق في تصفية الغرامة في حكمه حيث ذهبت الغرفة الجزائية في محكمة النقض الفرنسية إلى أن النزاعات التي تتعلق بقرار صادر عن محكمة جزائية يجب أن ترفع إليها من أجل الفصل بها، ومن ثم قررت أن قاضي التنفيذ غير

مختص للنظر في تصفية غرامة تهديدية قررتها محكمة، وإنما تكون التصفية من اختصاص المحكمة الجزائية ذاتها حسب ما ورد في القرار الصادر بتاريخ ١٦/١١/٢٠١٠، المنشور في مجموعة القرارات الجزائية الصادرة عن الغرفة الجزائية. كما قررت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض أن محكمة الاستئناف التي تنظر في استئناف قرار صادر من قاضي التنفيذ، مختصة بتصفية الغرامة التهديدية، حسب ماورد في القرار الصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١١ الطعن رقم ١٦٤٩٩ / ٠٩ .

ويحق لقاضي الأمور المستعجلة أن يحتفظ لنفسه بهذا الحق^(١٨) ولا يمكن تعديل مبلغ الغرامة التهديدية النهائية في أثناء التصفية، مما يمكن أن يضفي عليها طابع العقوبة الخاصة . وتتوقف تصفية الغرامة التهديدية على تحديد التاريخ الذي تبدأ فيه بالسريان .

اختلف الفقهاء الفرنسيون في هذه المسألة إلى رأيين، يرى أصحاب الرأي الأول، وهم الأغلبية، أن الغرامة تحسب من تاريخ تبليغ القرار التي تضمنها للمدين وهذا ما قرره الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ ٩/١١/١٩٧٦ المنشور في مجلة دالوز ١٩٧٧، في حين ذهب رأي ثانٍ إلى أن الغرامة تحسب من يوم صدور القرار الذي

تضمنها وهذا ما ذهبت إليه الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ ٢٧/١١/١٩٨٠ منشور في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٨١ وقد تدخل المشرع الفرنسي من أجل حسم هذا الخلاف بموجب المرسوم رقم ٧٥٥/٩٢ بتاريخ ٣١/٧/١٩٩٢ الصادر تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٦٥٠ لعام ١٩٩١ المادة 51 المتعلق بأصول التنفيذ، إذ تنص، منه على أن الغرامة التنفيذية تسري من التاريخ الذي يحدده القاضي، الذي لا يمكن أن يكون سابقاً لليوم الذي أصبح فيه القرار الذي يتضمن الالتزام قابلاً للتنفيذ. ومع ذلك يمكن أن تسري من اليوم الذي قررها القاضي إذا كانت مرافقة لقرار قابل للتنفيذ.

وإذا استطاع القاضي تقدير التعويض النهائي، بعد تحويل الغرامة التهديدية، فإنه يحكم على المدين، ويستطيع الدائن أن يحجز على أموال المدين حجزاً تنفيذياً من أجل ضمان الحصول على مبلغ التعويض النهائي. أما قبل تصفية الغرامة التهديدية وتحويلها إلى تعويض نهائي فلا يمكن للدائن أن يلقي الحجز التنفيذي على أموال المدين، وإنما يحق للدائن في مثل هذه الحال أن يطالب باتخاذ التدابير التحفظية، ومنها الحجز الاحتياطي، لضمان الوفاء بمبلغ يقدره القاضي الذي ينظر في تصفية الغرامة التهديدية،

وفق ما نصت عليه المادة 53 من المرسوم الفرنسي رقم ٧٥٥/٩٢ بتاريخ ٣١/٧/١٩٩٢ واذا تأخر المدين في دفع التعويض النهائي الناجم عن تصفية الغرامة التهديدية، يجب عليه دفع الفوائد القانونية بالمعدل المنصوص عليه في القانون.

مما تقدم يتبين أن نظام الغرامة التهديدية لم يكن معروفاً في الأنظمة القانونية القائمة على النزعة الذاتية، إذ إن الدائن كان يتمتع في ظل هذه النزعة بضمانة أقوى من الغرامة التهديدية متمثلة بالسلطة التي كان يمنحها له الالتزام على شخص المدين، ومن ثم إكراهه بدنياً على التنفيذ العيني المباشر لالتزامه. وبالمقابل فقد اشتهر نظام الغرامة التهديدية في الأنظمة القانونية القائمة على النزعة الموضوعية التي تجرد الالتزام من أي طابع شخصي، ومن ثم تجرد الدائن من السلطة الشخصية التي كان يتمتع بها في ظل النزعة الذاتية التي كانت تحوله استرقاق المدين وقتله من أجل ضمان التنفيذ العيني المباشر لالتزامه حتى لو كان معسراً.

والغرامة التهديدية هي وسيلة إكراه مشروعة تمارس على المدين من أجل حمله على تنفيذ لزامه وحتى تحقق هذه الوسيلة هدفها يجب أن يكون معدلها مرتفعاً بما يخيف المدين ويجبره على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. وحتى يكون الإكراه مجدياً تقدر الغرامة عن كل وحدة زمنية يتأخر

فيها المدين عن تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، لأن المدين يشعر بهذه الطريقة أنه كلما تأخر عن تنفيذ التزامه زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم به.

ومن ثم فإن تقدير هذا المعدل متروك للقاضي الذي يجب أن يأخذ بالحسبان ظروف المدين وموارده المالية، من دون أن يعطي أي أهمية للضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً وإصراره على هذا الامتناع.

والحكم بالغرامة التهديدية في القانونين الفرنسي والمصري هو حكم مؤقت، ولا تتحول الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائي إلا بعد أن يتحدد موقف المدين منها، ومن ثم تتم تصفيتها. ويستنفذ هذا الحكم أثره إذا امتثل المدين له ونفذ التزامه، أو إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، كما لو هلك الشيء محل الالتزام هلاكاً كلياً، أو إذا استمر المدين في غيه وفي تعنته ورفض الخضوع للحكم الصادر بالغرامة التهديدية بحيث لم يعد هناك جدوى من فرضها. ويتحول إلى تعويض نهائي وذلك بناء على طلب يقدمه الدائن إلى محكمة الموضوع. ويشمل هذا التعويض النهائي، على غرار التعويض العادي، ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه في حال إصراره على عدم التنفيذ، أو نتيجة تأخره في تنفيذ التزامه في حال امتثاله

للحكم الصادر بالغرامة التهديدية وتنفيذ التزامه بعد الأجل الذي حددته له المحكمة. ويشمل التعويض النهائي، فضلاً عن ذلك، عنصراً جديداً يميزه عن التعويض العادي وهو العنت الذي بدا من المدين. وهذا العنصر هو الذي يضيف على الغرامة التهديدية قوتها، ويجعلها وسيلة فعالة من وسائل التنفيذ العيني الجبري غير المباشر للالتزام.

المبحث الرابع: تصفية الغرامة التهديدية وتحويلها إلى تعويض نهائي:

التصفية يقوم بها القاضي إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب صاحب الشأن، وتنعقد بعد ذلك مسؤولية الموظف الذي تسبب بخطئه في الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإدارة. فبصدور حكم التصفية النهائية تنحسم خصومة الغرامة، ويجب تنفيذه على الإدارة بشكل لا يدع لها فرصة لإعاقه تنفيذه، إلا أنه يشترط في ذلك أن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي به، وأن يكون المبلغ محددًا بدقة في حكم التصفية، وأن يكون حكم التصفية صادراً ضد أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام^(١٩).

وبعد تسوية الغرامة التهديدية لا يمكن دفع المبلغ بأكمله لصالح المستفيد من الحكم القضائي الذي لم تنفذه الإدارة، لأن ذلك يؤدي إلى نوع من الإثراء للمستفيد قد يصعب تبريره، فالغرامة

تحدد عادة بمبالغ مرتفعة بما يتفق مع قدرات الإدارة لكي يتحقق الهدف منها وهو حث الإدارة على التنفيذ، لهذا السبب يوضح المشرع في القانون ١٦/٢/١٩٨٠م على أن يدفع جزء من الغرامة للمستفيد، ويدفع الجزء الآخر لصندوق تجهيز وإعداد الهيئات المحلية (تنمية الوحدات المحلية)، إلا أن المشرع استبدل هذا الأخير فيما بعد بصندوق الضريبة^(٢٠)، وفي التعديل الأخير بالقانون (٣٨٧/٢٠٠٠) الصادر عام ٢٠٠٠م ترك المشرع الأمر للقاضي بأن يقسم مبلغ الغرامة بين المحكوم لصالحه وجهات أخرى يحددها^(٢١).

وقد ترك المشرع الفرنسي معيار توزيع الغرامة للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، ليحدد على ضوء جملة من الاعتبارات كيفية توزيع تلك الأنصبة، ومن بينها مدى تعنت الإدارة وسوء نيتها في التنفيذ، والظروف الخاصة بذوي الشأن^(٢٢)، فالإدارة تلتزم بدفع حصة الغرامة بأكملها، ولكن كيفية توزيعها تعود إلى القاضي، فقد يستأثر المحكوم له بالحصة كاملة وهو أمر نادر، أو بجزء منها وتذهب الباقي إلى صندوق الضريبة أو أي جهة إدارية أخرى، كما يمكن أن تذهب كلها إلى ذلك الصندوق أو تلك الجهة دون أن ينال المحكوم له أي نصيب منها^(٢٣).

ويبدو مما سبق أن الغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة لها طبيعة مختلطة، فهي من جانب تعدّ وسيلة لتهديد الإدارة وإجبارها على تنفيذ الحكم الإداري، ومن جهة أخرى لها طبيعة التعويض، إذ أن القاضي يخصص نسبة من حصيلة الغرامة للمحكوم له لتعويضه عن تأخير الإدارة في تنفيذ الحكم^(١٢٤).

أما عن كيفية قيام الإدارة بتسديد الغرامة التهديدية حين يصدر حكم التصفية في مواجهتها فتكون بمقتضى المادة الأولى من القانون ١٩٨٠م، التي تفرض على الإدارة تنفيذ حكم التصفية حين يكون حائزاً لقوة الأمر المقضي به خلال شهرين من تاريخ إعلان الحكم، وإذا لم يتم سداد المبلغ المحكوم به خلال هذه المدة يكون للمحكوم له أن يتقدم إلى المحاسب المكلف بدفع المبلغ بطلب مرفق به صورة من الحكم، والذي عليه أن يقوم بالدفع الفوري دون أي إجراءات أخرى^(١٢٥).

بقي أن نجيب على التساؤل حول مصير الموظف المسؤول الذي تسبّب في توقيع الغرامة ضد جهة الإدارة. فالقانون الفرنسي لا يعرف المسؤولية الجزائية للموظف في مجال تنفيذ الأحكام القضائية -كما أشرنا إليه سابقاً-، إلا أن هناك بعض النصوص الجزائية المتفرقة يمكن تطبيقها في هذا المجال، لذلك نجد أن المشرع الفرنسي ومن حرصه على تنفيذ الحكم الإداري

واحترام حجية الشيء المقضي به، أتى بمسؤولية مالية جديدة ضد ممثل جهة الإدارة الممتنعة عن التنفيذ، بقصد تدعيم فاعلية ما وضعه من أحكام بشأن فرض أحكام القضاء على رجال الإدارة، حيث قرر المشرع في هذا السياق أن يتحمل الموظف الذي يتسبب بتصرفه الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية بسبب امتناعه عن تنفيذ الحكم القضائي غرامة مالية كجزاء جنائي يفرض عليه من قبل محكمة تأديبية خاصة بالفصل في المخالفات المالية والمخالفات الميزانية^(١٢٦).

فقد نصت المادة (٧) من القانون ١٦ / ٧ / ١٩٨٠ على أن (أي شخص مشار إليه في المادة الأولى المذكورة آنفاً والذي أدت تصرفاته إلى إدانة أي شخص معنوي من أشخاص القانون العام بغرامة تهديدية بسبب عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو المتأخر لحكم قضائي يعاقب بغرامة لا يمكن أن يقل حدّها الأدنى عن (٥٠٠) فرنك ويمكن أن يصل حدّها الأقصى إلى قيمة المرتب أو الأجر الممنوح له في التاريخ الذي كان يجب فيه تنفيذ الحكم)^(١٢٧).

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الموظف وفقاً لهذه الحالة لا تتوقف على الحالة التي يصدر فيها حكم الغرامة على الشخص العام من قبل مجلس الدولة، وإنما تمتد لتشمل أيضاً الحالات التي يصدر فيها حكم الغرامة من المحاكم الإدارية

ومحاكم الاستئناف الإدارية، كما تشمل الحالات التي يكون الحكم صادراً عن محاكم القضاء العادي ضد أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام، وتشمل أيضاً حالات عدم تنفيذ حكم التصفية أو الأحكام المالية بشكل عام^(١٢٨).

الخاتمة:

إن الوسائل القضائية التقليدية لضمان تنفيذ أحكام القضاء الإداري لم تعد كافية لضمان تنفيذ أحكام القضاء الإداري، حيث إن دعوى إلغاء قرار الإدارة بالامتناع يؤدي أحياناً إلى الدوران في حلقة مفرغة دون جدوى. إذا استمرت الإدارة في موقفها من عدم التنفيذ، وصحيح أن دعوى المسؤولية المدنية تحت الإدارة والموظف على التنفيذ، وتؤدي في الغالب إلى جبر الضرر الواقع نتيجة عدم التنفيذ، إلا أن ما يريده المحكوم له في كثير من الأحيان هو التنفيذ العيني للالتزام، إذ يؤدي غالباً إلى رد اعتباره واستمرار مركزه القانوني القائم، وحتى بالنسبة للمسؤولية الجزائية ورغم أنها وسيلة فعالة لإجبار الموظف على التنفيذ، إلا أن هناك صعوبات عملية تواجهها، ومنها إثبات سوء نية الموظف وقصده في عدم التنفيذ، وكذلك إشكالية معرفة الموظف المسؤول بالتحديد. ومن هنا ظهرت الحاجة إلى وسائل أكثر فاعلية يملكها القضاء لحث الإدارة

على التنفيذ، طالما أنه يعتبر نفسه ضامناً للمشروعية وحامياً للحريات. وإذا كان القضاء الإداري الفرنسي يستخدم التهديد المالي في مواجهتها لإلزامها بتنفيذ الأوامر والحكم، والاعتراف التشريعي للقضاء الإداري الفرنسي باستخدام هذه الوسيلة يعدّ تحولاً كبيراً في دور قضاء الإلغاء لاستكمال مهمته القضائية بتنفيذ ما يصدره من أحكام.

وفي الختام فإن هذا البحث يوصي بما يلي:

١. الاستفادة من التجربة الفرنسية في مجال توجيه الأوامر القضائية للإدارة في الأردن وذلك بإصدار تشريع يسمح للقاضي الإداري توجيه أوامر ملزمة للإدارة لإجبارها على إصدار القرارات التي يتطلبها تنفيذ الأحكام الصادرة عنه وربطها بأجل محدد لتقوم بالإجراء المطلوب خلالها، بحيث لا يتوقف دور القاضي الإداري عند سلطة الحكم في الدعوى فحسب، بل يتجاوز ذلك إلى نطاق التنفيذ أيضاً.

٢. توسيع سلطات القضاء الإداري لينقل عدالة القاضي الإداري من نطاقها النظري إلى آفاق التطبيق العملي، بأن يقف بجانب المحكوم لصالحه في مواجهة الإدارة، ويملك في سبيل ذلك وسائل فعالة لكسر عنادها في امتناعها عن التنفيذ، ومن أهم هذه الوسائل هي إمكانية توقيع الغرامة التهديدية ضدها بهدف تحقيق عدالة سريعة

وفعالة تكفل تنفيذ الحكم القضائي الصادر ضد الإدارة، ولذا فإننا ندعو المشرع الأردني إلى تنظيم الغرامة التهديدية في نطاق القضاء الإداري على غرار التجربة الفرنسية، وإمكانية فرض الغرامة المالية على الموظف الذي يسبب بخطئه في توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة.

الهوامش:

- (١). د.أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1974، ص 56
- (٢). الدكتور مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى 1993، ص 33، هامش ١
- (٣). د.وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1979، ص 2 وما يليها.
- (٤). د.جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1992، ص ٤١
- (٥). د.محمد ليب شنب، أحكام الالتزام، دون تاريخ، ص ٥٤.
- (٦). مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص 540.
- (٧). د.وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 2 وما يليها.
- (٨). نص المادة 10 من التقنين المدني الفرنسي، والمعدل بموجب القانون رقم 626 / 72 بتاريخ ٥ / ٧ / ١٩٧٢
- (٩). منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، المرجع السابق، ص 1

- (١٠). عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2005، ص 807
- (١١). مثال قاسم محمد خصاونة، النظام القانوني للغرامة التهديدية، دار الياقوت، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٧.
- (١٢). حسني سعد عبد الواحد، مرجع سابق، ص ٤٩٢
- (١٣). منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ الأحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٥.
- (١٤). إسماعيل، عصام نعمة، الإلغاء الإجباري للأنظمة الإدارية غير مشروعة، (د.ن)، (د.ت)، ص ٢١١.
- (١٥). مهدي مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢٢٧.
- (١٦). إسراء محمد البياتي، مرجع سابق، ص ١٤٠.
- (١٧). حسني سعد عبد الواحد، مرجع سابق، ص ٤٩٢.
- (١٨). سعاد دغمان، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها المرجع السابق، ص ٨.
- (١٩). عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 820
- (٢٠). د.أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، منشورات جامعة حلب، 2007، ص ٧٤.
- (٢١). د.السنهوري، الوسيط...، المرجع السابق، ص 813
- (٢٢). د.أنور سلطان، المرجع السابق، ص 57، هامش 1
- (٢٣). منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، المرجع السابق، ص 6
- (٢٤). سعاد دغمان، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها. المرجع السابق، ص ١٠
- (٢٥). د.السنهوري، المرجع السابق، ص ٨١٤.

- ٢٦) الدكتور السنهوري، المرجع السابق، ص 815، هامش رقم 2
- ٢٧) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص ٥٤٠ .
- ٢٨) نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثانية، القرار الصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١١ رقم 14424 / ١٠ ، غير منشور
- ٢٩) نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثانية، القرار الصادر بتاريخ 10 / ٦ / ٢٠١٠ ، منشور في مجموعة قرارات الغرفة المدنية الثانية لعام 2010 ، رقم ١٠٩ .
- ٣٠) محمد سعيد الليثي ، مرجع سابق، ص ٦٢٩
- ٣١) منال قاسم خصاونة، مرجع سابق، ص ٢١.
- ٣٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ٣٣) استخدم القاضي العادي الغرامة التهديدية حتى قبل النص عليها ضد الإدارة في حالتين: الأولى تطبيقاً لنظرية الإدارية الخاصة، كحالة إنهاء عقد من عقود القانون الخاص، والثانية بصفته حامياً للملكية الخاصة والحريات العامة، كالأمر بإعادة المقنولات المحجوزة دون وجه حق. انظر: عبد الواحد، حسني سعد، مرجع سابق، ص ٤٩٤.
- ٣٤) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤.
- ٣٥) لكن هذا لم يمنعه من استخدام وسائل مشابهة أو قريبة من الغرامة التهديدية، حين كان يقضي بإحالة المحكوم له للإدارة لتنفيذ الحكم، ويحدد لها _ أحياناً _ ميعاداً للتنفيذ وإلا فإنها معرضة لدفع التعويض، أو حين كان يستخدم استبدال الالتزام تحت ضغط التهديد المباشر بالجزاء المالي. انظر: عبد الواحد، حسني سعد، مرجع سابق، ص ٤٩٦
- ٣٦) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٢٢.
- ٣٧) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٤١.
- ٣٨) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٢٧.
- ٣٩) مهنت مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢٢٧.
- ٤٠) يسرى محمد العصار، مرجع سابق، ص ٢٣٢.
- ٤١) مهنت مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢٢٧.
- ٤٢) حسني سعد عبد الواحد، مرجع سابق، ص ٥٠٠.
- ٤٣) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٧، ومهنت مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي مرجع سابق، ص ٢٢٨.
- ٤٤) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٤٣، وحسني سعد عبد الواحد، مرجع سابق، ص ٥٠١.
- ٤٥) يسرى محمد العصار، مرجع سابق، ص ٢٥١.
- ٤٦) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٧، ومهنت مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي مرجع سابق، ص ٢٢٨.
- ٤٧) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ١٢١
- ٤٨) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٧، ومهنت مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي مرجع سابق، ص ٢٢٨.
- ٤٩) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٤٥ وما بعدها.
- ٥٠) مهنت مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢١٨
- ٥١) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٦٠.
- ٥٢) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٩٠، وحدي علي عمر، مرجع سابق، ص ١٥٨
- ٥٣) حدي علي عمر، المرجع نفسه، ص ١٥٨
- ٥٤) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢١٦
- ٥٥) منال قاسم خصاونة، مرجع سابق، ص ١٠٦.
- ٥٦) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢.
- ٥٧) منال قاسم خصاونة، مرجع سابق، ص ١٠٦.
- ٥٨) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٢٩، ومهنت نوح، مرجع سابق، ص ٢٣١.
- ٥٩) محمد باهي أبو يونس، المرجع نفسه، ص ٢٢٩، وعبد الواحد حسني سعد، مرجع سابق، ص ٥٠٢.
- ٦٠) منال قاسم خصاونة، مرجع سابق، ص ٧٢.

- (٦١) حسني سعد عبد الواحد، مرجع سابق، ص ٥٠٣، ومنصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ١٣٧.
- (٦٢) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣.
- (٦٣) المرجع نفسه، ص ٢٣.
- (٦٤) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢١، ومهند مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢٢٩.
- (٦٥) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ١٥٠ وما بعدها.
- (٦٦) محمد سعيد الليثي، مرجع سابق، ص ٦٣٧ وما بعدها.
- (٦٧) عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ٦٣٧.
- (٦٨) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٢٤.
- (٦٩) عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ٩٤، ومحمد سعيد الليثي، مرجع سابق، ص ٦٧٧.
- (٧٠) منال قاسم محمد خصاونة، مرجع سابق، ص ٣٢.
- (٧١) محمد سعيد الليثي، مرجع سابق، ص ٦٧٦.
- (٧٢) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٢٢.
- (٧٣) عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ٩٦ وما بعدها.
- (٧٤) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢، ومهدي علي عمر، مرجع سابق، ص ١٥٨.
- (٧٥) حمدي علي عمر، المرجع نفسه، ص ١٥٨.
- (٧٦) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢، ومهدي علي عمر، المرجع نفسه، ص ١٥٨.
- (٧٧) مهند مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢٢٤.
- (٧٨) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٨٦، ومهدي علي عمر، مرجع سابق، ص ١٥١.
- (٧٩) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢١.
- (٨٠) مهند مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢٢٤.
- (٨١) عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ٨٨.
- (٨٢) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ١٧٥ وما بعدها، ومهدي علي عمر، مرجع سابق، ص ١٥١.
- (٨٣) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٢٩.
- (٨٤) حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص ١٩٨.
- (٨٥) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٢٩.
- (٨٦) محمد يسرى العصار، مرجع سابق، ص ٢٥٩.
- (٨٧) حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص ١٤٩.
- (٨٨) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٩٠.
- (٨٩) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢.
- (٩٠) محمد يسرى العصار، مرجع سابق، ص ٢٥٩.
- (٩١) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.
- (٩٢) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ١٧٩.
- (٩٣) أبو يونس، محمد باهي، المرجع نفسه، ص ١٨٢، ومهدي علي عمر، مرجع سابق، ص ١٩٧، ومنصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ١٠٣.
- (٩٤) منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص ١٢٣.
- (٩٥) عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ٩٢.
- (٩٦) محمد يسرى العصار، مرجع سابق، ص ٢٤١.
- (٩٧) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٥٦ و ٧٣.
- (٩٨) مازن ليلو راضي، وسائل تنفيذ حكم القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢١.
- (٩٩) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٦٧ و ٧٠.
- (١٠٠) د. السنهوري، المرجع السابق، ص ٨٠٨.
- (١٠١) د. جميل الشوقاوي، المرجع السابق، ص ٤٢.
- (١٠٢) نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثانية، القرار الصادر بتاريخ ١٧/١١/١٩٩٣ منشور في مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٩٤ الجزء السادس ص ١٣٥.
- (١٠٣) د. جميل الشوقاوي، المرجع السابق، ص ٤٣.

١٢٨) أبو يونس، محمد باهي، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

١٠٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص 540

١٠٥) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 809 .

١٠٦) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 59 وما يليها.

١٠٧) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 60 .

١٠٨) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 812 .

١٠٩) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 812 و 813.

110) B.Starck, H.Roland et L.Boyer, Droit civil, Les obligations, 2- Contrat, 6ème édition, Litec, Paris 1998, no1657, p.574 et 575.

111) A.Bénabent, Droit civil, Les obligations, 8ème édition, Montchrestien, Paris 2001, n°865, p.565 et s.

١١٢) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 135 وما يليها.

١١٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص ٧٠ .

١١٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 819 وما يليها.

١١٥) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 65 و 66 .

١١٦) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 822 .

١١٧) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 138 .

١١٨) نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثانية، القرار الصادر بتاريخ ١٠/٢/٢٠١١ الطعن رقم 30576 / ١٠ .

١١٩) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها

١٢٠) أحمد، منصور محمد، مرجع سابق، ص ١٩٠ وما بعدها، وحسني سعد عبد الواحد، مرجع سابق، ص ٥٠٤ .

١٢١) عصمت عبدالله الشيخ، مرجع سابق، ص ٩٦ .

١٢٢) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٧٦ .

١٢٣) مهني مختار نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مرجع سابق، ص ٢٣٢ .

١٢٤) محمد يسرى العصار، مرجع سابق، ص ٢٢٧ .

١٢٥) عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ٩٦، ٩٧ .

١٢٦) محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق، ص ٢٩١ .

١٢٧) أحمد، منصور محمد، مرجع سابق، ص ١٩٨ .

حماية الآثار بين الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني

أ.د. عبد المجيد محمود الصلاحين**

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/٧/٣م

نور سامي عبد الفتاح الخطيب*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٤/١٦م

الملخص

تخظى مسألة المحافظة على الآثار من السرقة والتهرب والإتلاف والتشويه بمكانة كبيرة في الأدبيات التاريخية والحضارية لدى شتى الأمم؛ لما تمثله من قيم إنسانية وحضارية تعكس مسيرة النشاط البشري على وجه هذه البسيطة. وتهدف هذه الدراسة إلى استجلاء موقف الفقه الإسلامي من سرقة الآثار وتهريبها وإتلافها، كما تهدف أيضا إلى بيان الرأي القانوني من خلال قانون الآثار الأردني في مباحثها، وصولا إلى الخاتمة التي سوف تشتمل على أهم النتائج والتوصيات التي ستخلص إليها هذه الدراسة. ومن أهمها:

تعد سرقة الآثار محرمة في الشريعة الإسلامية؛ لما تعود به تلك السرقة من أضرار جسيمة على الأمة وحضارتها وتاريخها. جرمت الشريعة الإسلامية سرقة الآثار ووضعت لها العقوبة الرادعة التي تحقق مقصد الشرع في المحافظة عليها وإدامتها. حرّم قانون الآثار الأردني إتلاف الآثار أو تشويهها وعاقب على كل فعل يندرج في هذا الإطار بالسجن والغرامة.

* طالبة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

**أستاذ دكتور، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

Protection of Antiquities between the Islamic Jurisprudence and the Jordanian Antiquities Law

Nour Sami Al-Khatib

Abdul Majeed Al-Salahin

Abstract

The preservation of the antiquities from stealing, smuggling, destruction, and distortion has a great place in the historical and civilizational literature of all nations; since it represents human and cultural values that reflect human activity on this earth.

This study aims to clarify the attitude of the Islamic jurisprudence against stealing, smuggling, and destruction of the antiquities. It also aims to present the legal opinion through the Jordanian antiquities law and concluding with the most important findings and recommendations.

and the most important:

The theft of antiquities is forbidden in the Islamic law, because the theft of the damage to the nation and its civilization and history.

The Islamic law criminalized the theft of antiquities and placed a deterrent punishment on it that would achieve the purpose of sharia in preserving and perpetuating it.

The Jordanian Antiquities Law prohibits the destruction or distortion of monuments and punishes any act that falls within this framework to imprisonment and a fine.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام
الأتمان الأكملان على أشرف الخلق والمرسلين
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعه إلى يوم
الدين وبعد؛ فإن حماية الآثار والمحافظة عليها
تحتل بأهمية بالغة في الأدبيات التاريخية

والحضارية؛ لما تمثله تلك الآثار من موروث
إنساني وحضاري، وما تحتلّه من أبعاد إنسانية
وحضارية، ولهذا أولى الإسلام الآثار أهمية بالغة
عبر حثّه على السير في الأرض، والنظر في
قصص الأمم السابقة وآثارهم؛ كي يكون وسيلة
للاتعاظ والاعتبار بما آلت إليه مصائر تلك

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال النقاط التالية:

١. إن الموقف من الآثار هو موضوع الساعة، خاصة بعد أن استعار الجدل الفقهي والفكري بشأنها، نتيجة قيام بعض التنظيمات بتدمير الآثار وإزالتها والتعدي عليها بمجج دينية.
٢. ما فجرته تصرفات بعض التنظيمات من استقطاب مذهبي عبر عن نفسه في هيئة جدل فقهي وفكري حول صواب هذه التصرفات أو خطئها من منظور شرعي إسلامي.

أهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف فيما يلي أبرزها:
١. بيان مفهوم الآثار وحمايتها.
 ٢. تسليط الأضواء الكاشفة على موقف الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني من سرقة الآثار وتهريبها.
 ٣. إبراز موقف الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني من إتلاف الآثار وتشويهها
 ٤. بيان المنهج الصحيح في التعاطي مع النصوص الشرعية المتعلقة بالآثار عموماً وغير الإسلامية منها على وجه الخصوص.

الدراسات السابقة:

ثمة جملة من الدراسات عاجلت هذا الموضوع من زوايا مختلفة، ومن هذه الدراسات:

الأمم، سواء من آمن منهم بدعوة الرسل أو من كفر بها، ومع ذلك فما فتئت فكرة المحافظة على الآثار وحمايتها تثير جدلاً فقهيًا وفكريًا حول موقف الفقه الإسلامي من الآثار عموماً وغير الإسلامية منها على وجه الخصوص، وما فتئت النصوص التشريعية من الكتاب والسنة تستقطب التفسيرات المختلفة القابلة للتوظيف في استدلالات أنصار المحافظة على الآثار وفي استدلالات مخالفينهم من موجبي هدمها وإتلافها وإزالتها الأمر الذي حفّز الباحثين على أن يدليا بدلوهما في هذا الجدل الفقهي والفكري، بعيداً عن الأفكار المسبقة والاستقطاب المذهبي.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في الإجابة على السؤال الرئيس التالي:

ما موقف الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني من حماية الآثار من كافة أشكال التعدي؟ ويتفرع عن ذلك مجموعة من التساؤلات هي:

١. ما مفهوم الآثار؟ وما مفهوم حمايتها؟
٢. ما موقف الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني من سرقة الآثار وتهريبها؟
٣. ما موقف الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني من إتلاف الآثار وتشويهها؟

١. بحث آثار الأمم السابقة وحكم المحافظة عليها في ضوء الشريعة الإسلامية، تأليف: الدكتور خالد علي بني أحمد والدكتور علي محمود الزقيلي من منشورات المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، عدد (٣)، ٢٠١٠م.

فقد تناول البحث الحديث عن تعريف الآثار وأهميتها، وتبسيط الضوء على التكيف الفقهي لحماية الآثار ومناقشتها بشكل عام، وتختلف هذه الدراسة عنها في أنها تناولت دراسة حماية الآثار من أكثر من وجه، فقد تناولت الحديث عن حمايتها من الاتجار والتهرب وحمايتها من الإتلاف والتشويه.

٢. الحماية الجنائية للآثار دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، تأليف: محمد سمير محمد ذكي أبو طه، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠١٢. فقد تناولت الأطروحة الحديث عن حماية الآثار من وجه نظر القانون المصري، أما هذه الدراسة فقد تناولت الحديث من الناحية الفقهية مقارنة مع قانون الآثار الأردني.

٣. الأحكام الفقهية المتعلقة بالآثار التاريخية، تأليف: فواز غازي محمد العتيبي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠١٧. تناول الباحث فيها الحديث عن الآثار وأنواعها وحكم العناية بها والتفريق بين ما كان أثرًا

للمسلمين وما كان لغير ذلك، وذكر فيها حكم إقامة المتاحف والاتجار بالآثار. وتختلف هذه الدراسة عما سبق في كون الدراسة المتناولة هي مقارنة مع قانون الآثار الأردني، كما وأضافت فيها الحديث عن حكم إتلاف الآثار وتشويهها وسرقتها.

٤. حماية الآثار في الفقه الإسلامي، تأليف: أحمد خالد نوفل، رسالة ماجستير، جامعة غزة، ٢٠١٧.

تناول فيها الباحث الآثار والتدابير الشرعية لحمايتها من التهريب والتزوير، بالإضافة إلى مسؤولية حمايتها.

وتختلف دراستنا عنها في التوسع في المباحث التي تطرقت إليها الدراسة، بالإضافة إلى المقارنة مع قانون الآثار الأردني.

٥. أحكام الآثار في الفقه الإسلامي، تأليف: عبد الله بن أحمد الرميح، أطروحة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣٢هـ.

تناولت الدراسة الحديث عن مفهوم الآثار وأنواعها ووسائل إثباتها، كما بين فيها أحكام زيارة المتاحف وآثار الأنبياء والصالحين، وأحكام التعاقد لأجل زيارة هذه الآثار.

وتختلف دراستنا عن هذه الدراسة في أننا تناولنا الحديث عن أحكام حماية الآثار من

المطلب الأول: مفهوم الآثار

أ. تعريف الآثار في اللغة.

وهي مأخوذة من (أثر)^(١)، وترد على عدة إطلاقات وهي:

١. الخبر^(٢): ومنه الآثار المروية عن النبي ﷺ والصحابة رضوان الله عليهم.

٢. العلامة^(٣): ومن ذلك أثر المسير فيقال: تتبع القائف الأثر أي العلامات الدالة على من كان في الطريق، ومنه قول الأعرابي: البعرة تدل على البعير والأثر يدل على المسير^(٤).

٣. الأجل أو العمر، ومن ذلك قوله ﷺ: (من سرّه أن ينسأ^(٥) له في أثره ويسط له في رزقه فليصل رحمه)^(٦).

٤. بقية ما ترى من كل شيء وما لا يرى بعد ما يَبْقَى عُلْقَةً^(٧).

وما له صلة مباشرة بموضوع الدراسة هو المعنى الأخير - وهو بقية الشيء -، قال تعالى: ﴿أَوَآثَرُ مِّنْ عِلْمٍ إِن كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ [الأحقاف: ٤] أي بقية من علم^(٨)، أو شيء مأثور من كتب السابقين^(٩).

ب. تعريف الآثار في الاصطلاح.

عرفت الآثار في الاصطلاح بعدة تعريفات منها: "مجموعة الأشياء المتبقية من الأزمنة سواء كانت سحيقة أم حديثة نسبياً"^(١٠)

١. الأشياء القديمة وبخاصة الفنون والصروح القديمة^(١١).

السرقه والتهریب والإتلاف والتزوير، بالإضافة إلى المقارنة مع قانون الآثار الأردني.

منهج البحث:

زاجت هذه الدراسة بين المنهجين التاليين:

١. المنهج الاستقرائي: من خلال تتبع المادة العلمية من مظانها.

٢. المنهج التحليلي: من خلال العرض التحليلي لهذه المادة ومناقشتها، وتحليل النصوص والآراء وصولاً إلى الاستنتاجات المناسبة.

خطة الدراسة:

المقدمة.

المبحث الأول: مفاهيم الدراسة.

المبحث الثاني: حكم حماية الآثار من السرقة والتهریب.

المبحث الثالث: حكم حماية الآثار من التلف والتشويه.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول:

مفاهيم الدراسة.

لا بد وقبلولوج في الحديث عن أحكام الآثار من بيان لأهم المفاهيم التي يجب التطرق إليها، وذلك عبر المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الآثار

المطلب الثاني: مفهوم الحماية

٢. القديم من تاريخ الحضارات الإنسانية، أو بقايا القوم من أبنية وتماثيل ونقود وفنون وحضارة^(١٢).

فالآثار هي كل ما تركه السابقون من بيوت وتماثيل أو منحوتات أو نقوش أو مخطوطات أو مصنوعات من ضرب المعادن لتكون نقوداً أو قلائد.

والمراد بالآثار في هذه الدراسة الآثار غير المملوكة للأشخاص بطريقة مشروعة، كما لو ورث أحد شيئاً عن أجداده السابقين، فإن هذا لا يدخل في موضوع الدراسة؛ لأن عنوان الدراسة هو حماية الآثار باعتبارها آثاراً، بينما تكون حمايتها باعتبارها ملكية خاصة اكتسبت بطريق مشروع، كالصورة السابقة داخلية في حماية الممتلكات الخاصة ولا يختلف الحكم فيها، بينما إذا كان المال المملوك أثراً أو لم يكن كذلك.

ج. تعريف الآثار في قانون الآثار الأردني.

عرف قانون الآثار الأردني الآثار بأنها أي شيء منقول أو غير منقول أنشأه أو صنعه أو خطه أو نقشه أو بناه أو اكتشفه أو عدله إنسان قبل سنة ١٧٥٠ ميلادية، بما في ذلك المغاور والمنحوتات والمسكوكات والفخاريات والمخطوطات، وسائر أنواع المصنوعات التي تدل على نشأة وتطور العلوم والفنون والصنائع والديانات والتقاليد الخاصة بالحضارات السابقة

أو أي جزء أضيف إلى ذلك الشيء، أو أعيد بناؤه بعد ذلك التاريخ^(١٣).

فقد أشار القانون الأردني إلى اعتبار المنقولات مثل المخطوطات الورقية و المعادن والفخاريات والنقود من الآثار، كما أدخل فيها غير المنقول كالقلاع والأبنية القديمة والمنحوتات في الجبال، واشترط لاعتبار المنقول وغير المنقول من الآثار أن يكون قبل سنة ١٧٥٠م، وبهذا أخرج ما كان بعد هذا التاريخ ويظهر للباحثين أن تحديد القانون سنة ١٧٥٠م معياراً لاعتبار المذكورات آثاراً، لا يبدو متجهاً لوجود أنشطة إنسانية وحضارية مهمة بعد هذا التاريخ، ثم إن فكرة تحديد تاريخ لا تبدو سليمة؛ لمرور الزمن، حيث مضى على هذا القانون أكثر من ثلاثين عاماً، وقد يمضي عليه مدة أكثر فيصبح المعيار متحركاً بمرور الزمن، والأولى أن يترك من غير تحديد لسنة بعينها.

المطلب الثاني: مفهوم الحماية

أ. تعريف الحماية في اللغة والاصطلاح.

مأخوذة من (حَمَى) وحَمَى حَمِيَّتَهُ حِمَايَةً، إذا دفعت عنه^(١٤)، جاء في الحديث الشريف: (لاحمي إلا لله ولرسوله)^(١٥).

ولا يفترق المعنى اللغوي عن الاصطلاح إلا أننا لم نجد دراسة يَنتِ معنى حماية الآثار على وجه الخصوص، ويمكن استنتاج التعريف على النحو الآتي:

إيجاد وتوفير وسائل وطرق للمحافظة على الآثار المنقولة وغير المنقولة من التلف أو الإتلاف أو العبث أو التزوير أو التشويه أو الاتجار أو التهريب.

ب. تعريف الحماية في قانون الآثار الأردني.

لم يفرد قانون الآثار الأردني تعريفا خاصا يبين معنى حماية الآثار، إلا أنه أوجد مجموعة من المواد^(١٧) التي يبين من خلالها أساليب لحماية الآثار من خلال إقامة المتاحف لحمايتها، ومن خلال حمايتها بمنع الاتجار بها أو تزويرها أو تهريبها أو غير ذلك.

المبحث الثاني:

حكم حماية الآثار من السرقة والتهريب.

تعتبر حماية الآثار من السرقة والتهريب على قدر كبير من الأهمية؛ لما تمثله الآثار من قيمة حضارية، وثروة وطنية وقومية للأمة، وسيعمد الباحثان إلى بيان موقف الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني من حماية الآثار من السرقة والتهريب.

يصدق على سرقة الآثار مصطلحا السرقة والغلول، فإذا كانت التحف الأثرية مملوكة لأشخاص أو مؤسسات خاصة فإن مصطلح السرقة يصدق عليها، بينما لا يصدق هذا المصطلح بما يقترن به من أحكام على سرقة الآثار من المتاحف العامة التابعة للدولة، ولا من أماكن وجود الآثار قبل إحرازها، وإنما يصدق

على أخذ الآثار من المتاحف العامة أو من مكامن وجودها مصطلح الغلول، وهو الأخذ من الأموال العامة من غير وجه حق، ولذلك كان لا بد من تعريف المصطلحين، فيعرف مصطلح السرقة بأنه: أخذ مال محترم لغيره وإخراجه من حرز مثله ولا شبهة له فيه على وجه الاختفاء^(١٨)، ويعرف مصطلح الغلول بأنه: "أخذ مال من الغنيمة قبل قسمتها أو من بيت مال المسلمين"^(١٩)، وتختلف السرقة عن الغلول في أن السرقة تستوجب حد القطع، بينما لا يستوجب الغلول، وإنما يستوجب عقوبة تعزيرية؛ لأن الذي يأخذ من الأموال العامة له شبهة ملك يدراً بها حد السرقة، وتبقى العقوبة التعزيرية التي مردها للقاضي، ويمكن تقنينها من خلال نصوص قانونية آمرة.

بينما تشترك السرقة مع الغلول في الحرمة الشرعية، وربما كان الغلول أقوى حرمة؛ لأنه يتعلق بمال الأمة وثروتها القومية؛ ونظراً لأن أخذ الآثار وتملكها يعتبر من باب الأخذ من المال العام، وأنه يتنازع أصلان (السرقة الحدية والغلول)، فقد اختلف الفقهاء في حكمه كما يلي:

١. اتفق الفقهاء على تحريم السرقة والغلول تحريماً قاطعاً^(٢٠)، مستدلين بأدلة منها:

أ. قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ٢٩] فقد دلّت الآية الكريمة على تحريم أكل أموال الناس بالباطل^(٣٠)، ولا شك أن السرقة هي أكل أموال الناس بالباطل، فكانت دليلاً على حرمة السرقة.

ب. وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾ [آل عمران: ٦١]. ج. قوله ﷺ: (ولا يغلل أحدكم حين يغلل وهو مؤمن، فإياكم إياكم)^(٣١).

د. حديث أنس عن النبي ﷺ: (ما يحل لي من غنائمكم ولا وزن هذه الوبرة^(٣٢) إلا الخمس وهو مردود فيكم، ردوا الخيط والمخيطة، فإن الغلول عار ونار وشنار^(٣٣) على صاحبه يوم القيامة)^(٣٤). فقد دلّت النصوص السابقة على أن الغلول محرم؛ لورود النهي عنه صريحاً في الآية الكريمة، ولترتيب العقاب عليه في الآخرة كما في الحديثين الشريفين، والغلل هو أخذ الشيء خفية^(٣٥) فيدخل في معنى السرقة.

٢. اختلف الفقهاء في عقوبة السرقة من المال العام ومنها الآثار (الغلول)، وسبب اختلافهم يرجع إلى الاختلاف في إلحاقها بالسرقة الخدية من الأموال الخاصة أو عدم إلحاقها بها، فمن ألحق الغلول بالسرقة جعل لها العقوبة نفسها، ومن لم ير إلحاقها بها أفردته بحكم خاص، وجعل لذلك

عقوبة تعزيرية، كما يرجع أيضاً إلى الاختلاف في قوة شبهة الملك، فمن رأى أن للسارق من المال العام شبهة ملك قال بعدم القطع، ومن رأى ضعف هذه الشبهة لم يفرق بالقطع بين السرقة من المال العام أو الخاص، وفيما يلي مذاهب الفقهاء في المسألة:

أ. ذهب كل من الحنفية^(٣٦) والشافعية^(٣٧) والحنابلة^(٣٨) إلى أن عقوبة السارق من المال العام، بما في ذلك الآثار هي عقوبة تعزيرية ترجع إلى الإمام، ولا حد فيها.

ب. وذهب المالكية^(٣٩) والظاهرية^(٤٠) إلى إلحاق السرقة من المال العام ومنه الآثار بالسرقة الموجبة للحد، وإيجاب القطع فيها.

الأدلة:

استدل الفقهاء على ما ذهبوا إليه بمجموعة من الأدلة فيما يلي أبرزها:

أ. أدلة الجمهور: استدل الجمهور على مذهبهم في عدم قطع يد السارق من المال العام بما يلي:

١. حديث أبي هريرة وفيه ... «كلا والذي نفس محمد بيده، إن الشملة^(٤١) لتلتهب عليه نارا أخذها من الغنائم يوم خيبر لم تصبها المقاسم»، قال: ففرغ الناس، فجاء رجل بشراك أو شراكين فقال: يا رسول الله، أصبت يوم خيبر، فقال رسول ﷺ: «شراك من نار أو شراكان من نار»^(٤٢). ووجه الدلالة من الحديث في أمرين^(٤٣):

أن النبي ﷺ لم يعاقب سارق الشملة بالقطع، ولو كانت سرقة الشملة توجب قطعاً لعاقبه به، فدل على أن السرقة من المال العام لا توجب قطعاً والآثار موضوع الدراسة هي من المال العام فتأخذ حكمه، ولا يقال أن النبي ﷺ قد عفا عنه؛ لأن سرقة الشملة لو أنها كانت توجب حداً لما عفى عنه النبي ﷺ؛ لأن الإمام لا يملك العفو في الحدود.

أنه لم يأمر بقطع من سرق الشراك أو الشراكين، وإنما أخبر بجرمة ذلك بقوله: "شراك من نار أو شراك من نار"، فلما لم يأمر النبي ﷺ بالقطع دلّ على أن القطع لا يكون في المال العام بما في ذلك الآثار التي هي جزء من المال العام وتدخل في عمومته.

ويجاء على هذا الحديث بأن النبي ﷺ كما لم يقطعه، لم يرد أنه أقام عليه عقوبة تعزيرية، وهذا الجواب لا يبدو متجهاً، وذلك لأن النبي ﷺ ربما عفا عنه، والإمام يملك العفو في العقوبات التعزيرية؛ لظروف يقدرها ولكنه لا يملك العفو في العقوبات الحدية، لقوله ﷺ: (وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) (٣٤).

٢. ما ثبت أنه ﷺ لم يصل على الغال (٣٥)، ولو كان الغلول يوجب قطعاً لما اكتفى النبي ﷺ بعدم الصلاة عليه، ولأوقع عليه حد القطع.

ويجاء عليه بمثل سابقه، من عدم إقامته عقوبة تعزيرية أيضاً فيرد عليه بأن الإمام يملك العفو في العقوبات التعزيرية دون الحدية (٣٦).

٣. حديث عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ: (ادروا الحدود ما استطعتم عن المسلمين، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو، خير له من أن يخطئ في العقوبة) (٣٧). ووجه الدلالة منه أن للأخذ من الآثار باعتبارها مالا عاما شبهة ملك؛ لأن المال العام ملك للمسلمين جميعاً، وقد أمر النبي ﷺ بدرء الحدود بالشبهات وشبهة الملك منها.

ويجاء عن حديث عائشة المتقدم بأنه ضعيف فلا تقوم به حجة (٣٨).

٤. مجموعة من الآثار عن الصحابة رضوان الله عليهم ومنها:

ما روي عن علي رضي الله عنه أنه أتى برجل سرق مغفراً (٣٩) حديداً من الخمس، فقال: "ليس عليه قطع وهو خائن، وله نصيب" (٤٠).

ما روي عن طارق الشامي: أنه أتى برجل أخذ في سرقة فضربه فأقر، فبعث إلى ابن عمر يسأله عن ذلك، فقال له ابن عمر: "لا تقطعه، فإنه إنما أقر بعد ضربك إياه" (٤١).

ووجه الدلالة منها أن علياً وعمر رضي الله عنهما لم يريا القطع، وقد عللاه بالملك.

مجموعة من الأدلة العقلية ومنها (٤٢):

القياس على المال المشترك، كالسرقة من تركة الميت وسرقة الزوجة من مال زوجها أو العكس. لأن المال العام ملك لجميع المسلمين، ومنهم السارق فكان له فيه شبهة ملك.

ويجاء على الأدلة العقلية بأنها أدلة كائنة في مقابلة النص، ولا اجتهاد في مورد النص^(٤٣).

ب. أدلة المالكية والظاهرية: استدلت المالكية والظاهرية على مذهبهم هذا بأدلة منها:

١. قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨] وهذا نص عام لم يفرق بين السرقة من المال العام أو الخاص، فيدخل في عمومته كل سرقة من كل مال، فإذا تحققت السرقة بشروطها من الحرز والنصاب ونحوهما استحق القطع^(٤٤).

ويجاء على الاستدلال بالآية الكريمة، أن العام يبقى على عمومته ما لم يخص^(٤٥)، فإذا ورد دليل التخصيص فإن هذا العام لا يبقى على عمومته، وقد ورد دليل التخصيص في الأدلة التي ساقها الجمهور.

٢. إنه لا يثبت للسارق أو الغال حق في المال العام إلا بعد قسمته وفرزه وتمليك إياه، أما قبل ذلك فإن حق السارق كحق غيره من المسلمين لا يتميز^(٤٦).

ولا يبدو هذا الاعتراض متجهاً؛ لأن تعلق الملك سابق على القسمة، ويقتصر دور القسمة على تعيين ذلك الحق وتحديدده، فالسارق له شبهة ملك.

٣. ولأن الإمام قد لا يوزع هذا المال العام على المسلمين، وقد يعطيه أو بعضه للمؤلفة قلوبهم مثلاً، ولو كان مملوكاً للمسلمين لما وسع الإمام أن يفعل ذلك، وهذا يدل أنه لا حق للسارق أو الغال في هذا المال^(٤٧).

وهذا الاعتراض ضعيف أيضاً؛ لأن الإمام لا يملك عدم القسمة في كل الأموال، بل ثمة أموال لا بد فيها من القسمة، كأربعة أخماس الغنائم، كما أن الإمام لا يملك أن يعطي مال بيت المال كله لجهة بعينها، بل هو سيعطي بعض المال في حدود صلاحياته، فيبقى نصيب السارق أو الغال متعلقاً بالباقي.

الترجيح:

ويرجح للباحثين في هذه المسألة أن السرقة من المال العام بما في ذلك الآثار لا توجب قطعاً، وإنما توجب عقوبة تعزيرية مردّها إلى الإمام ويمكن تقنينها من خلال سنن قوانين تتضمن مواد قانونية تنص على العقوبة في حديها الأعلى والأدنى.

ويمكن أن تكون هذه المواد القانونية ضمن قانون حماية الآثار، أو ضمن قانون العقوبات، وقد رجح الباحثان مذهب الجمهور لما يلي:

١. إن الأدلة التي ساقها الجمهور كانت أكثر مساساً بصلب المسألة - موضوع البحث - من الأدلة التي ساقها المالكية والظاهرية، التي لم تعد الاستناد إلى النصوص العامة الوارد في السرقة والذي تم تخصيصها اتفاقاً بالحرز والنصاب والأهلية وغير ذلك، فتخص أيضاً بما ساقه الجمهور من الأدلة الدالة على عدم القطع في السرقة من المال العام بما في ذلك الموجودات الأثرية.

٢. إن تمكن شبهة الملك في هذا النوع من السرقة تجعل الجزم بإيقاع العقوبة الحدية بعيداً؛ لأن مبنى الحدود على التخفيف والاندراء بالشبهات حتى لو لم تكن قوية؛ تغليباً لجانب العفو؛ نظراً لشدة العقوبات الحدية وصرامتها، بخلاف العقوبات التعزيرية التي تترك مجالاً للإمام أو المقتن أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة التي تناسبها تلك العقوبة، كما يمكن اعتبار العامل الشخصي في شخص المجرم، ومدى استحقاقه الظروف المخففة أو المشددة.

٣. لقد كانت أدلة الجمهور العقلية أكثر قوة من أدلة المالكية والظاهرية المبنية على اعتبارات جزئية وافتراسية أحياناً، كالقول بعدم وجود حق للسارق قبل القسمة أو إمكانية دفع الإمام للأموال إلى غير المسلمين.

وبناء على ذلك فإن القول بالعقوبة التعزيرية يبدو أكثر انسجاماً مع قواعد الشريعة ومقاصدها

وسلوكلها في المال العام؛ لتعدد الجرائم واختلاف الظروف والملابسات، مما يجعل العقوبة التعزيرية أكثر مناسبة لهذا النوع من الجرائم؛ لما تتيحه العقوبات التعزيرية من خيارات ولما تتميز به من اتساع وقدرة على التكيف الجرمي وتحديد العقوبة المناسبة لكل جريمة، بيد أنه ينبغي التشديد في الجرائم ذات الخطورة العالية على أمن الأمة وحضاراتها، ولا شك أن سرقة الآثار سواء من المتاحف العامة أو مكامن وجودها تعد من الجرائم ذات الخطورة العالية؛ لما تتميز به من تعدد صرخ على حضارة الأمة وثقافتها وتاريخها الإنساني والحضاري.

وقد نص قانون حماية الآثار الأردني على عقوبة من سرق من الآثار أي قطعة، حيث جاء فيه: "يعاقب بالحبس بمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار وبما يتناسب مع قيمة الأثر كل من ... قام بسرقة القطع الأثرية"^(٨).

ومن الجرائم المرتبطة بسرقة الآثار القيام بتهريبها، ويقصد بتهريب الآثار: إدخال القطع الأثرية إلى البلاد، وإخراجها منها بصورة غير مشروعة"^(٩).

وتعتبر جريمة التهريب من الجرائم الخطيرة والمخلّة بأمن المجتمعات والدول؛ نظراً لما تنطوي عليه من إهدار لهذا التراث القومي والإنساني، وتضييع لثروات الأمة الحضارية، وقد يصل

الأمر إلى الخيانة العظمى عندما يتم تهريب قطع أثرية ذات قيمة سياسية وتاريخية، كما لو تم تهريب الآثار الإسلامية من أرض فلسطين؛ لما ينطوي عليه هذا التهريب من إخلال بالحقوق التاريخية للمسلمين في فلسطين، وقد يساعد الكيان الصهيوني على دعواه بأن فلسطين هي أرض اليهود أرض المعاد لليهود، فيكون المهرب قد ساعد على إعطاء نوع من المصادقية لدعوى اليهود بأن لهم حقاً تاريخياً في فلسطين، ولذلك فإن دولة الاحتلال الصهيوني حريصة على طمس الآثار الإسلامية في فلسطين؛ بغية تهويدها.

وليس لتهريب الآثار عقوبة حدية؛ لأنها من المسائل المعاصرة؛ ولأن البلاد الإسلامية كانت دولة واحدة فلا يتصور التهريب فيها، بيد أن التهريب لخطورته وضرره البالغ على الأمة وتاريخها وحضارتها يستوجب إيقاع العقوبات التعزيرية على من يقترب مثل هذه الجرائم، وإن إيقاع العقوبات التعزيرية على مهربي الآثار ليجد السند الشرعي له في جملة من المبادئ أهمها:

١. مبدأ نفي الضرر: تضافرت النصوص من الشرع المطهر على نفي الضرر^(٥٠)، ومن ذلك قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^(٥١)، وغير خاف أن جريمة التهريب تنطوي على أضرار كثيرة بالمجتمع والأمة والدولة، من خلال تشويه مسيرتها

الحضارية والانتقاص من ثروتها الإنسانية والتاريخية، فإذا كان الشرع المطهر قد حرم الضرر الواقع على الأفراد، رغم أنه يعتبر ضئيلاً إذا ما قيس بالضرر الواقع على الأمة، فإن الضرر الواقع بتهريب الآثار أولى بالتحريم والعقوبة.

٢. مبدأ المصلحة^(٥٢): لا شك أن ثمة مصلحة ظاهرة للأمة في الاحتفاظ بثروتها الأثرية والحضارية ولا يكون تحقيق هذه المصلحة على الوجه الأكمل إلا إذا منع تهريب الآثار وجرم بنصوص ومواد قانونية، وفرضت على المهربين عقوبة رادعة تمنع التهريب.

٣. المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة^(٥٣): إذا كان للمهرب مصلحة خاصة عبر التهريب من خلال الإثراء غير المشروع، وتحصيل الأموال فإن هذه المصلحة الخاصة -إن سلمت- تعارض مصلحة عامة للأمة تتمثل في المحافظة على آثارها، وإنقاذ تلك الآثار من عمليات التهريب والاتجار غير المشروع؛ لما تمثله هذه الآثار من ثروة مادية ومعنوية للدولة وللأمة عموماً، ولما تنطوي عليه من قيم حضارية وإنسانية لا تقدر بثمن، ومعلوم أنه عندما تتعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فإن المصلحة العامة تقدم على الخاصة، وتكون أولى بالرعاية منها.

٤. قاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح^(٥٤):
لا شك أن المفسد المرتبطة بتهريب الآثار كثيرة ولا تدخل تحت حصر، وإذا افترضنا جدلاً أنه هنالك مصالح لبعض الأفراد أو عصابات التهريب فإن هذه المصالح تعتبر مهذرة؛ لأنها تؤدي إلى مفسد أعظم منها وأعم وأشمل، فيقدم درء تلك المفسد على تحصيل تلك المصالح الموهومة.

٥. مبدأ سد الذرائع^(٥٥): إن التهاون في مكافحة تهريب الآثار من خلال الإحجام عن سن القوانين المجرمة لهذا الفعل، والميمنة للعقوبات الرادعة يعتبر من أقوى الذرائع المؤدية إلى التماهي في تهريب تلك الآثار وزيادته، بينما يعتبر سن القوانين وتفعيلها وتطبيقها من أعظم المقومات لسد الذريعة أمام المهرين أفراداً كانوا أو عصابات، لتهريب هذه الثروة الإنسانية والحضارية.

٦. مبدأ حفظ المال^(٥٦): يعد حفظ المال من المقاصد الضرورية الخمسة^(٥٧) التي جاءت الشريعة الإسلامية برعايتها وتحصيلها لا فرق في ذلك بين الأموال العامة التي تعتبر ملكاً للأمة أو الدولة أو الأموال الخاصة التي يملكها الأفراد. وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أولت مقصد حفظ المال هذه العناية فإن تجريم تهريب الآثار وسن القوانين التي تعاقب على هذا الفعل يعتبر من أهم الوسائل المعينة على تحقيق هذا المقصد،

ويجب انتهاز مثل هذه الوسائل إعمالاً لقاعدة للوسائل حكم المقاصد^(٥٨).

٧. منع الفساد^(٥٩): إن منع الفساد هو من مقاصد الشرع المطهر، كما دل على ذلك نصوص كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦] وقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ [البقرة: ٢٠٥] ولا ريب أن تهريب الآثار وإهدار هذه القيمة الإنسانية والحضارية يعتبر من أشد أشكال الفساد، والذي جاء الشرع المطهر بمحاربته وحسم مادته.

وبناء على ما تقدم، فإن الشرع المطهر يؤكد ضرورة تجريم تهريب الآثار وإيجاد العقوبات الرادعة لمنع هذه الجريمة، وتتسع مظلة العقوبات التعزيرية للأفعال المختلفة المصنفة ضمن جريمة التهريب، من خلال إيجاد العقوبة المناسبة للجريمة التي تناسبها، وفي هذا الإطار يرى الباحثان التفريق بين نوعين من التهريب:

أ. التهريب الفردي الذي يقوم به الأفراد بغية الإثراء السريع.

ب. التهريب المنظم والذي يكون عبر عصابات متخصصة في التهريب، كعصابات المافيا^(٦٠) وغيرها.

وفي هذا الإطار ثمة مجال للتفاوت في العقوبة بين هذين النوعين من التهريب، حيث يعد النوع الثاني أفدح خطورة من النوع الأول،

خصوصا إذا واکبه استخدام للسلاح والتعدي على السلطات المختصة، وينبغي في كل الأحوال أن يؤخذ بعين الاعتبار لدى تقنين العقوبة التعزيرية النتائج المترتبة على كل عملية تهريب، ولا شك أن تلك النتائج والآثار تؤثر في العقوبة تغليظا أو تخفيفا، ويتأكد التغليظ أكثر فأكثر عندما تتورط في التهريب أو دعمه دول أو جهات دولية ذات أغراض سياسية تدميرية على ثقافة الأمة وحضارتها، فلا شك بأن العقوبة في هذه الحالة ستكون أعظم ومناسبة لخطورة الجريمة ونتائجها وآثارها الخطيرة.

المبحث الثالث حكم حماية الآثار من الإتلاف والتشويه:

تعرض الآثار بمختلف أنواعها إلى التلف أو الإتلاف، والتلف يكون بعوامل طبيعية كالسيول والزلازل بالإضافة إلى التآكل والانطماس بفعل عامل الزمن، وأما الإتلاف فيكون نتيجة عمل بشري من خلال التعدي على الآثار بتدميرها أو تشويهها، كما يلحق بالإتلاف تزوير الآثار؛ بغية تحقيق منافع دنيوية عاجلة، تتمثل في تسويق الأعيان المزورة على أنها آثار تاريخية تتبع لحقب زمنية موهلة في القدم أو قديمة نسبيا، من أجل إضفاء قيمة مالية مضافة إلى تلك الأعيان المزورة، وسيقتصر الباحثان في هذا المبحث على دراسة الإتلاف الناشئ عن نشاط بشري متعمد؛ لاعتبارات سياسية أو قومية أو دينية متعصبة.

وقبلولوج في دراسة موقف الفقه الإسلامي وقانون الآثار الأردني من إتلاف الآثار وتشويهها وتزويرها، لا بد من بيان معنى المراد بهذه المصطلحات:

مفهوم الإتلاف:

أ. الإتلاف لغة:

تدور مادة تلف في مجملها حول معان تتضمن هلاك الشيء أو تعييه أو ذهاب منفعة^(٣١)، بحيث لا يعود بعد التلف متفعلا به على الوجه المعتاد، ومن مادة تلف بالفعل اللازم يأتي أتلّف (الفعل المتعدي) والمراد به إحداث التلف.

والفرق بين تلف وأتلّف أن الأولى تكون من غير فعل، أما الثانية فلا تكون إلا بفعل سواء صدر ذلك الفعل من إنسان^(٣٢)، كقولنا: أتلّف زيد الإناء أو الدار أو من حيوان كما يقال: أتلّف الماشية الزرع، وعلى هذا التلف أعم من الإتلاف؛ لأن التلف قد يكون بسبب عوامل زمنية وأما الإتلاف فلا يكون إلا بفعل الإنسان أو الحيوان.

ب. إتلاف الآثار اصطلاحا:

لم يجد الباحثان تعريفا لإتلاف الآثار من الناحية الاصطلاحية، ولكنهما وجدا تعريفا لتلف الآثار، حيث عرّف بأنه: "ذهاب المنفعة المقصودة من الآثار بسبب عوامل طبيعية لا دخل للبشر فيها"^(٣٣).

وبناء على ذلك فيعرف الباحثان إتلاف الآثار بأنه:

إذهاب منافع الآثار بتدميرها أو تعييبها، نتيجة فعل غير طبيعي، بحيث تفقد الآثار قيمتها كلياً أو جزئياً.

حكم إتلاف الآثار:

لدى الحديث عن حكم إتلاف الآثار ينبغي التفرقة بين نوعين من الآثار:

١. الآثار التي لا تكون على شكل تماثيل من ذوات الأرواح؛ كالمنحوتات والأواني الفخارية والنقود الأثرية القديمة والمخطوطات بمختلف أشكالها وأنواعها والنقوش والمقابر وغيرها.

٢. الآثار التي تكون على شكل تماثيل من ذوات الأرواح؛ كتماثيل الإنسان ومن ذلك تماثيل العظماء، وكذلك تماثيل الحيوان، كتماثيل الأسود والطيور وسائر الحيوانات.

وفيما يتعلق بالنوع الأول لم يختلف الفقهاء القدامى والمعاصرون^(٦٧) في عدم جواز إتلافها؛ لما ينطوي عليه ذلك الإتلاف من إضاعة للمال، وهو محرم في الشريعة الإسلامية، لقوله ﷺ: (إن الله قد كره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال)^(٦٨).

وأما ما يتعلق بالنوع الثاني وهي الآثار على شكل تماثيل لذوات أرواح، فقد اتفق الفقهاء^(٦٩) على وجوب إزالة ما كان يعبد منها في الجاهلية؛

كالأصنام التي كانت تعبد في جزيرة العرب؛ لما ثبت من أحاديث في ذلك، ومنها:

١. حديث علي رضي الله عنه وفيه قال: (ألا أبعثك على ما بعثني عليه النبي ﷺ: أن لا تدع تمثالاً إلا طمسته ولا قبراً مشرفاً إلا سويته)^(٧٠).

٢. حديث جرير وفيه أن النبي ﷺ قال: (ألا تريخني من ذي الخلصة^(٧١))، فنفرت في مائة وخمسين راكباً فكسرناه، وقتلنا من وجدنا عنده، فأتيته النبي ﷺ فأخبرته فدعا لنا ولأخمس^(٧٢).

وأما التماثيل التي لم تعبد في الجاهلية، فقد اختلف فيها الفقهاء وخاصة المعاصرون منهم على قولين، ومرد اختلافهم الاختلاف في الفهم من النصوص الواردة في تحريم اتخاذ التماثيل أو الأمرة بهدمها وإزالتها، هل هذه النصوص تعبدية أم أنها معقولة المعنى ترجع إلى الخشية من عبادتها، فمن رآها تعبدية قال بوجوب إزالتها وإتلافها بغض النظر عن حقبها التاريخية، ومن رآها معقولة المعنى جوز الاحتفاظ بها لما فيها من قيم حضارية وإنسانية، كما يرجع سبب الاختلاف أيضاً إلى الاختلاف في تقدير المصلحة، هل المصلحة في إتلافها وإزالتها أم بالاحتفاظ بها، فمن رأى المصلحة في إتلافها وإزالتها أوجب الإتلاف والإزالة، ومن رأى المصلحة في استبقائها جوز الاستبقاء، وفيما يلي مذاهب العلماء في المسألة:

أ. ذهب جماعة من العلماء المعاصرين^(٧٠) إلى جواز إتلافها بل ووجوبه عند القدرة عليه.
ب. وذهب جماعة من العلماء المعاصرين إلى عدم جواز إتلافها، ومن هؤلاء العلماء الدكتور يوسف القرضاوي^(٧١)، وغيرهم.

الأدلة:

أ. أدلة القائلين بوجوب الإتلاف عن القدرة عليه:

١. قوله تعالى حكاية عن إبراهيم عليه السلام: ﴿إِذْ قَالَ لِأَبِيهِ وَقَوْمِهِ مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاقِبُونَ﴾^(٥٦) قَالُوا وَجَدْنَا آبَاءَنَا لَهَا عِيدِينَ^(٥٦) قَالَ لَقَدْ كُنْتُمْ أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ فِي ضَلَالٍ مُبِينٍ^(٥٦) قَالُوا أَجِئْتَنَا بِالْحَقِّ أَمْ أَنْتَ مِنَ اللَّاعِينَ^(٥٦) قَالَ بَلْ رَبُّكُمْ رَبُّ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ الَّذِي فَطَرَهُنَّ وَأَنَا عَلَى ذَلِكَ مِنَ الشَّاهِدِينَ^(٥٦) وَتَوَلَّى لَكُمْ^(٥٦) أَصْنَمَكُمْ بَعْدَ أَنْ تَوَلَّوْا مُدْبِرِينَ^(٥٧) فَجَعَلَهُمْ جُدَادًا إِلَّا كَبِيرًا لَهُمْ لَعَلَّهُمْ إِلَيْهِ يَرْجِعُونَ﴾ [الأنبياء: ٥٢ - ٥٨].

فقد أخبر الله سبحانه وتعالى عن فعل إبراهيم عليه السلام وتدميره هذه الأوثان، ولنا في قصصهم عبرة^(٧٢).

ويجاء على الاستدلال بالآيات الكريمة في قصة تدمير إبراهيم عليه السلام الأصنام بما يلي^(٧٣):

أ. إن هذا الفعل هو شرع من قبلنا، وشرع من قبلنا لا يكون شرعا لنا.
ب. أن المفسدة من هذه التماثيل وتلك الأوثان كانت قائمة وواقعة، فقد كانت هذه التماثيل والأوثان تعبد من دون الله، وفرق بين المفسدة الواقعة والمنتقنة والمفسدة المتوهمه؛ لأن عبادة التماثيل ليست متصورة في أيامنا هذه، فالمفسدة متوهمه.

١. حديث عمرو بن عبسة رضي الله عنه: (أرسلني بصلة الأرحام، وكسر الأوثان، وأن يوحد الله لا يشرك به شيء)^(٧٤).

٢. حديث جرير: (وفيه أن النبي ﷺ قال: (ألا ترمي من ذي الخصلة)، فنفرت في مائة وخمسين راكبا فكسروا، وقتلنا من وجدنا عنده، فأتي النبي ﷺ فأخبرته فدعا لنا ولأحمس)^(٧٥).

٣. حديث علي رضي الله عنه وفيه: (ألا أبعثك على ما بعثني عليه النبي ﷺ: أن لا تدع تماثالا إلا طمسته ولا قبرا مشرفا إلا سويته)^(٧٦).

٤. فعل النبي ﷺ كما رواه ابن مسعود وفيه: (قال: دخل النبي ﷺ مكة، وحول الكعبة ثلاث مائة وستون نصبا، فجعل يطعن بها بعود في يده)^(٧٧).

فهذه الأحاديث تدل دلالة واضحة على أمر النبي ﷺ لصحابته ﷺ بإتلاف التماثيل والأوثان عموما، والأمر يدل على الوجوب ما لم تصرفه

عن الوجوب قرينة^(٧٨)، ولا قرينة صارفه لهذا الأمر عن الوجوب إلى غيره.

ويجاء عن الاستدلال بالأحاديث المتقدمة بأن تلك الأحاديث هي خارج محل النزاع؛ لأن الأمر فيها كان بتدمير أوثان وتمائيل كانت محل عبادة وتقديس عند العرب في الجاهلية، ويخشى من أن يعود بعض الناس إلى عبادتها؛ لأنهم كانوا حديثي عهد من تلك العبادة، وأما بعد أن انتشر الإسلام وساد التوحيد وانتشر العلم الشرعي، فإن إمكانية عودة المسلمين أو بعضهم إلى عبادة تلك الأوثان تبدو في غاية البعد، والمفسدة التي من أجلها تم تدمير الأوثان والتماثيل في عهد النبي ﷺ لم تعد قائمة بعد فشو الإسلام وظهور أمره.

١. الاستدلال بأصل سد الذرائع؛ لأن الإبقاء على هذه التماثيل والأوثان فيه ذريعة لعبادتها ولو بعد طول مدة^(٧٩).

ويجاء عن ذلك بأن هذا الاستدلال مبني على مقدمة غير مسلمة، ألا وهي إمكانية أن تعبد هذه الأوثان والتماثيل مرة أخرى، وهذا أمر مستبعد؛ لما سبق بيانه من فشو الإسلام وظهوره وانتشار العلم الشرعي بما يحول دون العودة إلى عبادة تلك الأوثان مرة أخرى.

أ. أدلة القائلين بعدم جواز الإتلاف:

استدل القائلون بعدم جواز إتلاف هذا الآثار التاريخية ووجوب المحافظة عليها بما يلي:

١. قوله تعالى على لسان إبراهيم عليه السلام: ﴿قَالَ أَتَعْبُدُونَ مَا تَنْحِتُونَ﴾ [الصافات: ٩٥]. فقد أنكر إبراهيم عليه السلام على قومه عبادة ما ينحتونه، ولم ينكر عليهم النحت ذاته، فلم يقل لهم لم تنحتون، فدل ذلك على أن المستنكر هو عبادة المنحوتات وليس النحت لذاته^(٨٠). بدليل جواز نحت ما لا تتصور فيه العبادة، كنحت البيوت ونحوها. ويرد على هذا الدليل بأن علة خوف العبادة موجودة في كل التماثيل والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما^(٨١).

٢. قصة سليمان عليه السلام وتسخير الجن له وفيها: ﴿يَعْمَلُونَ لَهُ مَا يَشَاءُ مِنْ مَحْرِبٍ وَتَمَثِيلٍ وَحِفَافٍ كَالْجَوَابِ وَقُدُورٍ رَاسِيَتٍ﴾ [سبأ: ١٣]، فقد ذكر الله سبحانه وتعالى هذه القصة في معرض الامتنان على نبيه سليمان عليه السلام ولا يمتنع بما هو معصية^(٨٢)، علما بأن الآية لم تفرق بين التماثيل التي على هيئة ذوات الأرواح وغيرها، بل جاء لفظ التماثيل عاما، فيدخل فيه كل تمثال من ذوات الأرواح أو من غيرها، ويجاء على هذا الاستدلال بما يلي^(٨٣):

أ. أنه شرع من قبلنا، فلا يكون شرع لنا.

ب. أن التماثيل التي كان يعملها الجن لسليمان عليه السلام هي تماثيل غير ذوات الأرواح.

ولا يخفى بعد هذين الجوابين وضعفهما، فإن شرع من قبلنا لا يكون شرعا لنا عندما لا يتعلق

الأمر بتوحيد الله سبحانه وتعالى وعبادة الأصنام أما عندما يكون كذلك، فهو شرع لنا؛ لأن الديانات السماوية كلها دعت إلى توحيد الله تعالى ونبذ الشرك، وأما القول بأن التماثيل التي كانت الجن تعملها لم تكن تماثيل لذوات أرواح فهذا يحتاج إلى نقل ولم يوجد فبقي اللفظ في الآية على عمومته، طالما لم يوجد نص يخصه.

٣. قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بَغِيرَ عِلْمِهِ﴾ [الأنعام: ١٠٨] فقد نهى الله سبحانه وتعالى عن سب آلهة الكفار حتى لا يكون ذلك ذريعة لسب الله تعالى^(٨٤)، فإذا كان سب آلهة الكفار - مع استحقاقهم ذلك - منها عنه حتى لا يكون ذريعة لسب ﷻ، فلا شك أن تدمير ما يعظمون ويقدسون وإتلافه سيكون ذريعة لمفاسد عظيمة، كشن الحرب على المسلمين واستحلال دمائهم وأموالهم فيما لا مصلحة ترجى من فعله.

ويجاب عن ذلك بأن في تدمير تلك الأوثان مصلحة عظيمة تتمثل في نشر التوحيد وإرغام الشرك وفيه درء لمفسدة كبرى كذلك، تتمثل في أن يعبد غير الله في الأرض^(٨٥).

ولا يخفى بعد هذا الجواب وإن الشواهد التاريخية تبين أنه ما كان هدم الأوثان وتدمير التماثيل حافزا لعبادها عن ترك عبادتها، وإنما كان في الغالب الأعم مستغفرا لأولئك العباد

ومولدا رد فعل عكسيا تمثل بزيادة التمسك بها وعبادتها.

١. فعل الصحابة^(٨٦) رضوان الله عليهم فلم يؤثر عنهم أو عن بعضهم أنه دمر أو أُلِف تماثيل أو أوثان أثناء الفتوحات الإسلامية الكثيرة، حيث كان يوجد الكثير من هذه التماثيل والأوثان ورموز الجاهلية؛ كالأهرامات في مصر وتمثال أبي الهول وغيره من التماثيل الكثيرة التي كانت تملأ المعابد الفرعونية، بالإضافة إلى التماثيل الكثيرة الموجودة في الكنائس، ومنها تمثال السيدة العذراء، فلو كان تدمير التماثيل وهدمها جائزا أو واجبا لفعله أولئك الصحابة الأعلام منا بالشرع، والأحرص منا على التوحيد.

ويرد على ذلك بأن ترك الصحابة لهدم الأوثان وتدمير التماثيل، ربما كان لكونها في معابد وكنائس لأهل الكتاب وقد أمرنا بتركهم وما يعبدون، أو لأن تلك التماثيل كانت في أماكن نائية بعيدة لم يصل إليها الصحابة، أو لأن تلك التماثيل كانت من القوة والمتانة بحيث لم يستطع الصحابة إزالتها بما توفر لديهم من وسائل^(٨٧).

ولا يخفى ضعف هذا الجواب وبعده؛ لأن هذه التماثيل من الكثرة بحيث يستبعد أن تكون كل الأسباب المذكورة لتجنب الصحابة هدمها موجودة في كل تلك التماثيل، فلا شك أن منها ما كان قريبا وليس في أماكن نائية، كتمثال أبي

الهول، ومنها ما كان ضعيفا من حيث الصنعة والمتانة، كالتماثيل الكثيرة والموجودة في المعابد الفرعونية، وهذه المعابد مما لم يصلح المسلمون غيرهم على إبقائها، كما هو الشأن في معابد أهل الكتاب.

٢. القياس على التماثيل التي تتخذها الجوارى - البنات الصغيرات - حيث أقر النبي ﷺ للأطفال اتخاذ التماثيل^(٨٨)، كما أقر عائشة رضي الله تعالى عنها في صنع العرائس^(٨٩).

ويجاء عن ذلك بأن هذا قياس مع الفارق، لأن الأطفال غير مكلفين والقلم مرفوع عنهم، وليس كذلك الكبار.

ولا يبدو هذا الجواب متجها لما ثبت أن النبي ﷺ قد أقر عائشة وهي في بيته على وضع التمثال الفرس الذي له جناحان، حيث تسائل النبي ﷺ مداعبا عائشة فرس يطير!^(٩٠) ومعلوم أن عائشة رضي الله عنها كانت بالغة إذ لو لم تكن كذلك لما دخل بها النبي ﷺ، ومسألة البلوغ ليست مرتبطة بالسن حتى يقال إن النبي قد بنى بها وهي بنت تسع سنين، بل هي مرتبطة بعلامات معينة، ثم إن النبي ﷺ لما تسائل عن الفرس الذي يطير كان ذلك بعد زواجه من عائشة، بل ودخوله بها بمدة.

٣. ولأن المفاصد المترتبة على الهدم والإزالة هي مفاصد كثيرة تتلخص في جملة من المفاصد الإعلامية والحضارية، ويقف على رأسها تأليب

الأعداء على بلاد المسلمين، وتشويه الدين من خلال إظهاره في مظهر الدين الذي لا يحفل بالحضارات ولا يقيم للقيم الإنسانية والثقافية أي وزن.

ويجاء عن ذلك بأن هذه المفاصد تبدو قليلة وضئيلة إذا ما قورنت بمفاصد استبقاء هذه الآثار عبر الاحتفاظ بمعبودات شركية قد تؤدي في النهاية إلى صد الناس عن دينهم وتأثرهم بالأعمال الشركية التي يمارسها عبّاد تلك التماثيل والأوثان.

الترجيح:

والذي يترجح لدى الباحثين القول بجواز استبقاء التماثيل والآثار، وإن كانت تماثيل وآثار غير إسلامية، وحتى لو كان بعض غير المسلمين يقدسونها لما يلي:

١. إن اعتماد القائلين بالمنع كان على نصوص عامة في تحريم التماثيل والاحتفاظ بها أو تدميرها وإزالتها، وهذه العمومات معارضة بالنصوص التي ساقها المجوزون والتي يفهم منها جواز اتخاذ التماثيل، خاصة عندما يترتب على اتخاذها وعدم إزالتها درء لمفاصد تحيط بالأمة.

٢. إن النصوص التي ساقها المانعون كانت في حق أصنام وأوثان تعبد من دون ﷻ، لما كانت الدعوة الإسلامية في بداياتها، فخشى أن تكون هذه التماثيل حائلا بين عبادها وبين الدخول في الإسلام، فشدّد فيها الشرع المطهر حتى تزال

تلك الحواجز النفسية لدى أولئك العباد من أمام الدعوة الإسلامية.

٣. إن الأمر بهدمها وإزالتها قد كان لأن المسلمين كانوا حديثي عهد بجاهلية، بل قد كانوا يعبدونها قبل إسلامهم، فخشي من استبقائها أن تهفو بعض النفوس الضعيفة التي لم تشرب الإسلام بعد إلى تلك التماثيل والأوثان فتميل إلى عبادتها من جديد.

٤. إن علّة القرب من عصر الجاهلية قد بدا أخذها بعين الاعتبار في الأحكام الشرعية ومن ذلك:

أ. امتناع النبي ﷺ عن إدخال حجر إسماعيل في الكعبة مع أنه منها، عندما قال لعائشة أم المؤمنين: (لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية لهدمت الكعبة ويبيتها على قواعد إبراهيم)^(٩١).

ب. ما ثبت عنه ﷺ أن قوما جاءوه فسألوه إن قومنا حديثو عهد بجاهلية، وإنهم يأتونا بلحمان لا ندري أذكروا اسم الله عليها أم لا؟ فقال ﷺ: (سمّوا وكلوا)^(٩٢)، وغير ذلك من النصوص التي راعى فيها النبي ﷺ حداثة إسلام المسلمين وقرب عهدهم بالجاهلية.

١. إن بناء المانعين معظم أدلة منعهم غير النصية كانت باعتبار المآلات التي يمكن أن يؤول إليها استبقاء تلك الآثار من فشو الشرك أو تأثر بعض المسلمين بممارسات عبادها، مما قد يفتح ذريعة

إلى عبادتها، وهذا التخوف غير مبرر؛ لأن إمكانية أن يتأثر المسلمون بممارسات عباد تلك التماثيل غير واردة؛ لمفاتها العقل السليم باعتبارها جمادات لا تضر ولا تنفع، ولا انتشار الوعي بين المسلمين بما يبعد تأثر المسلمين بتلك الممارسات، ويجعل اقتداء المسلمين بعباد تلك الأوثان في غاية البعد.

٢. إن المحافظة على الآثار بالإضافة إلى قيمتها الإنسانية والحضارية كثيرا ما تختزل في ثنائياها أبعادا سياسية واقتصادية ذات أهمية بالغة ومن هنا نفهم كيف أن الكيان الصهيوني يحاول طمس الآثار العربية والإسلامية في فلسطين عامة والقدس الشريف على وجه الخصوص؛ لينفي بذلك أي علاقة تربط فلسطين المحتلة ببعدها العربي والإسلامي، وعوضا عن ذلك فإنه يكثر من الحفريات بهدف التنقيب عن آثار تثبت علاقة اليهود بتلك الأرض المباركة، ويستमित في التنقيب عن الهيكل المزعوم الذي أمضى في التنقيب عنه عشرات السنين، من غير يأس ولا ملل لإثبات الحق التاريخي المزعوم للصهيانية في فلسطين المغتصبة.

٣. إن تدمير الآثار الإسلامية وغيرها بحجج دينية غير صحيحة ولا مستقيمة يعتبر جناية في حق الإسلام وفي حق الإنسانية عموما مثلما قام به التنظيم الإرهابي (داعش) من تدمير الآثار

الإسلامية وغيرها في محافظة موصل العراقية ومدينة تدمر السورية، مما ألحق أثرا بالغاً بتلك الموجودات الأثرية وما تختزله من قيم إنسانية وحضارية، فضلاً عن قيمتها الاقتصادية المتمثلة في جلب السياحة الداخلية منها والخارجية، وما تستتبعه هذه السياحة من انعكاسات إيجابية على الحركة الاقتصادية.

وفعل هذا التنظيم الإرهابي وإن كان ذا دوافع سياسية إلا أنه قد تم بحجج ودعاوى دينية، تليسا على الناس وإظهاراً لهذا الفعل بأنه قد تم من منطلقات شرعية، ومثل ذلك قيام حركة طالبان بتدمير تمثال بوذا فإنه وإن كان بدوافع سياسية إلا أنه ألبس لباساً دينياً شرعياً واستدل عليه بفتاوى مختلفة وينصوص شرعية وفق تفسيراتهم تلك النصوص، كما أنه غطي إعلامياً باعتباره انتصاراً للعقيدة الإسلامية، وسدلاً لذريعة الشرك بالله.

وقد جرم قانون الآثار الأردني إتلاف الآثار والتعدي عليها بأي شكل من الأشكال، كما وضع القانون العقوبة على مقترف الأفعال التي تؤدي إلى إتلاف الآثار أو تشويهها وتتلخص تلك العقوبة في السجن والغرامة مجديهما الأدنى والأعلى حيث جاء في القانون المذكور ما نصه:

١.. "يحظر إتلاف الآثار أو تخريبها أو تشويهها أو إلحاق أي ضرر بها بما في ذلك تغيير معالمها أو

فصل أي جزء منها أو تحويلها أو إلصاق الإعلانات عليها أو وضع اللافتات فوقها"^(٩٣).

٢. "يعاقب بالحبس بمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار وبما يتناسب مع قيمة الأثر كل من ... قام متعمداً بتجريف أو إتلاف أو تخريب أو تشويه أي آثار منقولة أو غير منقولة بما في ذلك تغيير معالمها أو فصل أي جزء منها أو تحويلها"^(٩٤).

الخاتمة:

لقد توصلت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات فيما يلي أبرزها:

أ. النتائج:

١. الآثار هي كل ما تركه السابقون من بيوت وتماثيل أو منحوتات أو نقوش أو مخطوطات أو مصنوعات من ضرب المعادن لتكون نقود أو قلائد.

٢. تعتبر المحافظة على الآثار من مقاصد الشريعة السمحة؛ لما تمثله من قيم حضارية وإنسانية ولا ارتباطها بمقصد ضروري من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ المال.

٣. تعد سرقة الآثار محرمة في الشريعة الإسلامية؛ لما تعود به تلك السرقة من أضرار جسيمة على الأمة وحضارتها وتاريخها.

٤. جرمت الشريعة الإسلامية سرقة الآثار ووضعت لها العقوبة الرادعة التي تحقق مقصد الشرع في المحافظة عليها وإدامتها.

ب.التوصيات:

توصي الدراسة بما يلي:

١. نشر الوعي بأهمية الآثار وقيمتها الحضارية والإنسانية عبر وسائل الإعلام المختلفة، نهوضاً برسالة المحافظة على تلك الآثار وإدامتها.
٢. الرد على أنصار إتلاف الآثار وإزالتها من خلال الدراسات والمقالات المنشورة في الصحف والمجلات، وعبر وسائل الإعلام المختلفة بما في ذلك وسائل التواصل الاجتماعي.

الهوامش:

(١) ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، (تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: بيروت، ١٩٧٩م)، ١/ ٥٣. ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، لسان العرب، (دار صادر: بيروت، ط ٣، ١٤١٤ هـ)، ٤/ ٥. ابن دريد: أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جوهرة اللغة، (تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين: بيروت، ط ١، ١٩٨٧م)، ٢/ ١٠٣٥.

(٢) الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، (دار الهداية)، مادة (أثر)، ١٠/ ١٣. ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم اللغة، (تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط ٢، ١٩٨٦ م)، مادة (أثر)، ص ٨٦. الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، (تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية: الدار النموذجية، ط ٥، ١٩٩٩م)، مادة (أثر)، ص ١٣.

(٣) الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، مادة (أثر)، ١٠/ ١٤. ابن منظور: لسان العرب، مادة (أثر)، ٤/ ٥.

٥. عقوبة سرقة الآثار في الفقه الإسلامي هي عقوبة تعزيرية غير محددة، تراعى فيها الظروف المحيطة بالجريمة وطبيعة المجرم وسوابقه الجرمية ويمكن تقنينها من خلال نصوص قانونية أمره يتم فيها تكييف كل فعل جرمي من أفعال السرقة وتقنين العقوبة المناسبة لذلك الفعل.

٦. فرض قانون الآثار الأردني عقوبة على سرقة الآثار ذات شقين (السجن والغرامة) كما يبين في ثنايا الدراسة.

٧. إن الأدلة التي ساقها موجبو إتلاف الآثار وإزالتها كانت أدلة عامة مستندة إلى علل لم تعد قائمة في أيامنا هذه.

٨. إن الأدلة التي ساقها موجبو المحافظة على الآثار ومحرمو إتلافها وإزالتها كانت أمسّ بصلب المسألة موضوع البحث من الأدلة التي ساقها أنصار الإتلاف والإزالة.

٩. إن الاستدلالات العقلية التي ساقها أنصار المحافظة على الآثار هي في مجملها أدلة صحيحة وسليمة وواقعية.

١٠. حرّم قانون الآثار الأردني إتلاف الآثار أو تشويهها وعاقب على كل فعل يندرج في هذا الإطار بالسجن والغرامة كما هو مبين في الدراسة.

- (٤) الألوسي: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، (تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ١٤١٥هـ)، ٢١٨/١٣. السُّعْنَانِي: الحسين بن علي بن حجاج بن علي، **الكافي شرح البزودي**، (تحقيق: فخر الدين سيد محمد قانت، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠١م)، ٢١٣١/٥.
- (٥) أي يزداد له في عمره، ومنه بيع النسبة أي البيع بالأجل. الخطابي: أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، **غريب الحديث**، (تحقيق: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، دار الفكر: دمشق، ١٩٨٢م)، ٣٤٠/١. ابن الجوزي: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، **غريب الحديث**، (تحقيق: عبد المعطي أمين القلعجي، دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ١٩٨٥م)، ١٠/١.
- (٦) أخرجه البخاري في **الصحيح**، كتاب البيوع، باب من أحب البسط في الرزق، حديث رقم (٢٠٦٧)، ٥٦/٣. ومسلم في **الصحيح**، كتاب البر والصلة والآداب، باب صلة الرحم وتحريم قطعيتها، حديث (٢٥٥٧)، ١٩٨٢/٤.
- (٧) الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم، **كتاب العين**، (تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال)، مادة (أثر)، ٢٣٦/٨. ابن فارس: **مجمّل اللغة**، مادة (أثر)، ص ٨٦.
- (٨) الفراء: أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الدليمي، **معاني القرآن**، (تحقيق: أحمد يوسف النجاتي وآخرون، دار المصرية للتأليف والترجمة: القاهرة، ط١، ٥٠/٣. الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، **جامع البيان في تأويل القرآن**، (تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة: بيروت، ط١، ٢٠٠٠م)، ٩٥/٢٢.
- (٩) الثعلبي: أبو إسحاق أحمد بن محمد بن إبراهيم، **الكشف والبيان عن تفسير القرآن**، (تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ط١، ٢٠٠٢م)،
- ٦/٩. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري، **الجامع لأحكام القرآن**، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية: القاهرة، ط٢، ١٩٦٤م)، ١٨٢/١٦.
- (١٠) العابد: مفيد رائف، **الآثار الكلاسيكية**، (جامعة دمشق: دمشق)، ص ١.
- (١١) نخلة: منى يوسف، **علم الآثار في الوطن العربي**، (منشورات جروس برس: طرابلس، لبنان)، ص ١٣.
- (١٢) عمر: أحمد مختار عبد الحميد، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، (عالم الكتب: بيروت، ط١، ٢٠٠٨م)، ٦١/١.
- (١٣) **قانون الآثار الأردني**، قانون رقم (٢١)، عام (١٩٨٨م)، مادة ٢ فقرة أ.
- (١٤) الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، (تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين: بيروت، ط٤، ١٩٨٧م)، مادة (حى)، ٢٣١٩/٦.
- (١٥) أخرجه البخاري في **الصحيح**، كتاب المساقاة، باب لا حى إلا لله ولرسوله، حديث رقم (٢٣٧٠)، ١١٣/٣.
- (١٦) **قانون الآثار الأردني**، المادة ٩، المادة ١٤، المادة ١٦، المادة ٢٣، المادة ٢٤، المادة ٣١ فقرة د.
- (١٧) الحجاوي: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، (تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة: بيروت)، ٢٧٤/٣. البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، **كشف القناع عن متن الإقناع**، (دار الكتب العلمية: بيروت)، ١٢٩/٦.
- (١٨) الخرشى: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المالكي، **شرح مختصر خليل**، (دار الفكر للطباعة: بيروت)، ١١٦/٣.
- الزرقاني: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط١، ٢٠٠٢م)، ٢٠٤/٣.

- (١٩) السرخسي: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، (دار المعرفة: بيروت، ١٩٩٣م)، ١٠/٥. الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العلمية: بيروت، ١٩٨٦م)، ٦/١٢٠. القاضي عبد الوهاب: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، التلخيص في الفقه المالكي، (تحقيق: أبي أويس محمد بن خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية: بيروت، ٢٠٠٤م)، ١/٩١. ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، (تحقيق: محمد أحمد، مكتبة الرياض الحديثة: الرياض، ٢٠٠٠م)، ١/٤٧٢. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، (تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية: بيروت، ١٩٩٩م)، ٧/٤٣٥. السبكي: أبو الحسن علي بن عبد الكافي، تكملة المجموع شرح المذهب، (دار الفكر: بيروت)، ١٩/٣٣٤. ابن قدامة المقدسي: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع، (دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع)، ١٠/٤٧١. الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي، (دار العبيكان، ١٩٩٣م)، ٦/٥٣٧.
- (٢٠) اللخمي: أبو الحسن علي بن محمد الربيعي، التبصرة، (تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: قطر، ٢٠١١م)، ١٢/٥٧٥٥.
- (٢١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب نقصان الإيمان بالمعاصي ونفيه عن المتلبس بالمعصية على إرادة نفي كماله، حديث رقم (٥٧)، ١/٧٧.
- (٢٢) موضع على بعد أربعة أميال من المدينة. انظر: السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج، (تحقيق: أبو اسحق الحويني الأثري، دار ابن عفان للنشر والتوزيع: الخبر، ١٩٩٦م)، ٤/٤٣٤.
- (٢٣) ما يشين الإنسان وهو العيب والعار. انظر: الوقشي: هشام بن أحمد الأندلسي، التعليق على الموطأ في تفسير لغاته وغوامض إعرابه ومعانيه، (تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان: الرياض، ٢٠٠١م)، ١/٣٤٥.
- (٢٤) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الجهاد، باب الغول، حديث رقم (٢٨٥٠)، ٢/٩٥٠. والبيهقي في السنن الصغير، كتاب السير، باب تحريم الغلول في الغنيمه، حديث رقم (٢٨٧٦)، ٣/٣٩٨. قال الألباني: حديث حسن صحيح. انظر: إرواء الغليل، حديث رقم (١٢٤٠)، ٥/٧٤.
- (٢٥) البيضاءوي: ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، (تحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشي، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ١٤١٨هـ)، ٢/٤٦.
- (٢٦) الشلبي: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، (المطبعة الكبرى الأميرية: القاهرة، ١٣١٣هـ)، ٣/٢١٦. العيني: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين، البناء شرح الهداية، (دار الكتب العلمية: بيروت، ٢٠٠٠م)، ٧/٢١.
- (٢٧) الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، (دار الكتب العلمية: بيروت)، ٣/٣٦١. الأنصاري: زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (دار الكتاب الإسلامي)، ٤/١٥٣.
- (٢٨) ابن مفلح: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع في شرح المقنع، (دار الكتب العلمية: بيروت، ١٩٩٧م)، ٧/٤٤٣. البيهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، (عالم الكتب: بيروت، ١٩٩٣م)، ٣/٣٧٦.
- (٢٩) القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة، (تحقيق: محمد بن خبزة، دار الغرب الإسلامي: بيروت، ١٩٩٤م)، ١٢/١٥٤. المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري

- الغرناطي، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٩٩٤م)، ٨/ ٤١٧.
- (٣٠) ابن حزم الظاهري: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي، **المحلى بالآثار**، (دار الفكر: بيروت)، ٣١٣/١٢.
- (٣١) كساء صغير يؤثر به. **انظر**: المنذري: زكي الدين أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله، **مختصر صحيح مسلم**، (تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي: بيروت، ط ٦، ١٩٨٧م)، ٢/ ٣٢١.
- (٣٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب غلظ تحريم الغول وأنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون، حديث رقم (١١٥)، ١/ ١٠٨.
- (٣٣) الزركشي: **شرح الزركشي**، ٥٨٣/٦.
- (٣٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، حديث رقم (٣٤٧٥)، ٤/ ١٧٥. ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، حديث رقم (١٦٨٨)، ٣/ ١٣١٥.
- (٣٥) أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب السير، باب ذكر بيان أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك الصلاة على الغال، حديث رقم (٤٨٥٤)، ١١/ ١٩٢. قال الألباني: ضعيف. **انظر**: إرواء الغليل، حديث رقم (٧٢٦)، ٣/ ١٧٤.
- (٣٦) الحداد: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي البيني الحنفي، **المجوهرة النيرة**، (المطبعة الخيرية، ط ١، ١٣٢٢هـ)، ٢/ ١٦٢.
- (٣٧) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، حديث رقم (٣٠٩٧)، ٤/ ٦٢. والبيهقي في السنن الكبير، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، (١٧٠٥٧)، ٨/ ٤١٣. قال الألباني: ضعيف. **انظر**: إرواء الغليل، حديث رقم (٢٣٥٥)، ٨/ ٢٥.
- (٣٨) قال الألباني: حديث ضعيف. **انظر**: إرواء الغليل، حديث رقم (٢٣١٧)، ٧/ ٣٤٥.
- (٣٩) الستر لما يخاف وقوع أثره، **انظر**: الشنيطي: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني، **العذب النمبر من مجالس الشنيطي في التفسير**، (تحقيق: خالد بن عثمان السبت، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع: مكة المكرمة، ط ٢، ١٤٢٦هـ)، ٤/ ١٩٩.
- (٤٠) أخرجه البيهقي في السنن الصغير، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه، حديث رقم (٢٦٤٨)، ٣/ ٣٢١. قال البيهقي: حديث ضعيف.
- (٤١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الامتحان في الحدود، حديث رقم (٢٨٣٠٦)، ٥/ ٤٩٣.
- (٤٢) الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي، **شرح مختصر الطحاوي**، (تحقيق: عصمت الله عنايت الله محمد وآخرون، دار البشائر الإسلامية، ط ١، ٢٠١٠م)، ٦/ ٢٦٦.
- (٤٣) ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، (مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ٢٠٠٢م)، ١/ ٥٠٦.
- (٤٤) الخراشي: **شرح مختصر خليل**، ٨/ ٩٢.
- (٤٥) الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي، **الفصول في الأصول**، (وزارة الأوقاف الكويتية، ط ٢، ١٩٩٤م)، ٢/ ٦٩.
- (٤٦) العدوي: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني**، (تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر: بيروت، ١٩٩٤م)، ٢/ ٣٣٤.
- (٤٧) الخراشي: **شرح مختصر خليل**، ٨/ ٩٦. ابن حزم الظاهري: **المحلى بالآثار**، ١٢/ ٣١٢.
- (٤٨) **قانون حماية الآثار الأردني**، مادة رقم ٢٦، فقرة ٨.
- (٤٩) أبو طه: محمد سمير محمد ذكي، **الحماية الجنائية للآثار دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة**، (دار النهضة العربية: القاهرة، ط ١، ٢٠١٢)، ص ٣٧٣.

البحر المحيط في أصول الفقه، (دار الكتب، ط ١، ١٩٩٤م)، ١٥٩/٧.

(٥٧) المقاصد الضرورية: التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والتعيم، والرجوع بالخسران المبين.

انظر: الشاطبي: الموافقات، ١٧/٢-١٨.

(٥٨) ابن عبد السلام: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، (مكتبة الكليات الأزهرية: القاهرة، ١٩٩١م)، ٥٣/١. القرافي: أنوار البروق في أنواء الفروق، ١١١/٣.

(٥٩) ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، (دار الفكر: بيروت)، ٢٧٩/٥.

(٦٠) المافيا: هي عصابات تمارس حماية الابتزاز كاستخدام التهريب للتلاعب بالنشاط الاقتصادي المحلي، والاتجار غير المشروع وتمارس أنشطة ثانوية مثل التزوير والاتجار بالمخدرات وغيرها.

Mafia Brotherhoods, (Oxford Paoli: Letizia University: England, ٢٠٠٣), p1٠٩.

(٦١) الفراهيدي: كتاب العين، مادة (تَلَفَ)، ١٢٠/٨. ابن دريد: جمهرة اللغة، مادة (تَلَفَ)، ٤٠٥/١. الأزهر: محمد بن أحمد بن الهروي، تهذيب اللغة، (تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي: بيروت، ط ١، ٢٠٠١م)، مادة (تَلَفَ)، ٢٠٢/١٤.

(٦٢) الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، ٥٦/٢٣.

(٦٣) قلنجي: محمد رواس، قنبي: حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، (دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع: عمان - الأردن، ط ٢، ١٩٩٨م)، ص ١٤٤.

(٦٤) العيني: البناية شرح الهداية، ٤٥٥/٢. الخطاب الرعيني: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن

(٥٠) السبكي: تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى، الإبهاج في شرح المنهاج، (دار الكتب العلمية: بيروت، ١٩٩٥م)، ١١٦/٣.

(٥١) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب ما بني في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم (٢٣٤٠)، ٧٨٤/٢. وأخرجه الدارقطني، كتاب في الأفضية والأحكام، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، حديث رقم (٤٥٣٩)، ٤٠٧/٥. قال الألباني: حديث صحيح. انظر: الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السيل، حديث رقم (٨٩٦)، ٤٠٨/٣.

(٥٢) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار، (دار الفكر: بيروت، ط ٢، ١٩٩٢م)، ٨٢/٤. ابن عثيمين: محمد بن صالح بن محمد، الشرح المتع على زاد المستقنع، (دار ابن الجوزي: عمان - الأردن، ط ١، ١٤٢٨هـ)، ٢٤٥/٩.

(٥٣) الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، (تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عصفان، ط ١، ١٩٩٧م)، ٨٩/٣. الشنقيطي: أحمد بن محمود بن عبد الوهاب، الوصف المناسب لشرع الحكم، (عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية: بالمدينة المنورة، ط ١، ١٤١٥هـ)، ص ٢٨١.

(٥٤) الحموي: أبو العباس شهاب الدين الحسيني أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٩٨٥م)، ٢٩١/١.

(٥٥) سد الذرائع: هو حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له. انظر: القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، شرح تنقيح الفصول، (تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط ١، ١٩٧٣م)، ص ٤٤٨.

(٥٦) الشاطبي: الموافقات، ١٧/٢-١٨. القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، أنوار البروق في أنواء الفروق، (عالم الكتب: بيروت)، ١٢١/٣. الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر،

- الطرابلسي المغربي، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، (دار الفكر: بيروت، ط ٣، ١٩٩٢م)، ١/ ٥٥١. العمراني: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، (تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج: جدة، ط ١، ٢٠٠٠م)، ٩/ ٤٨٩. الكلوزاني: أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن، **الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني**، (تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٤م)، ص ١٠٨. ابن قدامة المقدسي: **الشرح الكبير على متن المقنع**، ٨/ ١١٤. واصل: محمد بن أحمد علي، **أحكام التصوير في الفقه الإسلامي**، (دار طيبة: الرياض، ط ٤، ٢٠١٢م)، ص ١٦٩.
- (٦٥) أخرجه البخاري في **الصحيح**، كتاب الرقاق، باب ما يكره من قيل وقال، حديث رقم (٦٤٧٣)، ٨/ ١٠٠. ومسلم في كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة...، حديث رقم (١٧١٥)، ٣/ ١٣٤١.
- (٦٦) ابن عابدين: **رد المحتار على الدر المختار**، ١/ ٦٤٨. القرافي: **الذخيرة**، ١٣/ ٢٨٥. الخطيب الشربيني: **شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٩٩٤م)، ٤/ ٤١٧.
- المرداوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، (دار إحياء التراث العربي)، ١/ ٤٧١.
- (٦٧) أخرجه مسلم في **الصحيح**، كتاب الجنائز، باب الأمر بتسوية القبر، حديث رقم (٩٦٩)، ٢/ ٦٦٦.
- (٦٨) **الخلاصة: وهو بيت من يوت الأعراب يكون أمام البيوت أصنام. انظر: الزمخشري: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الفائق في غريب الحديث والأثر**، (تحقيق: علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة: لبنان، ط ٢)، ١/ ١٤١.
- (٦٩) أخرجه البخاري في **الصحيح**، كتاب المغازي، باب غزوة ذي الخلصة، حديث رقم (٤٣٥٥)، ٥/ ١٦٤. ومسلم
- في كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب فضل جرير بن عبد الله، حديث رقم (٢٤٧٦)، ٤/ ١٩٢٥.
- (٧٠) **الفهد: ناصر بن حمد، إقامة البرهان على وجوب كسر الأوتان**، (بحث منشور على شبكة الانترنت)، ص ٢٦.
- (٧١) **القرضاوي: يوسف، مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال**، (المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: دبلن، الدورة الثامنة عشر، ٢٠٠٨م)، ص ٤٨.
- (٧٢) **الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه**، ٨/ ٤٩.
- (٧٣) **آل تيمية: المسودة في أصول الفقه**، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي)، ص ٤٨. ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد، **قاعدة جلييلة في التوسل والوسيلة**، (تحقيق: ربيع بن هادي عمير المدخلي، مكتبة الفرقان: عجمان، ط ١، ٢٠٠١م)، ص ٢٠٠. أرسلان: **شكيب، لماذا تأخر المسلمون؟ ولماذا تقدم غيرهم**، (مجلة المنار، مجلد (٣١))، ص ٥٢٩.
- (٧٤) أخرجه مسلم في **الصحيح**، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب إسلام عمرو بن عبسة، حديث رقم (٨٣٢)، ١/ ٥٦٩.
- (٧٥) سبق تخریجه، ص ٢١.
- (٧٦) سبق تخریجه، ص ٢١.
- (٧٧) أخرجه البخاري في **الصحيح**، كتاب المظالم والغصب، باب هل تكسر الدنان التي فيها الخمر...، حديث رقم (٢٤٧٨)، ٣/ ١٦٣. ومسلم في كتاب الجهاد والسير، باب إزالة الأصنام من حول الكعبة، حديث رقم (١٧٨١)، ٣/ ١٤٠٨.
- (٧٨) ابن النجار: تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز، **شرح الكوكب المنير**، (تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حامد، مكتبة العبيكان، ط ٢، ١٩٩٧م)، ٣/ ١٥.
- (٧٩) ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد، **الفتاوى الكبرى لابن تيمية**، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١،

- ١٩٨٧م، ٤/٤٦٥. رضا: محمد رشيد، حكم التصوير وصنع الصور والتماثيل واتخاذها، (مجلة المنار، مجلد ٢٠)، ص ٢٧٠.
- (٨٠) الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي، مفاتيح الغيب، (دار إحياء التراث العربي: بيروت، ط ٣، ١٤٢٠ هـ)، ٢٦/٣٤٣.
- (٨١) الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد، (تحقيق: عبد الرحمن عبد الخالق، دار القلم: الكويت، ط ١، ١٣٩٦)، ص ٧٢.
- (٨٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ١٤/٢٧١-٢٧٢.
- (٨٣) حسين: الإمام محمد الحضر، موسوعة الأعمال الكاملة للإمام محمد الحضر حسين، (دار النوادر: سوريا، ط ١، ٢٠١٠ م)، ٤/٢٠٩.
- (٨٤) ابن القيم: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، إعلام الموقعين عن رب العالمين، (تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٩٩١ م)، ٣/١١٠.
- (٨٥) الفهد: ناصر بن حمد، إقامة البرهان على وجوب كسر الأوثان، ص ٢٨.
- (٨٦) الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية: بيروت، ط ١، ١٩٩٩ م)، ١٧/١٧٨.
- (٨٧) السرخسي: المبسوط، ٢٤/٢٧.
- (٨٨) ابن بطال: أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، (تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد: الرياض، ط ٢، ٢٠٠٣ م)، ٩/٣٠٤.
- (٨٩) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب الأدب، باب الانسباط إلى الناس، حديث رقم (٦١٣٠)، ٨/٣١.
- (٩٠) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في اللعب بالبنات، حديث رقم (٤٩٣٢)، ٤/٢٨٣. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب إياحة الرجل اللعب
- لزوجته بالبنات، حديث رقم (٨٩٠١)، ٨/١٨٠. قال الشيخ شعيب الأرناؤوط في تحقيقه لسنن أبي داود: صحيح، انظر: سنن أبي داود تحقيق شعيب الأرناؤوط، ٧/٢٩٢.
- (٩١) أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها، حديث رقم (١٣٣٣)، ٢/٩٦٩.
- (٩٢) أخرجه أبو داود، كتاب الضحايا، باب ما جاء في أكل اللحم، حديث رقم (٢٥١٨)، ٨/١٧٧. قال الألباني: صحيح انظر: صحيح سنن أبي داود، ٨/١٧٧.
- (٩٣) قانون الآثار الأردني، مادة ٩.
- (٩٤) قانون الآثار الأردني، مادة ٢٦، فقرة أ/ ٤.

البحث العلمي مفهومه وأهدافه وأثره في المحافظة على المقاصد الضرورية للشرعية الإسلامية

أ.د. أحمد ياسين القرالة*

د. محمد خير حسن العمري**

تاريخ وصول البحث: ٢٣/١٢/٢٠١٨م

تاريخ قبول البحث: ٨/٧/٢٠١٩م

الملخص

تهدف هذه الورقة إلى التعريف بالبحث العملي وبيان أهميته في تطور الحياة الإنسانية وتحسين جودتها، وبيان مكانة البحث العلمي في التشريع الإسلامي، وأثره في المحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية في حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال، وذلك من جانب الوجود ومن جانب العدم، حيث أثبتت الدراسة أن البحث العلمي أعظم وسيلة تحفظ بها ضروريات الشريعة وتصان بها كرامة الأمة.

* أستاذ دكتور، كلية الشريعة، جامعة آل البيت.

** أستاذ مشارك، كلية الشريعة، جامعة آل البيت.

Scientific research: its concept, objectives, and impact on preserving the necessary purposes of Islamic law

Prof. Ahmed Yassin Al-Qarala

Dr. Muhammad Al-Omari

Abstract

The purpose of this paper is to identify the significance of the academic research and how it can play a crucial role in the development of our current human life and improve its quality. The researcher also seeks to show the significance of scientific research in Islamic legislation and its role in preserving the major purposes of Islamic Sharia namely, the preservation of religion, soul, generation, mind and money. The study has come to the conclusion that scientific research is the greatest way to preserve the necessities of Sharia and preserve the dignity of the nation.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد: فلما كان تطور الحياة وتقدمها وازدهارها معتمداً على ما يبتكره الإنسان من إبداعات ومتوقفاً على ما يخترعه من أدوات مادية ومنجزات معنوية، كان من الضرورات الدينية الاهتمام بالبحث العلمي وتنميته واعتماده أسلوباً في حل المشكلات وعلاج المعضلات وباعتبار أن مقاصد الشريعة هي التي تحفظ للأمة كيانها وتعمل على صيانتها،

جاء هذا البحث لبيان أثر البحث العلمي في

تحقيق تلك المقاصد والمحافظة عليها.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية:

- ما أثر البحث العلمي في المحافظة على مقاصد الشريعة؟

- كيف حافظ العلم على مقاصد الشريعة؟

حدود المشكلة:

ليس من هدف هذا البحث دراسة كل ما يتعلق بمقاصد الشريعة أو بالبحث العلمي؛ لأن

مثل هذا العمل فضلا عن كونه أشيع بحثا مما يعجز البحث عن القيام به، وإنما ستكون حدود الدراسة مقتصرة على بيان العلاقة بين البحث العلمي والمحافظة على مقاصد الشريعة.

الدراسات السابقة:

الدراسات المتعلقة بالبحث العلمي أو بمقاصد الشريعة كثيرة ومن المتعسر حصرها، ولكننا لم نعر على دراسة علمية واحدة تناولت العلاقة بينهما وبينت أثر البحث العلمي في المحافظة على مقاصد الشريعة الضرورية.

خطة البحث:

ستعالج الورقة هذا الموضوع في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: التعريف بالبحث العلمي ومقاصد الشريعة.

المبحث الثاني: أثر البحث العلمي في المحافظة على مقاصد الشريعة. أثر البحث العلمي في المحافظة على مقاصد الشريعة.

تمهيد:

للبحث العلمي أهمية كبرى في المحافظة على مقاصد الشريعة بمراتبها الثلاث من جانبي الوجود والعدم، ويعتبر البحث العلمي من أهم وسائل تحقيق المقاصد وتنميتها، وقد دل الواقع الحياتي الذي تعيشه الأمة في حاضرها على أن الإخلال بالبحث العلمي وإهماله وجعله في مرتبة متأخرة من أولوياتنا أدى إلى هذا الواقع المحزن الذي تعيشه هذه الأمة حيث تكالبت

عليها الأمم وأصبحت ساحة مستباحة لغيرها، وأضحت أسواقا لغيرها ومختبرات لتجارب الآخرين، وقد عبر مالك بن نبي عن حالها بالنسبة لعالم الاقتصاد خير تعبير حيث يقول:

لم يكن المسلم عندما فتح عينيه في عالم الاقتصاد، بعد أن نالته الصدمة الاستعمارية، سوى قن^(١) يُسخر لكل عمل يريده الاستعمار... لم تكن له في هذه الأعمال صلة موضوعية بعالم الاقتصاد، ولا تربطه بعمله صلة ذات طابع مشروع، لم يكن (المنتج) الذي يُرعى حقه، ولا (المستهلك) الذي ترعى حاجته؛ لقد كان أداة عمل مستمر فقط، فلم يتكون لديه (وعي اقتصادي)، ولا تجربة ولا خبرة في عالم اقتصاد غريب عليه بكل مفاهيمه، وبنائه ومصالحه الأجنبية. ثم من ناحية أشمل، ومهما كان حظه في محيطه الاستعماري، كان يجري عليه قانون التقليد كما يجري على كل كائن، فقد صلت به بعالمه الأصيل ففقد أصالته^(٢).

ولما كان من المقرر أصوليا^(٣) أن أهمية الوسيلة وشرفها تأخذ حكم غايتها ومقصدتها^(٤)، كان من الطبيعي أن يكون البحث العلمي من ضروريات الأمة الإسلامية، وينبغي أن يكون أحد أهم أولوياتها إذا ما رامت النهوض وأداء رسالتها على أكمل وجه.

البحث الأول:

مفهوم البحث العلمي ومقاصد الشريعة

المطلب الأول تعريف البحث العلمي وخصائصه.

الفرع الأول تعريف البحث العلمي لغة واصطلاحاً.

أولاً تعريف البحث لغة:

البحث لغة هو طلب الشيء في التراب، وهو الاستقصاء والحفر في الأرض، قال تعالى: ﴿فَبَعَثَ اللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي الْأَرْضِ﴾ المائدة: ٣١، أي يحفر، كما أنه الكشف والطلب، يقال بحثت عن الأمر وبحثت كذا^(١).

فمعنى البحث لغة إذن هو طلب أمر غائب^(٢)، بالتتقيب عنه لكشفه وإظهاره.

ثانياً تعريف البحث اصطلاحاً:

عرف فريد الأنصاري^(٣) البحث العلمي بقوله: هو عمل منظم يهدف إلى حل مشكلة معرفية باستقراء جميع مكوناتها التي يظن أنها أساس الإشكال. وقريب منه تعريف من عرفه بأنه: هو استخدام الوسائل العلمية من أفكار وأدوات وفق قاعد المنهج لمعرفة مجهول ما^(٤).

فالمجهول في هذا التعريف هو مشكلة البحث الواردة في التعريف الذي سبقه .

وعلى كلٍ فمهما اختلفت الصيغ الواردة في تعريف وتحديد مفهوم البحث العلمي ، فإنها تجمع على أن البحث العلمي:

- نشاط منظم يقوم على ملاحظة مقصودة ..
- يهدف إلى إيجاد حل لمشكلة من مشكلات العصر الواقعة أو المتوقعة
- يقوم به باحث متخصص في الجانب المعرفي والمنهجي .

- له خصائص ومواصفات محددة^(٥)

ثالثاً خصائص البحث العلمي وأهميته:

الفرع الثاني خصائص البحث العلمي يتميز البحث العلمي بالخصائص الآتية :

- ١ - عملية منظمة تسعى الوصول الى الحقيقة ..
- ٢ - عملية منطقية يسعى الباحث من خلالها للوصول الى حلول مشكلاته بخطوات غير متناقضة تدعم بعضها بعضاً .
- ٤ - عملية موثوقة قابلة للتكرار والوصول الى نفس النتائج.

٥ - عملية موجهة لتحديث أو تعديل أو زيادة المعرفة الإنسانية.

أهداف العلم : للعلم أربعة أهداف رئيسة هي :

١ - الوصف Description:

إن هدف العلم وصف الظواهر المختلفة وغيرها معتمداً في ذلك على الملاحظة واستخدام أدواته أو أجهزته العلمية الخاصة، وهذه الخطوة الأولى لحل المشكلات وعلاج الأمراض، ومثال ذلك وصف ظاهرة ارتفاع سعر سلعة معينة.

٢ - التفسير Explanation:

إن السعر مرتفعاً، أو بالتصدير وخفض الانتاج
إن السعر منخفضاً.

ويرى الدكتور سعد الدين السيد صالح أن
تلك الأهداف هي الأهداف الظاهرية أو
الأهداف القريبة، ولكن هناك أهداف بعيدة
وذكر منها هدفين هما^(١):

١. محاولة الوصول إلى السبب الأول الذي يفسر
كل الظواهر المبعثرة في الكون؛ لأن هذه هي
الغاية الحقيقية التي يجهد العلم نفسه من أجل
الوصول إليها.

٢. تسخير الكون بكل ما فيه لخدمة الإنسان
وتكريمه وتحقيق سعادته ووقايته من أسباب
الشقاء والدمار.

الفرع الثالث أهداف البحث العلمي

ليس البحث العلمي مقصوداً لذاته بل هو
وسيلة لتحقيق مقاصد وأهداف كبيرة فهو ليس
غاية بحد ذاته، وهو يحقق مجموعة من الأهداف
أهمها ما يأتي:

١ - الكشف عن الحقائق والقوانين التي التي
تفيد الإنسان في حل مشكلاته.

٢ - التحليل النقدي للأراء والأفكار والمذاهب
الفكرية .

٣ - حل المشكلات الاقتصادية والاجتماعية
والتكنولوجية والبيئية والصحية والزراعية
والتعليمية وغيرها .

لا يقف العلم عند وصف الظاهرة وفهمها
بل يتقصى معرفة عللها والوقوف على أسبابها
ويعتمد التفسير على دراسة المتغيرات التي تلازم
الظاهرة وتسبب حدوثها، ومثال ذلك أن نفس
ارتفاع الأسعار بعد سبب الأسباب المحيطة
بالظاهرة بقلّة المعروض أو زيادة الطلب فنضع
القانون الآتي: كلما قلّ المعروض من السلعة أو
زاد الطلب عليها كلما ارتفع السعر.

٣- التنبؤ Prediction:

عندما يصل العلم إلى تعميمات تفسر
الظواهر المختلفة يحاول الاستفادة من هذه
التعميمات في التنبؤ مستقبلاً والتنبؤ يعني:
استخدام معلومات سابقة لتوقع حدوث نتائج
أو ظواهر مستقبلية، ومثال ذلك أن تنبأ بأن فتح
باب التصدير على مصرعيه يؤدي إلى قلة
المعروض من السلع وزيادة الطلب عليها مما
يؤدي إلى ارتفاع السعر.

٤ - الضبط والتحكم Control:

ويعني ضبط العوامل والظروف التي تجعل ظاهرة
معينة تتم على صورة معينة أو منع حدوثها بما
يتفق وصالح الإنسان، ويعتمد ضبط الظاهرة
على مدى صحة تفسيرها والتنبؤ بها، ومثال
ذلك أنه يمكننا التحكم في سعر سلعة معينة عن
طريق زيادة المعروض بالاستيراد أو زيادة الانتاج

٤ - تفسير الظواهر الطبيعية والتنبؤ بها وضبطها.

٥ - تعديل وتغيير المعلومات غير الدقيقة عن الظواهر المحيطة بالإنسان .

٦ - التخطيط للتغلب على الصعوبات التي تواجه الإنسان والتنبؤ بمستقبل الحياة الإنسانية. وبما أن البحث العلمي هو أحد أهم خصائص العقل المسلم، فيجب أن يكون من أول ما يخضع لإعادة التشكيل المنهجي، وأن يترتب (لهذا الغرض) في مصاف الضروريات، ومقدمات العزائم، ذلك أنه: "إذا جاز الترخص في شيء فإن البحث العلمي لا ينبغي أن يكون من ذلك بحال، لأنه بمثابة القلب من جسد الأمة"^(١٧).

وإن التأمل لواقع البحث العلمي العربي ومؤسساته في الدول العربية يتبين له مدى الفجوة بينه وبين المستوى البحثي والأكاديمي العالمين، فالدول العربية تفتقر إلى سياسة علمية محددة المعالم، والأهداف والوسائل^(١٨).

وتتجلى أهمية البحث العلمي في الحياة الإنسانية لكون البحث العلمي العامل الأساس في الارتقاء بمستوى الإنسان فكريا وثقافيا ومدنيا بحيث تتحقق فيه أهلية الاستخلاف في الأرض، ذلك الاستخلاف الذي شرف به كائن الإنسان -دون غيره من الكائنات- تشريفا تكريما من قبل الخالق سبحانه وتعالى^(١٩).

وتزداد أهمية البحث العلمي -أكثر وأكثر- في هذا العالم المتسارع الذي يرفع فيه شعار البقاء للأقوى والبقاء للأصلح، فلم يعد البحث العلمي رفاهية أكاديمية تمارسه مجموعة من الباحثين القابعين في أبراج عاجية إذ أصبح البحث العلمي هو محرك النظام العالمي الجديد^(٢٠). فالبحث العلمي قد أصبح سمة واضحة للتقدم والتطور والازدهار المعاصر... وهذه الحقيقة أصبحت ملموسة فبقدر ما يزداد عدد الباحثين المؤهلين والناجحين وبقدر ما يعن بمركز البحوث ويقدم لها مناسناد مادي ومعنوي بقدر ما ينعكس ذلك على تطور المجتمع والبلد^(٢١).

فالعلم وليد البحث وحركة مستمرة نحو الاقتراب من الحقيقة^(٢٢)، وهو شعار الحياة البانية المتجددة التي تصنع الحضارة والرفاهية الإنسانية^(٢٣)، والركيزة الأساسية للتقدم^(٢٤)، فليس هناك علم أو تقدم علمي إلا عن طريق البحث^(٢٥).

فالبحث العلمي في المجتمعات المتقدمة يجد الدعم "السخي من المؤسسات الرسمية وغير الرسمية المستفيدة، لأنه يُترجم أو يتحول في العموم إلى "منتج" استثماري داعم للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، فالبحث العلمي في هذه الحالة، وبهذا المعنى، هو "استثمار" وليس ترفاً أكاديمياً عشوائياً، ولا نظن أن البحث العلمي

في عالمنا العربي سيشهد الازدهار المأمول ما لم يعالج الخلل الكبير الذي لم يترك له أي فرصة ليأخذ المكان الأحق به اهتماماً وأهمية، فيكون أحد أهم عوامل التنمية والتطور.

يقول جيبسون: إذا كنت ترى أن البحث العمي مكلف فجرب المرض^(١).

الفرع الثاني تعريف مقاصد الشريعة:

المقاصد يقول ابن فارس: القاف والصاد والذال أصول ثلاثة يدل أحدها على إثبات شيء وأمه^(٢).

لا نكاد نجد تعريفاً للمقاصد عن العلماء السابقين حتى عند الإمام الشاطبي الذي يعتبر شيخ المقاصد وهو من شيد صرح بنائها، ويعلل الريسوني ذلك بأمرين:

١. لعله اعتبر الأمر واضحاً، ويزداد وضوحاً بما لا مزيد عليه بقراءة كتابه المخصص للمقاصد من الموافقات^٣
٢. كونه كتب كتابه للعلماء، بل للراشخين في علوم الشريعة.

ونحن نعتقد أن الأمر لا يحتاج إلى هذا التعليل لسبب بسيط هو أن الأمر يحتاج إلى تعريف اصطلاحى إذا تم نقله عن معناه اللغوى، وأضحى لفظاً مجملاً لا يمكن معرفته إلا من قبل أصحابه.

ولفظ المقاصد لم ينقل عن معناه اللغوي إلى معنى جديد، فهو ما زال مستعملاً في معناه

اللغوي، وكل ما هنالك أنك عرفته بالإضافة إلى الشارع، فالمقاصد فيما أن تكون مقاصد الشارع أو مقاصد المكلف لا ثالث لهما، لذلك وجدنا الشاطبي افتتح كتاب المقاصد بقوله: "والمقاصد التي ينظر فيها قسمان: أحدهما يرجع إلى قصد الشارع، والآخر يرجع إلى قصد المكلف"^(٤).

ومما يدل على ما ذكرناه أن كل من عرف المقاصد عرفها بإحدى مرادفاتها كالمعاني والحكم والأهداف أو بمجموع منها ومن هذه التعاريف:

١. تعريف ابن عاشور حيث يقول: مقاصد الشريعة العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة.

٢. تعريف علال الفاسي: المراد بمقاصد الشريعة: الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها.

٣. تعريف الريسونيان مقاصد الشريعة هي الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها، لمصلحة العباد.

٤. تعريف اليوبي: المقاصد هي المعاني والحكم ونحوها التي راعاها الشارع في التشريع عموماً وخصوصاً من أجل تحقيق مصالح العباد.

٥. تعريف نور الدين الخادمي: المقاصد هي المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية، والمترتبة

مصلحة^(٢٧)، وقيل أن هذه الضروريات مراعاة في كل ملة^(٢٨)، وهذا صحيح فهي ليس مراعاة في الملل الدينية فقط بل حتى الأمم غير المتدينة والعلمانية ترعى هذه الضروريات بصورة من الصور، ونظرة واحدة على قانون العقوبات في أي دولة من العالم تجدده يحمي واحدة من هذه الضروريات بوجه من الوجوه وفي حدود معينة.

الحاجيات: أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراعى دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة^(٢٩).

فهي كاليد بالنسبة للإنسان إذ لا تتوقف عليها حياة الإنسان ولم يلحق الإنسان بفواتها الحرج والمشقة.

التحسينيات: فمعناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق^(٣٠).

فهي كالشعر والحاجب بالنسبة للإنسان إذ لا تختل بفواتها الحياة ولا يلحقهم الحرج والمشقة ولكن يفوت بها البعد الجمالي والكمالي للإنسان.

عليها سواء أكانت تلك المعاني حكماً جزئية أم مصالح كلية أم سمات إجمالية وهي تتجمع ضمن هدف واحد، هو تقرير عبودية الله ومصلحة الإنسان في الدارين .

المقاصد الضرورية ومرتبتيها:

قسم العلماء المقاصد إلى ثلاثة مراتب هي: الضروريات: وقد عرفها الشاطبي بأنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المين^(٣١).

فالضروريات مثلها مثل القلب بالنسبة للإنسان فكما أنه لا حياة بلا قلب كذلك، لا تقوم مصالح الدنيا والأخرة إلا بالضروريات. وحفظها يكون من جانبيين^(٣٢):

من جانب الوجود: بما يقيم أركانها ويثبت قواعدها.

والثاني: من جانب العدم بما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها.

ومجموع الضروريات خمسة^(٣٣)، وفي هذا يقول الإمام الغزالي: إن مقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسبهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها

البحث الثاني أثر البحث العلمي في المحافظة على المقصد الضروري:

المطلب الأول

أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ الدين^(٣١).

الدين: هو جملة النواميس النظرية التي تعدد صفات القوة الإلهية وجملة القواعد العملية التي ترسم طريق عبادتها^(٣٢).

ويعتبر الدين من المقاصد الأساسية للتشريع الإسلامي، حيث رتب الأصوليون المقاصد الضرورية^(٣٣) إلى خمسة، عبر عنها الغزالي بقوله: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة^(٣٤)".

وهذه الضروريات ليست في مرتبة واحدة، بل إن بعضها أقوى وقد اعتبر الأصوليون أن مرتبة الدين تأتي في أعلى سلم هذه الضروريات^(٣٥) وهو أعلاها درجة وأجلها غاية، والعلة في ذلك أنه بصلاح الدين تصلح أمور الحياة كلها وتستقيم وبغيره يحصل الخلل والاضطراب، يقول الماوردي:

أما الدين المتبع: فلأنه يصرف النفوس عن شهواتها، ويعطف القلوب عن إرادتها، حتى يصير قاهرا للسرائر، زاجرا للضمائر، رقيقا على

النفوس في خلواتها، نصوحا لها في ملماتها، وهذه الأمور لا يمكن الوصول إليها بغير الدين، ولذلك كان الدين أقوى قاعدة في صلاح الدنيا واستقامتها، وإحدى الأمور الأساسية نفعا في انتظامها وسلامتها^(٣٦).

وحفظ الدين يكون بثبيت أركانه وأحكامه في الوجود الإنساني والحياة الكونية، والعمل على إبعاد ما يخالفه ويعارضه، من البدع ونشر الكفر، والرذيلة، والإلحاد، والتهاون في أداء واجبات التكليف^(٣٧).

وقد اعتبر العلماء أن حفظ الدين من الواجبات التي يجب على الأفراد مراعاتها، وتأتي المحافظة عليه في مقدمة واجبات الدولة، فوظيفة الدولة في التشريع الإسلامي هي حراسة الدين وسياسة الدنيا كما يقول الماوردي^(٣٨)، أو هي خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا كما يقول ابن خلدون^(٣٩)، ويكون ذلك بحمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها^(٤٠).

وقد بين الدكتور عبدالمجيد النجار أن "تحرير المعنى المراد من حفظ الدين على وجه الدقة لم يأخذ حظه من كتب التراث، وكذلك بيان الكيفيات التي يكون بها هذا الحفظ^(٤١)"، بل وحتى عند المعاصرين، حيث لم تبرز أهمية البحث العلمي في نشر الدين والمحافظة على سلامته.

ويحدد المنهجية للاستفادة من طاقات النص بكافة طرق الدلالة ، وهو من العلوم الإسلامية الخالصة التي وضعها علماء المسلمين دون أن يتأثروا بتجارب مماثلة سابقة^(٤٦)، حيث تنبه علماء المسلمين منذ البداية إلى خطورة الاجتهاد والاستنباط أي البحث العلمي دون قواعد أو ضوابط منهجية وقد بين الدكتور معروف الدواليبي أن علماء المسلمين وفقهاءهم شعروا بخطورة الاجتهاد: "إن لم يكن هناك قواعد يخضعون لها وموازين يعتمدون عليها، وذلك دعماً للحق وحداً للأهواء، لذلك لم يلبشوا أن سارعوا إلى إخضاع مناقشاتهم واجتهاداتهم لقواعد محصوها تمحيصاً، وبنوها على أصول أجمعوا عليها تقريباً إجماعاً، حتى أصبحت منارهم إذا نظروا، ومعيارهم إذا وزنوا، وجمعوا كل ذلك في علم وسموه بحق علم أصول الفقه، وإن شئت فقل علم أصول الحقوق"^(٤٧). وبين في هذا المقام: وإن رجال الفقه في الإسلام بما ابتكروه من هذا العلم وبما أقاموا فيه من قواعد في الاجتهاد قد أسدوا خدمة إلى علم الحقوق عامة لا تقدر، وشغلوا به فراغاً لا يزال عند غيرهم يذكر، وسهلوا للقضاة والمفتين طرق فهم الشرائع والقوانين تسهلاً^(٤٨).

وقد أحسن الدكتور النجار عندما اعتبر الاجتهاد- وهو لا يخرج عن كونه بحثاً للوصول

ويعتبر البحث العلمي من أهم الوسائل التي تؤدي إلى المحافظة على الدين من جانبي الوجود والعدم، على النحو الآتي:
أ. أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ الدين من جانب الوجود:
وتظهر محافظ البحث العلمي على الدين من خلال الأمور الآتية:

١. إن البحث العلمي هو الذي يؤدي إلى تحقيق العلوم الدينية بطريقة صحيحة ويضع المناهج السليمة للتعامل معها استدلالاً وفهماً وتطبيقاً^(٤٩)، وقد ابتكر علماء المسلمين عدداً من العلوم المنهجية التي تضبط عملية الاستدلال والفهم، والتي منها:

- علم مصطلح الحديث الذي يؤدي إلى التحقق من صدق الخبر وموثوقيته، والذي يعتبر من أهم الوسائل في البحث العلمي؛ لأنه يقوم على النقد الخارجي والداخلي للرواية، فالخبر لا يقبل إلا بعد التحقق من صحته امثالاً للمنهج القرآني في الثبوت^(٥٠)، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِمَجْهَلَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيْهِ مَا فَاعَلْتُمْ تَدْرِمِينَ﴾ [الحجرات: ٦] ، وبناء على هذا المنهج لا يجوز الاعتماد والاستدلال بالأدلة التي لم تثبت ابتداء^(٥١).

- علم أصول الفقه^(٥٢) الذي يضع القواعد الموضوعية للتعامل مع النص تفسيراً وتأويلاً

إلى الحكم الشرعي - أحد الوسائل التي تحفظ الدين وتساعد على نشره واستمراره^(٤).

٢. إن البحث العلمي بما يزودنا به من ابتكارات واختراعات خاصة في مجال وسائل الاتصال وغيرها قد اختصر الزمان والمكان فوفر للدعاة وسيلة مهمة لنشر الدين بين الناس وتبليغه للخلائق^(٥) والتعريف به والدفاع عن قضاياهم وقضايا المسلمين، مما وفر الوقت والجهد واختصر الزمان والمكان، وبذلك يستطيع الداعية وهو جالس في مكتبه وخلف شاشة جهازه أو هاتفه أن يمارس الدعوة بأفضل أسلوب وأن يعرض قضيته بشكل كامل.

٣. البحث العلمي هو الذي يحقق القوة والتفوق للمسلمين ويحصل لهم به الشهود الحضاري وتؤدي الأمة الإسلامية به دورها في هذا الوجود بفاعلية واحتراف، وهذا بدوره يؤدي إلى تقليدهم والتأسي بهم^(٦)، فتنتشر اللغة العربية وتشيع الثقافة والقيم الإسلامية^(٧) ويزداد الإقبال على الدخول في الإسلام؛ لأنه يمثل دين القوة والحضارة، وهذا ما صنعه المسلمون في الماضي وهو ما عبر عنه المؤرخ الإنجليزي ديورانت بقوله:

إن قيام الحضارة الإسلامية وازدهارها لمن الظواهر الكبرى في التاريخ. لقد ظل الإسلام خمسة قرون من عام ٧٠٠ إلى عام ١٢٠٠ يتزعم العالم كله في القوة، والنظام، وبسطة الملك، وجميع

الطبائع والأخلاق، وفي ارتفاع مستوى الحياة، وفي التشريع الإنساني الرحيم، والتسامح الديني، والآداب، والبحث العلمي، والعلوم، والطب، والفلسفة.

وإن انتصار الإسلام وقوته هي التي جعلت الناس يدخلون فيه أفواجا بعد أن يكون يدخلون فيه وحدانا قال تعالى: ﴿إِذَا جَاءَ نَصْرُ اللَّهِ وَالْفَتْحُ ۖ وَرَأَيْتَ النَّاسَ يَدْخُلُونَ فِي دِينِ اللَّهِ أَفْوَاجًا ۖ فَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ وَاسْتَغْفِرْهُ ۚ إِنَّهُ كَانَ تَوَّابًا﴾ [النصر: ١-٣].

٤. البحث العلمي بما ينجزه من تقنيات معاصرة خاصة في مجال النشر الالكتروني يؤدي إلى انتشار الكتب والمراجع والموسوعات الإسلامية إلى كل بقعة في هذا العالم كما أنها تسهل الوصول للمعلومة بأقل جهد وأسرع وقت وبأدنى كلفة مالية، وهذا عمل عظيم لم يكن متيسرا للسابقين الذين كان الواحد منهم يسافر شهورا لسماع حديث أو التحقق من مسألة معينة.

ب. أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ الدين من جانب عدم :

١. إن الجهاد في سبيل الله والدفاع عن المسلمين والمستضعفين في الأرض أمر لا بد منه أمثالا لقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا ۚ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ

فالسلم يصنعه أقوياء مكتافؤون فلا سلم ولا سلام بين قوي وضعيف.
يقول القرطبي إن القوة ههنا: ما يكون سبباً لحصول القوة، حيث قال أصحاب المعاني: الأولى أن يقال: هذا عام في كل ما يتقوى به على حرب العدو، وكل ما هو آلة للغزو والجهاد فهو من جملة القوة.

وإن البحث العلمي وحده هو الذي يحقق للمسلمين امتلاك القوة الرادعة التي تمنع غيرهم من الاعتداء عليهم، حيث أصبحت الحروب حروب تكنولوجيا والكثرونية، لم تعد الشجاعة وحدها أو كثرة العدد هو العامل الحاسم فيها. قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢] يقول ابن عاشور: ومن محاسن هذا البيان أن قابل صيغة التحريض على الغزو بمثلها في التحريض على العلم إذ افتتحت صيغة تحريض الغزو بلام الجحود في قوله ﴿مَا كَانَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ﴾ [التوبة: ١٢٠]. ﴿مَا كَانَ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ وَمَنْ حَوْلَهُمْ مِنَ الْأَعْرَابِ﴾ الآية، وافتتحت صيغة التحريض على العلم والتفقه بمثل ذلك إذ يقول ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً﴾ (٥٦).

﴿البقرة: ١٩٠﴾، ولا يتحقق ذلك إلا بامتلاك القوة التي تردع الأعداء وتحول بينهم وبين استضعاف المسلمين والاستيلاء على أوطانهم ونهب خيراتهم، وهذه القوة لا تتحقق إلا بالعلم والبحث العلمي، الذي يؤدي إلى تطوير الأسلحة وتفعيل وسائل الإسناد والاستفادة من وسائل الاتصال في بث الروح المعنوية للأمة، ومحاربة الإشاعة ومواجهة إعلام العدو والقضاء على مخططاته، قال تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾ [الأنفال: ٦٠]. وهذا عام في كل ما يتقوى به على حرب العدو، وكل ما هو آلة للغزو والجهاد فهو من جملة القوة (٥٧).

ومعنى قوله تعالى: ﴿تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]، أن الكفار إذا علموا كون المسلمين فهو يقول: استعدوا لها ليرهبكم الأعداء عسى أن يمتنعوا عن الإقدام على قتالكم، وهذا عين ما يسمى في عرف دول هذه الأيام بالسلم المسلح (٥٨)، بناء على أن الضعف يغري الأقوياء بالتعدي على الضعفاء (٥٩).

ولذلك كانت هذه الآية أصلاً في وجوب طلب العلم على طائفة عظيمة من المسلمين وجوباً على الكفاية ، أي على المقدار الكافي لتحصيل المقصد من ذلك الإيجاب . وأشعر نفي وجوب النفر على جميع المسلمين وإثبات إيجابه على طائفة من كل فرقة منهم بأن الذين يجب عليهم النفر ليسوا بأوفر عدداً من الذين يبقون للثقة والإنذار، وأن ليست إحدى الحالتين بأولى من الأخرى على الإطلاق فيعلم أن ذلك منوط بمقدار الحاجة الداعية للنفر، وأن البقية باقية على الأصل، فعلم منه أن النفر إلى الجهاد يكون بمقدار ما يقتضيه حال العدو المغزو، وأن الذين يبقون للثقة يبقون بأكثر ما يستطاع، وأن ذلك سواء. ولا ينبغي الاعتماد على ما يخالف هذا التفسير من الأقوال في معنى الآية وموقعها من الآي السالفة^(٥٧). وقال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾ [الحديد: ٢٥]. فقله تعالى: ﴿فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ يعني: السلاح كالسيوف، والحرا، والسنان، والنصال، والدروع، ونحوها. ومنافع للناس أي: في معاشهم كالسكة، والفأس، والقدوم، والمنشار، والإزميل، والحرفة، والآلات التي يستعان بها في الحراثة، والحياكة، والطبخ، والخبز، وما لا قوام للناس بدونه، وغير ذلك^(٥٨).

والاستفادة من الحديد أحسن استفادة لا تتحقق إلا بالبحث العلمي الذي يتعرف على خصائصه ويتوصل إلى أحسن الوسائل للاستفادة منه.

فالبحث العلمي هو الذي يحقق مقصد الشريعة من نظام الأمة أن تكون مرهوبة الجانب مطمئنة البال^(٥٩).

٢. إن البحث العلمي هو الذي يرفع الإشكالات ويزيل الشبهات التي الواردة على الدين أو مصادره وهو الذي يجيب عليها، وقد ابتدع علماء المسلمين مجموعة من المؤلفات للإجابة عن الإشكالات الواردة على القرآن والسنة ومن ذلك:

- تأويل مشكل القرآن لابن قتيبة، تحقيق السيد أحمد صقر، ط ٢، دار التراث، القاهرة ١٣٩٣ هـ.

- مشكل إعراب القرآن لمكي بن أبي طالب القيسي، تحقيق حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٥ هـ.

- مشكل الحديث وبيانه، تأليف: أبو بكر ابن فورك عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع تاريخ النشر ١٩٨٥ .

- تأويل مختلف الحديث، تأليف ابن قتيبة الدينوري، دار الكتب العلمية، الطبعة ٢٠٠٠ م. وكذلك كتب الفروق الأصولية والفقهية حيث بذل العلماء فيها جهوداً كبيرة لحل

حفظ النفس من المقاصد الضرورية في التشريع الإسلامي، وهو يحتل مكانة ومرتبة متقدمة في سلم الضروريات الخمس ويأتي ترتيبها بعد مرتبة الدين عند الجمهور^(٣٣)، وحرمة النفس الإنسانية ثابتة قطعاً في التشريع الإسلامي.

وقد وجدنا أن العلماء الذي بحثوا في موضوع المقاصد عامة أو مقصد حفظ النفس خاصة عندما يبحثون في موضوع حفظ النسل يتناولونه من جانبيين جانب الوجود والعدم فمن جانب الوجود يذكرون الزواج فقط، ومن جانب العدم بترك النكاح، ومنع الحمل ومنع الإجهاض^(٣٤).

ولكن في الحقيقة إن البحث العلمي يحفظ النفس الإنسانية ويضمن سلامة أعضائها وصحتها النفسية من جانب الوجود ومن جانب العدم على النحو الآتي^(٣٥):
أ. أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ النفس من جانب الوجود .

١. من المعلوم أن حياة الإنسان لا تستقيم ولا تستمر إلا بالغذاء الذي يحفظ البدن ويجعله قادراً على أداء وظائفه من طاعة الله وعبادته وقادراً على عمارة الأرض واستغلال طاقاتها ومكنوناتها، فالغذاء يعتبر أحد أهم ضروريات الإنسان الحياتية فهو يتسبب هرم ضرورياته؛ لأنه لا بقاء للإنسان

مشكلاتها وبيان غوامضها، وخير مثال على ذلك ما ذكره الإمام القرافي عند حديثه عن الفرق الأول بين الشهادة والرواية حيث يقول: ابتدأت بهذا الفرق بين هاتين القاعدتين لأنني أقمت أطلبه نحو ثمان سنين فلم أظفر به، وأسأل الفضلاء عن الفرق بينهما وتحقيق ماهية كل واحدة منهما فإن كل واحدة منهما خبر^(٣٦).

فالقرافي أمضى حوالي ثمان سنوات في بحث الفرق بين هاتين القاعدتين، وهذا دلالة على أهمية البحث العلمي ودوره في رفع الاستشكالات وإزالة الغموض.

يقول اليبوي: هذه الوظيفة من أهم وسائل حفظ الدين؛ لأن ترك الأقوال الباطلة، والمعتقدات الفاسدة، والأفكار المنحرفة، والمذاهب الهدامة تسرب إلى عقول المسلمين دون إنكار ولا رد، فيه ضياع لهذا الدين حيث سيدخل في الدين ما ليس منه، ويلبس الحق بالباطل^(٣٧).

كما ألف ابن تيمية كتاباً سماه درء تناقض العقل والنقل، يبين فيه أنه لا تعارض بين العقل والنقل؛ لأنهما من مشكاة واحدة.

المطلب الثاني

أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ النفس^(٣٨) وسلامة أعضائها.

ولا قدرة له على ممارسة أنشطته الحيوية في هذا الوجود دون غذاء^(٧٦)، وإذا اعتبرنا أن مقصد خلق الإنسان في الحياة الدنيا هو التكليف والعبادة، فإن فوات الإنسان لفوات غذائه يؤدي حتما إلى فوات التكليف^(٧٧)، وفي هذا يقول الشاطبي: ولو عدم المكلف لعدم من يتدين^(٧٨).

لذلك يعتبر الغذاء حقا من حقوق الإنسان الأساسية، وبفقدانه تغيب كرامة الإنسان وتلاشى، بل إن الحق في الغذاء ثابت في الشريعة لكل ذي روح حتى ولو لم يكن إنسانا^(٧٩)، ومن يستعرض كتب الفقه الإسلامي يجب بابا للحديث عن النفقة على الحيوان^(٨٠) وقد ثبت في السنة أن امرأة دخلت النار في هرة حبستها لا هي أطعمتها ولا تركتها تأكل^(٨١)، وأن رجلاً دخل الجنة في كلب لسقايته الماء^(٨٢).

وإن توفر الغذاء لا يتحقق إلا بتحقيق الأمن الغذائي للمجتمعات الإسلامية^(٨٣).

ويذهب بعض الاقتصاديين إلى ربط الامن الغذائي بموضوع الاكتفاء الذاتي فلا بد أن يكون الأمن الغذائي متحققا من الانتاج المحلي.

والعلة في ذلك أن الاستيراد يستنزف احتياطي الدولة من العملة الصعبة خاصة إذا كان الميزان التجاري يميل لغير صالحها، كما أن اعتماد الدولة على غيرها خاصة في محاصيلها الأساسية يجعلها خاضعة للغير اقتصاديا وسياسيا^(٨٤).

وكلما تحقق للدولة اكتفاءها الذاتي كلما تحقق لها الأمن الغذائي في أعلى وأقصى درجاته، وهو ما يعرف بالأمن المستدام^(٨٥)، ولكن تحقيق ذلك يعثوره الكثير من الصعوبات، ولكن من الضروري أن يكون للدولة البدائل والوسائل التي تحقق بها تكاملها الغذائي من المنتج المحلي والمستورد.

ومن المعلوم أن تحقيق الأمن الغذائي يتحقق به الأمن الاقتصادي والسياسي والاجتماعي، والأمة التي ترتعن بغذائها لغيرها ترتعن بقرارها لذلك الغير، والأمن الغذائي لا يتحقق دون بحث علمي رصين، فالبحث العلمي هو الذي يؤدي إلى الاستغلال الأمثل للموارد الزراعية ويساعد في الوقاية من أمراضها، ويساعد على حفظها وتصنيعها وادخارها وتعظيم منافعتها، ويكافح التصحر ويعمل على زيادة الثروة الحيوانية، ويحمي المجتمعات من الأغذية الضارة أو تلك التي يدخل في تصنيعها مشتقات الخمر أو الخنزير أو غيرها.

فالبحث العلمي في الاقتصاد الإسلامي هو المسؤول عن توجيه الاقتصاد الإسلامي لخدمة هذا المقصد العظيم ألا وهو حفظ حياة الإنسان ونشاطه وقرته على الإعمار^(٨٦).

٢. البحث العلمي بما يتكره من وسائل علمية حديثة يساهم في مساعدة العاجزين عن الانجذاب^(٨٧)، كما يساعد في تشخيص أمراض الأجنة وعلاجها وحماية الأحمال المهددة بالسقوط والإجهاض.

ب. أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ النفس من جانب العدم:

١. البحث العلمي يساهم في تشخيص الأمراض البدنية والنفسية بدرجة عالية، ويساهم في العلاج ويؤدي إلى اكتشاف الأدوية المناسبة، وتطوير الأجهزة الطبية ووسائل الوقاية من الأمراض السارية والمعدية، مما يحمي المجتمعات الإسلامية من العلل والأوبئة.

٢. إن البحث العلمي يساعد في ابتكار وسائل وأدوات مكافحة الجريمة المتعلقة بالقتل والاعتداء على البشر، واكتشاف المجرمين لينالوا قصاص فعلهم وما جتته أيديهم، وهذا بدوره يردع المجرمين الذين يظنون أنهم قادرون على الإفلات من العقوبة والقصاص، مما يؤول في النهاية لحفظ النفس من القتل أو الإيذاء.

٣. البحث العلمي يساهم في ابتكار الوسائل التي تكشف الغش والتدليس في المنتجات ويحدد مواصفاتها ومقاييسها بدقة بما يمنع الضرر الذي يلحق بالنفوس نتيجة استعمال الأدوات والأشياء الرديئة الصنع أو الخطرة على حياة الإنسان وسلامته.

٤. يساهم في ابتكار وسائل وأدوات السلامة العامة في الطيران والمركبات والأدوات الكهربائية وغيرها.

ويدخل في حفظ النفس حفظ النسل والنسب؛ لأنه لا بقاء للنوع الإنساني بلا تنسل^(٧٨)، ولا اهتمام بالنسل دون تناسب.

والبحث العلمي يساهم إلى حد كبير في حماية النسل والنسب من خلال أمور كثيرة، منها حمايتها من الأمراض الوراثية والمعدية، واكتشاف نسب الإنسان من خلال الوسائل والتقنيات المعاصرة حتى لا يتسبب الإنسان لغير نسبه ومن المعلوم أن بعض العلماء اعتبر حفظ النسب مقصد ضروري قائم بذاته^(٧٩)، قال تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

المبحث الثالث أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ المال:

المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل^(٨٠).

للمال مكانة مميزة في التشريع الإسلامي حيث اعتبرت الشريعة الإسلامية المحافظة عليه أحد مقاصدها الضرورية التي نخل باختلالها حياة الناس.

وتظهر أهمية المال من كونه وسيلة لإشباع حاجات الإنسان المتعددة والمتجددة، وهو أحد أهم أسباب قوة الأمة ومنعتها، كما أنه المحرك الأساسي للنشاط الإنساني في مختلف مجالات الحياة، وبهذه الحركة تتطور الحياة وتزدهر الحضارات وتتقدم الأمم.

والمال ليس مقصوداً لنفسه وإنما باعتباره وسيلة لحفظ النفس ورفاهيتها؛ وفي هذا يقول الشاطبي: ولو عدم المال لم يبق عيش - وأعني بالمال ما يقع عليه الملك واستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات، فلو ارتفع ذلك لم يكن بقاء فلو ارتفع لم يكن بقاء^(٨١).

ويقول الأمدى: وأما بالنظر إلى المال فلهذا المعنى أيضاً فإنه لم يكن بقاءه مطلوباً لعينه وذاته، بل لأجل بقاء النفس مرفهة منعمة، حتى تأتي بوظائف التكالييف وأعباء العبادات^(٨٢)؛ لذلك نص العلماء على أن حرمة الأموال كحرمة النفوس^(٨٣).

ونظراً لأهمية المال فقد حفظ الإسلام المال من جانب الوجود ومن جانب العدم^(٨٤).

فالإسلام يحث المجتمع المسلم على الأخذ بأحدث ما ابتكره العقل البشري من تنظيمات وطرائق فنية، وأساليب تكنولوجية، وصيغ إدارية للتعامل الكفء والفاعل مع الأشياء أي في مجال المعاملات بهدف إعمار الأرض وتقديم المجتمع^(٨٥).

ومعظم من أشار من الفقهاء إلى وسائل حفظ المال لم يشر إلى موضوع تنميته وتطويره بالبحث العلمي الذي تعتمد عليها دول العالم في تنمية ثرواتها المادية والبشرية، وتستند إليه في تلبية

حاجات ورغبات شعوبها، فالبحث العلمي هو الذي يكتشف منافع الأشياء وفوائدها ويكتشف القوانين التي تتحكم في الظواهر، ويحول الأشياء غير النافعة أو التي استهلكت سابقاً إلى أشياء نافعة قابلة لإشباع حاجة ما عند الإنسان، فتحول بذلك تلك الأشياء لأن تصبح ثروة^(٨٦)، وهو من أهم الاستثمار في المجال المالي؛ لأنه يحول المواد الأولية إلى منتجات ومصنوعات ويعظم منافعها.

وهذا ما أشار إليه ابن خلدون حيث يقول: لا يزال الفكر يخرج أصنافها ومركباتها من القوة إلى الفعل، بالاستنباط شيئاً فشيئاً على التدريج، حتى تكمل، ولا يحصل ذلك دفعة وإنما يحصل في أزمان وأجيال، إذ خروج الأشياء من القوة إلى الفعل لا يكون دفعة، لا سيما في الأمور الصناعية، فلا بد له إذن من زمان؛ ولهذا تجد الصنائع في الأمصار الصغيرة ناقصة، ولا يوجد منها إلا البسيط، فإذا تزايدت حضارتها ودعت أمور الترف فيها إلى استعمال الصنائع، خرجت من القوة إلى الفعل^(٨٧).

وإصلاح الأموال واستثمارها في هذا الزمان هو أساس القوة، فقوة الدول على قدر ثروتها، فالأمة التي تقصر في توفير الثروة هي التي تلقي بأيديها إلى التهلكة^(٨٨).

وهذا ما سار عليه التشريع الإسلامي حيث رد لفظ المال في القرآن الكريم، في أكثر من تسعين موضعاً، كما ورد في أحاديث أكثر من أن تحصى، ولكن لم يرد عن الشارع تعريف يحدد معناه، وليس ذلك إهمالاً من الشارع لمعناه، وإنما ترك الأمر لما يتعارف عليه الناس، حتى أن أصحاب المعاجم عندما يعرفون المال يقولون المال معروف^(٩٨)، يقول الأزهري فقول الفقهاء ما يتمول أي ما يعد مالاً في العرف^(٩٩).

فالمال هو ما يتعارف الناس على اعتباره مالاً، فما يعتبرونه مالاً، فهو مال، وإلا فلا، وهذا يعني أن مفهوم المال يتغير من زمان إلى آخر، حسب أعراف الناس، فما لا يكون مالاً في زمان، قد يكون مالاً في زمان آخر، نظراً لفائدته ولتعامل الناس به، فإن كان مباح الانتفاع به شرعاً فهو مال عند الجمهور، وإن لم يكن مباحاً الانتفاع به شرعاً فهو مال ولكنه ليس بمتقوم عند الحنفية، فالعرف^(١٠٠) عند الجميع يعتبر معياراً للمالية، يقول السيوطي: "ضبط المال والمتمول، أما المال فقال الشافعي: لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلت وما لا يطرحه الناس، مثل الفلوس وما أشبه ذلك، وأما المتمول: فذكر الإمام له في باب اللقطة ضابطين، أحدهما: أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متمول، وكل ما لا يظهر له أثر في

الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول، الثاني: أن المتمول هو الذي تعرض له قيمة عند غلاء الأسعار، والخارج عن التمول: هو الذي لا يعرض فيه ذلك^(٩٧)، ويقول ابن عابدين: المراد بالمال ما ميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم تثبت بها بإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر... وحاصله أن المال أعم من المتمول، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة^(٩٦).

والبحث العلمي هو الذي يمنع أكل أموال الناس بالباطل الذي نهى عنه الإسلام، ومنع من الوقوع في الربا والحرام ويعمل على تطوير المنتجات الإسلامية.

وإن ديناراً واحداً ينفق على البحث العلمي يعود ريعه وفائدته عشرات الدنانير، فهي كقوله تعالى: ﴿مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَتَتْ سَنَفَافٍ فِي كُلِّ سُبُلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٌ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَن يَشَاءُ وَاللَّهُ وَسِعُ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٦١]

ولا أعظم من النفقة التي تنمو وتزداد مع توالي الأيام وتكبر فتصبح أضعافاً مضاعفة فلا تغني الفقير وحده بل تغني بها الأمة كلها.

والآيات كثيرة في إقامة أمر الدين بالجهاد وعمارة الأرض وذلك لا يكون إلا بالمال، ثم هو كذلك عون للمرء على دينه فيتصدق ويتعب^(٩١).

وقد وردت أدلة كثيرة بشكل مباشر أو غير مباشر تدعو إلى تنمية المال واستثماره، ولا يمكن تنميته واستثماره الاستثمار الفعال دون ابتكارات جديدة تستند إلى البحث العلمي، ومن الأدلة على ذلك:

١. قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ [الملك: ١٥] يقول الشنقيطي معلقاً على هذه الآية: وعليه، فقد وضع القرآن الأمة الإسلامية في أعز مواضع الغنى، والاستغناء والاستثمار والإنتاج، فما نقص عليها من أمور دنياها إلا بقدر ما قصرت هي في القيام بهذا العمل وأضاعته من حقها في هذا الوجود. قد قال النووي في مقدمة المجموع: إن على الأمة الإسلامية أن تعمل على استثمار وإنتاج كل حاجياتها حتى الإبرة؛ لتستغني عن غيرها، وإلا احتاجت إلى الغير بقدر ما قصرت في الإنتاج، وهذا هو واقع العالم اليوم، إذ القدرة الإنتاجية هي المتحكمة وذات السيادة الدولية.

وقد أعطى الله العالم الإسلامي الأولوية في هذا كله، فعليهم أن يحتلوا مكانهم، ويحافظوا

على مكانتهم، ويشيدوا كيانهم بالدين والدنيا معاً^(٩٢).

٢. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْنُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥] فالسفهاء هم المبذرون أموالهم الذين ينفقونها فيما لا ينبغي، ولا يد لهم بإصلاحها وتثميرها والتصرف فيها.

فالآية تنمّع من عاجزاً عن تثمير ماله وتنميته من التصرف فيه، وقد أسندت الآية المال إلى الأمة، لبيان أن المال وإن كان حقاً وملكاً خاصاً للسفيه إلا أنه ثروة للأمة^(٩٣)؛ لأن ثروة الأمة هي مجموع ما تملكه الحكومة والأفراد والجماعات بداخلها.

كما أن قوله تعالى: "وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا" له دلالة كبيرة حيث لم يقل وارزقوهم منها، والمعنى كما يقول الزمخشري: واجعلوها مكاناً لرزقهم بأن تجروا فيها وترجوا، حتى تكون نفقتهم من الأرباح لا من صلب المال فلا يأكلها الإنفاق^(٩٤).

وهذه دعوة مهمة لتنمية المال واستثماره.

٣. ورد الكثير من الأحاديث في السنة النبوية تدل على أهمية تنمية المال واستثماره ومن ذلك:

- عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: من أعمار أرضاً ليست لأحد فهو أحق^(٩٥).

فالحديث جعل إحياء الأرض سبباً لتملكها؛ لأنه بالإحياء تنتفع الأمة بخيرات الأرض

عن المغيرة بن شعبة عن رسول الله ﷺ قال إن الله عز وجل حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعا وهات وكره لكم ثلاثا قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال^(١٠٢) .

يقول النووي: وأما (إضاعة المال): فهو صرفه في غير وجوهه الشرعية وتعريضه للتلف، وسبب النهي أنه إفساد، والله لا يحب المفسدين، ولأنه إذا أضاع ماله تعرض لما في أيدي الناس^(١٠٣) .

المطلب الثالث:

أثر البحث العلمي في المحافظة على مقصد حفظ العقل^(١٠٤) .

والعقل هو الذي تميز به الإنسان عن بقية الكائنات، واستطاع به وبما أودعه الله في هذا الوجود من القوانين والسنن أن يطور حياته ويرتقي بها، خلافاً للكائنات الأخرى التي بقيت على حالها منذ أن خلقت إلى الآن، وهو الذي مكن الإنسان من تسخير هذه الكائنات لمصالحه ومنافعه، فالعقل هو معيار التفضيل الذي اختصه الله به الإنسان عن بقية الكائنات قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [الإسراء: ٧٠] .

يقول القرطبي في تفسيرها : والصحيح الذي يعول عليه أن التفضيل إنما كان بالعقل الذي هو عمدة التكليف، وبه يعرف الله ويفهم كلامه

وتواجه البطالة، ولعل البحث العلمي المستند إلى الحقائق والبيانات والمسلح بالمنهجية الصحيحة، خير وسيلة للإحياء والتعمير.

- عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال وهو على المنبر وذكر الصدقة والتعفف والمسألة اليد العليا خير من اليد السفلى فاليد العليا هي المنفقة والسفلى هي السائلة^(١٠٥) :

يقول ابن حجر: الأحاديث متضافرة على أن اليد العليا هي المنفقة المعطية، وأن السفلى هي السائلة، وهذا هو المعتمد وهو قول الجمهور، وقيل: اليد السفلى الآخذة سواء كان بسؤال أم بغير سؤال^(١٠٦) .

فاليد السفلى هي الآخذة مهما كان سبب الأخذ، وهذا ما يشبه الواقع أن الأمم التي تعتمد على غيرها في سلاحها وطعامها وشرابها أنها أمة دنيا.

اليد العليا هي اليد المعطية والمتوجة، ولم عاد الانتاج في هذه الأيام معتمداً على الجهد البدني التقليدي، بل أصبح معتمداً على التكنولوجيا والتقنيات المعاصرة التي تحاول تعظيم منفعة الأشياء واستغلالها الاستغلال الأمثل، وبهذا تتمايز الأمم وتسود الحضارات، يقول ابن حجر : وفيه تفضيل الغنى مع القيام بحقوقه على الفقر، لأن العطاء إنما يكون مع الغنى^(١٠٧) .

ويوصل إلى نعيمه وتصديق رسله، إلا أنه لما لم ينهض بكل المراد من العبد بعثت الرسل وأنزلت الكتب فمثال الشرع الشمس، ومثال العقل العين، فإذا فتحت وكانت سليمة رأت الشمس وأدركت تفاصيل الأشياء^(١٠٠).

وقد وردت مشتقات العقل في القرآن الكريم في (٤٩) آية كلها جاءت بصيغة بصيغة الفعل: عقلوه، نعقل، يعقلها، يعقلون، تعقلون، ولم يرد لفظ (العقل) في القرآن الكريم بصيغة الاسم على الإطلاق، وهذا له دلالة مهمة وهي أن قيمة العقل تظهر وتبرز باستعماله وتوظيفه، وهذا الذي يميز شخصاً عن آخر.

يقول رشيد رضا: ولذلك جاء القرآن يلح أشد الإلحاح بالنظر العقلي، والتفكير والتدبر والتذكر، فلا تقرأ منه قليلاً إلا وتراه يعرض عليك الأكوان، ويأمرك بالنظر فيها واستخراج أسرارها، واستجلاء حكم اتفاقها واختلافها ﴿قُلْ أَنْظُرُوا مَاذَا فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ [يونس: ١٠١] ﴿قُلْ سِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانظُرُوا كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ﴾ [العنكبوت: ٢٠] ﴿أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَتَكُونُ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا﴾ [الحج: ٤٦] ﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ﴾ [الغاشية: ١٧]، إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة جداً، وإكثار القرآن من شيء دليل على تعظيم شأنه ووجوب الاهتمام به^(١٠١).

كما أن الله فضل الإنسان على بقية الكائنات بالعقل، فقد فاضل بين البشر أنفسهم بمقدار استعمالهم لعقولهم وتوظيفها التوظيف الإيجابي، فقال تعالى: ﴿أَمَّنْ هُوَ قَلِيلٌ مَا يَدْرِي سَاجِدًا وَقَائِمًا يَتَخَذُ الْآخِرَةَ وَزِينَةً رَّبِّهِمْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩]، فالعلماء أرفع درجة وأعلى شأنًا لأنهم استخدموا عقولهم خلافاً لأولئك الذين قاموا بتعطيلها فحرموا أنفسهم وغيرهم من إبداعاتها فقال تعالى: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾ [المجادلة: ١١]، فإن العقل هو قوام كل فعل تتعلق به مصلحة، فاختلاله يؤدي إلى مفساد عظيمة^(١٠٢).

حفظ العقل بشرعية الحد على شرب المسكر^(١٠٣).

واعترض على دعوى اتفاق الشرائع على الخمسة المذكورة بأن الخمر كانت مباحة في الشرائع السابقة وفي صدر الإسلام. ورد بأن المباح منها في تلك الشرائع هو ما لا يبلغ إلى حد السكر المزبل للعقل، فإنه محرم في كل ملة، كذا قال الغزالي^(١٠٤).

معظم إن لم يكن كل من كتب في مقصد حفظ العقل تناول المحافظة على العقل^(١٠٥) من جانب العدم وذلك بمنع كل ما يؤدي إلى غياب العقل من الأمور المادية كتناول الخمر وتعاطي المخدرات، أو المعنوية حمايته من الأفكار الضالة والهدامة، وفصلوا

عليه دون تغيير؛ لأن النهي هو الكف عن الفعل وهو موقف سلبي لأنه يعني عدم الفعل، وهذا لا يستقيم مع منهج القرآن في حثه على استخدام العقل والتفكير والبحث عن سنن هذا الوجود وقوانينه، الذي يعتبر موقفا إيجابيا؛ لأنه يقتضي من المكلف المبادرة للقيام بفعل وليس مجرد الامتناع.

يعتبر العقل أحد المقاصد الضرورية في التشريع الإسلامي^(١١٥)، ونظرا لأهميته في فهم التكليف والاستجابة له فقد اعتبره الإسلام مناهل التكليف^(١١٦)، يقول العقاد: إن القرآن الكريم لا يذكر العقل إلا في مقام التعظيم والتسيه إلى وجوب العمل به والرجوع إليه، ولا تأتي الإشارة إليه عارضة ولا مقتضية في سياق الآية، بل هي تأتي في كل موضع من مواضعها مؤكدة جازمة باللفظ والدلالة، وتكرر في كل معرض من معارض الأمر والنهي التي يحث فيها المؤمن على تحكيم عقله أو يلام فيها المنكر على إهمال عقله، وقبول الحُجْر عليه^(١١٧).

وقد اقتضت حكمة الله تعالى أن لا تستقيم حياة الإنسان ولا استمرارها وتطورها إلا بالأخذ بالأسباب والتغلب على المشكلات والمعوقات، فقد وضع الله تعالى القوانين في هذا الوجود وطلب من الإنسان البحث عنها واكتشافها لتحقيق مصالحه وإشباع حاجاته، وقد أشار إلى ذلك الأصفهاني بقوله: لما جعل للإنسان قوة الفكرة ترك

في هذا الموضوع تفصيلا واسعا^(١١٨)، وفي هذا يقول الدكتور النجار تحت عنوان الحفظ المعنوي للعقل: لم يهتم الأصوليون وعلماء المقاصد كثيرا بهذا الضرب من حفظ العقل، وأكثر ما انصب عليه اهتمامهم هو الحفظ المادي اقتصادا في الأكثر على التمثيل بتحريم الخمر، وأما الحفظ المعنوي فنكاد لا نجد فيه إلا إشارات قليلة وإن كان الباحثون المحدثون بدؤوا يوجهون الاهتمام إلى الحفظ المعنوي للعقل^(١١٩).

ولم نجد من أشار إلى حفظه من جانب الوجود سوى جمال الدين عطية في بحثه الموسوم بتكامل طرق معرفة المقاصد: مقصد اعتبار العقل نموذجا. وها هي المجتمعات الغربية التي تتعاطى الخمر وتتناوله بكثرة من أخصب دول العالم إنتاجا علميا، وأكثرها غزارة في براءات الاختراع والاكتشافات العلمية، وما يتجه العالم الإسلامي لا يعادل ١٪ مما تتجه تلك المجتمعات من البحوث العلمية أو تسجله من براءات الاختراع وغيره^(١٢٠).

فالمحافظة على العقل ليس بمنع الخمر وحده، بب بكل ما يؤدي إلى تنميته واستثمار طاقاته وإبداعاته، لعمارة هذا الوجود، وهذا لا يكون الا بالاختراع والاكتشاف، الذي هو ثمرة البحث العلمي^(١٢١).

فالاقصاء تحريم الخمر في المحافظة على العقل يمثل الجانب السلبي الذي يبقى الحال على ما هو

من كل نعمة أنعمها تعالى عليه جانباً يصلحه هو بفكرته؛ لئلا تبطل فائدة الفكرة فيكون وجودها عبثاً.

إذ لو كانت الحياة خالية من المشكلات والمعوقات لبطلت قيمة العقل ولذهبت فائدته. لذلك دعى الإسلام إلى تنميته وتطويره بما زوده الله تعالى من وسائل المعرفة وأدواتها، وجعل التفكير والنظر في ملكوت الله تعالى واكتشاف سنن هذا الوجود فريضة دينية وضرورة حياتية^(١١٨)، فقال تعالى: ﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [النحل: ٧٨]. يقول الأصفهاني^(١١٩): وبالعقل صار الإنسان خليفة الله، ولو توهم مرتفعاً لارتفعت الفضائل عن العالم فضلاً عن الإنسان. وبما غرسه الله تعالى منه في الإنسان اهتدى من وفقه الله تعالى إلى تركية نفسه المذكورة في قوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا﴾ ﴿وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا﴾ [الشمس: ٩- ١٠] وحصل به حرث الآخرة المذكورة في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ الْآخِرَةِ نَزِدْ لَهُ فِي حَرْثِهِ﴾ [الشورى: ٢٠].

إن حاجة الإنسان إلى العلم أكثر من حاجته إلى المال، لأن العلم نافع لا محالة ونفعه دائم في الدنيا والآخرة، والمال قد ينفع وقد يضر، وإذا نفع فنفعه

منقطع، فمن استفاد علماً ثم ضيعه أو تمكن من استفادته فأهمله فقد خسر خسراً ميبئاً^(١٢٠).

وقد وجدنا أن الدكتور عبدالمجيد النجار من أفضل من تناول المحافظة على العقل بطريقة ممتازة اقتربت كثيرة حيث ذكر أن حفظ العقل من الناحية المعنوية يكون بالأمور الآتية^(١٢١):

١. حفظ العقل بتحرير الفكر.
٢. حفظ العقل بالتعلم، وجعله في ثلاثة مجالات هي:

حفظ العقل بالتعلم الاستيعابي، وحفظه بالتعلم التفكري، وحفظه بالتعلم المنهجي؛ وحفظه بالتعلم المنهجي هو البحث العلمي.

وكلمى ارتقى العقل الإنساني كلما تطورت الحياة الإنسانية، ولعل العقل هو أكثر الأمور تأثراً وتطوراً بالبحث العلمي من خلال ما يأتي:

١. اشباع الحاجة الفطرية للإنسان للمعرفة والاكتشاف وحب الاستطلاع والوقوف على أسباب وعلل الظواهر، وهو الذي يدفع الإنسان نحو الاكتشاف والابتكار^(١٢٢)، وكان ذلك نهجاً للصحابة إذ أنهم كانوا لا يسمعون شيئاً مشكلاً أو يرون موقفاً غامضاً إلا وطلبوا تفسيره وتعليقه، ومن الأمثلة على ذلك:

- ما رواه البخاري أن عائشة زوج النبي ﷺ كانت لا تسمع شيئاً لا تعرفه إلا راجعت فيه حتى تعرفه، وأن النبي ﷺ قال: "من حوسب عذب"، قالت عائشة رضي الله عنها فقلت: أوليس يقول الله

الذي جعله الله تعالى للدين أصلاً وللدنيا عماداً، فأوجب الدين بكماله وجعل الدنيا مدبرة بأحكامه،^(١٢٧) وقد حث القرآن الكريم على الازدياد في طلب العلم والسعي الدائم لتحصيله، فقال تعالى: ﴿وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾ [طه: ١١٤] إذ كلما زاد العلم كلما ارتقت الأمة وتقدمت والبحث العلمي هو الذي يحفز العقل للعمل الدائم المستمر.

وفي هذا يقول العقاد: وتعلم المسلمون من عهود الحمول والنكسة دروساً كالتى تعلموها من عهود العزة والتقدم: فحواها من طرفيها المتناقضين أن العجز عن الاجتهاد والعجز عن الحياة مقترنان، وأن المسلمين يحتفظون بمكانتهم بين أمم العالم ما احتفظوا بفريضة التفكير.^(١٢٨)

١. تنمية العقل ورفع قدراته، ومعنى تنمية العقل هو جعله في أحسن حالاته الممكنة، سواء من حيث قدرته على التفكير العلمي^(١٢٩)، أو من حيث تدريب الملكة العقلية، أو من حيث تغذية العقل بالمعارف والمهارات إلى غير ذلك؛ مما يجعله أكثر قدرة على تأدية وظائفه^(١٣٠).

وفي هذا يقول الماوردي عن العقل وهو نهاية المعرفة، وصحة السياسة، وإصابة الفكرة. وليس لهذا حد؛ لأنه ينمو إن استعمل وينقص إن أهمل.

ونماؤه يكون بأحد وجهين: إما بكثرة الاستعمال إذا لم يعارضه مانع من هوى ولا صاد

تعالى: ﴿فَسَوْفَ يَحَاسِبُ حِسَابًا يَسِيرًا﴾ [الانشقاق: ٨] ، قالت: فقال: إنما ذلك العرض؛ ولكن من نوقش الحساب يهلك^(١٣١) وقد علق ابن حجر على هذا الحديث قائلاً: "وقد وقع نحو ذلك لغير عائشة" وذكر أمثلة لذلك^(١٣٢).

- وما رواه الإمام مسلم عن يعلى بن أمية قال: قلت لعمر بن الخطاب "ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتن أن يفتنكم الذين كفروا [النساء: ١٠١] فقال: عجبت مما عجبت منه، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته^(١٣٣).

ووجه الإشكال في هذا الحديث أن جواز القصر يكون في جميع الأحوال سواء في ذلك حالة الخوف أو حالة الأمن مما أثار استشكالا عند الصحابين الكريمين، وكان سبب الإشكال هو أن الآية الكريمة علقت جواز القصر على وجود الخوف، مما يدل بالمفهوم المخالف على عدم جوازه في حال الأمن، وهذا الاستشكال دفع الصحابين للبحث عن حل له، فكان حل هذا الإشكال بجواب النبي ﷺ بأن القصر رخصة من الله تعالى، يقول البخاري: "فلو لم يعقل من التعليق نفي الحكم عند عدم الشرط لم يكن لتعجبهما معنى مع أنهما من فصحاء العرب^(١٣٤)".

لذا فالعقل هو الذي تحل به المشكلات وتتطور به الحياة، وكما يقول الماوردي: هو العقل

من شهوة، كالذي يحصل لذوي الأسنان من الحنكة وصحة الروية بكثرة التجارب وممارسة الأمور.

وأما الوجه الثاني فقد يكون بفرط الذكاء وحسن الفطنة.

فإذا امتزج بالعقل الغريزي صارت نتيجتهما نمو العقل المكتسب^(١٣١).

لكونه مركب الأمانة وملاك التكليف ومطلوباً للعبادة بنفسه من غير واسطة^(١٣٢).

وكلما نعى العقل وتطور كلما زاد إبداعه وعطاؤه، مما يؤدي إلى تطور الحياة وتقدمها.

٢. منهجة العقل وجعله عقلاً علمياً منطقياً، يربط المسببات بأسبابها والنتائج بمقدماتها، ويسعى إلى الوقوف على المشكلات ويضع الفروض العلمية لحلها ثم يختبرها ويتوصل إلى النتائج ثم يقوم بتعميمها.

لأجل ذلك فهو عقل^(١٣٣): لا يتبع الظن في موضع اليقين، فقال تعالى: ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يَعْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [يونس: ٣٦]، لا يتبع الأهواء والعواطف.

ويرفض التقليد الأعمى للأباء والأسلاف قال تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ﴾ [البقرة: ١٧٠]. وقال تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ فَجَسَدَ قَالُوا وَجَدْنَاهُ آيَةً نَاوَلَهُ أَمْرًا بِهَا قُلْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْمَلُونَ﴾ [الأعراف: ٢٨]

كما يرفض التبعية للسادة والكبراء، قال تعالى: ﴿قَالُوا رَبَّنَا إِنَّا أَطَعْنَا سَادَتَنَا وَكُبَرَاءَنَا فَأَضَلُّنَا السَّبِيلَ﴾ [الأحزاب: ٦٧]، ولا يقبل دعوى بغير برهان، قال تعالى: ﴿قَالُوا لَنْ يَدْخُلَ الْجَنَّةَ إِلَّا مَنْ كَانَ هُودًا أَوْ نَصْرِيًّا تِلْكَ أَمَانِيُّهُمْ قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ [البقرة: ١١١] وقال تعالى: ﴿أَمَنْ يَبْدُوا الْخَلْقَ يُرْغِبُهُ، وَمَنْ يَرْفُكُ مِنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لَهُ مَعَ اللَّهِ قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ [النمل: ٦٤]، والعقل كغيره إذا ترك الإنسان استخدامه وتفعله وتطويره فإنه يكسل ويخمل ويضعف أداؤه وإنجازته.

ولمنهجة العقل وجعله يفكر بطريقة سليمة وضع علماء المسلمين قواعد موضوعية لضبط التفكير استدلالاً واستنباطاً، وكان في مقدمة هذه العلوم أصول الفقه وعلم مصطلح الحديث. ١. البحث العلمي هو الذي يجعل العقل يتعمق في بحث القضايا بدراساتها دراسة رأسية، فيصبح العقل قادراً على إدراك أدق التفاصيل ويتعدى عن الأحكام الظاهرية والمبتسرة، وهذا بدوره يؤدي إلى دقة نتائج التي يخرج بها العقل من البحث العلمي.

الخاتمة:

١. للبحث العلمي أهمية كبرى في الحياة الإسلامية وهو من أهم الوسائل التي تحفظ للشرعية مقاصدها من جانب الوجود ومن جانب العدم، ولا يمكن

للأمة أن تكون مصانة ومهابة الجانب دون بحث علمي.

٢. يعتبر البحث العلمي من أوجب الواجبات، نظراً للأثر المباشر وغير المباشر في حماية مقاصد الشريعة، فإذا كان المحافظة على المقاصد الشرعية واجبا دينياً، كان البحث العلمي واجباً؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

التوصيات:

- دراسة أثر البحث العلمي في المحافظة كل فرد من أفراد الضروريات دراسة متخصصة تناوله من جميع الزوايا وتعرض تطبيقاته العلمية.

- دراسة أثر البحث العلمي في المحافظة الحاجيات والتحسينات.

الهوامش:

(١) القرن هو العبد.

(٢) مالك بن نبي: المسلم في عالم الاقتصاد، عالم الفكر، دمشق، ٢٠٠٠، (ط٧)، ص ٧.

(٣) يقول ابن قيم الجوزية: لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل الحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضاؤها إلى غاياتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضاؤها إلى غايتها؛ فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، محمد بن أبي بكر الجوزية الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب

العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ. إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠٩.

(٤) يقول العز بن عبد السلام: العز: فضل الوسائل مرتب على فضل المقاصد، قواعد الأحكام في مصالح الأناس، تحقيق عادل عبدالموجود وعلي معوض، دار الجيل بيروت، ١٩٩٠، ص ١٠٥.

(٥) الحسين بن محمد المشهور بالراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاني، دارالمعرفة، بيروت ص ٣٧.

(٦) فريد الأنصاري: أبجديات البحث في العلوم الشرعية، منشورات الفرقان، الدار البيضاء، (ط ١) ١٩٩٧، ص ٢٤.

(٧) الأنصاري: أبجديات البحث في العلوم الشرعية، ص ٢٤.

(٨) عبدالمهدي الفضلي: أصول البحث، دار المؤرخ العربي، بيروت، ط ١، ١٩٩٢م، ص ١٣.

(٩) محمود أحمد أبو سمرة و عماد البرغوثي، منهجية البحث العلمي عند علماء المسلمين، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد السادس، العدد الثاني، يونيو ٢٠٠٨م، ص ٤٤٧.

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcolleges/lecture.aspx?fid=١١&lcid=٢٥٦٦٦ (١٠)



(١١) صالح: سعد الدين السيد، البحث العلمي ومنهجه النظرية رؤية إسلامية، ص ١٦.

(١٢) الأنصاري: أبجديات البحث في العلوم الشرعية، ص ٢٤.

(١٣) فريد ياقوت: أزمة البحث العلمي في مصر والوطن العربي، دار النشر للجامعات، القاهرة، (ط ١)، ٢٠٠٧، ص ٥.

- ١٤) ياقوت : أزمة البحث العلمي في مصر والوطن العربي، ص ١٦ .
- ١٥) ياقوت : فريد، أزمة البحث العلمي في مصر والوطن العربي، ص ١٦ .
- ١٦) عامر قنديلجي : **البحث العلمي واستخدام مصادر المعلومات**، دار البيازوري، عمان، (ط ١)، ١٩٩٩م، ص ١٣ .
- ١٧) محمد الصاوي مبارك، البحث العلمي أسسه وطريقة كتابته المكتبة الأكاديمية، القاهرة، (ط ١)، ١٩٩٢م، ص ز .
- ١٨) محمد الصاوي، البحث العلمي أسسه وطريقة كتابته المكتبة الأكاديمية، ص ز .
- ١٩) محمد الصاوي، البحث العلمي أسسه وطريقة كتابته المكتبة الأكاديمية، ص ز .
- ٢٠) أحمد بدر : **أصول البحث العلمي ومناهجه**، وكالة المطبوعات، الكويت، (ط ٢)، ١٩٧٥م، ص ١٧ .
- ٢١) ديكسون: جونب، **العلم والمشتغلون بالبحث العلمي في المجتمع الحديث**، ترجمة شعبة الترجمة باليونيسكو، عالم المعرفة، الكويت، إبريل، ١٩٨٧م، ص ٢٧ .
- ٢٢) أحمد بن زكريا ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، مادة قصد، ج ٥ ص ٩٥ .
- ٢٣) إبراهيم بن موسى الشاطبي: **الموافقات**، دار ابن عفان، بيروت، ٢٠٠٣م، ج ٢ ص ١٨ .
- ٢٤) الشاطبي: **الموافقات** ج ٢ ص ١٧ .
- ٢٥) الشاطبي: **الموافقات** ج ٢ ص ١٨ .
- ٢٦) الشاطبي: **الموافقات** ج ٢ ص ٢٠ .
- ٢٧) محمد بن محمد الغزالي: **المستصفى في علم الأصول**، تصحيح محمد عبدالسلام عبدالشافى، ١٩٩٦، ج ١، ص ٢٨٤ .
- ٢٨) الشاطبي: **الموافقات** ج ٢ ص ٢٠ .
- ٢٩) الشاطبي: **الموافقات** ج ٢ ص ٢١ .
- ٣٠) الشاطبي: **الموافقات** ج ٢ ص ٢٢ .
- ٣١) والدين هو شامل للجانب الاعتقادي والجانب العملي، لذلك عرفه دراز بقوله: جملة النواميس النظرية التي تعدد صفات القوة الإلهية وجملة القواعد العملية التي ترسم طريق عبادتها. الدين، ص ٥٣ .
- ٣٢) محمد عبدالله دراز: **الدين**، دار القلم، الكويت، ص ٥٢ .
- ٣٣) عرفها الشاطبي بقوله : أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المين، **الموافقات**، ج ٢ ص ١٨ .
- ٣٤) محمد بن محمد الغزالي: **المستصفى في علم الأصول**، تصحيح محمد عبدالسلام عبدالشافى، ١٩٩٦، ج ١، ص ٢٨٦ .
- ٣٥) رتب معظم العلماء الدين في الرتبة الأولى من الضروريات؛ لأنّ الدين هو الأساس الذي تقوم عليه الحياة الدنيا مطية الآخرة، ولأنّ الجهاد هو بذل النفس من أجل إعلاء كلمة الدين فثبت أنّ الدين مقدّم على النفس. وهو مذهب الغزالي والآمدني وابن الحاجب والإسنوي وابن السبكي والشاطبي وابن فرحون والسيوطي وغيرهم. د. لحرش أسعد المحاسن: ترتيب المقاصد الضرورية بين المتقدمين والمعاصرين وأهميتها للمفتي، مجلة المسلم المعاصر، السنة: ٢٠١٢م.

- (٣٦) علي بن محمد حبيب البصري الماوردي (٤٥٠هـ):
أدب الدين والدنيا، دار مكتبة الحياة، ص ١٣٣.
- (٣٧) حسام العيسوي: مقصد حفظ الدين (رؤية مقاصدية معاصرة)،
 ٦٥٥٧٥ / ٠ / http://www.alukah.net/sharia/
- (٣٨) الماوردي: **الأحكام السلطانية**، ص ٥.
- (٣٩) ابن خلدون: المقدمة، ص ١٩٠.
- (٤٠) ابن خلدون: المقدمة، ص ١٩٠.
- (٤١) عبدالمجيد النجار: **مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٨م (ط٢)، ص ٦٦.
- (٤٢) ياقوت: أزمة البحث العلمي في مصر والوطن العربي، ص ١٦.
- (٤٣) يقول ابن خلدون: إن الاختيار إذا اعتمد فيها على مجرد النقل ولم تحكم أصول العادة وقواعد السياسة وطبيعة العمران والأحوال في الاجتماع الإنساني، ولا قيس الغائب منها بالشاهد، والحاضر بالذاهب، فربما لم يؤمن فيها من العنور، ومزلة القدم، والحيد عن جادة الصدق، ص ١٧.
- (٤٤) يقول علي سامي التشار: أما إذا انتقلنا إلى المنهج الثالث وهو الاستردادي، فإننا نرى المسلمين أقاموه على أسس علمية ودقيقة، فيما يعرف بعلم مصطلح الحديث وطرق تحقيق الحديث رواية ودراية هي هي منهج البحث التاريخي الحديث كما عرفه فلنج وسينيوس ولا نجلو.
- مناهج البحث عند مفكري الإسلام**، دار السلام للطباعة والنشر، (ط٢)، ص ٣٤٩.
- (٤٥) يقول الغزالي: أصول الفقه عبارة عن أدلة هذه الأحكام وعن معرفة وجوه دلالتها على الأحكام من حيث الجملة لا من حيث التفصيل. محمد بن محمد الغزالي، **المستصفى من علم الأصول**، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م، ج ١ ص ٥.
- (٤٦) الفضلي: أصول البحث، ص ٧١.
- (٤٧) محمد معروف الدواليبي، **المدخل إلى علم أصول الفقه**، دار الشواف للنشر والتوزيع، (ط٦) ص ٩.
- (٤٨) الدواليبي: **المدخل إلى علم أصول الفقه**، ص ١٠.
- (٤٩) النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص ٧٠.
- (٥٠) وذلك لأن من مظاهر حفظ الدين انتشاره بين الناس ومن مظاهر ضياعه تقلصه وانكماشه. النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص ٧١.
- (٥١) وهذا أمر طبيعي في الحياة الإنسانية وقد أشار إليه ابن خلدون بقوله: إن المغلوب مولع أبداً بالاقتراء بالغالب في شعاره وزيه ونخلته وسائر أحواله وعوائده. وواقعنا خير شاهد على ذلك حيث ترى انهيار أبناء المسلمين بالحضارة الغربية والاقتراء بها دون وعي أو تفكير، حيث سادت تلك الثقافة وطغت على جوانب حياتنا، وإذا بقينا على هذا الحال سنفقد كل شيء بما في ذلك لغتنا العربية. عبدالرحمن بن محمد بن خلدون، **المقدمة**، دراسة أحمد الزعبي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، دمشق، ص ١٧٦.
- (٥٢) وهذا ما حصل في الماضي يوم أن كان المسلمون يخترمون العلم والبحث العلمي، حيث كان للعرب إسهام كبير في نهضة الغرب وتقدمه، وهو ما أشارت إليه المستشرقة الألمانية زيغرد هتكه في كتابها شمس العرب تسطع على الغرب، **أثر الحضارة العربية في أوربية**، ترجمة فارق بيبزون وكمال دسوقي، دار الجيل بيروت (ط٨)، ١٩٩٨م.
- (٥٣) محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي: **التفسير الكبير**، دار الفكر، بيروت، ١٩٨١م، (ط١) ج ١٥ ص ١١٩.
- (٥٤) وكان يطلق عليها الحرب الباردة.

- ٥٥) محمد رشيد رضا: تفسير المنار، دار الكتب العلمية، ج ١٠ ص ٥٦.
- ٥٦) محمد الطاهر ابن عاشور: التحرير والتنوير، دار سحنون، تونس، ج ١٢ ص ٦٠.
- ٥٧) ابن عاشور: التحرير والتنوير، ج ١٢ ص ٦١.
- ٥٨) عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٨ ص ٦٠.
- ٥٩) محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة، تحقيق محمد الميساوي، ص ٤٠٥.
- ٦٠) أحمد بن إدريس القرافي: أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، بيروت، ج ١، ص ٥.
- ٦١) محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة، ١٩٩٨ (١) ص ٢٠٦.
- ٦٢) ومعناه هو توفير أسباب القوة للذات الإنسانية ودفع أسباب الضعف عنها، بحيث تكون على أمثل ما يمكن من وضع لتقوم بأداء مهمتها. التجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص ١١٥.
- ٦٣) ذهب بعض الأئمة إلى تقديم النفس لتأكيد حرمتها في كثير من النصوص الشرعية مما جعلها قطعية ولأنّ النفس هي محل ورود الأحكام فانعدامها انعدام من يتدين، ومن فعل ذلك الإمام الرازي في محصوله، وقد جعل الدّين في المرتبة الثالثة بعد النفس والعقل، وكذلك فعل القرافي في فئاس الأصول والبيضاوي وابن تيمية، الحاسن: لحرش أسعد، ترتيب المقاصد الضرورية بين المتقدمين والمعاصرين وأهميتها للمفقي، مجلة المسلم المعاصر، منشور في العدد ١٤٥. ١٤٦، ٢٠١٢، http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=٧٥٣:tarteb.
- ٦٤) اليوبي: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص ٢٥٧.
- ٦٥) الشاطبي: الموافقات ج ٢، ص ١٨.
- ٦٦) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، راجعه طه عبد الرؤوف سعد مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ١٩٩١ (ط ١) ج ٢، ص ٧٧.
- ٦٧) الغراية: قواعد صلاح الدنيا عند الإمام الماوردي، بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٤، ملحق ١، ٢٠١٧، ص ١٦٥.
- ٦٨) الشاطبي: الموافقات ج ٢، ص ٣٢.
- ٦٩) الغراية: قواعد صلاح الدنيا عند الإمام الماوردي، ص ١٦٥.
- ٧٠) القرالة: حقوق الحيوان وضمائنها في الفقه الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، ص ٣٠.
- ٧١) رواه مسلم في كتاب قتل الحيات ونحوه، باب تحريم قتل الهر ونحوه.
- ٧٢) أنظر الحديث في صحيح مسلم، كتاب السلام، باب فضل سقي البهائم المحترمة وإطعامها، حديث رقم ٢٢٤٤.
- ٧٣) هو قدرة المجتمع على توفير الغذاء المناسب كما ونوعاً للمواطنين بصورة تمكنهم من التمتع بصحة جسمية وعقلية وروحية كاملة منير: الأمن الغذائي العربي ومحدداته (السودان نموذجاً)، ص ٣٠١.
- ٧٤) الخزاعلة: الأمن الغذائي من منظور الاقتصاد الإسلامي، ص ١٠.
- ٧٥) منير: الأمن الغذائي العربي ومحدداته (السودان نموذجاً)، ص ٣٠٢.

- ٧٦) محمد ربيع: البناء المقاصدي للبحث العلمي في الاقتصاد الإسلامي، المؤتمر الدولي السابع للاقتصاد الإسلامي، ص ٢٥٩.
- ٧٧) إن أول مراتب حفظ النسل هو إنجاب الذرية لاستمرارية المجتمع في التجدد ولحافظته على قوته النجارية: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص ١٤٩.
- ٧٨) يقول الشاطبي: ولو عدم النسل لم يكن في العادة بقاء. الموافقات ج ٢، ص ٣٢.
- ٧٩) ذهب ابن عاشور إلى أن النسب إن كان المقصود منه هو النسل فلا شك في اعتباره ضرورياً، وإن كان بمعنى انتساب النسل إلى أصله فهو يرى أنه يدخل في دائرة الحاجيات وليس الضروريات. ابن عاشور: مقاصد الشريعة، تحقيق محمد الميساوي، ص ٣٠٥.
- ٨٠) للفقهاء تعريفات متعددة للمال ولعل تعريف المرحوم مصطفى الزرقا الذي ذكرناه في المتن هو أفضلها. المدخل الفقهي العام ج ٢، ص ٨٤٠، وبهذا التعريف أخذ القانون المدني الأردني القانون في المادة (٥٤).
- ٨١) الشاطبي: الموافقات، ج ٢ ص ٣٢.
- ٨٢) علي بن أحمد الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبدالرزاق عفيفي، ١٤٠٢ هـ (ط ٢) ج ٤ ص ٢٧٦.
- ٨٣) نجم الدين أحمد بن محمد بن الرفعة: الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان، تحقيق: محمد الخاروف، جامعة أم القرى مكة المكرمة، ١٤٠٠ هـ (ط ١) ص ٤٢.
- ٨٤) الشاطبي: الموافقات، ج ٢ ص ١٨.
- ٨٥) الإنسان أساس المنهج الاقتصادي في التنمية الاقتصادية، ص ٤.
- ٨٦) وافي: الاقتصاد السياسي، ص ٦.
- ٨٧) ابن خلدون: المقدمة، الفصل السادس عشر في أن الصنائع لا بد لها من العلم.
- ٨٨) رشيد رضا: تفسير المنار، ج ٢ ص ١٧٢.
- ٨٩) العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج ١، ص ١١٧١.
- ٩٠) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة العلمية، بيروت، مادة مول.
- ٩١) المقصود بالعرف هنا هو العرف الصحيح، وبالتالي إذا تعارف الناس على قول ما ليس مباحاً شرعاً، فهو خارج عن موضوعنا، لأن كلامنا إنما هو في العرف الصحيح، دون الفاسد.
- ٩٢) السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت، ص ٣٢٧.
- ٩٣) محمد بن أمين بن عمر الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٢ م، ج ٤، ص ٥٠١.
- ٩٤) أحمد بن محمد بن هارون الخلال: الحث على التجارة والصناعة والعمل، تحقيق محمود بن محمد حداد، دار العاصمة، عدن، ١٤٠٧ هـ ص ٧٣.
- ٩٥) محمد الأمين بن محمد بن المختار الجكني الشنقيطي الشنقيطي: أضواء البيان، دار الفكر، ١٩٩٥ م، ج ٨، ص ٢٤٠.
- ٩٦) ثروة الأفراد جزء هام من ثروة الأمة التي يتسبون إليها؛ لأن الأشياء التي يمتلكونها يعود نفعها بشكل غير مباشر إلى مجموع أمتهم وبشكل مباشر إلى أشخاصهم وهم جزء من الأمة. وافي: الاقتصاد السياسي، ص ٥.
- ٩٧) الزرخشري: الكشف، ج ٢ ص ٢١.
- ٩٨) رواه البخاري في كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً، حديث رقم ٢٢١٠.
- ٩٩) رواه البخاري في كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى، حديث رقم ١٣٦٢.

الاهتمام إلى الحفظ المعنوي للعقل. النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص ١٢٩.

(١١٣) احتلت الولايات المتحدة المرتبة الأولى عالمياً في عدد براءات الاختراع في عام ٢٠١٥ بعدد بلغ ١٥٥ ألفاً و ٩٨٢ براءة اختراع ممنوحة، بينما جاءت اليابان وكوريا الجنوبية وألمانيا في المراكز الثاني والثالث والرابع على التوالي، بعدد بلغ ٥٤٤٢٢ و ٢٠٢٠١ و ١٧٧٥٢ براءة اختراع بالترتيب، نالت السعودية المرتبة ٢٨ من حيث عدد براءات الاختراع الممنوحة عام ٢٠١٥ ب ٣٦٤ براءة اختراع.

(١١٤) احتلت سويسرا والسويد والمملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية وفنلندا وسنغافورة صدارة تصنيفات عام ٢٠١٦ في مؤشر الابتكار العالمي، الصادر جامعة كورنيل والمعهد الأوروبي لإدارة الأعمال (الإنسياد) والمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويو) http://www.wipo.int/pressroom/ar/articles/2016/article_0008.html

(١١٥) الشاطبي: الموافقات ج ٢، ص ١٠.

(١١٦) يقول الشاطبي: أن مورد التكليف هو العقل، وذلك ثابت قطعاً بالاستقراء التام حتى إذا فقد ارتفع التكليف رأساً، وعد فاقد كالبهيمة المهمله. الموافقات ج ٣، ص ٢٠٩.

(١١٧) عباس محمود العقاد: التفكير فريضة إسلامية، مؤسسة هنداي، ٢٠١٢م، ص ٧.

(١١٨) العقاد: التفكير فريضة إسلامية، ص ٧.

١١٩ الحسين بن محمد المعروف بالأصفهاني: الذريعة إلى مكارم الشريعة، تحقيق أبو اليزيد العجمي، دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ١٣٣.

(١٢٠) الأصفهاني: الذريعة إلى مكارم الشريعة، ص ١٤٠.

(١٢١) النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص ١٣٠.

(١٠٠) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبدالقادر شيبه الحمد، ٢٠٠١م، (ط ١)، ج ٣ ص ٣٤٩.

(١٠١) ابن حجر: فتح الباري، ج ٣ ص ٣٥٠.

(١٠٢) رواه مسلم في كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة والنهي عن منع وهات وهو الامتناع من أداء حق لزمه أو طلب ما لا يستحقه، حديث رقم ٥٩٣.

(١٠٣) يحيى بن شرف النووي: شرح صحيح مسلم، دار الخيزر، بيروت، ١٩٩٦م، ج ٤، ص ٣٧٦.

(١٠٤) العقل: غريزة يهيا بها لدرك العلوم النظرية. الأنصاري الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، ص ٦٧.

(١٠٥) محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الفكر نيروت، ج ١٠ ص ٢٦٤.

(١٠٦) رشيد رضا: تفسير المنار ج ١، ص ٢٠٩.

(١٠٧) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار السلام، ٩٩٨١م، ج ٢ ص ١٣٠.

(١٠٨) الشوكاني: إرشاد الفحول ج ٢ ص ١٣٠.

(١٠٩) الشوكاني: إرشاد الفحول ج ٢ ص ١٣٠.

(١١٠) النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص ١٢٩.

(١١١) البيوي: مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص ٢٣٥.

(١١٢) يقول النجار: لم يهتم الأصوليون وعلماء المقاصد كثيراً بهذا الضرب من حفظ العقل، وأكثر ما انصب عليه اهتمامهم هو الحفظ المادي اقتصاداً في الأكثر على التمثيل بتحريم الخمر، وأما الحفظ المعنوي فنكاد لا نجد فيه إلا إشارات قليلة وإن كان الباحثون المحدثون بدؤوا يوجهون

(١٢٢) فؤاد زكريا: التفكير العلمي، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٧٨م، ص ٣١.

(١٢٣) رواه البخاري في كتاب العلم، باب من سمع شيئاً فراجع حتى يعرفه، حديث رقم ١٠٣.

(١٢٤) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الطبعة السلفية ١٤٠٧هـ-ج ١ ص ٢٣٨.

(١٢٥) رواه الإمام مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها .

(١٢٦) عبدالعزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ، ج ٢ ص ٢٧١.

(١٢٧) الماوردي: أدب الدين والدنيا ، ص ١٧.

(١٢٨) العقاد: التفكير فريضة إسلامية، ص ١١١.

(١٢٩) وردت وردت مشتقات مادة فكر في ثمانية عشر موضعاً في القرآن الكريم، كلها جاءت بصيغة الفعل تماماً كما هو العقل الذي لم يرد بصيغة الاسم أو المصدر.

(١٣٠) عطية: جمال الدين: تكامل طرق معرفة المقاصد : مقصد اعتبار العقل نموذجاً.

http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=٥٥٥:takamol

(١٣١) الماوردي: أدب الدين والدنيا ، ص ٢٠.

(١٣٢) الزمخشري: الكشاف ، ج ٢ ص ٢١ .

(١٣٣) عطية: جمال الدين: تكامل طرق معرفة المقاصد : مقصد اعتبار العقل نموذجاً.

http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=٥٥٥:takamol

أحكام دخول الرجال تخصص طب "النسائية والتوليد"

د. أسامة رضوان محمد الجوارنة*

د. ضرار مفضي بركات**

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/١/٣١م

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/٧/١٥م

الملخص

يعتبر تعلم الطب وممارسته من فروض الكفاية التي يتعين على فريق من الأمة القيام بها وإلا أثمرت جميعاً، وفي هذا البحث دراسة فقهية لظاهرة من واقع مجتمعاتنا الإسلامية، والتي قل من أصبح يعيرها الاهتمام، وهي (اختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب) فبمجرد أن ألم بأحدهم المرض ذهب إلى من يعالجه، من غير النظر في جنس المعالج، أو عقيدته وبالأخص دخول الرجل في تخصص "النسائية والتوليد" لاسيما وأن التطبيب كما هو معلوم يقتضي الفحص، والكشف عن العورات في بعض الأحيان، كما أن ذلك يتطلب النظر أو المس باليد، أو التصوير بالأشعة وغيره؛ لتشخيص المرض.

ومن وجه آخر: فإن القول بأن الطبابة بوجه عام داعياً للخروج من النطاق العام في الأحكام الشرعية عن العورة وتخطي حاجز الضرورة فيه نظر، لأن الذي جرى عليه الفقه والى الآن هو أن عورة الجنس على عكس جنسه لا تباح في العلاج إلا بضوابط مبناهـا "الضرورة" وبالتالي فإن مزاولـة الرجال لتخصص طب "النسائية والتوليد" مرهون بعدم وجود كوادـر طبية نسائية متخصصة تحسن القيام بمعالجة النساء على أكمل وجه، وبناءً عليه فإنه لما كان عدم الالتزام بما وضعه الفقهاء المتقدمين من قواعد شرعية سبيلاً لوجود المفاسد، كان درؤها أولى من جلب المصالح.. ولما كان الضرر لا يزال بضررٍ مثله: فإطلاق مداواة الرجل المرأة من غير العمل بتلك القواعد التي وضعها الفقهاء، هو عين الضرر، وهذا ما يقضي أن يكون مداواة الرجال النساء ليس على إطلاقها، والله تعالى أعلم وأحكم.

* أستاذ مساعد، جامعة البلقاء التطبيقية

** محاضر غير متفرغ، جامعة جدارا

Islamic Laws of Men's Study for Obstetrics and Gynaecology

D.r Osama Radwan Al-Jawarneh

D. r Dirar Muddi Barakat

Abstract

Studying and practicing medicine is a duty not incumbent on every individual Muslim in the Muslim community. Unless a group of the community learn and practice medicine, the whole community will be considered sinful. This paper is a jurisprudence study for a phenomenon taken from the Islamic community about which few people care. It is the difference in gender and faith in medical treatment. Once an individual gets sick he/she goes to someone for treatment ignoring the gender and faith of the therapist. This applies on men who study Obstetrics and Gynaecology. To be diagnosed, medical treatment includes examination of the patient and sometimes examining the genitals by viewing, touching or scanning .

On the other hand, medical treatment is a reason for going out of the general scope of the Shari'a provisions concerning revealing the genitals and skipping the barrier of necessity is questionable. According to Islamic jurisprudence revealing the private parts to the other gender is allowed within regulations which are based on necessity. Consequently, males' practice for obstetrics and Gynaecology is conditioned by the lack of skilful females who can do the job to the fullest .

Accordingly, it is because the lack of commitment to what jurists put forward on the rules of shari'a is a cause of corruption, avoiding such corruption is more appropriate than interests gained. And as mischief is not removed by such a mischief, allowing males to treat female patients without committing to the regulations put forward by the jurists is a complete mischief which necessitates regulations for males' treatment of females, God knows.

أهمية الموضوع:

يعتبر العمل الطبي من أشرف العلوم بعد علم الشريعة، لأنه سبيل للمحافظة على الصحة ووقايتها من الأمراض، وعلاجها بمختلف أنواع العلاج المباح فهو من باب الأخذ بالأسباب إلى جانب التوكل على الله تعالى الشافي من كل

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، القائل للشيء كن فيكون، مصرف الأسباب كيف شاء، والصلاة والسلام على نبي الهدى واليقين، خير المرسلين، نبينا محمد، وعلى من اهتدى بهداه إلى يوم الدين أما بعد:-

الأسقام، وهذا موافق للغاية التي تسعى الشريعة الإسلامية إلى تحقيقها، وهي المحافظة على النفس، التي هي من ضمن المقاصد الضرورية الواجب حفظها، ولما كانت الشريعة الإسلامية قائمة على جلب المصالح، ودرء المفاسد، ودفع الحرج والمشقة في التكاليف التي جاءت بها، فما كان منها إلا أن راعت حاجة الإنسان للتداوي والمعالجة، فحثت على تعلم الطب واستخدامه بما يحقق الغرض الأساس وهو حفظ النفس، غير أن الشريعة الإسلامية لم تترك الأمر على إطلاقه بل وضعت محاذير في المعالجة الطبية لاسيما في معالجة الرجل المرأة، وهذا ما ينساق على دخول الرجال تخصص طب "النسائية والتوليد" فهل يكون هذا على إطلاقه؟

وهنا تظهر أهمية البحث في هل يجوز دخول الرجل هذا التخصص مع وجود طبيبات متخصصات في هذا المجال؟

أسباب اختيار الموضوع:

١. الحاجة لمعرفة أحكام دخول الرجال تخصص طب "النسائية والتوليد".

٢. استشارة أهل العلم حول هذا الموضوع، وتأكيدهم على أهميته، إذ لم أجد حسب علمي وإطلاعي من أفرد أحكام مداواة الرجال النساء وبخاصة دخولهم تخصص طب النسائية والتوليد بصورة مستقلة على الوجه المطلوب.

٣. الرغبة في الكتابة بموضوع يحقق الفائدة العلمية والشرعية للمجتمع؛ نظراً لما يشتمل عليه هذا الموضوع من المسائل والقضايا المعاصرة والتجارب، والتي استفاد الباحث من دراستها كثيراً، سواء ببيانها أو بإفراها بحث مستقل.

منهج الدراسة:

لقد اتبعنا في هذه الدراسة المناهج الآتية:

أولاً: المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع النصوص القرآنية والنبوية المتعلقة بمجثبات الدراسة، وتتبع آراء بعض العلماء المعاصرين في موضوع دخول الرجل تخصص "النسائية والتوليد".

ثانياً: المنهج الاستنباطي: بمحاولة استنباط التكيف الشرعي والتأصل الفقهي لموضوع الدراسة من خلال نصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة.

ثالثاً: المنهج التحليلي: وذلك بمحاولة فهم الأدلة المتعلقة بموضوع المشروعية للعمل الطبي، والنظر في مسألة متغيرات الجنس والعقيدة (الدين) في مجال عمل الأطباء الرجال في تخصص التوليد والنسائية.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: مشروعية العمل الطبي، وأهمية الزيارة المتكررة لطبيب النسائية والتوليد وحكمها، وفيه مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالطب.

المطلب الثاني: نظرة الإسلام للعمل الطبي.

المطلب الثالث: الزيارة الدورية للحامل من الناحية الطبية.

المطلب الرابع: الحكم الفقهي للزيارة الدورية للحامل وتأصيلها الشرعي.

المبحث الثاني: اختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب، مدى شرعية تخصص الرجل في طب "النسائية والتوليد"، وفيه مطالب:

المطلب الأول: أحكام اختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب.

المطلب الثاني: أحكام العلاج المتعلقة باختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب.

المطلب الثالث: ما يستدعي للعمل الطبي في تخصص النسائية والتوليد.

المطلب الرابع: رأي بعض المعاصرين في دخول الرجل تخصص "النسائية والتوليد".

المطلب الخامس: مناقشة رأي من قال بدخول الرجل تخصص "النسائية والتوليد" على إطلاقه.

الخاتمة، التوصيات، قائمة الهوامش.

المبحث الأول مشروعية العمل الطبي وأهمية الزيارة المتكررة لطبيب النسائية والتوليد:

وفيه مطالب:

المطلب الأول التعريف بالطب:

يعرف الطب: بأنه العلم بالقوانين التي يتوصل بها إلى معرفة حالات الصحة والمرض وتأثير الأدوية^(١). ولقد رأيت أن من المناسب التعريف

ببعض المصطلحات الطبية لتكون على علم بما يراد منها أثناء البحث.

التداوي لغة: مصدر تداوى أي تعاطي الدواء، وأصله دوى يدوى أي مرض، و أدوى، فلان يدويه بمعنى: أمرضه وبمعنى عالج أيضاً فهي من الأضداد^(٢).

وعلى هذا فإن استعمال الفقهاء لكلمة التداوي لا يخرج عن هذا المعنى، ويبدو أن الصلة التي تجمع بين ما الاصطلاحين للتداوي، أنه يكون سبيل للشفاء وزوال المرض بإذن الله عز وجل، والطب في اللغة: علاج الجسم والنفس^(٣). المرض لغة: هو السقم، أي نقيض الصحة للإنسان والحيوان، والمرض أيضاً حالة خارجة عن الطبع ضارة بالفعل، قال ابن الأعرابي أصل المرض النقصان^(٤).

وفي اصطلاح الفقهاء: حالة غير طبيعية تصيب بدن الإنسان تكون بسببها الأفعال الطبيعية والنفسانية والحيوانية الغير السليمة.

وقيل إن المرض يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص الصحيح^(٥).

الألفاظ ذات الصلة بالموضوع:

الصحة: هي عبارة عن حالة طبيعية تجري الافتعال معها على المجرى الطبيعي، والرجل الصحيح البدن خلاف المريض الغير الصحيح البدن، وجمعه أصحاء^(٦).

الصحة التناسلية أو صحة التوالد:

عرفت منظمة الصحة العالمية الصحة التناسلية: بأنها الوصول إلى حال من اكتمال السلامة البدنية والنفسية والعقلية والاجتماعية في الأمور ذات العلاقة بوظائف الجهاز التناسلي وعملياته وليس الخلو من الأمراض أو الإعاقة فحسب، وهي تعدُّ جزءاً أساسياً من الصحة العامة وصحة المجتمع ، وتعكس المستوى الصحي للرجل والمرأة في سن التوالد^(١).

المطلب الثاني نظرة الإسلام للعمل الطبي:

يعتبر الإنسان حياً كان أم ميتاً محترم، فيحرم المساس به، أو الإضرار به من غير حق لأنه مكرم عند الله سبحانه وتعالى لقوله: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠]، وحرمت الشريعة قتله أو إلحاق الأذى به لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [البقرة: ١٧]، ولقد وصّلت الشريعة في مبلغ حرصها على حماية النفس الإنسانية إلى تقرير المسؤولية في حالة القتل أو الجرح الخطأ وما في حكمه ففرضت الدية على الجاني والكفارة على من قتل مؤمناً خطأ، وسنت الشريعة الأحكام الكفيلة بعدم ضياع حق المجني عليه^(٢).

وعلى الرغم من أن مبدأ حرمة جسم الإنسان يقضي حظر المساس به ، إلا أن ضرورة العلاج أو الحاجة إليه تبرر ما هو محظور شرعاً، فكان التصرف بجسم الإنسان من حيث تطبيقه وعلاجه

بالدواء أو الجراحة من الأمور المأمور بها من قبل الشرع حفظاً للنوع الإنساني وهذا يتطلب ممارسة الطب كطريق للعلاج^(٣)، وقد ثبت عن المصطفى ﷺ أنه قال: "تداووا عباد الله فإن الله تعالى ما خلق داء إلا وقد خلق له دواء ، إلا السام المهرم"^(٤)، لذلك فإن تعلم الطب وممارسته يعتبران فروض الكفاية التي يتعين على فريق من الأمة القيام بها وإلا أئمت جميعاً^(٥).

وقال الدكتور محمد بن عبد الجواد التتشة: إن نظرة الإسلام إلى التداوي والتوجيه الإسلامي في الخض عليه ، واعتبار الاشتغال به من فروض الكفاية التي تعلق بها مصالح دينية ودنيوية كثيرة لا يتنظم الأمر إلا بمصولها^(٦): لأن الطب سبيلٌ للمحافظة على النفس البشرية التي تعتبر أحد المصالح الخمس (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) التي من أجل صيانتها وضعت الأحكام الشرعية^(٧).

ولإزاء هذه القيمة العظمى والمسؤولية الكبرى للإنسان فإن الله تعالى قد سلح الإنسان بالمعرفة، لقوله تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي عَلَّمَ الْقُرْآنَ﴾ [الرحمن: ١-٤]، فمن هنا تتضح الصورة: إنسان كرمه، ثم حمله مسؤولية كبرى وهي حمل أمانة الله في الأرض ثم أعطاه الأساس وهو: العلم والمعرفة ، و علم الطب هو من أبرز وسائل المعرفة لحماية ذلك المخلوق الذي

كرمه الله لكي يؤدي رسالته على الأرض، فالطب ترجمة لحق البدن على صاحبه كما في قوله ﷺ: "إن لربك عليك حقاً، وإن لنفسك عليك حقاً"، والعلم الحق هو الذي يهدي إلى الإيمان، والأيمان هو الذي يعطي مجالا للعلم وهذا هو العلم الذي يُريده الإسلام علما في ظل الإيمان وفي خدمة مثله العليا وفي ذلك أشار القرآن الكريم: ﴿أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ﴾ [العلق: ١]، وهكذا طلب قراءة القرآن مقيدة بقيد خاص وهو أن تكون باسم الله، وبهذا تكون موجهة إلى الخير^(١٠).

والعلم له مكانته الخاصة لأنه لا يفيد صاحبه بل الناس جميعاً؛ لذلك يفض الإسلام طلب العلم على العبادة الغير المفروضة، فعن رسول الله ﷺ قال: "فضلُ العالمِ على العابدِ كفضلي على أدناكم"^(١١)، لذلك كان للعلوم التطبيقية مثل الطب مكانة رفيعة في الإسلام، ففي الآية الكريمة: ﴿وَمِنَ الْجِبَالِ جُدَدٌ بَيَضٌ وَحُمْرٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَانُهَا وَعَرَايِبُ سُودٌ﴾ [الناس: ١٧] وَمِنَ النَّاسِ وَالدَّوَابِّ وَأَلْأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ كَذَلِكَ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ ﴿[فاطر: ٢٧-٢٨]، فتكون خشية الله عائدة على العلماء المشتغلين بالعلوم التطبيقية التي وردة في الآية الكريمة مثل الجيولوجيا والطب والأحياء^(١٢).

والإسلام يحترم العمل المهني من أجل الكسب الحلال، فالرسول ﷺ قال: "إن أطيّب ما أكل الرجل من كسب يده"^(١٣).

والطب مهنة للكسب الحلال امتدحها النبي - ﷺ - "نعم العبد الحجام"^(١٤)، وورد أنه احتجم، وأعطى الحجام أجره^(١٥).

ولما كانت مهنة الطب عظيمة وخطرة بنفس الوقت وضع لها الإسلام آداب وصفات ينبغي على الطبيب أن يتحلّى بها ومنها: أن يكون تام الخلق، سليم القلب عفيف النظر، صادق للهجة، لا يخطر بباله شيء من أمور النساء التي يتم معالجتهم، وأن يكون كتوما للأسرار، وأن يكون مأمونا على الأرواح لا يصف دواء قاتلا، وأن يكون حريصا على التعليم والمبالغة في نفع النفس، وأن يكون تام الخلقة، صحيح الأعضاء، حسن الذكاء، وأن يكون حسن الملبس^(١٦).

المطلب الثالث أهمية الزيارة المتكررة لطبيب النسائية والتوليد وحكمها:

يُعتبر العلم الطبي من أشرف العلوم بعد علم الشريعة؛ نظرا للمقصد الذي يسعى إلى تحقيقه وهو الحفاظ على النفس ووقايتها من الأمراض، وهذا من جل اهتمامات الشريعة من حيث الحفاظ على المقاصد الخمسة الضرورية ومنها المحافظة على النفس، فما كان من الشريعة إلا أن جعلت للرأي الطبي دوراً في بناء الحكم الشرعي المتعلق بالمحافظة على النفس، وبناءً على هذا

سنبحث رأي أهل الطب في القضية، ومن ثم الرأي الفقهي.

فرع: حكم الزيارة الدورية للحامل من الناحية الطبية^(٣٧).

تستوجب العناية بالحامل في فترة الحمل الإشراف الطبي المستمر وتقديم العناية التمريضية الضرورية الكافية للحامل لسد حاجاتها النفسية والجسمية خلال تلك الفترة، والهدف من ذلك المحافظة على صحة الحامل ووقايتها من الإصابة ببعض المضاعفات التي قد تصاحب عملية الحمل أو اكتشاف تلك المضاعفات والأمراض في وقت مبكر ليتسنى علاجها قبل أن تتطور تلك المضاعفات بحيث تُهدد صحة الحامل وحياة جنينها، مع العلم بأن الحمل يعتبر من الناحية البايولوجية من أعظم الواجبات التي يقوم بها الجهاز التناسلي الأنثوي^(٣٨)، وأكبرها ولأن التغيرات الفسلجية العديدة التي تحدث في جسم الحامل خلال فترة الحمل تجعل الحدود بين الصحة والمرض غير واضحة^(٣٩).

ومن هنا فإن أي تغير يطرأ على وظائف الجسم وإن كان طفيفاً وغير ذي بال أو تأثير على المرأة غير الحامل يكون علامة خطيرة على الحامل فيهدد صحتها وصحة جنينها ويعرضهما للخطر؛ لذا كان من الواجب أن تكون الحامل وعائلتها تحت إشراف طبي مستمر طوال فترة الحمل والولادة والنفس^(٤٠).

ولا بد من أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقديم تلك العناية حاجات الحامل الجسمية والنفسية ويشمل ذلك إجراء الفحوصات الطبية المتنوعة للمرأة الحامل، ومن هذه الفحوصات ما يلي:

أ. الفحص العام: ويشمل الفحوصات المتعلقة بالوزن والطول وضغط الدم والصدر والقلب.
ب. الفحص المخبري: ويشمل فحص الدم وفحص إدرار البول^(٤١).

ج. الفحص التوليدي: تتم عملية هذا الفحص بما يلي:

١. جس البطن:

وفيه يتأكد الطبيب من عدم وجود أية الآم أو أورام في البطن كما بإمكانه إحساس الرحم فيما إذا كان الحمل بعد الشهر الثالث، فضلاً عن المعلومات التي يُحصل عليه من خلال هذا الجس، ومنها حجم الجنين ووضعيته ومدة الحمل.

٢. تسمع دقات قلب الجنين:-

تعتبر هذه المرحلة من العلامات الأساسية لتشخيص الحمل ومعرفة كون الجنين حياً ويمكن التعرف على سرعة دقات قلبه عن طريق التسمع إليها^(٤٢).

٣. الفحص المهبل:

إن الهدف من إجراء هذا الفحص كعملية^(٤٣)، هو اكتشاف أية تشوهات أو أمراض القناة المهبلية التي قد تسبب مضاعفات للحامل وخاصة عند الولادة، وإعطاء العلاج اللازم لها^(٤٤).

٤. تقدير قياسات الحوض من الداخل:-

يفحص الطبيب بأمراض (النسائية والتوليد) المهبل كخطوة سابقة؛ لمعرفة سعة الحوض وقياس زوايا الحوض الأمامي الخلفي ويقاس من الحدود الأمامية للارتفاق - ويتم أخذ هذه القياسات، والمهدف منها زيادة المعلومات حول هذه المرأة الحامل لاسيما وأنها قد سبق وأن واجهت مصاعب في أثناء الولادات السابقة لها^(٣٠).

٥. الفحص الداخلي:

يعتبر هذا الفحص ضرورياً في العادة وذلك للتأكد من حجم الرحم بالنسبة إلى فترة الحمل وكذلك للتأكد من عدم وجود أي أكياس و أورام في المبيضين^(٣١).

وبعد التعرف على هذه الفحوصات وأهميتها الضرورية بالنسبة للمرأة الحامل، نجد أن الكثير من الأطباء ينصحون بضرورة الزيارات الدورية للحامل كل شهر حتى الشهر الثامن، ثم كل أسبوعين حتى بداية الشهر التاسع، ثم كل أسبوع حتى نهاية الحمل يضاف إلى ذلك إجابات الطبيب عن أي استفسار تقدمه له الحامل ويقوم بانتظام بتسجيل، الوزن وضغط الدم وتطور نمو الرحم بالنسبة لفترة الحمل وقلب الجنين وحركته^(٣٢).

وعلى ذلك لابد من أن تُبين أهداف برامج رعاية الأمومة والطفولة^(٣٣):-

أ- بالنسبة للأم:

- المحافظة على صحة الأم الجسمية والعقلية والنفسية.
- تعليم الأم أصول رعاية الطفل.
- توفير جو صحي للولادة الأم تحت إشراف طبي.
- توفير جو صحي لولادة الأم طفلاً سليماً^(٣٤).
- ب- بالنسبة للطفل:
- توفير النمو الطبيعي للطفل .
- توفير العيش الصحي السليم للطفل .
- توفير الجو التربوي السليم للرعاية الصحية والعناية به عن طريق توعية بأصول الأم تربية الطفل والمحافظة على صحته بجميع أبعاده^(٣٥).

وعلى ضوء ما سبق نجد أن الرأي الطبي يحث وينصح بضرورة الزيارات الدورية للمرأة الحامل من بين حين وآخر إلى مراكز الأمومة والطفولة؛ لما في ذلك من فوائد جمة تعود على الأم وعلى الطفل وعلى الأسرة وعلى المجتمع ككل.

المطلب الرابع الحكم الفقهي للزيارة الدورية للحامل وتأسيسها الشرعي:

تعتبر المرأة والمرضع جزء ضعيف من أفراد المجتمع، يحتاج إلى رعاية به، باعتبار الصغار والرحمة بهم واجبة؛ لأنهم جزء ضعيف؛ ولأنهم عدة المستقبل ورجال وأمهات الغد، والأمر الذي لا بد منه لتدقيق الإنسانية واستمرار وجودها، والمرأة الحامل والمرأة الممرض هما شريان الحياة لهذا

الصغير، فالعناية بهما واجبة ، وباعتبار الإنسانية؛ لأن الحمل والرضاعة يحتاجان إلى مجهود كبير من المرأة، مجهود نفسي وصحي، فالآلام التي تقاسيها المرأة في الحمل والتربية، والعواطف المتضاربة نحو الوليد، والغذاء الذي تحتاجه للحفاظ على صحتها ولتمكين غذاء ولدها، فلزم العناية بها، ولا سيما أنه كلما ازدادت العناية بتحسين أوضاع المجتمع؛ لأن الأفراد جزء من المجتمع وكلما حسنت أوضاعهم الصحية والمادية والمعنوية والثقافية وغيرها كان ذلك سبباً في نموه ورفيه وتحسين حاله ؛ لأن المؤمن القوي أحب إلى الله من المؤمن الضعيف^(٣٦).

ولقد اهتم الإسلام بالحامل الموضع ونوه بالحالات التي تمر بها كل منهما، والآلام التي تقاسيه، فدعا إلى الاهتمام بها، وبين ما هو الواجب على أفراد المجتمع نحوهما، وأوضح ذلك في ما تقاسيه الحامل، قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ إِذَا لَدَىٰهُ حَمْلَتُهُ أُمُّهُ وَكَرَّهَا وَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ﴾ [لقمان: ١٤].

ومعنى الوهن الضعف، وحملته وهنا على وهن، أي ضعفاً على ضعف، ضعف الولد وضعف الأم، وذهب بعض المفسرين إلى أنها تعني شدة الجهد الذي تقاسيه المرأة الحامل^(٣٧).

وأيضاً في قوله تعالى ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَكَرَّهَا وَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ﴾ [الأحقاف: ١٥]

ومعنى الكره المشقة، والآية تُنوه بالمشقة والمتاعب التي تتجشهما الأم أثناء الحمل، وقال ابن كثير: "حملته أمه وهنا: أي قامت بسببه في حال حمله مشقة وتعباً من وهم وغشيان وثقل وكرب إلى غير ذلك مما تنال من التعب والمشقة، ووضعته كرها أي: بمشقة"^(٣٨)، والظاهر من هذه الآيات هو ضرورة العناية بالمرأة الحامل.

وبناءً على ذلك فإن للأم الحامل ظروف خاصة، ومعاملة خاصة ورعاية خاصة في أثناء مدة الحمل وما بعدها، ومن الأهمية أن تتردد الأم الحامل على مركز رعاية الأمومة والطفولة بصفة دورية، وتتبع التعليمات والإرشادات الصحية، ويجب أن يكفل الجميع لها الرعاية الصحية والنفسية^(٣٩).

كما قلنا سابقاً يُعتبر العلم الطبي من أشرف العلوم بعد علم الشريعة؛ لأنه سبيلٌ للمحافظة على الصحة ووقايتها من الأمراض، وعلاجها بمختلف أنواع العلاج المباح فهو من باب الأخذ بالأسباب إلى جانب التوكل على الله الشافي المعافي من كل سقم؛ وهذا كله مما هو موافق للغاية

التي تسعى الشريعة على تحقيقها، وهي المحافظة على النفس والتي هي من ضمن المقاصد الضرورية الواجب حفظها.

ولما كانت هنالك ضرورة لمراجعة المرأة الحامل لمراكز النسائية والتوليد، وكذلك مراكز الأمومة والطفولة لما في ذلك من النفع والدفع؛ أي أن مصلحة الحامل في ذلك والذي بدوره ينعكس إيجابيا على الجنين، وعلى الطفل بعد الولادة، وأما الدفع فيتمثل في دفع المفاصل والأمراض التي قد تصيبها هي وجنينها على حد سواء؛ ولما كان الإسلام يحرص كل الحرص على تكثير النسل وتقويته التقوية السليمة بعيدا عن الأمراض والآفات التي من شأنها أن تهدد لا أن تبني، وهذا الأمر من واجبات المسلم تجاه دينه ومجتمعه الإسلامي، ومن هنا وجب عليها المتابعة والزيارة؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب. وبناءً على هذا لزم مثل هذه الزيارات الدورية للمرأة، لكن السؤال هل هذه الزيارات والتي يُجيزها الإسلام هل هي على إطلاقها من غير قيود أم بقيود شرعية؟ ولا سيما أن الطرف الآخر المزار قد يكون رجل طيب فما الحكم؟

إن الجواب على مثل هذه الأسئلة يستلزم منا العودة إلى القواعد التي وضعها الفقهاء في مداواة الرجل المرأة والتي من أساسها الضرورة^(١)، ولكن لما أصبح هناك الكثير من الرجال من يزاولون

مثل هذه الأعمال في ميادين النسائية والتوليد وأن القانون يرخص لهم بذلك أن هذا التخصص الطبي لم يفرض عليهم بل ذهبوا إليه عن رضى وقناعة، لزم منا البت في هذه القضية، وفق ما وضعه الإسلام من مبادئ، ومن ذلك: - أن المسلم مطالب بالتحري في القبلة للصلاة إذا جهلها، وعلى هذا لا بد من أن يتحرى المسلم جنس الطبيب فلا يحق له أن يذهب بزوجه أو بمن يعول من أهله من النساء إلى رجل طيب مع وجود امرأة طيبة، وأيضا أن الإسلام منع الخلوة المحرمة لأنها مدعاة للزنا، ولما يذهب الرجل مع زوجته أو مع أحد محارمه إلى الطبيب فإن هذه الخلوة متفية تماما على أن لا يكون الفحص داخليا كالفحص المهبلي مثلا وغيره وهذا الكلام هو مبني على أقوال الفقهاء كما سيأتي بيانه في موضعه.

المبحث الثاني أحكام اختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب:

في هذا المطلب دراسة لظاهرة من واقع مجتمعاتنا الإسلامية، والتي قل من أصبح يعيرها الاهتمام، وهي (اختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب) .. فبمجرد أن ألم بأحدهم المرض ذهب إلى من يعالجه، من غير النظر في جنس المعالج، أو عقيدته.. لا سيما وأن التطبيب يقتضي الفحص، والكشف عن العورات في بعض الأحيان، كما أن ذلك يتطلب النظر أو المس باليد؛ لتشخيص

المرض...وعليه سيتم الحديث عن أحكام اختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب في مطالب:-

المطلب الأول اختلاف الجنس والعقيدة في التطبيب:

إن الأصل في معالجة أو مداواة الرجال النساء

والنساء الرجال المنع؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ

لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ

ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾ [النور:

٣٠]؛ وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر

المؤمنين بغض البصر والأمر يفيد الوجوب.

وفي السنة: ما رواه معقل بن يسار أن رسول

الله ﷺ قال: "لأن يطعن في رأس أحدكم

بمخيط^(١)، من حديد خير له من أن يمس امرأة لا

تحل له"^(٢).

وجه الدلالة: إن الرجل خير له أن يطعن

رأسه بإبرة من حديد بدلا من أن يمس بدن امرأة

لا تحل له، وكذلك العكس صحيح في جانب

المرأة.. وبهذا الصدد ذكر الفقهاء: إن مس البدن

أبلغ في اللذة وإثارة الشهوة من النظر، وإذا كان

يحرم على الرجل أن ينظر إلى جميع بدن المرأة

العجوز غير المشتبهة الأجنبية عنه لغير ضرورة، أو

حاجة فليس له أن يمس شيئا من بدن سدا

للذريعة إلى الفتنة وإثارة الشهوة، فلكل ساقطة

لاقطة.. وكما أن النظر إلى العورة حرام فاللمس

أولى"^(٣).

وعليه لما كان الأصل في معالجة الرجال النساء والنساء الرجال المنع سبيلاً للضيق والخرج على الناس في بعض الأحيان، وكان من مبادئ شريعتنا السمحة، رفع الضيق، والخرج؛ عملاً بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

وبغیرها من النصوص... كان للفقهاء

الاهتمام بقضية اختلاف الجنس في المعالجة أو

المداواة، فلقد أوجدوا ما كان سبيلاً لرفع الضيق

والخرج، على أساس مراعاة التفريق بين الأحوال

العادية، وغير العادية، التي لا حاجة فيها، فلقد

اتفق الفقهاء على تحريم معالجة النساء الرجال

والرجال النساء في غير الضرورة الداعية لذلك^(٤).

وستكون البداية في تقرير الفقهاء للحكم في قضية

اختلاف جنس المعالج، كما يلي:-

الفرع الأول تقرير الفقهاء للحكم في قضية

اختلاف جنس المعالج:

أ. حكم تطبيب المرأة الرجل:

إن من نعم الإسلام أن منح المرأة العمل في

مهنة الطب كغيرها من المهن التي تشكل دوراً

كبيراً في المجتمع الإسلامي.. وكان مما عرف

بالطب منذ عصر النبوة رُقيدة الأسلمية التي كانت

تداوي الجرحى، ومن الطبيبات أيضاً الرُّبَّيع بنت

مَعُوذ الأنصارية الصحابية، وكذلك أم سنان

وغيرهن كثيرات^(٥)، ولقد نص الفقهاء على ذلك

بقولهم: وإن لم يوجد من يطبه سوى امرأة فلها

نظر ما تدعو الحاجة إلى نظره حتى فرجيه،
وبحضرة محرم، أو زوج، أو امرأة ثقة^(٦).

واستدلوا على ذلك بحديث الربيع بنت معوذ
قالت: كنا عند النبي ﷺ نسقي ونداوي
الجرحي، ونرد القتلى^(٧)

ب. حكم تطيب الرجل المسلم للمرأة:

اتفق الفقهاء على جواز مداواة الرجل للمرأة
في حالة الضرورة فمنهم من اعتبر نظر الطبيب إلى
فرج المرأة عند المعالجة اشتداد الضرورة^(٨).

ومنهم من اعتبره تأكيد الحاجة، وفي نظر
الطبيب إلى الوجه والكفين من المريضة الأجنبية
عنه أدنى الحاجة واستدلوا على ذلك بما رواه
جابر رضي الله عنه، أن أم سلمة استأذنت رسول
الله (عليه السلام) في الحجامة، فأمر (عليه
السلام) أبا طيبة أن يحجمها^(٩).

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ أمر أبا طيبة أن
يحجم أم سلمة رضي الله عنها، فدل على جواز
مداواة الرجل للمرأة وإن كانت أجنبية عنه؛ ولأن
أقل درجات الأمر الجواز.

قال الخطيب الشربيني: اعلم أن ما تقدم من
حرمة النظر والمس، هو حيث لا حاجة إليهما
وأما عند الحاجة فالنظر والمس "مباحان لفصد،
وحجامة، وعلاج" ولو في فرج للحاجة الملجئة إلى
ذلك؛ لأن في التحريم حيث شذ حرجاً، فللرجل

مداواة المرأة وعكسه، وليكن ذلك بحضرة محرم،
أو زوج، أو امرأة ثقة^(١٠).

قال ابن مفلح: إن مرضت امرأة ولم يجد من
يطيبها، جاز له منها نظر ما تدعو إليه الحاجة حتى
الفرجين، وقال: وسئل الإمام أحمد عن وضع
الجبر^(١١) يده على المرأة للعلاج فقال: هذه
ضرورة، ولم ير بأساً، وسئل أيضاً عن الكحال^(١٢)،
يخلو بالمرأة، فقال: ليس هو على ظهر الطريق؟
قيل: نعم، قال: إنما الخلوة تكون في البيوت^(١٣).

ج. حكم التطيب مع اتفاق الجنس:

يجوز التطيب مع اتفاق الجنس، أي معالجة
الطبية المرأة، ومعالجة الطبيب الرجل، من باب
أولى؛ لأن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى
ذوات محارمه^(١٤)، بل ولأن نظرة الجنس إلى نفسه
من الجنس أخف^(١٥)، وليس نظر الرجل للرجل
كنظره للمرأة، والعكس صحيح.

الفرع الثاني اختلاف العقيدة في التطيب:

لقد كان من ضوابط الفقهاء في حال اختلاف
الجنس أو العقيدة في التطيب: أن لا يكون
الطبيب ذمياً مع وجود طبيب مسلم إلا إذا دعت
الحاجة لذلك، إلا أن هذا الضابط على خلاف
بين الفقهاء فمنهم جوزه، ومنهم من لم يمنع ذلك،
ولكنه اكتفى بالقول بالكراهة، وتقرير ذلك في
قولين للفقهاء كما يلي:-

القول الأول: جواز أن يستطب أهل الذمة بما لا
يتعلق بالدين، وهو قول الحنفية، والمالكية،

والشافعية، والحنابلة في رواية عندهم^(٥٦)، وحجتهم: أن ذلك نوع من الانتفاع بآثار الكفار والمنافقين في أمور الدنيا، وأن هذا جائز، كما يجوز السكنى في ديارهم، ولبس ثيابهم وسلاحهم، وكما تجوز معاملتهم على الأرض، كما عامل النبي ﷺ يهود خيبر، وأهل الكتاب فيهم المؤمن قال تعالى: ﴿وَمَنْ أَهْلَ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدُّ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدُّ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمَّتْ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾ [آل عمران: ٧٥]، ولهذا جاز اتئمان أحدهم على المال، وأن يستطب المسلم الكافر إذا كان ثقة، نص عليه الإمام أحمد وغيره إذ إن هذا من قبيل الانتفاع بخبرتهم فيما يعلمونه من أمر الدنيا، وهذا من قبيل الاتئمان؛ لأن كتبهم الطبية لم يكتبوها لشخص معين من المسلمين حتى يدخل فيها الخيانة أو لا يدخل، فهي مجرد انتفاع بآثارهم^(٥٧).

القول الثاني: القول بالكراهية، وهو رواية عن الإمام أحمد، فقد روي عنه أنه كره شرب دواء المشرك، وقال المروزي: كان يأمرني أن لا أشتري ما يصف له النصارى ولا يشرب من أدويتهم، و حجتهم: أن لا يؤمن أن يخلطوا بذلك شيئاً من النجاسات^(٥٨).

والراجح: إن الجمع ما بين القولين ممكن، فيحمل القول الأول عند وجود الثقة بهم، وأما القول الثاني فيحمل حال الشك في قلوبهم، لا سيما أن

الثقة بالكفار لا تُحمل على إطلاقاتها؛ لأنهم ملة لا يؤمن جانبهم وجحودهم للنبوة والرسالة هو خير دليل على ذلك، قال تعالى: ﴿وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَى حَتَّى تَبِيعَ مِلَّتَهُمْ﴾ [البقرة: ١٢٠]، فهم إن صدقوا مرة، كذبوا مائة مرة، فلا بد من التأكد مما يقولونه خاصة عند ما يشخصون حالة المريض المسلم، وعليه فانه لا يعالج عندهم إلا إذا دعت الحاجة لذلك^(٥٩).

مسألة هل يقدم الطبيب الذمي على المسلم فيما إذا كان أمهر منه؟

وللفقهاء في هذا قولان:

القول الأول: أن الذمي إذا كان أمهر من المسلم في مداواة المرأة قُدمَ عليه، وكذلك إذا وجد مسلم لا يرضى إلا بأكثر من أجرة المثل، وكافر يرضى بها قُدم على المسلم في مداواة المسلمة، ويمثله جمهور الفقهاء^(٦٠).

القول الثاني: ذهبوا إلى أنه لا يقدم الطبيب الذمي على المسلم، ويمثله الشافعية^(٦١).

والراجح: ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن من واجبات المسلم التحري في مثل هذه القضية؛ لكن ضمن ضوابط للتطبيق، كان يكون أميناً، خبيراً، ماهراً في مهنته، بعيداً عن التخمين، وعلى رأي الجمهور أيضاً أنه لو تركت المرأة المسلمة الطيبية المسلمة وذهبت لطبيب مسلم أو غير مسلم؛ لأنها مؤمنة صحيحاً عند أحدهم جاز، والله اعلم.

مسألة لوجود مسلم وطبيبة كافرة أيهما يُقدم؟
في هذا قولان للعلماء:

أحدهما: أن الطبيبة الكافرة تقدم على الطبيب المسلم^(٣٧)

الثاني: المنع من أن تطب ذمية مسلمة أو تقلبها عند الولادة في غير الضرورة^(٣٨).

والراجح: أن تقديم الطبيبة الكافرة؛ لأن نظر الجنس إلى نفس الجنس أخف، وفي الغالب لا يؤمن منه الفتنة، والله تعالى أعلم.

وبناء على ما تقدم فإن الفقهاء قالوا: يجوز تطيب الرجل المرأة والعكس، عند توفر -الضرورة- وسببها: (أن يخشى على المريض أو المريضة من الهلاك، أو الضرر الذي يلحق بمنفعة من منافع الجسم) فمتى وجد السبب كان التطيب والمعالجة مع اختلاف الجنس والعقيدة، جائزاً شرعاً، لكن ضمن ضوابط شرعية، وضعها الفقهاء لا مجال للتساهل بها، أو تركها؛ خشية الوقوع في الحرام، ومنها ما يلي:-

١. أن لا يوجد البديل المباح والموافق لجنس المريض وعقيدته.

٢. أن تتم المعالجة بحضور محرم، أو زوج، أو امرأة ثقة.

٣. الاقتصار في الكشف على قدر الحاجة.

٤. أن لا يكون الطبيب المعالج ذمياً مع وجود مسلم.

٥. أن يكون الطبيب ثقة يؤمن جانبته.

وعليه فإنه متى وجدت تلك الضوابط التي وضعها الفقهاء، لا يكون هناك مانع أو حرج من التطيب، لكن هل للمريض أو المريضة الامتناع عن العلاج، الذي سيقدمه المعالج الطبيب أو الطبيبة، والذي يختلف عنهم سواء بالجنس أو العقيدة؟^(٣٩)

المطلب الثاني أحوال العلاج المتعلقة باختلاف الجنس والعقيدة في التطيب:

إن من بين الأسباب التي يمتنع فيها المريض عن العلاج اختلاف جنس المعالج وعقيدته، كما أن المقصود من امتناع المريض أو المريضة عن العلاج، هو عدم الذهاب للطبيب أو الطبيبة؛ لوصف العلاج الذي يسبقه فحص وكشف عن العضو المصاب، وهو ما يقتضي النظر والمس باليد، وسواء كان المعالج طبيباً مسلماً أو العكس، أو طبيبة مسلمة، أو العكس، كما أن امتناع المريض المسلم أو المريضة المسلمة عن العلاج لا يخلو من جانبين:-

الأول العلاج في الأحوال العادية:-

لقد سبق الكلام أن الأصل في المعالجة في حال اختلاف جنس المعالج وعقيدته عن جنس المريض المسلم أو المريضة المسلمة، المنع والتحريم، وأنه لم تجز المعالجة إلا استثناء من ذلك الأصل؛ لرفع الضيق والحرج بعدم وجود البديل المناسب لجنس المريض وعقيدته.. وعليه فإنه تحرم المعالجة،

ويجب الامتناع عن العلاج، متى فقدت المعالجة سببها الشرعي..

الثاني العلاج في الأحوال غير العادية:-

قد يمتنع المريض أو المريضة عن العلاج، من خلال عدم الذهاب للمعالج للكشف والفحص الطبي، ولا يخلو امتناعهما من أمرين، وهما:-
الأول: من حيث وقوع خطر الامتناع أو عدم وقوعه:-

١. إذا لم يكن في الامتناع خطر على حياة الممتنع وسلامته، فانه يجوز له الامتناع، ولا يأنم بامتناعه، حتى وان وجدت الحاجة العلاجية، بأن لم يجد من يطيه، كالطبيب المسلم، وهذا يكون تبعاً لنوعية المرض بأن كان خفيفاً وداخلياً في قدرة التحمل والصبر عليه، وغير مؤدٍ إلى تأثيرات جانبية على صحة الجسم، وأعضائه، وكذلك الحال بالنسبة للممتنعة المريضة.. ومن هذه الأمراض، كمثل: أمراض العيون، ووجع الأسنان، والزكام^(٣٥).

٢. إذا كان في الامتناع خطراً على حياة الممتنع، فانه يحرم عليه الامتناع ويكون أثماً؛ لاسيما إذا كان المرض شديداً، ولا يقوى على تحمله، وله تأثيراته على صحة الممتنع من جراء الامتناع، كمثل الأمراض التي تحتاج إلى عمليات جراحية مستعجلة، فانه يحرم الامتناع عنها، ويجب العلاج، بغض النظر عن جنس المعالج وعقيدته ؛ لأن مصلحة النفس بالعافية والسلامة أعظم وأكمل،

من الامتناع في حال اختلاف الممتنع عن المعالج في الجنس، أو العقيدة^(٣٦).

ولأن الممتنع قد تعاطى السبب الموجب لهلاكه، وقد حرم الله تعالى ذلك السبب، ومن الأدلة على ذلك: فقال سبحانه: ﴿وَلَا تَقُواْ يَـٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِلَىٰ ذَٰلِكَ عَلَىٰ ذَٰلِكَ: فَقَالَ سُبْحَانَهُ﴾ ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [البقرة: ١٩٥] وقال: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا﴾ [النساء: ٢٩].

والنصوص في ذلك كثيرة من الكتاب، والسنة، والقواعد الفقهية الحاكمة، ومنها: "الضرر يزال".

وكذلك مراعاة المقاصد الضرورية الشرعية الكبرى، ضرورة حفظ الدين، والنفس، والعرض، والعقل، والمال^(٣٧).

الثاني: الضرورة تقدر بقدرها في الأحوال غير العادية^(٣٨):-

إن الأصل في بعض المحرمات كاكل الميتة وغيرها مما يقوم مقامها، كمثل اختلاف جنس المعالج وعقيدته، الامتناع عنها وجوباً، لكن استثنيت من ذلك ما خرج مخرج الضرورة الشرعية، والتي تقدر بقدرها، عملاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣].

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة وغيرها تنفي الإثم عن المضطر، والذي ينبغي أن يكون غير باغ ولا عاد في اضطرابه، بحيث يكشف عن العضو المصاب المراد معالجته، بقدر الحاجة، ويستمر ما عداه.

وبهذا الصدد يقول السرخسي: "وإن لم يجدوا امرأة تداوي تلك القرحة ولم يقدروا على امرأة تعلم ذلك إذا علمت وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع لا تحتمله فلا بأس أن يستروا منها كل شيء إلا موضع تلك القرحة ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع؛ لأن نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ فيعتبر فيه تحقق الضرورة، وذلك لخوف الهلاك عليها، وعند ذلك لا يباح إلا بقدر ما ترتفع الضرورة به"^(٣٧).

وقال الخطيب الشربيني: "ومنه ما لو أمكن الطبيب معرفة العلة بالمس دون النظر، فإنه يباح المس لا النظر"^(٣٨)، وكذلك العكس بالنظر من غير مس، كما أن كل ما يقدر بقدره يعتبر من القضايا المهمة، التي يجب مراعاتها في المعالجة الطبية.

المطلب الثالث ما يستدعي للعمل الطبي في تخصص "النسائية والتوليد":

أحياناً يستدعي العمل الطبي إلى الفحص والكشف عن العورة في بعض مهماته، لاسيما في بعض الأمراض التناسلية أو المسالك البولية، أو عند الكشف المتعلق بالولادة^(٣٩)، وقد يُكشف عن

عورة المريض من أجل تصوير المنطقة المراد تصويرها بالأشعة، كما أن التصوير بالأشعة يستلزم أحيانا حقن المريض بالصبغة التي تساعد على وضوح الصورة والأفلام، والتي يتم حقنها عن طريق القبل أو الدبر كما هو المتبع في تشخيص بعض الأمراض الجراحية المتعلقة بالمسالك البولية، والجهاز الهضمي^(٤٠)، وكذلك تصوير الرحم بالأشعة أثناء تحري أسباب العقم عند النساء^(٤١).

ولقد سبق الكلام على أن الفقهاء أجمعوا على أن الأصل في المعالجة مع اختلاف الجنس محرمة؛ لأن العمل الطبي يقتضي: نظر الطبيب، ومس العضو المصاب وغيره؛ لتشخيص المرض، وقد جعلوا هذه المعالجة ضمن الحاجة والضرورة العلاجية: أن يخشى على المرأة من الهلاك أو حدوث البلاء الذي لا تحتمله إن لم تعالج وأن لا يوجد امرأة تطيبها، أو أنها وجدت ولكن لا تحسن ذلك، بل وعلى الطبيب أن يعلم تلك المرأة كيف تطيب المرأة المريضة، وإن علاجها لا بد من وجود محرم أو امرأة ثقة كما قال: بعضهم^(٤٢).

وبهذا الصدد قال: الخطيب الشربيني: "أعلم أن ما تقدم من حرمة النظر والمس هو حيث لا حاجة إليهما وأما عند الحاجة فالنظر والمس "مباحان لفصد، وحجامة، وعلاج" ولو في فرج للحاجة الملجئة إلى ذلك؛ لأن في التحريم حيثئذ

حرجاً، فللرجل مداواة المرأة وعكسه، وليكن ذلك بحضرة محرم، أو زوج، أو امرأة ثقة^(٥٥).

كما تبين سابقاً أن الفقهاء علقوا جواز المعالجة بوجود الضرورة: عدم وجود طبية تحسن معالجة المرأة المريضة، لكن هل (الضرورة) في عصرنا الحاضر موجودة لاسيما في ظل وجود كوادرات طبية نسائية أكثر؟ وبمعنى آخر: هل يحق للطبيب

المسلم أن يعالج المرأة المريضة مع وجود غيره من الطبييات اللواتي يقمن بذلك؟ أو بمعنى آخر: هل يحق له أن يدخل مجال تطبيب "النسائية والتوليد"؟

الجواب: إن وجود البديل المباح يمنع وجود الضرورة، وهذا ما نفهمه من أقوال الفقهاء: بأن لا يوجد من يطبها من النساء، وعليه فانه بناء على كلامهم فانه لا يجوز للرجل أن يدخل تخصص النسائية والتوليد؛ لأن الأمر متف تماماً اليوم، فلقد أصبح هناك طبييات نسائية أكثر ومسلّمات في كافة المراكز والمستشفيات الطبية، سواء كانت حكومية أم خاصة، والتعليم لمن تتوفر بكل راحة ويسر، فهل مع ذلك يوجد ضرورة، بل ومع زيارات المرأة الحامل المتكررة للطبيب، هل هي مبنية على الضرورة؟

المطلب الرابع رأي بعض المعاصرين في دخول الرجل تخصص "النسائية والتوليد":

وعلى الرغم مما تقدم من تحليل لكلام الفقهاء المتقدمين حول (الضرورة) يمنع الطبيب المسلم من، إلا أن هناك رأياً معاصراً يقول: بجواز دخول

الرجل المسلم تخصص: (النسائية والتوليد)، وهو رأي د. حسان حنحو، فلقد جعل أمر العلاج أمراً ضرورياً مطلقاً؛ لأن العلاج هو استثناء من القاعدة العامة: بمعنى أنه بمجرد دخول الطالب الطب أو الطالبة إلى كلية الطب يخرج من النطاق العام في الأحكام الشرعية عن العورة، ويتخطى حاجز الضرورة^(٥٦).

ولقد فصل رأيه واستدل بأدلة متعددة نقلية، وعقلية منها:-

أولاً: استدلل لرأيه بفعل الصحاحيات رضي الله عنهن في الحرب بما يلي:-

- ما روي عن الربيع بنت معوذ قالت: "كنا مع النبي (عليه السلام) نسقي ونداوي الجرحى ونرد القتلى إلى المدينة"^(٥٧)

- وما روي أن أم عطية رضي الله عنها قالت: "غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات، أخلفهم في رحالهم وأصنع لهم الطعام وأداوي الجرحى وأقوم على المرضى"^(٥٨).

وجه الدلالة: إن السلاح الطبي لجيش رسول الله ﷺ مكون من طائفة من السيدات المؤمنات ذوات البصيرة بالتطبيب، فإذا سقط الجريح حملنه وطبن جراحه في أي مكان من جسمه، وأن هذا الأمر استقر منذ بدر وأحد دون أن يثير جدالاً أو خلافاً، بناء على أن العلاج أمر ضرورة، وبالتالي بين التشريع أحكام العورات في الرجال والنساء فلقد كان جلياً أن داعي العلاج هو استثناء من

القاعدة العامة، ولم يجدوا في هذا الاستثناء حرجاً ولا غضاضة ولا مجافاة للدين فلم يصبروا أن يعملوه مجالاً للحرج أو الاحتجاج، فالحاجة للطبيب متوفرة في كل مقام يحتاج فيه إلى الطبابة^(٨٢).

ثانياً: استدلل أيضاً بأقوال الفقهاء في جواز التداوي في حالة الضرورة، والحاجة^(٨٣).

وقال: إن فريقاً من المسلمين يقفون موقف القلق على تعبير "الضرورة" أو "إذا لم يوجد من يعالجها غير رجل" أو "الحاجة" وما إلى ذلك، فإن هذه التحفظات لا تقتصر على العمل في التوليد والأمراض النسائية فقط، وإنما تشمل الأعمال الطبية بعمامة، كما وأن الفقه جرى حتى الآن على أن تظل عورة الرجل حراماً على الرجل والمرأة - وتظل عورة المرأة حراماً على الرجل والمرأة كليهما - وهذا التحريم لا ينحسر إلا في شأن الطبابة، وطالما توفر هذا الشرط، أي الحاجة الطبية وتوفرت تقوى الله وصلاح النية فلا بأس ولا إثم^(٨٤).

ثالثاً: أدلته العقلية، كما يلي:-

١- قال: الحق أن الأمر يلتبس على بعض الأخوة المسلمين فيعبرون عن قلقهم من ذلك في حقل أمراض النساء والتوليد بالذات، ولكن الناظر إلى المهنة الطبية نظرة البصير، والناظر إلى الشريعة الإسلامية نظرة البصير كذلك، يستطيع

أن يجد في كل ما يرفع عنه إصر ذلك الحرج، ذلك بأن المرأة كلها عورة إلا وجهها وكفيها فإن تركنا تخصص أمراض النساء والتوليد جانباً فماذا عن الباطني الذي يفحص الصدر والبطن والظهر والأطراف، وماذا عن الجراح الذي قد يتناول الثديين بالجس والحس ليطمئن إلى خلوهما من ورمة قد تكون سرطانية، وقال: ما الفرق فيما تقع عليه العين بين البواسير أو النواسير في الشرج وعملية رتق العجان الممزق^(٨٥) بعد الولادة؟ وقال والحق أن في العمل الطبي اعتبارات لا تكمن إلا فيه^(٨٦).

٢- وقال: إن الطبيب ينظر إلى الجسم نظرة المهندس إلى البناء أو الميكانيكي إلى الماكينة، ولا يعود البصر - ولا يترجم الجسم إلى فتنة أو عورة أو غواية أو إغراء كما هو الحال خارج الممارسة الطبية، وعملية إعداد الشاب أو الفتاة ليكونا طبيباً وطبيبة تسبكهما في هذا القالب الحرفي الذي قد لا يراه من لم يكن من أهل المهنة، يبدأ ذلك من أول الطريق خلال دراسة تشريح جسم الإنسان وتركيبه ووظائف أعضائه وتداخل هذه الوظائف واشتباكها، ولو صحب هذا الإعداد تركية للإيمان والتقوى وتنشئته على الخلق القيم لأعدمت تلك النماذج الشاذة والنادرة والخارجة، ومن هنا جعلت المهنة الطبية من ركائز دستورها أن يفحص الطبيب لمريض من الجنس الآخر لا بد من

حضور طرف ثالث من المهنة الطبية هو العادة ممرضة أو مثلها^(٨٦).

٣- إن الاستثناء يبدأ بدخول الطالب كلية الطب من اليوم الأول؛ لأن عملية إعداد الطبيب أو الطبيبة توجب أن يطلع كل منهما على عورة جنس الآخر من البداية وهنا لن يكون هناك أطباء من الرجال إذا حذف جسم المرأة كله أو بعضه عن مقررات الدراسة، ولن تتكون طبيبات من النساء إذا حذف جسم الرجل كله أو بعضه من مقررات الدراسة- إذ إن طبيعة الدراسة تجعل ذلك مُحالاً، ولا يكون التخصص في فرع من فروع الطب إلا من بعد الدراسة العامة الشاملة، فالتخصص يفرض معرفة عامة بالكل يتلوها تعمق في أحد الأبواب، وإلا كان المتخصص كالناظر من ثقب المفتاح لا ينظر إلا لجزء من صورة لا يدري ما حوله وما سبقه^(٨٧).

٤- إن إعداد الأطباء واجب شرعي، للقاعدة الفقهية الشرعية: ((ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب))، فيكون الاطلاع على العورات جائزاً في التداوي^(٨٨).

٥- إن العمل في هذا التخصص من أشق الأعمال في الحقل الطبي، إن لم يكن من أشقها على الإطلاق، فهو من أنواع الجراحة التي قد تدعو لاتخاذ أخطر القرارات في لحظات من الزمان وتنفيذها في حسم وسرعة وجراحة لا يؤثر في ذلك نوم ولا يقظة ولا ساعات عمل طوال

في الليل أو النهار، فيحتاج إلى العزم الأكيد والجسم الحديد والنشاط والدقة والجراحة وأهل المهنة يعلمون أن هذا الطراز غير متوفر لدى النساء، ولا سيما أنهن يبذلن تضحية غير هينة من راحتهم في رعاية أطفالهن وبيوتهن وأنفسهن وليس الأغلب من النساء على هذا الاستعداد^(٨٩).

وأخيراً: الرد على من يعترض على دخول الرجل تخصص النسائية والتوليد: قدم د. حسان حتوت بعض الردود في ذلك منها:

١- قال: "نعود للرأي المنادي بقصر العمل في التوليد والأمراض النسائية على النساء دون غيرهن؟ فنرى أنه كان الأولى هو قصر علاج النساء على الطبيبات وقصر علاج الرجال على الأطباء في كافة فروع الطب من جراحة أو صدرية أو قلبية أو باطنية أو غدية أو جلدية أو مفصلية أو أشعة أو عصبية أو سوى كل هذه الفروع قد يقتضي معاينة عورة المرأة في أي موضع من جسمها بغير استبعاد موضع معين، وقال: ما العمل في هذه القضية هل نوزع العمل الطبي كل حسب جنسه فالأطباء للرجال والطبيبات للنساء؟".

وقال: "إن هذا غير عملي وغير منطقي؛ لأن الطبيبات في أي تخصص طبي وحتى بغير تخصص طبي لن ينهضن بالقيام بعبء علاج

النساء ، والنساء نصف المجتمع، ولا يطمح تخطيط طبي في أن يكون نصف القوة في كل تخصص طبي من النساء، وقال نود أن نصصح النظرة الخارجة عن الوسط الطبي من تخصص التوليد والنسائية خاصة وأن الأكثر يرون أن هذا التخصص لا يتجه إليه إلا المرأة بحكم أنوثتها - ولسنا هنا نعي القباله العادية أو تدير أمر الولادات الطبيعية، فهذا أمر تقوم به القابات والمولدات من أفراد الهيئة التمريضية سواء في المستشفيات أو مراكز التوليد وهو أمر معمول به بالفعل من زمان، وإنما موضع الحاجة إلى الطبيب المختص عند ما يكون الأمر خارج النطاق السوي أو يتعسر أو يتفاقم أو تعثره الطوارئ والمضاعفات للوالدة»^(٨٨).

٢- وقال: قد يقول قائل: أنه لا يستدعى الطبيب المختص إلا إذا تأزم الموقف وتفاقم الحالة وأوشكت أن تؤدي بحياة المريضة إلى المهالك، وهذه الضرورة الواضحة التي تسمح بها الشريعة ويقرها الدين؟ وقال: أحسب هذا مصادفة هوى في نفس الطبيب المختص فالطبيب الكبير يجب أن يدعى إلى الأمر الكبير وإلا أهدر وقته على الغث دون السمين من القضايا؛ ولكن كيف تأتي لهذا الطبيب الكبير مقامه وما توفر له من خبرة ومران ودراية يسوس بها المواقف الصعبة إلا مروراً بما

دونها وتدرجاً في السهل ثم الأصعب...؟ وهل يبلغ القمة إلا من مر بالسهل وما فوقه؟^(٨٩).
وخلاصة كلام د. حسان حثوت:

أن الطب مستثنى من القاعدة العامة (التحريم) بناء على فعل الصحابييات رضي الله عنهن في الغزو، وأن الطبابة أمر واجب وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وأن الاستثناء (الضرورة) في الطبابة يبدأ من أول يوم يدخل الطالب أو الطالبة إلى كلية الطب، وأن عملية الطبابة من أشق الأعمال وقد لا يكون لها من المقدرة الحقيقية والكفاءة الفعلية ما يجعلها تسير بنجاح.

المطلب الخامس مناقشة رأي بعض المعاصرين في دخول الرجل لدراسة تخصص "طب النسائية والتوليد" والعمل به:

إن القول بأن الطبابة بوجه عام داع للخروج من النطاق العام في الأحكام الشرعية عن العورة وتخطي حاجز الضرورة فيه نظر، ويجاب عليه بما يلي:-

أولاً: إن ما أورده من أحاديث لا تسعفه في الاستدلال على رأيه؛ لأن غاية ما في الأمر أن النبي ﷺ كان يستعين بالنساء في مغازيه للطب وغيره في القتال، ثم إن ما ذكره من أنهن كن إذا سقط جريح حملنه وطبن جراحه في أي مكان من جسمه، فإنه لا يدل على عدم وجود ضوابط، إذ

إن انشغال الرجال والخوف على حياة الجريح يُعتبر ضابطاً^(٩).

ثانياً: إن ما استدل به من أقوال الفقهاء في محلها إذ إن مداواة الرجل المرأة مستثنى من القاعدة العامة وهي (التحريم) بناء على وجود سبب الضرورة.

ثالثاً: مناقشة ما استدل به من أدلة عقلية: -

١. أما ما احتج به من اختلاف نظرة الطبيب إلى الجسم عن باقي الناس؛ فهذا غير مسلم به؛ لأنه من غير الممكن تعميمها فهي غير منضبطة بحيث يصلح بناء الحكم عليها، وإلا كيف يرغب الطبيب في الزواج وبعدها في زوجته إن كانت هذه النظرة منه للجسم مطردة^(١٠).

٢. قوله: بأن نظرة الطبيب كنظرة المهندس إلى البناء أو الميكانيكي: استدلال في غير محله، إذ إنه لا يلزم من أن تكون النظرة متماثلة؛ فنظرة المهندس: أمر محتم في كل الأحوال: العادية وغير العادية؛ لأنه مسؤول عن أي خلل في البناء الذي يسكنه كثير من الناس، وهذا خلاف نظرة الطبيب في مداواة المرأة، فهي في أصلها لم تجز إلا في الأحوال غير العادية كالضرورة.

وأما ما قاله من تزكية النفس ليس لدى الطبيب فحسب بل يكون واجباً على كل مسلم، لكن ماذا نقول للطبيب الذي درس في بلاد الغرب وقد اعتاد على الحرية ألا أخلاقية؟ وأما ما قاله من إحضار طرف ثالث عند المعالجة بالإضافة إلى

المحرم، هذا صحيح فهو من ضوابط جواز المعالجة، لأمن الفتنة والوقوع بالحرام، وعليه فانه لا يلزم من كون الفعل صحيحاً من أنه مباح على إطلاقه.

٣. نحن نعلم أن من مستلزمات الدراسة الطبية معرفة جسم الإنسان تركيباً وتحليلاً وتشريحاً ذكرًا كان أم أنثى؛ لأن الطب هو علم ومجال من مجالات علوم الصحة لكن هل مكان الاستثناء في الطبابة غير الضرورة؟ وهل تعتبر الاستعانة بأطباء في تخصص (النسائية والتوليد) عند الحاجة إغلاقاً لذلك التخصص؟ وهل في تحضير نسوة طبيبات على مستوى كبير من الكفاءة والخبرة ووضعهن في ذلك التخصص مشكلة؟ أيضاً ألا يعتبر حرج النساء مهماً في هذه القضية، لا سيما وأن المرأة قد تجد حرجاً في ذكر ما تشكو منه أمام امرأة، فما بالك في ذكر ذلك أمام الرجل الطبيب؟ أيضاً ألا يعتبر الخوف على حياة المرأة في ذلك، لا سيما وأن المرأة لها دور فعال في بناء المجتمع، في تقدمه وانحطاطه.

٤. قوله: إن المرأة ليس لها القدرة على تحمل ما هو شاق بكونها أما فلن تنجح في تخصص النسائية والتوليد: يمكن مناقشته بالقول بأن المرأة لها من الكفاءة والعلم والقدرة الجسمية على الخوض بمثل هذا التخصص، مع مراعاة التوازن بين الأسرة والعمل، إذ تعطي المرأة الطبية كلاً منهما حقه من غير إفراط أو تفريط.

وابها: مناقشة ما طرحه الدكتور حتوت من أسئلة، والرد عليها بما يلي:-

١. إن تشبيهه مداواة الرجل المرأة في أمراض النسائية والتوليد كفرع من الفروع الطبية بغيرها من الفروع الأخرى، تشبيه في غير محله؛ لأنه بمثابة تشبيه شيء معلوم بشيء غير معلوم! فالشيء المعلوم: هو أن الأصل في تلك المداواة التحريم في غير الأحوال العادية، وربما الشيء غير المعلوم: هو أن من الفقهاء المتقدمين كمثل ابن عابدين: فقد أطلق نظرة الطبيب في سائر الجسد، إلا الفرج فقد اشترط فيه تعذر المرأة، إن كانت المريضة امرأة^(٩٢).

٢. قوله بأن الطبيب لا تحصل له الخبرة من جراء استدعائه عند الضرورة، وهذا استدلال قوي؛ لأن الإنسان لا يولد عالماً بل كل علومه مكتسبة فما عليه إلا أن ينميها بالتواصل مع المعرفة باستمرار؛ لكن الذي جرى عليه الفقه في هذه القضية وإلى الآن هو أن عورة الجنس على عكس جنسه لا تكون في العلاج إلا بضوابط مبنية على سبب الضرورة كان لم تكن هناك طيبة أو أنها وجدت لكنها لا تحسن التطيب، وعليه فإن الشرع أوجب تلك الضرورة في مزاوله العمل الطبي؛ لأن الشارع إذا أوجب شيئاً تضمن ذلك إيجاب ما يتوقف عليه وهذا ما هو عليه الفقهاء رحمهم الله وكذلك الباحثون المعاصرون^(٩٣).

لذا فإن إذن الشرع في المعالجة الطبية ومزاولة الطبيب لعمله يُعد معياراً أساسياً؛ لأنه ينشأ له الرخصة، كاستثناء من المحظور لا يستطيع في الأصل استعمالها على الجسم إلا بتوفر إذن الشرع.

وبناءً عليه فإنه لما كان عدم الالتزام بما وضعه الفقهاء المتقدمون من قواعد شرعية سبباً لوجود المفاسد، كان درؤها أولى من جلب المصالح.. ولما كان الضرر لا يزال بضررٍ مثله: فإطلاق مداواة الرجل المرأة من غير العمل بتلك القواعد التي وضعها الفقهاء، هو عين الضرر، كان رأيهم، هو الراجح: وهو ما يقضي كون مداواة الرجال النساء ليس على إطلاقه.

كما أن رأي الدكتور حسان حتوت شخصي، فإن تعلم الطب وممارسته من حيث أصله من فروض الكفاية، والقول بحكم المعالجة: الوجوب، لأن الطب متعين لحفظ الصحة وعافيتها فوجب على الطبيب أن لا يمتنع عن المعالجة، إلا أن هذا لا يمنع الطبيب المسلم الملتزم عن الامتناع عن العمل الطبي، لاسيما إذا كان عمله مرهوناً بعدم وجود كواد طيبة نسائية متخصصة، وتحسن القيام بمعالجة النساء على أكمل وجه، وعليه فإن الباحث يرى عدم جواز دخول الطبيب الرجل تخصص: النسائية والتوليد على وجه التحديد، لاسيما إن المريضة قد تخرج

من أن تذكر عما تعاني منه وخاصة إذا كان من الأمور الداخلية والشخصية التي تتحرج من ذكرها أمام امرأة مثلها فما بالك إذا كان هذا أمام رجل من غير جنسها، والله تعالى أعلم.
فرع: رأي دائرة الإفتاء العام في المملكة الأردنية الهاشمية:-

بعد هذا رأينا أنه لا تكتمل الصورة إلا بعد الرجوع إلى بعض الفتاوى الصادرة في موضوع بحثنا من خلال مجلس الإفتاء العام، ومنها:-
الفتوى الأولى:

اسم المفتي: لجنة الإفتاء ومراجعة سماحة المفتي العام السابق الدكتور نوح علي سلمان
 الموضوع: هل يجوز للذكر أن يتخصص في طب النسائية والتوليد؟

السؤال: هل يجوز للطبيب الذكر المسلم الاختصاص في تخصص النسائية والتوليد عموماً، وهل يجوز التخصص في النسائية والتوليد إذا كان المستشفى أو المؤسسة التي يعمل بها تريد أن تبعث أطباء نسائية إلى مناطق نائية، وتحتاج إلى أطباء ذكور مسلمين؟

الجواب: الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، لقد أباح الشرع التداوي حال المرض وحث عليه، وقد أدرج الفقهاء تعلم الطب والتخصص في علومه ضمن فروض الكفاية، ووضع الشرع مجموعة من الضوابط والقيود التي ينبغي مراعاتها عند الأطباء، ومنها:-

أنه حدد عورة كل من الرجل والمرأة، وبين أنه لا يجوز للرجل أن يطلع على عورة المرأة الأجنبية أو يمسه؛ لما في ذلك من خرق لتعاليم الشرع، واعتداء على الحياء والخلق القويم، قال النبي ﷺ: (لَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ إِلَى عَوْرَةِ الرَّجُلِ وَلَا الْمَرْأَةُ إِلَى عَوْرَةِ الْمَرْأَةِ) رواه مسلم (رقم/٣٣٨).

فالأصل أن النظر إلى العورات ومسها حرام إلا إذا دعت الضرورة لذلك، فأباح الإسلام النظر واللمس لضرورة العلاج، على أنه لا يجوز بحال تجاوز حدود الضرورة، إذ الضرورة تقدر بقدرها.

وبناء على ما سبق: فإن الأصل أن لا تعالج المرأة إلا امرأة مثلها، ونحن في بلاد المسلمين - والله الحمد - لدينا الكثير من الطبيبات المسلمات المتقنات اللواتي يسقط بهن فرض الكفاية، ويقمن بعملهن على أكمل وجه، لذا نرى أن الأحوط للرجال أن يتخصصوا في غير التخصصات النسائية، أما إن فقدت الطبيبة المسلمة، ووقعت الضرورة لأن يعالج المرأة طبيب ذكر، فيجب مراعاة وجود امرأة أو محرم عند الكشف على المريضة، مع جعل تقوى الله وغض البصر وعدم اللمس إلا الحاجة في الاعتبار الأول.

كما لا يخفى أن التعلم شيء، ومباشرة العلاج شيء آخر، وأن التعلم لا بد له من ممارسة على يدي خير، فإذا أتقن هذا العلم طبيب: عُرِضَت الحالات العادية على طبيبة تتولاها، ويتولى

الطبيب الاختصاصي الحالات الصعبة. والله تعالى أعلم^(٩).

الفتوى الثانية:

اسم المفتي: لجنة الإفتاء

الموضوع: لا يحل توليد المرأة عند الطبيب الذكر إلا عند الضرورة.

السؤال: زوجتي حامل، وأنا متنفع طيباً - بحكم الوظيفة التي أعمل بها - بالمستشفى العام الذي يغطيه تأميني الطبي، ويعمل فيه أطباء مسلمون ونصارى ذكورا وإناثا، لا أستطيع أن أختار من يعالج زوجتي من الأطباء، هل يجوز أن تلد زوجتي في هذا المستشفى، علماً بأن الطبيب المناوب هو من يقوم بالإشراف على الولادة، وهم يتغيرون يومياً، وقد يكون الطبيب المناوب ذكراً أو أنثى، مسلماً أو غير مسلم، إلا أن النظام المتبع في المستشفى أن لا يقوم الطبيب بالكشف على المرأة إلا بوجود ممرضة أنثى، وهم يلتزمون بهذا الشرط؟

الجواب: الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، الأصل أنه لا يحل للرجل النظر إلى عورة المرأة الأجنبية فضلاً عن لمسها، وإجراء عمليات الولادة تشملها هذه القاعدة، بل هي أولى، لما في عملية الولادة من اطلاع على العورة المغلظة التي ينبغي أن يتشدد الناس في صيانتها، كما قال الخطيب الشربيني رحمه الله: "يعتبر في

النظر إلى السواتين مزيد تأكد الحاجة انتهى من "مغني المحتاج" (٢١٦/٤).

فلا يحل للمرأة التساهل في هذا الموضوع، والذهاب إلى أطباء التوليد الذكور إلا في حالة الحاجة أو الضرورة، كأن لا تجد من الطبييات من تشرف على توليدها، أو تصعب حالتها فتضطر إلى الذهاب إلى أقرب مستشفى، أو تضطر إلى إجراء بعض العمليات الجراحية التي يندر فيها المتخصصون من الإناث، ونحو ذلك من الأعذار الطبية.

أما في الأحوال العادية فلا يجوز للمرأة الذهاب للتوليد في المستشفى الذي تتعرض فيه لاطلاع الأطباء الذكور، وقد سبق تأكيد ذلك في موقعنا في الفتوى رقم: (٩٢٥).

وقد وسع الله سبحانه وتعالى على المسلمين في هذا الزمان، فثمة من المستشفيات والمراكز الصحية ومراكز التوليد التي يشرف عليها الطبييات المتخصصات، ويأجور مقبولة متيسرة، ينبغي على الزوج أن يحرص على الانتفاع بها، والمراجعة بزوجه فيها، فإن عجز بسبب ضيق ذات اليد فلا حرج عليه أن يتنفذ بالمستشفى العام المؤمن فيه، على أن يجتهد في طلب إشراف الطبيية المختصة ما أمكن. والله أعلم^(١٠).

الخلاصة والنتائج:-

لقد توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:-

١. يعتبر تعلم الطب وممارسته من فروض الكفاية التي يتعين على فريق من الأمة القيام بها وإلا أثمرت جميعاً، كما يعتبر العمل الطبي من أشرف العلوم بعد علم الشريعة، لأنه سبيل للمحافظة على الصحة ووقايتها من الأمراض، وعلاجها بمختلف أنواع العلاج المباح فهو من باب الأخذ بالأسباب إلى جانب التوكل على الله تعالى الشافي من كل الأسقام، وهذا موافق للغاية التي تسعى الشريعة الإسلامية إلى تحقيقها، وهي المحافظة على النفس، التي هي من ضمن المقاصد الضرورية الواجب حفظها.

٢. إن القول بأن الطبابة بوجه عام داعية للخروج من النطاق العام في الأحكام الشرعية عن العورة وتخطي حاجز الضرورة فيه نظر، لأن الذي جرى عليه الفقه والى الآن هو أن عورة الجنس على عكس جنسه لا تباح في العلاج إلا بضوابط مبنها "الضرورة" ومن هذه الضوابط ما يلي:

أ. أن لا يوجد طيبة تعالج المرأة الحامل مثلاً.
ب. الاختصار في الكشف على موضع الحاجة.
ج. أن تتم المعالجة بوجود محرم أو امرأة ثقة.
د. أن لا يكون الطبيب المعالج ذمياً مع وجود مسلم.

هـ. أن يكون الطبيب ثقة يؤمن بجانبه.

أيضاً نجد أن المسلم مطالب بالتحري جنس الطبيب، فلا يحق له أن يذهب بزوجه أو بمن يعول من أهله من النساء إلى رجل طيب مع وجود امرأة طيبة متخصصة.

٤. أيضاً لربما القول أنه ليس بالضرورة من أن يكون الرجل طيب نسائية أو توليد؛ لأن المرأة أصبح لها من الكفاءة والعلم والقدرة الجسمية على الخوض بمثل هذا التخصص، لاسيما وأنها قادرة على الخوض بما هو أصعب من هذا التخصص: كالجراحة القلبية والقرنية على سبيل المثال، وهو من الأمور التي تحتاج إلى تمام الدقة والضبط والتأني، فضلاً عن ذلك بحاجة إلى جهد كبير إذ أن الجراحة من التخصصات الصعبة والحساسية، فمن هنا ندحض ما ذهب إليه الرأي المجيز على ذلك الأساس، وذلك من خلال قوله بأن المرأة ليس لها القدرة على تحمل ما هو شاق، وأنها بكونها أم لأن تنجح في تخصص النسائية والتوليد.

٥. ضرورة تحكيم القواعد الشرعية الفقهية في هذا المجال، ضبطاً للأحكام الشرعية من التلاعب:-
ومن هذه القواعد: ((الضرورات تبيح المحظورات)) و((الضرورة تقدر بقدرها)) و((الحاجة تنزل منزلة الضرورة عند الاقتضاء عامة وخاصة))، ثم تطبيق القواعد التي تعيد الحكم الأصلي إلى ما كان عليه ومنها: ((ما جاز لعذر بطل بزواله)) و((إذا زال المانع عاد الممنوع))

و((إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق))
وغيرها من القواعد في ذات المجال.

٦. ضرورة تحكيم المقاصد الضرورية الخمسة الكبرى المتمثلة بالمحافظة على تلك الضروريات الخمس بحسب سلم الأولويات، ومراعاة مكانة حفظ النفس منها، وهذه الضروريات الخمس هي على النحو الآتي: حفظ الدين، ثم النفس، ثم العرض، ثم العقل، ثم المال.

التوصيات:-

١. نوصي الحكومة ممثلة بوزارة الصحة بضرورة إنشاء وتأسيس مستشفيات حكومية تشرف عليها متخصصة في مجال "طب النسائية والتوليد" يشرف عليها كادر من الطبيبات الماهرات في هذا المجال، ونظرا لضيق ذات اليد، فإننا نوصي بإفراد جناح خاص من مستشفيات الحكومة لهذا الغرض، تطبيقا للقاعدة الشرعية: ((ما لا يدرك كله لا يترك جله)).

٢. نوصي أهل العلم والاختصاص الشرعي بضرورة عدم التجرؤ على الفتيا في القضايا العلمية والطبية، إلا بعد سؤال أهل الاختصاص في هذه المجالات العلمية والطبية، تطبيقا للقاعدة الشرعية: ((الحكم على الشيء فرع عن تصوره)).

الهوامش:

- (١) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ج٣٦، ص٣٥٤.
(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج٢، ص٣٠٩.

(٣) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج٣٦، ص٣٥٥.

(٤) الفيروزيادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧، ج١، ص١٦٥٦.

(٥) الفيومي، المصباح المنير، ج١، ص٢٧٨.

(٦) الموسوعة الفقهية، ج٣٦، ص٣٥٣.

(٧) د. ناصر بوكلي حسن، الصحة التناسلية النسائية (المفهوم الوقاية- العلاج)، ص١٥.

(٨) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ج١- ص١١، وأنظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧- ص٣٠٨. الجوارنة، أسامة رضوان محمد، المؤيدات التشريعية في النظام الجنائي الإسلامي، رسالة دكتوراه نوقشت بتاريخ ٢٧-١٠-٢٠١٣، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ص ٣٤-٤٢.

(٩) جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٨٩.

(١٠) البخاري، أبي عبد الله بن اسماعيل، صحيح البخاري، ط١، دار الجليل، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، الأدب المفرد، ص٤٤ باب حسن الخلق، ومستند أحمد: ج٤- ٢٧٨، وأبو داود: ج١٠- ص٣٣٤-٣٣٥ رقم ٣٨٧، الطب (الرجل يتداوى).

(١١) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط٢، القاهرة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص٣١-٣٢، وأنظر: محمد حسين مخلوف، فتاوى شرعية وبحوث إسلامية، ج١- ص٣٦٠.

(١٢) المسائل الطبية المستجدة: ج١- ٣٩.

(١٣) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط٢، القاهرة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص٢٣. الجوارنة، أسامة رضوان محمد، المؤيدات التشريعية في النظام الجنائي الإسلامي، رسالة دكتوراه نوقشت بتاريخ ٢٧-١٠-٢٠١٣، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ص ٣٤-٤٢.

(١٤) البخاري، صحيح البخاري، ج٣، ص٦٩٣.

(١٥) الجوارنة، أسامة رضوان - العياصرة، محمد نايف - الشرفين، يوسف عبد الله - الجراح، فاطمة ناصر: تفعيل دور مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الصحة النفسية والعقلية، المجلة العلمية - كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين، دمياط الجديدة، العدد ٣، نوفمبر ٢٠١٥، المجلد ٢، ص ٧٨٩-٨٤٨.

- و جريدة **الرأي** : العدد ١٢٤٥٨، السبت ٣٠/١٠/٢٠٠٤، مقال بعنوان **"نظرة الإسلام للطب"** كُتبه الدكتور إبراهيم الصياد.
- (١٦) **صحيح الجامع**: الترمذي، ح ٤٢١٣، وصححه الألباني في مشكاة المصابيح: ح ٢١٣، وانظر: **رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين**: النووي: طبعة منقحة ومعلق عليها، ص ٣٤٤.
- (١٧) مقال الدكتور الصياد: **حول نظر الإسلام للطب**.
- (١٨) محمد بن إسحاق بن خزيمة، أبو بكر السلمي النيسابوري، **صحيح ابن خزيمة**: ج ١، ص ٧٢، وانظر: النووي، يحيى بن شرف الدين، **رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين**، ط ١، القاهرة، مكتبة الصفا، ١٤٢٢هـ تعليق: محمد ناصر الالباني، ومحمد بن صالح العثيمين، ص ٣٤٤.
- (١٩) محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، **المستدرک علی الصحيحین**، ج ٤، ص ٢٥٣، رقم الحديث ٧٤٨٣.
- (٢٠) **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، الهيثمي، ج ٣، ص ١٧٠، رقم الحديث ٥٢٢٠.
- (٢١) **الطبيب المسلم وأخلاقيات المهنة**: ص ١٠٦، **وإعداد الطبيب المسلم للرعاية الصحية**: ص ٢٧٨. عيبري، مريزن سعيد مريزن، **تعليم الطب في المشرق الإسلامي (نظمه ومنهجه)**، ١٤١٢هـ، ص ١٦-٢٥، د. محمود التسيمي، الطب في الإسلام، ص ١٤.
- (٢٢) إن التعرف على الحكم يستوجب منا أن نحدد ماهية الزيارة أو الدافع من ورائها، وهي إما أن تكون المرأة حامل وإما أنها غير حامل إلا أنها تشعر بالألم أو يمرض ألم بها، وعلى هذا سنبحث قضية زيارات المرأة الحامل المتكررة للطبيب النسائية والتوليد: نظرا لكثرة زيارتها.
- (٢٣) يتكون الجهاز التناسلي الأنثوي من: المبيضين والبوقين والرحم والمهبل والفرج، أنظر: د. ناصر بوكلي حسن، **الصحة التناسلية النسائية**، ص ٢١.
- (٢٤) —بديعة محمد نجيب وأخريات، **تمريض النساء والتوليد**، ص ٩٣.
- (٢٥) —المرجع السابق: وفي نفس الصفحة.
- (٢٦) —أبازة، نائل، **المرشد الطبي الحديث للحمل والولادة**، عضو الكلية الملكية لأمراض النسائية والتوليد (لندن)، مركز الكتب الأردني، عمان، الأردن، ١٩٨٨م، ص ٢١.
- (٢٧) بديعة محمد نجيب وأخريات، **تمريض النسائية والتوليد**: ص ١٠٦.
- (٢٨) تتم عملي الفحص المهبلي من خلال: إدخال الإصبعين الأول والثاني من اليد اليمنى في المهبل بعد ليس الكفوف المعقمة وبعد طمسهما ببرهم معقم يتم هذا الإدخال، على أن لا يلمس هذان الإصبعان الشفرين أو منطقة الشرج لكي لا يتلوثا بالجرائهم، ومن خلا هذا الإدخال يتم الحصول على المعلومات المطلوبة —أو بواسطة ملقط خاص للتأكد من سلامة عنق الرحم وعدم وجود أية التهابات أو قرح: أنظر بديعة محمد، **تمريض النسائية والتوليد**، ص ١٠٦، وأنظر د. نائل أبازة، **المرشد الطبي الحديث للحمل والولادة**، ص ٢١.
- (٢٩) بديعة، محمد، **تمريض النسائية والتوليد**: ص ١٠٦.
- (٣٠) المرجع السابق: ص ١٠٦.
- (٣١) نائل أبازة، **المرشد الطبي الحديث للحمل والولادة**: ص ٢١.
- (٣٢) المرجع السابق: ص ٢٥.
- (٣٣) في عام ١٩٥٤م تم تأسيس أول مركز للأمومة والطفولة في مدينة عمان، وفي سنة ١٩٥٦م تم إنشاء خدمات خاصة للولادات والزيارات البيئية للنساء المسجلات في مراكز الأمومة والطفولة —أنظر د. نائل أبازة، عبد الرحمن النجار، **صحة الطفل وتغذيته**، ص ٢٣.
- (٣٤) أنظر ما يتضمن جوانب رعاية الأم بأصولها الصحية السليمة.
- (٣٥) النجار، عبد الرحمن، **صحة الطفل وتغذيته**، دار الفكر، عمان، ١٩٩٠م، ص ٢٣.
- (٣٦) الحياط، عبد العزيز، **المجتمع المتكافل في الإسلام**، ط ٣، دار السلام، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ص ١١٢-١١٣.
- (٣٧) الجصاص، أحمد بن علي الرازي، **تفسير الجصاص**: ج ٣، ص ٤٣٣.
- (٣٨) ابن كثير، **تفسير ابن كثير**: ج ٤، ص ١٥٧.
- (٣٩) عوض، أحمد عبده، الرودي، حسني، **الزواج بين الدين والطب**: مركز الكتاب للنشر، القاهرة، ط ١، ص ٢١٦، وأنظر:

إعداد الطبيب للرعاية الصحية الشاملة: ص ١٢٨. أبو غده، عبد

الستار، **بحوث في الفقه الطبي والصحة النفسية من منظور**

إسلامي، دار الأقصى، ٦٠-٦٣، ط ١، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

(٤٠) أنظر أحكام وشروط وأدلة مشروعية الضرورة المعتبرة

شرعا من خلال - المعيني، محمد سعود: **النظرية العامة للضرورة**

في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط (بلا)، ص ١٠-٣٠.

وملخصها: أن للضرورة المعتبرة شرعا صور ثلاث هي :-

الإضطراب، والإكراه، والطوارئ، ولها ركن واحد هو : الإلجاء،

ولها شروط سبعة، مرتبطة بسبعة متعلقات هي :-

- متعلق الزمن: قائمة، حالة، غير محتملة.

- الحالة: منطقة لا يخرج آخرها (معينة).

- متعلق المقدار: مساوية للضرورة، وتقدر بقدرها.

- متعلق الفائدة: مثمر للنتيجة، والفعل أقل خطرا من النتيجة

المحتملة.

- متعلق الإرادة: طارئ، عارض، ليس لإرادته دخل بإحداث

الضرورة.

- متعلق المشروعية : أي أن يعود الخطر على أحد الضرورات

الخمس.

- متعلق التوازن : محقق للعدالة - في العقود - إذا كان فسخ

العقد ضرورة تحقيق العدالة والتوازن.

وللضرورة أدلة كثيرة تدل على مشروعيتها من الكتاب والسنة

وآثار الصحابة :-

أما من القرآن قول تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) و

إلا ما اضطررت إليه) و (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان

). ومن السنة النبوية قوله عليه السلام للرجل الذي سأله عن متى

تقل لنا الميتة إذا كنا بأرض أصابتنا بها خمصة، قال: متى لم

تصطبحو أو تغتبقوا أو تجدوا بقلًا فشأنكم بها) بمعنى: يساح إذا

بلغوا حدا يخشون به على أنفسهم. وقال عليه السلام لعمار: إن

عادوا فعد) فخصص للمضطر كلمة الكفر على اللسان مع

اطمئنان القلب بالإيمان.

أما من آثار الصحابة الكرام: فلم يرق عمر بن الخطاب رضي الله

عنه حد السرقة عام المجاعة نظراً لاضطرار السارق لذلك _ وقال

علي رضي الله عنه : لا طلاق لمكره. أنظر : المعيني، محمد سعود:

النظرية العامة للضرورة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ١٠ -

٣٠ بتصرف كبير.

(٤١) المخطط: هي الإبرة التي يخاط بها الثوب وغيره، أنظر:

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، دار

نهضة مصر للطبع والنشر، الفجالة، القاهرة، ج ١، ص ١٩٦.

(٤٢) الهيثمي، مجمع الزوائد: ج ٥، ١٥٧، وقال: قال: الطبراني

ورجاله رجال الصحيح.

(٤٣) محمد بن أحمد الرملي، **نهاية المحتاج**، ج ٦، ص ١٩٥. - ابن

قدامة، المغني، ج ٢، ص ٣١٤.

(٤٤) السرخسي، شمس الدين، **المبسوط**، ط ٢، دار المعرفة،

بيروت، لبنان، ج ٧، ص ٦١٢. - ابن نجيم، **الاشباه والنظائر**،

ج ١، ص ٩٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦- ٢٩٦٢.

الشربيني، **مغني المحتاج**، ج ٣، ص ١٢٣. - ابن حجر، **فتح**

الباري، ج ١، ص ٣٤١. - ابن مفلح، **الآداب الشرعية**، ج ٢،

ص ٤٦٤- ٤٦٥. .. الشوكاني، محمد بن علي، **نيل الأوطار شرح**

متن الأخبار، مكتبة دار التراث، القاهرة، ج ٢، ص ٦٩. - ابن

مفتاح، **شرح الأزهار**، مكتبة اليمن، صنعاء، د. ط، ج ٤، ص

١١٤.

(٤٥) ابن الجوزي، غريب الحديث، ج ٢، ص ٢٨٢.

(٤٦) ابن مفلح، أبي عبد الله محمد بن مفلح، **الآداب الشرعية في**

المنع المرمية، مطبعة المنار، القاهرة، تحقيق: محمد رشيد رضا،

١٩٢٩م، ج ٢، ص ٤٦٤، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج ٣، ص ١٢٣.

(٤٧) البخاري، **صحيح البخاري**، (باب مداواة النساء الجرحى

في الغزو)، ج ٣، ص ١٠٥٦، رقم (٢٧٢٦).

(٤٨) ابن عابدين، **رد المختار على الدر المختار**، ج ٣، ص ١٦١. -

أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج ٣، ص ٤٤١.

(٤٩) الرملي، محمد بن أحمد (المعروف بالشافعي الصغير)، **نهاية**

المحتاج إلى شرح المنهاج، ط (بلا)، المكتبة الإسلامية، ج ٦،

ص ١٩٥. - ابن قدامة المقدسي، **المغني**، ط ٢، هجر، القاهرة،

١٤١٣هـ - ١٩٩٢م، ج ٧، ص ٢٢. مسلم، ابن الحجاج أبو

الحسين القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، دار إحياء التراث

العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (باب لكل داء

دواء واستجاب التدوي)، ج ٤، ص ١٧٣٠، رقم

- الحديث (٢٢٠٦).
- (٥٠) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٢٣.
- (٥١) الجبر في العصر القديم وفي الحديث هو طبيب اختصاصي العظام، أنظر: حسني الرودي، إعداد الطبيب المسلم للرعاية الصحية الشاملة، إصدارات مركز بحوث العلوم التطبيقية والهندسية، مكة المكرمة، د. ط، ١٤١٦ هـ، ص ١٤ بتصرف.
- (٥٢) الكحال: هو الآن طبيب العيون، أنظر: حسني الرودي، إعداد الطبيب المسلم للرعاية الصحية الشاملة، د. ط، ١٤١٦ هـ، ص ١٤ بتصرف.
- (٥٣) ابن مفلح، الأدب الشرعية، ج ٢، ص ٤٦٤-٤٦٥.
- (٥٤) السرخسي، المبسوط، ج ٧، ص ٦١٢.
- (٥٥) المرجع السابق: ج ١٠، ص ١٥٦.
- (٥٦) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج ٢، ص ١١٨.
- أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج ٣، ص ٤٧١، الرملي، نهاية المحتاج، ج ٦، ص ٢٩٥ - ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٨٢.
- (٥٧) ابن تيمية، أحمد بن سلام، الفتاوى الكبرى، مطابع الرياض، الرياض، ط ١٣٨٢ هـ، ج ٤، ص ١١٤-١١٥.
- (٥٨) ابن مفلح، الأدب الشرعية، ج ٢، ص ٤٦٣.
- (٥٩) يراجع في ذلك بحث: الجوارنة، أسامة رضوان - العياصرة، محمد نايف - الشرفين، يوسف عبد الله - الجراح، فاطمة ناصر: تشغيل دور مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الصحة النفسية والعقلية، المجلة العلمية - كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنين، دماط الجديدة، العدد ٣، نوفمبر ٢٠١٥، المجلد ٢، ص ٨٤٨-٧٨٩.
- (٦٠) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج ٢، ص ١١٨. أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج ٣، ص ٤٧١ - ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٨٢.
- (٦١) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٢٣-١٣٣.
- (٦٢) المرجع السابق.
- (٦٣) ابن مفلح، الأدب الشرعية، ج ٢، ص ٤٦٢.
- (٦٤) سيأتي الحديث عن هذه الضوابط، عند الحديث عن قضية هل للرجل أن يصبح طبيب نسائية وتوليد؟ لا سيما مع وجود طبيبات متخصصات في هذا المجال؟
- (٦٥) لحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال: رسول الله ﷺ ما من أحد إلا وفي رأسه عرق من الجذام تنعز فإذا هاج سلط الله عليه الزكام فلا تدأوا له. الحاكم: المستدرک علی الصحيحین، (كتاب الطب) ج ٤، ص ٤٥٦، رقم الحديث (٨٢٦٢). وقد في ذلك ما شبهه من الأمراض، كمثل: المغص والإسهال.. وغيرها مما لا يغلب عليه وجود خطر أو ضرر، والتي تعرف بالتجربة غالباً.
- (٦٦) أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط ٢، القاهرة، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، ج ١، ص ٨١ بتصرف.
- (٦٧) الجوارنة، أسامة رضوان محمد، المؤيدات التشريعية في النظام الجنائي الإسلامي، رسالة دكتوراه نوقشت بتاريخ ٢٧-١٠-٢٠١٣، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، ص ٣٤-٤٢.
- (٦٨) الندوي، علي أحمد: القواعد الفقهية، مفهومها نشأتها تطورها، دار القلم، دمشق، ص ١٠٠، ط ٧، ١٤٢٨-٢٠٠٧ م.
- (٦٩) السرخسي، المبسوط، ج ١٠، ص ١٥٧.
- (٧٠) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٣٣.
- (٧١) السيد جودة، الموسوعة الطبية الاجتماعية للأسرة العربية، مكتبة الجامعة الأردنية، ص ٧٦-٢٠٩.
- (٧٢) المرجع السابق: ص ١٦٢-١٦٣.
- (٧٣) سيرو فاخوري، العقم عند الرجال والنساء (أسبابه ومشكلاته)، دار العلم للملايين، د. ط، ١٩٨٨ م، ص ٣٢٣.
- (٧٤) الإجماع هو ظاهر من كلامهم إذ علقوا جواز معالجة الرجل المرأة وجود الضرورة والحاجة. أنظر: السرخسي، شمس الدين، المبسوط، ط ٢، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج ١٠، ص ١٥٧. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ج ٦، ص ٢٩٦٢. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ج ١، ص ٩٧ - أبي يوسف القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من معاني وأسانيده، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٦ م، تحقيق: سعيد أحمد، ج ١، ص ١٦٣. النووي، أبي زكريا، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ٧، ص ٢٩. ابن حجر، فتح

نوح علي سلمان، الموضوع: هل يجوز للذكر أن يتخصص في طب النسائية والتوليد؟ رقم الفتوى: ٩٢٥، التاريخ: ٢٢-٠٨-٢٠١٠، التصنيف: الطب والتداوي، نوع الفتوى: بحثية.

(٩٥) لجنة الإفتاء، الموضوع: لا يحل توليد المرأة عند الطبيب الذكر إلا عند الضرورة، رقم الفتوى: ١٨٦، التاريخ: ١٩-٠٦-٢٠١١، التصنيف: الطب والتداوي، نوع الفتوى: بحثية.

الباري، ج ١٠، ص ١٩٧، ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٢٢- ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٨م، تحقيق: الدكتور عبد البنداري، ج ١٠، ص ٢٢. الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٢، ص ٦٩. ابن مفتاح، شرح الأزهاري، ج ٤، ص ١١٤.

(٧٥) الشريفي، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م، ج ٣، ص ١٢٣.

(٧٦) د. حسان حنوت، طبائ إسلامية، عالم الكتب، القاهرة، ط ١، ١٩٨٨م، ص ١١٧.

(٧٧) الأثر صحيح، وقد سبق تخريجه.

(٧٨) مسلم: صحيح مسلم، (باب النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم والنهي عن قتل صبيان أهل الحرب) ج ٣، ص ١٤٤٤، رقم (١٨١٢).

(٧٩) د. حسان حنوت، طبائ إسلامية، ص ١١٧.

(٨٠) هي أقوال للفقهاء المتقدمين تفيد بأن المعالجة لا تكون إلا إذا وجد سبب الضرورة لا مجال لإعادة ذكرها تجنباً للتكرار.

(٨١) د. حنوت، طبائ إسلامية، ص ١١٨.

(٨٢) هي عملية جراحية تكون في الجهاز الأنثوي.

(٨٣) حنوت، طبائ إسلامية، ص ١١٨.

(٨٤) المرجع السابق، ص ١١٩.

(٨٥) المرجع السابق، ص ١١٨.

(٨٦) المرجع السابق، ص ١٢٣. و الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، ص ١٠٦.

(٨٧) حنوت، طبائ إسلامية، ص ١٢٥.

(٨٨) المرجع السابق: ص ١٢٥-١٢٦.

(٨٩) حسان حنوت، طبائ إسلامية، ص ١٢٦.

(٩٠) الشنّة، محمد بن جواد حجازي، المسائل الطبية المستجدة، ج ١، ص ١٣٧.

(٩١) المرجع السابق.

(٩٢) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج ٦، ص ٣٧١.

(٩٣) محمد بن جواد حجازي الشنّة، المسائل الطبية المستجدة، ج ١، ص ١٣٧.

(٩٤) لجنة الإفتاء ومراجعة سماحة المفتي العام السابق الدكتور

تحقيق مخطوطة المسائل المشكلات مع جوابهن في القراءات
تأليف: عبد القدوس بن عمر بن سفري بن محمد الشهير والده بابن السفري الغزي الشافعي
(ت ٥٨٨١هـ)

د. إيتهاج راضي عبد الرحمن*

تاريخ قبول البحث: ٢٨/٨/٢٠١٩م

تاريخ وصول البحث: ٦/٩/٢٠١٨م

الملخص

هذه رسالة مختصرة للإمام عبد القدوس بن عمر بن سفري بن محمد الشهير والده بابن السفري الغزي الشافعي (من أعيان القرن التاسع الهجري)، جمع فيه سبع وأربعين مسألة من مسائل الأصول في القراءات القرآنية مع إجاباتهن من مثل الروم، والإشمام، والإدغام، والإمالة، والبسملة، وغيرها، فهو تصنيف لطيف الحجم، حيث سلك فيها المصنف مسلك السؤال والجواب من طريق الشاطبية، وقد عنيّا بنشره لما له من الأهمية العلمية في دائرة القراءات القرآنية فهو أحد أهم كتب التحريات في القراءات السبع، ولما اشتمل عليه من الفوائد الرصينة على الرغم من وجازة حجمه، وسهولة مأخذه، علماً أن هذه الرسالة لم تظفر بتحقيق علمي قبل عملي فيها.

الكلمات الدالة: المسائل المشكلات، عبد القدوس الغزي الشافعي، القراءات القرآنية.

* أستاذ مساعد، قسم القراءات والدراسات القرآنية، كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Examining a manuscript of " Kitāb al-Masāil al-mushkilāt " and their answers
Written by: Abdul Quddus bin Omar bin Safri bin Muhammad, famous for his
famous father, Ibn al-Safari al-Ghazi al-Shafi'i

Dr. Ibtihaj Radi Abdel Rahman

Abstract

This is a brief draft by Imam Abd al-Qudūs ibn Umar ibn Safari al-Gazzī al-Shāfi'i", (One of the characters from the ninth century AH), whose father is known "Ibn Al- Safari", in which he collected Forty-seven issue of basic issues on Quranic recitations, like; Alrrawm, Alishmam, Alidgham, etc... It is a nice sized classification, and he classified the Questions with their answers from Al Shattibiyyah (The seven Quranic recitations). The draft has, actually, not been thoroughly investigated before, and though brief in size, It is one of the most important books in the seven recitations, it does have invaluable information that cannot be dispensed of, and moreover, it is easy to deal with.

Key words: manuscript Of " Kitāb al-Masāil al-mushkilāt", "Abd al-Qudūs al-Gazzī al-Shāfi'i", Quranic recitations.

مقدمة التحقيق:

أولاً: صحة نسبة الكتاب للمصنف مما يدل على
صحة نسبة الكتاب للمصنف ما جاء على طرة
المخطوط من كلام الناسخ؛ فقد قال:
كتاب المسائل المشكلات مع جوابهن في
القراءات

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آل سيدنا
محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ورضي الله
تعالى عن ساداتنا أصحاب رسول الله أجمعين،
جمعهن عبد القدوس بن عمر بن سفري الغزي
الشافعي نفعه الله بالعلم، وحماه من الزيف
والزلل، وهن بخطه الحمد لله رب العالمين إن هذا

- غزير الفوائد من حيث مادته العلمية على الرغم من وجازته.

- عاجلت مسائل وإشكالات تتعلق بالقراءات السبع من مثل الروم، والإشمام، والإدغام، والإمالة، والبسملة، وغيرها.

- المخطوط مبني على سؤال وجواب مثل فتكلات الزخشي؛ مما يسهل على القارئ فهم المسائل ويشوقه لقراءتها.

- أنه يخط المؤلف؛ مما يدل على اهتمام مؤلفه بكتابته مما منحه قيمة توثيقية كبرى، فضلاً عن دقة النقل وأمانته.

من عيوب المخطوط:

- بعض مسائل هذا المخطوط مؤلف فيها قديماً وحديثاً على وجه موسع جداً.

- وجود نسخة خطية واحدة فقط للمخطوط؛ مما يجعل عملية التحقيق والمقارنة صعبة.

- وجود هوامش في المخطوط لا صلة بها للمسائل المتناولة.

رابعاً: منهجي في التحقيق

- نسخ النص، وتوزيع فقراته بحسب مقتضيات المعنى.

- تحريج الآيات الواردة فيه، والتعريف ببعض المصطلحات التي قد تخفى على القارئ غير المختص.

- تحريج نقول المصنف من مصادرها الأصلية وتحريج هذه النقول، فضلاً عن التعريف بالأعلام

النص قاطع الدلالة في ثبوت هذه النسخة للإمام الغزي الشافعي فضلاً عن دلاليته على تاريخ كتابة المخطوط، وأن مظاهر العناية به هي بسبب كتابة المصنف له، واهتمام مؤلفه بكتابته مما منحه قيمة توثيقية كبرى، فضلاً عن دقة النقل وأمانته، وهو مما يخفف من مخاطر الاعتماد على نسخة واحدة.

ثانياً: مصادر المصنف:

نجد أن مصادر المصنف تتلخص بالكتب الآتية:

- السبعة لابن مجاهد، حيث إن المؤلف اعتمد عليه في جميع مسائل المخطوطة؛ لذا نجده يتناول القراءات السبع فقط.

- جامع البيان لأبي عمرو الداني؛ وذلك في بعض المسائل المتعلقة بالتجويد.

- الحجة للقراء السبعة لأبي علي الفارسي، وذلك في توجيه علل بعض القراءات.

- الكتاب لسيويه؛ وذلك في مناقشته لبعض المسائل النحوية.

- آراء أهل العربية مثل الفراء والكسائي وأبو عمرو بن العلاء وأبو جعفر الرؤاسي أستاذ الكسائي.

ثالثاً: مزايا الكتاب وعيوبه:

من مزايا المخطوط:

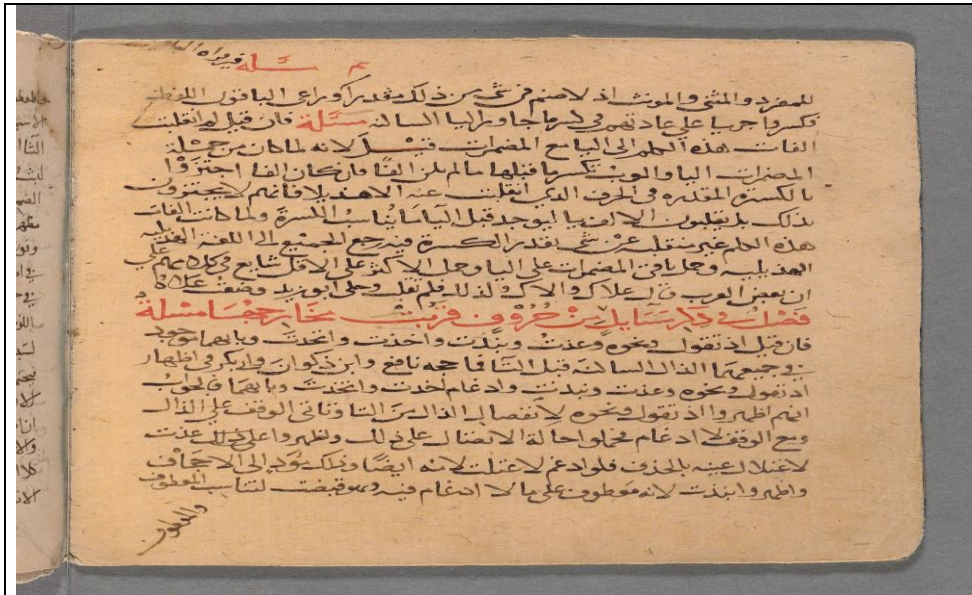
- المخطوط مكتوب بخط واضح دقيق قد فصل بين مباحثه بالحمرة لتمييزها، فهو مخطوط نفيس من حيث بنيته الخطية.

الذين ورد ذكرهم في المخطوط، مع التعليق على
جميع المسائل العلمية التي تحتاج لذلك.

ملحق (١) صورة من أول المخطوط



ملحق (٢) صورة من وسط المخطوط



ملحق (٣) صورة من وسط المخطوط



المبحث الأول: التعريف بالمصنف وبالمخطوط

المطلب الأول: التعريف بالمصنف

[اسمه:] عبد القدوس بن عمر بن سفري بن محمد الشهير والده بابن السفري الغزي الشافعي. [ولادته ونشأته:] ولد في سنة خمس وثمانمائة أو في أوائل التي تليها بغزة، وتلا لنافع وابن كثير وأبي عمر وعلي الشهاب بن عابد الغزي، ولقي ابن الجزري بظاهر غزة فأجاز له وتصدى لتعليم الأبناء ببلده فانتفع به جماعة لحسن تعليمه ووفور نصحه وديانته، وكان خيرا صالحا فاضلا حسن

العشرة مهتما بجوانح إخوانه بل وغيرهم، وكف بصره وضعفت حركته جدا بحيث صار لا حراك به، ومات في يوم الجمعة تاسع المحرم سنة إحدى وثمانين رحمه الله وإيانا^(١). [مؤلفاته:] ولم أعثر على مؤلفات للمؤلف رحمه الله، إلا أن هناك مخطوطاً نُسَخه بخط يده (مصطلح الإشارات في القراءات الزوائد المروية عن الثقات)، الإمام علي بن عثمان بن محمد بن أحمد العذري البغدادي المعروف بابن القاصح (ت ٨٠١ هـ)، نسخة خطية مقابلة على نسخة

مقابلة بأصل المؤلف^(١)، ومقروءة عليه،
عبد القدوس بن عمر بن محمد الشهير والده بابن
السفري الغزي الشافعي^(٢).

المطلب الثاني: التعريف بالمخطوط

كتاب المسائل المشكلات مع جوابهن في
القراءات: "تصنيف لطيف الحجم، غزير الفوائد،
يقع في عشر لوحات من القطع المتوسط، مكتوب
بخط نسخي واضح معجم، وعلى حواشيه بعض
التصحیحات الدالة على اهتمام المؤلف والناسخ
به، وقد جاء في أوله أنه من إماء الإمام عبد
القدوس بن عمر ابن سفري الغزي الشافعي؛
حيث قال: "وصلی الله على سيدنا محمد وعلى آل
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ورضي
الله تعالى عن ساداتنا أصحاب رسول الله أجمعين،
جمعهن" عبد القدوس بن عمر بن سفري الغزي
الشافعي نفعه الله بالعلم، وحماه من الزيف والزلل،
وهن^(٣) بخطه الحمد لله رب العالمين انتهى.

المخطوط من مخطوطات جامعة هارفرد، بريطانيا،
ورقم المخطوط (THE 96M_55(70).

HOUGHTON LIBRARY _MS Arab 147

وموضوعه (القراءات والتجويد).

وهو كما سبق يقع في عشر لوحات من
القطع المتوسط في كل لوحة صفحتان باستثناء
اللوحتين: الأولى والأخيرة حيث وقعتا في صفحة
واحدة مسطرة كل صفحة (١٧) سطرًا، مكتوبة
بخط واضح دقيق قد فصل بين مباحثه بالحُمْرة

لتمييزها، فهو مخطوط نفيس من حيث بنيته
الخطية، وغزير الفوائد من حيث مادته العلمية
على الرغم من وجازته، ومن هنا فقد صحت
عزيمتي على تحقيقه تحقيقاً علمياً ضمن الضوابط
المنهجية المتبعة في فن التحقيق، لا سيما بعد أن تم
التوثق من أن المخطوط لم يظفر بتحقيق علمي
حتى الآن.

لقد قام المخطوط على تحرير سبع وأربعين
مسألة من مسائل القراءات جمعهن من الشاطبية،
وقد تم التعريف بجميع هؤلاء الأعلام حيث ورد
ذكرهم في مطلب مستقل، وهذه المخطوطة من
الأهمية بمكان؛ لأنها عاجلت مسائل وإشكالات
تتعلق بالقراءات السبع من مثل الروم، والإشمام،
والإدغام، والإمالة، والبسمة، وغيرها، ولم تدخر
جهداً في سبيل تجويد العمل وإتقانه على الوجه
الذي يليق بهذا المخطوط المشحون بالفوائد
العلمية الغزيرة.

المطلب الثالث: التعريف بالقراء ورواتهم

نتناول في هذا المطلب القراء ورواتهم،
ملخصين الأسماء وسنة الوفاة وأشهر الرواة،
ومكان الاشتهار وألقابهم على شكل جدول،
ومن أراد التوسع فعليه بأمهات كتب القراءات^(٤).

القارئ	وفاته	أشهر اثنين من رواته	بلدته التي أقرأ فيها	ما يطلق عليه إذا اجتمع مع غيره من القراء (في كتب القراءات والتفسير)
نافع المدني	١٦٩ هـ	١- قالون (ت: ٢٢٠) ٢- ورش (ت: ١٩٧)	المدنية	المدنيان: هو وأبو جعفر الحرميان: هو وابن كثير
عبدالله بن كثير	١٢٠ هـ	١- أحمد بن محمد البرقي (ت: ٢٥٠) ٢- قنبل (ت: ٢٩١)	مكة	الحرميان: هو ونافع الابن: هو وابن عامر أهل الحجاز: هو ونافع وأبو جعفر
أبو عمرو زيان ابن العلاء	١٥٤ هـ	١- أبو عمرو اللوري (ت: ٢٤٦). ٢- أبو شعيب السوسي (ت: ٢٦١)	البصرة	البصريان: هو ويعقوب النحويان: هو والكسائي
عبدالله بن عامر	١١٨ هـ	١- هشام بن عمار (ت: ٢٤٥) ٢- عبد الله بن ذكوان (ت: ٢٤٢)	دمشق	الغريان: هو وأبو عمرو الابن: هو وابن كثير
عاصم بن بهللة	١٢٧ هـ	١- شعبة بن عياض (ت: ١٩٣) ٢- حفص بن سليمان (ت: ١٨٠)	الكوفة	الكوفيون: هو حمزة والكسائي
حمزة بن حبيب	١٥٦ هـ	١- خلف بن هشام (ت: ٢٢٩) ٢- خلاد بن خالد (ت: ٢٢٠)	الكوفة	الكوفيون: هو وعاصم والكسائي
علي بن حمزة الكسائي	١٨٩ هـ	١- الليث أبو الحارث (ت: ٢٤٠) ٢- أبو عمرو اللوري (صاحب أبي عمرو)	الكوفة	الأخوان: هو وحمزة النحويان: هو وأبو عمرو الكوفيون: هو وحمزة وعاصم
أبو جعفر يزيد بن القعاع	١٣٠ هـ	١- عيسى بن وردان (ت: ١٦٠) ٢- سليمان بن جاز (ت: ١٧٠ على الأرجح)	المدنية	المدنيان: هو ونافع أهل الحجاز: هو ونافع وابن كثير
يعقوب بن إسحاق الحضرمي	٢٠٥ هـ	١- رويس (ت: ٢٣٨) ٢- روح (ت: ٢٣٤ أو ٢٣٥)	البصرة	البصريان: هو وأبو عمرو
خلف بن هاشم	٢٢٩ هـ	١- إسحاق الوراق (ت: ٢٨٦) ٢- إدريس الخلد (ت: ٢٩٢)	بغداد	أهل العراق: هو والكوفيون

المطلب الثاني: النص المحقق

القراء؛ فالجواب: أن الإشمام اختيار ابن مجاهد^(١)

القرآن كله ستة آلاف وستمائة وستون آية^(٢).

لجميع القراء.

(٢) مسألة: فإن سأل سائل فقال: (ما حقيقة

(١) مسألة: فإن قيل: (من اختار الإشمام^(٣) لجميع

الروم)^(٤)؛ فالجواب: أن حقيقته تضعيفك الصوت

(٨) مسألة: فإن قيل: هاء التأنيث ترام أو تشم؛ فالجواب: أنها لا ترام ولا تُشم لكونها ساكنة، ولا خَطَّ لها في الحركة^(١٣).

(٩) مسألة: فإن قيل: (ما الاستعاذة)؛ فالجواب: أن الاستعاذة استدعاء العوذ، والعوذ [والعوذ] مصدر: عاذ بكذا إذا استجار به وامتنع، يقال: عاذ يعوذ عَوْذًا وعياذًا؛ فالعوذ كالقول والعياذ كالقيام، وأما المعاذ فاسم المصدر، وقول القارئ: (أعوذ بالله من الشيطان الرجيم): ليس من القرآن بإجماع، وهو دُعَاء بلفظ الخبر، وفي إعرابه واشتقاق ألفاظه، كلام ليس هذا موضع ذكره.

(١٠) مسألة: فإن قيل: (ما الفرق بين البسملة والتسمية)؛ فالجواب: أن البسملة مصدر، بسمَل إذا قيل: بسم الله كما حوَقَل وحوَلق إذا قال: لا حَوْل ولا قُوَّة إلا بالله وهَيْلَل وهَلَل، إذا قال: لا إله إلا الله وحسْبُ، إذا قال: حسْبِي^(١٤) الله، أُخِذَ كل فعل عما فسَّر به، ويعبر عن البسملة بالتسمية أيضًا، وهي مَصْدَرٌ سَمِّي إذ ذكر الاسم؛ لأن القائل: (بسم الله الرحمن الرحيم): سَمَّ الله بأسمائه الحُسنى، وذا ذَاكرٌ لها في لفظه.

(١١) مسألة: فإن قيل: (لم لم يكتب في أول براءة بسم الله الرحمن الرحيم)؛ فالجواب: أن ابن عباس روي عنه أنه سأل علياً رضي الله عنهما؛ فقال: (لم لم يكتب في براءة بسم الله الرحمن الرحيم)؛ فقال: (لأن يسم الله أمان، وبراءة ليس فيها أمان

بالحركة حتى يذهب بذلك معظم الصوت؛ فتسمع لها صوتاً خفياً يدركه الأعمى بحاسة سمعه.

(٣) مسألة: فإن قيل ما حقيقة الإشمام^(١٥) ضمك الشفتين بعد سكون الحروف أصلاً، ولا يدرك بمعرفة ذلك الأعمى؛ لأنه لرؤية العين لا غير، إذ هو إيماء بالعضو الى الحركة.

(٤) مسألة: فإن قيل: الروم يكون عند القراء بأي الحركات؛ فالجواب: إنه يكون عند القراء بالرفع والضم والكسر والخفض، ولا يستعملونه في النصب والفتح لخفتها.

(٥) مسألة: فإن قيل: الإشمام يكون عن القراء بأي الحركات؛ فالجواب: إنه يكون عندهم في الرفع والضم.

(٦) مسألة: فإن قيل: ما الفرق بين الضم والرفع والفتح والنصب والخفض واللين؛ فالجواب: أن يُراد بذلك حركة الإعراب المتقلة وحركة البناء اللازمة.

(٧) مسألة: فإن قيل: فما الحركة العارضة؛ فالجواب: أن الحركة العارضة وحركة الميم في مذهب من ضمهما على الأصل؛ فلا تجوز الإشارة إليها بروم ولا بإشمام؛ لذهابهما عند الوقف أصلاً^(١٦).

نزلت بالسيف^(٩٠)، ورؤي عن عاصم أنه قال: (لم تكتب البسملة أولها؛ لأنها رحمة وبراءة عذاب)^(٩١)، ورؤي عن المبرد أنه قال: (لم تكتب البسملة أولها؛ لأن بسم الله أمان وبراءة أنزلت على سخط، وعلى التهديد والوعيد؛ فكيف يعدّهم أنه رحمن رحيم، ثم يتبرأ منهم. وهذه الأقوال كثيرة)^(٩٢).

(١٢) مسألة: فإن قيل: [مَناسِكُكُمْ] البقرة: [٢٠٠] [سَلَكُكُمْ] [المذثر: ٤٢] فعل^(٩٣) واسم فكيف جعل كل واحدٍ منهما كلمة واحدة؛ فالجواب: لما كان الثاني منهما ضميراً متصلاً لا ينفصل عما قبله؛ صار معه كالكلمة الواحدة.

(١٣) مسألة: فإن قيل: (لَمْ خَصَّهْمَا أَبُو عَمْرٍو دُونَ غَيْرِهِمَا بِالْإِدْغَامِ)، قيل: للجمع بين اللفظين مع اتباع الأثر كما وقع الإجماع على إظهاره [وَمَنْ يُشَاقِقِ اللَّهَ] في [الأنفال: 13]، وإدغامه في الحشر، ويسوغ أن يقال: لما كان الإدغام إعلالاً، والإعلال محلّله الأخير غالباً، كان الوجه في الكلمة الواحدة الإظهار لئلا يقع الإعلال في الحشر؛ لكن لما تأكد ثقل اللفظ في هاتين العلتين بكثرة الحروف وتوالي الحركات، لم يبال باتباعه في الحشر؛ لتأكد الحاجة إلى التخفيف^(٩٤)، وأن يقال: لما كانت الكلمة الواحدة خفيفة لقلّة حروفها بالنسبة إلى حروف الكلمتين غالباً؛ استغنى بجفتها عن تخفيف الإدغام، ولما اتفق في هاتين الكلمتين من كثرة الحروف، وتوالي الحركات ما لم يتفق في غيرهما؛ خصصتا بالتخفيف بالإدغام، والدليل على

صحة هاتين العلتين طرده للإدغام فيما كان من كلمتين لوقوع الإعلال في محله، وكثرة حروف الكلمتين غالباً إلا ما استثناه لعله، وبئو تميم يقولون: كلمة بوزن كسرة وسدرة، وأهل الحجاز يقولون بوزن ثغنة وثبقة.

(١٤) مسألة: فإن قيل: (مَا سَبَبُ إِدْغَامِ الْقَافِ فِي الْكَافِ)؛ فالجواب: أن سبب تخصيصهما اتباع الأثر^(٩٥)، ولو قيل كثرة الدور بالنسبة إلى الغير لكان وجهاً.

(١٥) مسألة: فإن قيل: (لَمْ وَقَعَ الْخِلَافُ فِي الْجُزُومِ فِي الْمُثَلِّينَ وَلَمْ يَقَعْ فِي الْمُتَقَارِبِينَ)، قيل: لما تأكد الإدغام في المثلين لتأكد الثقل أدغمه من أدغمه، ولم يغلب بالإعراب بخلاف المتقاربين.

(١٦) مسألة: فإن قيل: (مَا الْعِلَّةُ فِي إِدْغَامِ الْحَاءِ فِي الْعَيْنِ)؛ فالجواب: أن العلة في إدغام الحاء في العين التقارب؛ لأنهما من وسط الحلق، وقد اشتراكا - أيضاً - في الانفتاح والاستفال مع أن العين أقوى بما فيها من الجهر وبعض الشك، لكن سيويته^(٩٦) ضَعَفَ إدغام الحاء في العين؛ لأن الحاء أقرب إلى الفم، فلا تدغم في الأدخل في الحلق^(٩٧)، قال النحاة: وما رؤي عن أبي عمرو من إدغام [رُحْرِحَ عَنِ النَّارِ] [آل عمران: ١٨٥]، فوجهه: أنه راعى التقارب والقياس في الأظهر. قلت: والذي قالوه رأي، وما قرأ به أبو عمرو نقل؛ فهو أولى^(٩٨)، والعلة في تخصيص هذا الموضع: اتباع الأثر، ولو علل بعد اتباع الأثر، بتأكد الثقل بتكرّر

الزاي والحاء وَضُمَ الأول وَكُسِرَ الثالث؛ لكانَ وَجْهًا.

(١٧) مسألة: فإن قيل: (ما العلة في إدغام القاف في الكاف والكاف في القاف)؛ فالجواب: أن العلة في إدغام كُلِّ واحدٍ منهما في الآخر التقارب والاشتراك في بعض الصفات، وقد تقدم ذكر ذلك عند ذكر إدغام القاف في الكاف في كلمة، وذكر النحاة أن إدغام القاف في الكاف أحسنُ من عليه؛ لأن الكاف أقرب إلى الفم، والقاف أقرب إلى الحلق، قالوا: وإدغام الكاف في القاف جائز للقرب والاشتراك في الشدة، والانفتاح؛ والعلة في اشتراط تحرك ما قبلهما: حملُ القاف فيما كان في كلمتين على ما كان في كلمة، ثم حمل الكاف على القاف، والتعليل بتأكد الثقل، ليس بذلك لانتقاضه^(٣١).

(١٨) مسألة: فإن قيل: (إدغام الأنقص يجوز أم لا؟)؛ فالجواب: أن إدغام الأنقص في الأزيد جائز.

(١٩) مسألة: فإن قيل: (سبب الإدغام لأبي عمرو ماهو؟)؛ فالجواب: أن يقال طلب التخفيف واجتناب التكليف.

(٢٠) مسألة: فإن قيل: (من حكى الإدغام؟)؛ فالجواب: أنه قد حكاه الفراء والكسائي سماعاً نحو صَارَ لَكَ وَصَارَ لِي، وكذلك حكاه أبو عمرو بن العلاء وأبو جعفر الرؤاسي^(٣٢) أستاذ الكسائي،

وإمام البصرة في العريّة وليس في إظهار من لغته الإظهار في أخير لا يصلح كدليل على أن غيره من العرب لم يُدْغِم^(٣٣).

(٢١) مسألة: فإن قيل: (فما قضية الإدغام؟)؛ فالجواب: أن قضيته إدغام الأضعف في الأقوى^(٣٤).

(٢٢) مسألة: فإن قيل: (ما العلة في إخفاء الميم قبل الباء إذا سكنت وأدغمت وتحرك ما قبلها، وذلك نحو ليحكم يَبْنَهُ وما أشبهه؟)؛ فالجواب: أن علة إخفائها عند الباء كونهما من الشفتين؛ فالتلفظ بهما مع الإظهار يشق لما تقدم ذكره، والإدغام لا يحسن لما يؤدي إليه بالإخلال بالغنة، فكان الوجه إسكان الميم وإخفاؤها لما يحصل بذلك من التخفيف مع المحافظة على بقاء الغنة.

(٢٣) مسألة: فإن قيل: (لم أدغمت النون في الراء واللام، ولم تحافظ على غنتها)؛ فالجواب: لما تقدم ذكره من أن الراء أقوى من النون لما فيها من التكرير، وأن اللام محمولة عليها.

(٢٤) مسألة: فإن قيل: (وكذلك الباء أقوى عن الميم؛ لأن الميم بين الرخوة والشديدة والباء وخالصة الشدة)؛ فالجواب: أن يراد بذلك القدر اليسير الذي تزيد به من يقاوم الغنة، فضلاً عن أن يزيد عليها، بخلاف النون والراء؛ فإن تكرير الراء أقوى من الغنة.

(٢٥) مسألة: فإن قيل: (لم اشترط تحرك ما قبل الميم في ذلك؟)؛ فالجواب: أن يقال لتحصل الغنة المحافظ عليها من غير كلفة؛ إذ لا يأتي فيما سكن ما قبله إلا بكلفة.

(٢٦) مسألة: فإن قيل: (ما العلة في إدغام الباء في الميم؟)؛ فالجواب: أن يقال التماثل في المخرج والاشتراك في الانفتاح والاستفال والجهر. وفي الباء: قلقة وشدة. وفي الميم: غنة وبعض شدة.

(٢٧) مسألة: فإن قيل: [فَيَغْفِرُ لِمَنْ يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَنْ يَشَاءُ] موقعه في الكتاب العزيز في الم [البقرة: ٢٨٤] (٢٨) موضع؛ فالجواب: أن موقعه في القرآن في خمسة مواضع؛ في البقرة: [٢٨٤] موضع، وفي المائدة: [٤٠، ١٨] موضعان، وفي العنكبوت: [٢١] موضع، وفي الفتح: [١٤] موضع (٢٩).

(٢٨) مسألة: فإن قيل: (ما سبب إدغامهن لأبي عمرو من أي المواضع يأتي سبهن؟)؛ فالجواب: أن سبهن قال: الحافظ أبو عمرو: (ولما سكنت باؤه في البقرة، وأدغمه لذلك أتبعه ما كان من جنسه ليأتي ذلك كله على طريقة واحدة) (٣٠).

(٢٩) مسألة: فإن قيل: (جميع ما أدغمه أبو عمرو كم حرف؟)؛ فالجواب: قال الحافظ أبو عمرو رحمه الله، وقد حصّلنا جميع ما أدغمه أبو عمرو من الحروف المتحركة صح (٣١).

وقولنا - على مذهب ابن مجاهد وأصحابه -: ألف حرف ومئتي حرف وثلاثة وسبعين حرفاً،

وعلى ما أقرّناه ألف حرفٍ وثلاثمئة حرف وخمسة أحرف، فجميع ما وقع الاختلاف فيه من أهل الأداء اثنان وثلاثون حرفاً (٣٢).

(٣٠) مسألة: (الإمالة مع الإدغام مثل [الأبرار ربّنا] [آل عمران: ١٩٤، ١٩٣] و [كِتَابَ الْأَبْرَارِ لَفِي] [الأنعام: ١٣، ١٢، ١١، ١٠، ٩، ٨، ٧، ٦، ٥، ٤، ٣، ٢، ١] (٣٣).

(٣١) مسألة: فإن قيل: (الروم، والإشمام يجوزان في الباء إذا أدغمت في الباء أو الميم، والميم إذا أدغمت في الميم أو الباء؛ نحو: {يُكَذِّبُ بِهِ} [المطففين: ١٢]، و {وَيُعَذِّبُ مَنْ} [البقرة: ٢٨٤]، و {الرَّحِيمَ مَلِكٌ} [الفاتحة: ٣، ٤] و {كَيْ كَ} [البقرة: ١١٣]، والحجج: ٥٦، والزمر: ٣؛ فالجواب: أنه لم ينقل ما ذكر من الروم والإشمام فيهما؛ لما فيه من الكلفة الحاصلة بانطباق الشفتين بالباء والميم بعد فعلهما وبهما أدى تكلف ذلك إلى ما يستقبح من الالفاظ بهما؛ فترك ذلك لما ذكرته (٣٤).

(٣٢) مسألة: فإن قيل: (ما المراد في البسملة بين السورتين لابن كثير وعاصم والكسائي وقالون؟)؛ فالجواب: أنهم اعتقدوها آية من القرآن، وإذا اعتقدوها آية من القرآن لهم الإتيان بها في كل سورة، ووافقهم حمزة في أول الفاتحة (٣٥)؛ ودليل هذا ما ورد من الحديث في البسملة نحو ما ورد عن سعيد رضي الله عنه أنه قال: كانوا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعرفون انقضاء السورة حتى تنزل بسم الله الرحمن

الرحيم؛ فلماذا نزلت علموا أن السورة قد انقضت^(٣٦)، وفي رواية أخرى عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يعلم انقضاء السورة حتى يتزل عليه بسم الله الرحمن الرحيم^(٣٧)؛ ففيه دليل على تكرّر نزولها مع كل سورة،

ويؤيد بذلك ما روي عن أنس^(٣٨) عن رسول الله ﷺ أنه قال: أنزلت علي أنفا سورة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم "إنا أعطيناك الكوثر... حتى ختمها"^(٣٩)،

وروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: أقرؤوا ما في المصحف^(٤٠)، وقد ثبتت في أول كل سورة من المصحف ما خلا براءة.

(٣٣) مسألة: فإن قيل: (لم لم يسمّلوا بين السورتين ولهم الخلاف، وهم ورش وأبو عمرو وابن عامر؟) فالجواب: أنها عندهم ليست بآية، ولهم من الحجة على قياس ذهبوا إليه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: كنا نكتب باسمك اللهم؛ فلما نزلت وقالوا اركبوا فيها بسم الله مجريها ومرسيها كتبنا بسم الله؛ فلما أنزلت قل ادعوا الله أو ادعوا الرحمن كتبنا بسم الله الرحمن، فلما نزلت إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم كتبناها^(٤١)؛ فهذا دليل على أنها لم تنزل آية من القرآن، وما روي عن أنس^(٤٢) أنه قال: صليت خلف النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان فسمعتهم يفتتحون القرآن بالحمد لله رب

العالمين^(٤٣)، وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي قال فيه: قُسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين إلى أن قال العبد: الحمد لله رب العالمين^(٤٤)؛ فكان هذا أول ابتدائه من السورة، وللإمام أبي محمد مكي^(٤٥) رحمه الله كلام حسن في هذا المعنى^(٤٦) قال رحمه الله: "ولست ممن يعتقد أنها آية في سورة من القرآن"^(٤٧)، ومن قال ذلك فقد زاد في القرآن مئة آية وثلاث عشرة آية، ولم يقل بذلك أحد من الصحابة والتابعين. والإجماع قد حصل على ترك عدّها أنه من كل سورة فما حدث بعد الإجماع من الصحابة والتابعين فقول مرفوض، وأيضا فقد أجمع أهل العدد على ترك عدّها آية؛ فهذه حجة قاطعة وإجماع ظاهر^(٤٨)، والكلام على هذا كثير^(٤٩).

(٣٤) مسألة: فإن قيل: (ما علة من أسقط التسمية بين كل سورتين، ولم يثبتها إلا في أول قراءته وهو حمزة؟) فالجواب: أنه لما كانت بسم الله الرحمن الرحيم ليست بآية من كل سورة عنده، وعند جماعة الفقهاء^(٥٠) أسقطها في وصله السورة بالسورة لئلا يظن أحد أنها آية من كل سورة، ففعل ذلك من باب الفصاحة لما فيه من بيان الإعراب وبيان همزات القطع والوصل، وروي عنه أنه كان يقول القرآن كله عندي كالسورة الواحدة؛ فلماذا قرأت بسم الله الرحمن الرحيم في فاتحة الكتاب أجزائي^(٥١).

(٣٥) مسألة: (لم خصّ حمزة هذه الكلم بالضم^(٥٠) مع إن قاعدته كسر الهاء المجاورة الياء الساكنة؛ نحو: { فيهم } و { ك } { هود: ٧٦ }؟). فالجواب: أنه فعل ذلك التفاتاً إلى الألفات اللاتي هنّ أصل ياء آتتهن، وحين ذلك وقوي^(٥١)؛ لاتباع الضم المقدر في ميماتهن.

(٣٦) مسألة: ولم يضم؛ فما كان من ذلك للمفرد والمثنى والمؤنث؛ إذ لا ضم في شيء من ذلك مقدرًا، وراعى الباقون اللفظ فكسروا جرياً على عادتهم في كسر ما جاور الياء الساكنة^(٥٢)

(٣٧) مسألة: فإن قيل: (لم انقلبت ألفات هذه الكلم إلى الياء مع المضمّرات؟). قيل: لأنه لما كان من جملة المضمّرات الياء، والعرب تكسر ما قبلها ما لم تكن ألفاً؛ فإن كان ألفاً اجتزوا بالكسرة المقدرة في الحرف الذي انقلبت عنه، إلا هذيلًا؛ فإنهم لا يجتزون بذلك، بل يقلبون الألف ياءً؛ لوجود قبل الياء ما يُناسب الكسرة، ولما كانت ألفات هذه الكلم غير منقلبة عن شيء يقدر الكسرة، فيدرج الجميع إلى اللغة الهذيلية^(٥٣)، وحمل باقي المضمّرات على الياء، وحمل الأكثر على الأقل شائع في كلامهم، على أن بعض العرب قال: علاك وإلاك^(٥٤)؛ لذلك فلم تقلب، وحكى أبو زيد^(٥٥) وضعت علاه^(٥٦).

**فصل في ذكر مسائل من حُرُوفٍ قُرِبت
خارجها**

(٣٨) مسألة: فإن قيل: [إِذْ تَقُولُ] [آل عمران: ١٢٤]، ونحوه، [عَذْتُ] [غافر: ٢٧]، والدخان: ٢٠]، [فَتَبَذْتُ] [طه: ٩٦]، [أَخَذْتُ] [فاطر: ٢٦]، والحج: ٤٨]، [أَتَّخَذْتُ] [الفرقان: ٢٧]، والشعراء: ٢٩، والعنكبوت: ٤١]، وبإيهما موجود في جميعهما الذال الساكنة قبل التاء؛ فما حجة نافع وابن ذكوان وأبي بكر في إظهار إذ تقول^(٥٧)، ونحوه: وعذت ونبذت وإدغام أخذت واتخذت وبإيهما^(٥٨). فالجواب: أنهم أظهروا إذ تقول ونحوه؛ لانفصال الذال من التاء. ويأتي الوقف على الذال، ومع الوقف لا إدغام؛ فحملوا إحالة الاتصال على ذلك، وأظهروا عذت لاعتلال عينه بالحذف؛ فلو أدغم لاعتلت لائه أيضاً، وذلك مؤدٍ إلى الإجحاف. وأظهروا نبذت؛ لأنه معطوف على ما لا إدغام فيه، وهو [قَبَضْتُ] [طه: ٩٦] لتناسب المعطوف والمعطوف عليه في الإظهار، وأدغمو أخذت واتخذت بإيهما؛ للخلو عن الأسباب المذكورة.

(٣٩) مسألة: فإن قيل: [أُورِثْتُمُوهَا] [الأعراف: ٤٣]، والزخرف: ٧٢] و [لَبِثْتُ] [البقرة الآية: ٢٥٩] و [طه الآية: ٤٠] و [الشعراء الآية: ١٨] و [يونس الآية: ١٦] وبابه موجود فيهما التاء الساكنة قبل التاء؛ فما حجة ابن ذكوان في إظهار وأورثتموها وإدغام لبث وبابه^(٥٩)؟. فالجواب: أن أورثتموها لما جاءت فيه ميم الجمع على ما هو أصلها من الضم والصلة لاتصال

الضمير بها؛ إذ الضمائر ترد الأشياء إلى أصولها جاء بالثاء مظهرة على ما هو أصلها لتناسب الميم في الحجي على الأصل.

(٤٠) مسألة: فإن قيل: [يس] [يس الآية: ١] و[ن] [القلم: الآية: ١] و[كهيعص] [مريم: ١] (٦٠) وإدغام نون [طسم] [القصص: ١] متناسبة؛ فما حجة قالون وابن كثير وحفص في إظهار [يس] [ن] [ن] و[ن] [كهيعص] [مريم: ١] وإدغام [ن] [القلم: الآية: ١] [طسم] [الشعراء: ١]، القصص: الآية: ١؟؛ فالجواب: أن الإظهار والإدغام في حروف التهجي يكونان لما تقدم من مراعاة الانفصال الحكمي والاتصال اللفظي، وقد ترجح إحدى اللغتين عند القارئ في كلمته دون أخرى لسبب من الأسباب؛ فتقرأ بحسب ذلك بعد نقله لما قرئ به، وروايته له فيحتمل أن يكون الإظهار في "يس" و"نون" ترجح عندهم لما فيه من الدلالة على الانفصال الحكمي، وذلك لقوة الانفصال؛ فهما حيث كان باعتبارين أحدهما: أن أصل حروف التهجي ذلك. والثاني: أنهما اسمان للسورتين في قول الأكثرين، والأجزاء فيهما: الرفع على إضمار المبتدأ أو النصب بفعل مضمر، والوجه على كلا الوجهين: أن يوقف عليهما ويفصلا عما بعدهما، ويحتمل أن يكون مراعاة الانفصال الحكمي عندهم في كهيعص لذلك؛ لما يحصل لهما من الإظهار

المناسب لما أظهره من [وَلَقَدْ دَرَأْنَا] (٦٤) [الأعراف: ١٧٩]، ويحتمل أن يكون مراعاة الاتصال اللفظي عندهم في نون [طسم] [الشعراء: ١]، القصص: الآية: ١] لما يتأتى معه من التخفيف بالإدغام، والحمل على نظائره عند خلوه من السيين المذكورين في سين، ونون، وكهيعص.

(٤١) مسألة: فإن قيل: (فما حجة ورش في إدغام [يس] [يس الآية: ١، ٢] و[ن] [طسم] (٦٥) [الشعراء: ١]، القصص: الآية: ١] وإظهار [كهيعص] [مريم الآية: ١] وقراءته بالوجهين في نون؟؛ فالجواب: أنه يحتمل أن يكون داعي الاتصال اللفظي في يس ونون طسم لما يحصل بمراعاته من التخفيف بالإدغام والحمل على النظائر الواقع فيها النون الساكنة قبل الواو والميم، وأن يكون داعي الانفصال الحكمي في كهيعص لما يحصل بمراعاته من الإظهار المناسب لما أظهره من إذ تقول وشبهه، ويحتمل أن يكون داعي الأمرين في نون لما يحصل بمراعاة الاتصال اللفظي من التخفيف بالإدغام، ولما يحصل بمراعاة الانفصال الحكمي من الدلالة على ما هو الأصل من الوقف عليه عند الخفة بكونه اسماً للسورة على ثلاث (٦٦) أحرف وذلك مما يحتمل معه ثقل الإظهار.

(٤٢) مسألة: فإن قيل: (فما حجة أبي عمرو في إظهار [يس] و[ن]، وإدغام [كهيعص] و[يس] و[طسم]؟)؛ فالجواب: أن الحجة له في إظهار "يس" و"نون" ما ذكر لقالون وابن كثير، والحجة له في إدغام "كهيعص" مناسبة لما أدغمه مما وافقه لفظاً من قوله [وَلَقَدْ ذَرَأْنَا] [الأعراف: ١٧٩] والحجة له في إدغام نون طسم خلوه عن السبين المذكورين في [يس] و[ن] [٧٧].

(٤٣) مسألة: فإن قيل: (فما حجة أبي بكر^(٧٨) في إدغام [يس] و[ن] و[طسم] وإظهار [كهيعص]؟)؛ فالجواب: أن الحجة له في إدغام "يس" و"نون" و"طسم" مراعاة الاتصال اللفظي لما يحصل^(٧٩) مراعاته من التخفيف بالإدغام والحمل على النظائر، والحجة له في إظهار [كهيعص] مراعاة الانفصال الحكمي لما يحصل بمراعاته من مناسبة ما أظهره عما وافقه لفظاً من قوله [وَلَقَدْ ذَرَأْنَا] [٧٧].

(٤٤) مسألة: (ما حجة حمزة في إظهار و[يس] و[ن] [٧٧] و[طسم] وإدغام [كهيعص]؟)؛ فالجواب: أن الحجة له إظهار "يس" و"نون" ما تقدم لقالون ومن وافقه على إظهارهما^(٨٠)، والحجة له في إظهار "نون"، طسم "هملة على نون" و"يس" حيث كان وزنهما واحداً؛ فالحجة له في إدغام كهيعص ما ذكر لأبي عمرو^(٨١).

(٤٥) مسألة: فإن قيل: [ارْكَبْ مَعَنَا] [هود: ٤٢]، [وَيَعَذِّبُ مَنْ يَشَاءُ] [البقرة: ٢٨٤]،

عمران: ١٢٩، المائدة: ١٨، الفتح: ١٤] موجود فيهما الباء الساكنة قبل الميم؛ فما حجة قالون وخلاد في أحد وجهيهما وخلف في إظهار [ارْكَبْ] [هود: ٤٢]، وإدغام [يَعَذِّبُ]؟؛ فالجواب: أنهم أرادوا الجمع بين اللغتين فيهما، وخصوا يعذب بالإدغام لما يحصل به من التشديد المناسب لما قبله وما بعده من ذلك^(٨٢).

(٤٦) مسألة: فإن قيل: (فما حجة قبل في أحد وجهيه في إظهار [يَعَذِّبُ] وإدغام [ارْكَبْ]؟)؛ فالجواب: أنه أراد الجمع بين اللغتين فيهما وخص يعذب بالإظهار؛ لاستقلال توالي التشديد فيه مع الإدغام^(٨٣).

(٤٧) مسألة: فإن قيل: (لم اتفقوا على الإدغام في [الم] [البقرة الآية: ١، آل عمران: ١، العنكبوت: ١، الروم: ١، لقمان: ١، السجدة: ١] وعلى إخفاء النون في [كهيعص] [مريم الآية: ١] و[عسق] [الشورى الآية: ١] و[طس] [النمل الآية: ١] تلك؟)؛ فالجواب: أن الإظهار ترك في الم السبين: أحدهما أن فيه كلفه شديدة لاجتماع المثليين الساكن أولهما؛ فكان الوجه: مراعاة الاتصال اللفظي لما يحصل بمراعاته من الإدغام المزيل للكلفة، والثاني: أن ما يقتضيه حرف التهجي من الوقف عليه معارض بما يقتضيه الاسم من وصل بعضه ببعض، و[الم] [٨٣] اسمٌ للسورة عند الأكثرين، وأظهروا [مَالِيَهُ هَلَاكَ] [الحاقة: ١٧، ١٨] في أحد الوجهين لتخلف

القرآنية، لا سيما أن ما ألف في هذا العلم مطول جداً؛ فقد يعيق الدارسين للحصول على المعلومة بوقت سريع وسهل.

- يجمع هذا المخطوط بين الجانب اللغوي والجانب التطبيقي في تعليل بعض أصول التجويد والقراءات القرآنية؛ فهي جمعت ما وصلت إليه كتب اللغة وكتب التجويد في هذا المجال بأسلوب سائغ مفهوم مستوعب للدارسين.

- تمتاز هذه الدراسة بالجمع بين التحليل والتعليل، وعدم إغفال أن القراءات القرآنية وحياً نقلياً ليس للعقل فيه مجال بالأخذ والرد؛ وإنما مجال العقل فيه التحليل والتعليل للمساعدة على الفهم.

التوصيات:

- توصي هذه الدراسة بالناية بما كتب في مجال القراءات القرآنية من المخطوطات تحقيقاً وتعليقاً وتنقيحاً؛ لا سيما أن ما كتب في مجال القراءات القرآنية يعد قليلاً إذا ما قورن بما كتب في مجالات العلوم الأخرى - أقصد العلوم الشرعية كالنفسير، وبلاغة القراءان، ونحو ذلك من علوم القراءان والسنة؛ لذلك

- هذه الدراسة توصي بالوصول إلى تلك المخطوطات وتحقيقتها، ووضعها في متناول طلبة العلم، مثل:

- ❖ رسالة في البسمة
- ❖ سفينة في علم القراءات
- ❖ تقييد التنوين

أحد السببين وأما اتفاقهم على إخفاء النون في كهيص "وعسق" وطس "تلك فوجهه: أن فيه مراعاةً للانفصال الحكمي والاتصال اللفظي، وذلك أن الإخفاء حال بين الإظهار والإدغام، فما فيه من مناسبة الإظهار موافق للانفصال الحكمي، وما فيه من مناسبة الإدغام موافق للاتصال اللفظي، وأعلم أن الاعتماد على الحقيقة في جميع ما ذكر من هذه المسائل وغيرها على اتباع الأثر وصحة النقل، وما يذكر من التعليل؛ فتابع لذلك ومقتف أثره، وقد جرت العادة فيه بامتحان الأذهان وتباحث المشتغلين بعلوم القراء والقراءان وما ذكرته من هذه المسائل في هذا الفصل يعم قراء الجماعة في الذال وغيره، فتأمل فإنه حسن بليغ، وبالله المعونة والتوفيق، وله المنة والحمد، والله أعلم.

خاتمة المحقق:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وتشرق لنور وجهه الأرض والسموات، وتسبح له كل المخلوقات... وبعد:

في ختام هذا البحث، فقد عُنيت هذه الدراسة بتحقيق مخطوطة المسائل المشكلات مع جوابهن في القراءات، وخلصت هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

- تعد هذه المخطوطة مختصراً لتعليل أصول التجويد والقراءات وتحليلها، وهذا يسهل على الدارسين جمع وفهم واستيعاب علم القراءات

(٦) ينظر ابن الجزري، النشر في القراءات العشر، تحقيق: علي محمد الضباع، ط ١، ١٩٩٨م، بيروت: دار الكتب العلمية، ج ١، ص ٩٩-١٠٠.

(٧) يلاحظ وجود مفارقة بين عد الآي عند مختلف أصحاب المذاهب، وما أورده صاحب المخطوط، ويمكن أنه اعتمد العد الكوفي (٦٢٣٦) لشيوعه؛ ولا اعتماد الدولة العثمانية له، وعليه فإن المفارقة في العد قد يكون مردها خطأ في النسخ.

(٨) الإشمام: ضمُّ الشَّتَيْن بَعِيدِ إسكان الحرف كمن ينطق بالضمه من غير تصويت دون تَرَخ على أن يترك بينهما فُرْجَة لخروج النفس بحيث يراه المبصر ولا يدركه الأعمى، لانه إماءة (إشارة) بالعضو الى الحركة فهو هيئة ترى ولا تسمع وهو في الوقف لا يكون إلا في المضموم والمرفوع فقط. عطية قابل نصر، غاية المريد في علم التجويد، القاهرة، الطبعة السابعة مزينة ومنقحة، ص ١٨٣.

(٩) ابن مجاهد، أحمد بن موسى بن العباس شيخ العصر أبو بكر البغدادي العطشي، مصنف كتاب القراءات السبعة، ولد سنة خمس وأربعين ومائتين، وسمع القراءات من طائفة كبيرة، مذكورين في صدر كتابه، وتصدر للإقراء، وازدحم عليه أهل الأداء، ورجل إليه من الأقطار وبعد وصيته، توفي في شعبان سنة أربع وعشرين وثلاثمائة، الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز، معرفة القراء الكبار على الطبقات والأعصار، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، ج ١، ص ١٥٣.

(١٠) الروم لغة - الطلب من رام بمعنى طلب، والروم اصطلاحاً: تضعيف الصوت بالحركة حتى يذهب بذلك التضعيف معظم صوتها وقد قدر العلماء تضعيف الصوت بالحركة أو الاتيان ببعضها بالثلث: أي أن المحذوف من الحركة أكثر من المثبت في حالة الروم، ومن ثم ضعف صوتها لقصر زمنها فيسمعها القريب المصغى ولو كان أعمى. الداني، عثمان بن سعيد بن عثمان بن عمر، جامع البيان في القراءات السبع، الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م، ج ٣، ص ١٢١٧.

❖ رسالة في التجويد

❖ حل مجملات الطيبة

❖ رسالة في الرد على المرعشي في الضاد

❖ منحة الرحمن لحملة القراء

❖ تقييم برسم ابن كثير

وغير هذا الكثير من مخطوطات التجويد والقراءات وعلوم القراءان.

الهوامش:

(١) على الرغم من شح المعلومات التي عثرت عليها عن المؤلف، إلا أنه من أعيان القرن التاسع الهجري، وهذا ما أثبتته مخطوط آخر نسخه المؤلف كما سيأتي، إلا أن أقرب ترجمة عثرت عليها هي لعبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن العزّي الشافعي، السخاوي، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد (المتوفى: ٩٠٢ هـ)، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت.

(٢) حقق الكتاب الباحث: عبد الله بن حامد السليمان، جامعة أم القرى، إشراف: د. شعبان إسماعيل، رسالة ماجستير، ١٤٢٢ هـ.

(٣) المصدر: مخطوطات جامعة النجاح الوطنية. رقم: ٤٩٢ وهذا المخطوط يدل دلالة قاطعة على أن المؤلف من أعيان القرن التاسع الهجري، من سنة النسخ المثبتة عليه، وهي المخطوطة الوحيدة التي عثرت عليها عن المؤلف ذاته، غير المخطوطة التي تقوم بتحقيقها.

(٤) في حاشية المخطوط [جمعهم]. وهذا يدل بالضرورة على خطأ الناسخ في ضبط هذه الكلمة من المخطوط كما أشرت إليه أعلاه وأن الكلمة الصحيحة هي: (جمعهم).

(٥) في المخطوط [هم] على أنها عائدة على الأجوية والكلمة الصحيحة (هن) كما أشرت أعلاه.

(١١) هناك نقص في المخطوطة والصواب جرياً على سياق

كلام المصنف هو: (فالجواب: بأنه ضمك الشفتين...)

(١٢) ولانعدام فائدة الروم والإشمام في هذه الحالة:

وأما فائدة الروم والإشمام فهي بيان الحركة الأصلية التي تثبت في الوصل للحرف الموقوف عليه؛ ليظهر للسامع في حالة الروم، وللناظر في حالة الإشمام كيف تلك الحركة. وحيث لا روم ولا إشمام في الخُلوة، كما يعلم أن الروم والإشمام لا يضبطان إلا بالتلقي والسماع من أفواه الشيوخ المتقين. عطية قابل نصر، غاية المريد في علم التجويد، القاهرة، الطبعة السابعة مزينة ومنقحة، ص ١٨٣.

ولقد أشار الإمام ابن الجزري إلى عدم جواز الوقف بالحركة الخالصة وجواز ماعداها بقوله:

وحاذر الوقف بكل الحركة... إلا إذا رمت فبعض حركة

إلا بفتح أو بنصب وأشم... إشارة بالضم في رفع وضم

ابن الجزري، محمد، منظومة المقدمة فيما يجب على القارئ أن يعلمه (الجزرية)، تحقيق: محمد تميم الزعبي، دار المغني للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠١، ص ٢٢.

(١٣) حكم الوقف على هاء الضمير المذكر المفرد الغائب فقد اختلف فيه أهل الأداء على ثلاثة مذاهب:

المنهج الأول:

ذهب كثير من أهل الأداء إلى جواز الروم والإشمام فيها مطلقاً وهو الذي في التيسير والتجريد والتلخيص وغيرها.

المنهج الثاني:

ذهب بعض أهل الأداء إلى منع الروم والإشمام فيها مطلقاً.

المنهج الثالث:

وهو المختار عند الإمام ابن الجزري، فيه تفصيل:

١_ منع دخولهما فيها إذا كان قبلها ضم - صاحبُه

أو كسر - به أو واو مدية مثل - اقتلوه أو لينة مثل - وشروه

أو ياء مدية - فيه أو ياء مدية - عليه واستثنى من ذلك

كلمتين في القرآن الكريم كله وهما: أنسانيه - في سورة الكهف وعليه - في سورة الفتح

٢_ جواز دخولهما فيها إذا كان قبلها فتح (له) أو ألف (

عصاه) أو ساكن صحيح (منه)

عطية قابل نصر، غاية المريد في علم التجويد، القاهرة، الطبعة السابعة مزينة ومنقحة، ص ١٧٨.

وإلى المذهبين الأول والأخير يشير الإمام الشاطبي بقوله: وفي الهاء للإضمام قوم أبوهما... ومن قبله ضم أو الكسر مثلاً أو أهما وواو ياء وبعضهم... يرى لهما في كل حال محلاً الشاطبي، القاسم بن فبرة بن خلف، حرز الأماني ووجه التهاني، في القراءات السبع، دار الكتاب النفيس - بيروت، ط ١، (١٤٠٧هـ)، بيت ٣٧٤ - ٣٧٥، ص ٣٠.

كما يقول الإمام ابن الجزري في الطية: "باب الوقف على أواخر الكلم."

والأصل في الوقف السكون ولهم... في الرفع والضم أشممه ورم

وامنعهما في النصب والفتح بلى... في الجر والكسر يرام مسجلاً

والروم الإتيان ببعض الحركة... إشمامهم إشارة لا حركة

وعن أبي عمرو وكوف وردا... نصاً ولكل اختياراً أسندا وخلفها الضمير وامنع في الأتم... من بعد يا أو واو أو كسر وضم

وهاء تأنيث وميم الجمع مع... عارض تحريك كلاهما امتنع ابن الجزري، محمد، مثنى "طية التشر" في القراءات العشر، تحقيق: محمد تميم الزعبي، دار الهدى، جدة، ط ١، ١٩٩٤م، ص ٥٦.

(١٤) هناك سنة القراءة سنة متبعة على الهامش، ولا أرى لها داعياً.

(١٥) المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الهندي البرهانفوري، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، المحقق: بكري حياني - صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، الطبعة الخامسة، ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م، ج ٢، ص ٤٢٥. أخرجه أبو الشيخ وابن مردويه

تمن تستكثر { [المدر/ ٦]، وقوله تعالى: {واغضض من صوتك} [لقمان/ ١٩]، والإدغام لغة بني تميم وعليها قوله تعالى: {ومن يشاق الله} في سورة [الحشر/ ٤] وقوله تعالى: {ومن يرتد منكم عن دينه} سورة المائدة [٥٤] على قراءة ابن كثير، وأبي عمرو، والكوفيين. بدر الدين محمد ابن الإمام جمال الدين محمد بن مالك، شرح ابن الناظم على ألفية ابن مالك، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٦٢٠. ويلاحظ حينما ورد لفظ الجلالة وحده يشاق، بينما مع لفظ الجلالة والرسول صلى الله عليه وسلم يشاق؛ فناسب الفك سورة الأنفال، وناسب الإدغام سورة الحشر.

(٢٠) يقصد المؤلف باتباع الأثر: الإسناد والنقل عن الرسول صلى الله عليه وسلم في أوجه القراءة.

(٢١) هو عمرو بن عثمان بن قنبر، أخذ عن الخليل، قال أبو علي البغدادي: ولد سيويه بقرية من قرى شيراز، وكان فيما يقال حسن الوجه، وتوفي بعد المسألة الزنورية التي جرت بينه وبين الكسائي فمات غمًا، وهو ابن ثلاث وثلاثين سنة، سنة ثمانين ومئة، أبو بكر الزبيدي، محمد بن الحسن بن عبيد الله بن مذجح الزبيدي الأندلسي الإشبيلي، طبقات النحويين واللغويين، المحقق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الطبعة: الثانية، دار المعارف، ج ١، ص ٧٢-٧٠.

(٢٢) سيويه، عمرو بن عثمان بن قنبر الحارثي بالولاء، أبو بشر، الكتاب، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، القاهرة، الثالثة، ١٤٠٨ هـ، ج ٤، ص ٤٤٩.

(٢٣) يقول أبو حيان الأندلسي: ولنا متعبدان بأقوال نخاة البصرة، ويكمل قائلًا ولا مبالاة بمخالفة نخاة البصرة في مثل هذا. أبو حيان الأندلسي، محمد بن يوسف، البحر المحيط، دار الفكر، ط ٢، ١٤٠٣ هـ ج ٤، ص ٢٧١.

ويقول أيضًا: القراءة سنة متبعة، ويوجد فيها الفصح والأفصح، وكل ذلك من تيسيره تعالى القراءان للذكر. أبو حيان، البحر المحيط، ج ٤، ص ٢٦١.

(١٦) مكي بن أبي طالب القيسي، الكشف عن وجوه القراءات وعللها، تحقيق د. محيي الدين رمضان، مجمع اللغة العربية، دمشق، ١٣٩٤ هـ ج ١، ص ٢٠.

(١٧) ذكر هذا القول القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م، ج ٨، ص ٦٣، والفاسي، جمال الدين أبو عبد الله محمد، اللآلئ الفريدة في شرح القصيدة، شرح الفاسي على الشاطبية، تحقيق عبد الرحيم الطرهوني، دار الكتب العلمية، ط ١، ج ١، ص ١٩١.

(١٨) (وَأَمَّا أَحْكَامُ الْأِدْغَامِ) فَإِنَّ لَهُ شَرْطًا وَسَبَبًا وَمَانِعًا. فَشَرْطُهُ فِي الْمُدْغَمِ أَنْ يَلْتَقِيَ الْحَرْفَانِ خَطًّا لَا لَفْظًا، لِيَدْخُلَ نَحْوُهُ هُوَ وَيَخْرُجَ نَحْوُ أَنَا نَذِيرٌ وَفِي الْمُدْغَمِ فِيهِ كَوْنُهُ أَكْثَرَ مِنْ حَرْفٍ إِنْ كَانَا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ لِيَدْخُلَ نَحْوُ خَلَقَكُمْ وَيَخْرُجَ نَحْوُ يَرْزُقُكُمْ وَسَبَبُهُ التَّمَاثُلُ وَالتَّجَانُّسُ وَالتَّقَارُبُ وَمَوَانِعُهُ الْمُتَعَقُّ عَلَيْهَا ثَلَاثَةٌ: كَوْنُ الْأَوَّلِ نَاءً ضَمِيرٌ أَوْ مُشَدَّدًا، أَوْ مُنَوًى. أَمَّا نَاءُ الضَّمِيرِ فَسَوَاءٌ كَانَ مُتَكَلِّمًا أَوْ مُخَاطَبًا نَحْوُ كُنْتُ ثَرَابًا أَقَالَتْ تُسْمِعُ خَلَقْتَ طَيِّبًا جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا، وَأَمَّا الْمُشَدَّدُ فَنَحْوُ رَبِّ يَمَّا، مَسَّ سَقَرٌ، وَلَمْ يَدْغَمْ مِنَ الْمُثَلَّثِينَ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ إِلَّا قَوْلُهُ تَعَالَى: مَنَّا سِ كُكُم فِي الْبُقْرَةِ وَمَا سَلَ كُكُم فِي الْمُدَّتْرِ، وَأُظْهِرَ مَا عَدَاهُمَا نَحْوُ: جِيَاهُهُمْ وَوُجُوهُهُمْ، وَأُتَحَاجَّوْنَا، وَبَشَرَكُكُمْ وَغَيْبُهُ ابْنُ الْجَزْرِيِّ، النشر، ج ١، ص ٢٨٠.

(١٩) الإعلال: تعريفه: هو تغيير يحدث في بعض حروف العلة الموجودة في كلمة ما، ويكون هذا التغيير إما بتسكينها أو نقلها أو حذفها أو قلبها والإعلال بالإدغام هنا في يشاق" إدغام المثلين حيث يجري الصرفيون الإعلال في مثل هذا قبل الإدغام: فإن الإدغام يقوي الحرف فيتأبى على الإعلال. والفك لغة أهل الحجاز، وبها جاء التنزيل نحو قوله تعالى: {من يرتد منكم عن دينه} [البقرة/ ٢١٧]، وقوله تعالى: {ومن يحلل عليه غضبي} [طه/ ٨١]، وقوله تعالى: {ولا

والإفراد، أبو بكر الزبيدي، طبقات النحويين واللغويين، ج ١، ص ١٢٥.

(٢٦) في المخطوطة: [لبطه دليل] وربما هو خطأ من الناسخ. إن القول بامتناع ادغام الراء في اللام إنما هو مذهب البصريين، وأما الكوفيون - بل وبعض البصريين كأبي عمرو فقاتلون بالجواز - كما نقله عنهم أبو حيان - ونقل أبو عمرو والكسائي وأبو جعفر صحة إدغام: «صارلى» و «صار لك» عن العرب - ومن حفظ حجة على من لم يحفظ ووجه الجعبرى إدغام الراء في اللام بتقارب مخرجيهما على رأى سيبويه وتشاركهما على رأى القراء، وتجانسهما فى الجهر والانفتاح والاستقلال.

الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، تفسير الخطيب الشربيني (السراج المنير)، خرج أحاديثه إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية، ج ١، ٢٠١٧، ص ٢١٩. (٢٧) ومن العلماء الذين ردّوا اعتراض النحاة على القراءات المتواترة الإمام أبو عمرو الداني (ت ٤٤٤ هـ) الذي يرى أن: أئمة القراءة لا تعمل في شيء من حروف القرآن، على الألفى في اللغة، والأقيس في العربية، بل على الأثبت في الأثر، والأصح في النقل، والرواية إذا ثبت لا يردّها قياس عربية، ولا فشوّ لغة، لأن القراءة سنة متبعة، يلزم قبولها والمصير إليها. أبو عمرو الداني، جامع البيان في القراءات، تحقيق: عبد المهيمن عبد السلام طحالة، جامعة الشارقة - الإمارات، وأصل الكتاب رسالة ماجستير إشراف أ.د عبد الفتاح شلبي من جامعة أم القرى، ١٤٢٨ هـ، ج ١، ص ٥١.

(٢٨) لا يخفى أن الإدغام في (يغفر لمن) من باب الإدغام الصغير، وأن الإدغام في (يعذب من) من باب الإدغام الكبير. (٢٩) ولعل المصنف يقصد إيضاح أن أصحاب المذهب في الإدغام الكبير لا يدغمون الباء في الميم إدغاماً كبيراً إلا في قوله تعالى (يُعَذِّبُ مَنْ يَشَاءُ) وقد نسي المؤلف موضع سورة آل عمران: ١٢٩.

تدغم (الباء) بالميم في قوله تعالى (يُعَذِّبُ مَنْ يَشَاءُ) في خمسة مواضع في القرآن هي: موضع في (آل عمران ١٢٨)،

ولابن حزم الظاهري موقف رائع في هذا الشأن حيث يشنع على النحاة الذين يردون بعض القراءات المتواترة لمخالفتها القياس بزعمهم ثم هم يثبتون اللغة بما هو دون القراءة، فقال: ولا عجب أعجب ممن إن وجد لإمرئ القيس (ت ٨٠ ق.. هـ) أو لزهير (ت ١٣ ق. هـ) أو لجريس (ت ١١٠ هـ) أو الخطيئة (ت ٤٥ هـ) أو الطرماح (ت ١٢٥ هـ) أو للشماخ (٢٢ هـ) أو لأعرابي أسدي أو أسلمي أو تميمي أو من سائر أبناء العرب بوأل على عقبيه، لفظاً في شعر، أو نشر جعله في اللغة وقطع به ولم يعترض فيه، ثم إذا وجد لله خالق اللغات وأهلها كلاماً لم يلتفت إليه، ولا جعله حجة، وجعل يصرفه عن وجهه، ويحرفه عن مواضعه، ويتحيل في إحالته عما أوقعه الله عليه، وإذا وجد لرسول الله (ﷺ) كلاماً فعل به مثل ذلك... ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي، الفصل في الملل والأهواء والنحل، تحقيق: محمد إبراهيم نصر وعبد الرحمن عميرة، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٥ م، ج ٣، ص ١٩٢.

(٢٤) وأما إدغام القاف في الكاف فحسن، وذلك نحو قولك: الحق كلكة، فلما كان إدغام الكاف في القاف في قولك: انهك قطنا كذلك، ولإدغام القاف في الكاف من المزية في الحُسن أن القاف أدخل في الخلق، وهي أول خارج الفم، والكاف أخرج إلى الفم، والإدغام فيما كان أقرب إلى الفم أحسن، ألا ترى أن الإدغام إنما هو في حروف الفم، وأن حروف الطرفين ليس بأصول في الإدغام.

أبو علي الفارسي، الحسن بن أحمد بن عبد الغفار، الحجة للقراء السبعة، راجعه ودققه: عبد العزيز رباح - أحمد يوسف الدقاق، دار المأمون للتراث - دمشق / بيروت، الثانية، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م، ج ٥، ص ١٣٧.

أما عبارة [والتعليل بتأكد الثقل، ليس بذلك لانتقاضيه]: يقصد المؤلف أن علة إدغام الحرفين إدغاماً كبيراً جاء لتقارب المخارج والصفات بينهما، وليس لوجود ثقل حال الإظهار. (٢٥) هو أبو جعفر. وكان أستاذ أهل الكوفة في النحو، تتلمذ على يديه الكسائي القارئ المعروف، وله كتاب في الجمع

والصاد والقاف والكاف واللام والميم والنون) وقد جمعت في عبارة (رض سنشد حجتك بذل قُثم) وذلك بشروطه الثلاثة المتقدمة وهي: أن لا يكون الأول مشدداً نحو (أشدُّ ذكراً) (البقرة ١٥). ولا منوئاً نحو (في ظلمات ثلاث) (الزمر ٦)، ولا تاء ضمير نحو (خلقت طيناً) (الإسراء ٦١).... وما شابهها. ينظر: النشر، ج ١، ص ٢٢٤.

(٣٣) قد يبدو لقارئ المخطوط نقصاً في العبارة، ولعل المصنف يقصد الإشارة إلى ما تعلق بالإدغام الكبير من أحكام؛ حيث لا يمنع الإدغام إمالة الأول من الحرف المدغم مثال ذلك (الأبرار لفي) في (المطففين ١٨)، فالأبرار إمالة لأجل الكسرة، فلا يمتنع الإدغام، وكذلك قوله تعالى (فَقَبْنَا عَذَابَ النَّارِ * رَبَّنَا) (وصلأ) في (آل عمران ١٩١ و ١٩٢)، فالنار إمالة لأجل الكسرة كما تقدم.

(٣٤) والآخذون بالروم والاشمام أجمعوا على منع الروم والاشمام في الحرف المدغم إذا كان باء والمدغم فيه باء أو ميم، أو كان الحرف المدغم ميماً والمدغم فيه باء أو ميماً، واستثنوا الفاء المدغمة في مثلها. محسن، محمد سالم، الهادي شرح طيبة النشر، ج ١، ص ١٤٩.

(٣٥) وقد اختلفوا في الفصل بينهما بالبسملة وبغيرها وفي الوصل بينهما ففصل بالبسملة بين كل سورتين إلا بين الأنفال وبراءة ابن كثير وعاصم والكسائي وأبو جعفر وقالون الأصبهاني عن ورش، ووصل بين كل سورتين حمزة. واختلف عن خلف في اختياره بين الوصل والسكت فنص له أكثر الأئمة المتقدمين على الوصل، ابن الجزري، النشر، ج ١، ص ٢٢٩.

(٣٦) (٣٧) أبو عبد الله الحاكم، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١١ - ١٩٩٠، ج ١، ص ٣٥٦، حديث رقم (٨٤٦). هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ وَلَمْ يُخَرِّجَاهُ.

وموضعان في (المائدة ١٤ و ٤٠)، وموضع في (العنكبوت ٢١)، وفي (الفتح ١٤). سوى موضع (البقرة ٢٨٤) فهو من الإدغام الصغير، لأن أبا عمرو يسكن الباء فيها. (٣٠) الداني، التيسير في القراءات السبع، دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤، ج ١، ص ٢٤. (٣١) الداني، جامع البيان في القراءات السبع، ج ١، ص ٤٥٨.

(٣٢) قال الإمام الداني: (وقد حصلنا جميع ما أدغمه أبو عمرو من الحروف المتحركة فوجدناه على مذهب ابن مجاهد ألف حرف ومائتين وثلاثة وسبعين حرفاً)، وقال: (وعلى ما أقرناه ألف حرف وثلاثمائة حرف وخمسة أحرف)، وقال: (وجميع ما وقع الاختلاف فيه بين أهل الأداء اثنان وثلاثون حرفاً). الداني، جامع البيان في القراءات السبع، ج ١، ص ٤٥٨.

وصحَّح ابن الجزري العدد بقوله: (قلت: كذا في التيسير وجامع البيان وغيرهما وفيه نظر ظاهر. والصواب أن يقال على مذهب ابن مجاهد ألف حرف ومائتين وسبعة وسبعين حرفاً، لأن الذي أظهره ابن مجاهد ثمانية وعشرون لا اثنان وثلاثون) ابن الجزري، النشر، ج ١، ص ٢٢٠.

أولاً: إدغام المثلين الكبيرين نعي بالتمثالين: ما اتفقا مخرجاً وصفة. فيتم الإدغام في التمثالين بإسكان الأول وإدغامه في الثاني.

١ - إذا كانا في كلمة واحدة: فلم يدغم من المثلين في كلمة واحدة إلا في كلمتين في جميع القرآن هما: (مَناسِكُكُمْ) في (البقرة ٢٠٠)، و (مَا سَلَكَكُمْ) في (المدثر ٤٢). وأظهر ما عداهما نحو (جِاهَهُمْ) (اتَّحَاجُونَا) (بَشْرَكُمْ) وشبهها.

٢ - وإذا كانا في كلمتين:

فإنه أدغم المثلين المتحركين وصلأ وبأي حركة تحركا بشرط أن يلتقيا خطأ في سبعة عشر موضعاً

٣ - وإذا كانا في كلمتين بشرط الوصل: فإن المدغم في مجانسه أو مقاربه ففي ستة عشر موضعاً وهي: (الباء والتاء والثاء والجيم والحاء والذال والراء والسين والشين

(٤٢) أخرجه البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، تحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ باب مَا يَقُولُ بَعْدَ التَّكْوِينِ، ج ١، ص ١٤٩، حديث رقم (٧٣٤)، وأخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب حجة من قال لا يجهر بالبسملة، حديث رقم (٣٩٩).

(٤٣) مكي بن أبي طالب بن حيوس بن محمد بن مختار، أبو محمد القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي، ولد سنة خمس وخمسين وثلاثمائة بالقيروان، رحل فقرأ القراءات على ابن غلبون سنة ست وسبعين، وكان خيراً متديناً مشهوراً بالصلاح وإجابة الدعوة، دعا على رجل كان يسخر به وقت الخطبة فأقعد ذلك الرجل، قلت: ومن تأليفه التبصرة في القراءات والكشف عليه وتوابعه تيف على ثمانين تأليفاً، مات في ثاني المحرم سنة سبع وثلاثين وأربعمائة، شمس الدين أبو الخير ابن الجزري، محمد بن محمد بن يوسف (المتوفى: ٨٣٣ هـ)، غاية النهاية في طبقات القراء، مكتبة ابن تيمية، د.ط.

(٤٤) كما هو ظاهر لم يرجح صاحب المخطوط رحمه الله رأي الشافعية مع أنه شافعي، وهذا يدل على أنه رأي واجتهاد، ولم يكونوا يعيرون على من يخالف مذهبه في مسائل.

(٤٥) لم يقل أحد من السلف أن البسملة آية من كل سورة إلا الشافعي، وقد أثبتنا نصف القراء السبعة، ونصفهم لم يثبتها، والمصحح للقسمة أن لنافع راويين أثبتا أحدهما، والآخر لم يثبتها، وقوة الشبهة بين الفريقين منعت التكفير من الجانبين. الأشموني، أحمد بن عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم المصري الشافعي، منار الهدى في بيان الوقف والابتداء ومعه المقصد للتلخيص ما في المرشد، المحقق: شريف أبو العلا العدوي، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م، ص ٥١.

(٣٨) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المعروف بصحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، باب حُجَّة مَنْ قَالَ: الْبِسْمَلَةُ آيَةٌ مِنْ أَوَّلِ كُلِّ سُورَةٍ سِوَى بَرَاءَةٍ، ج ١، ص ٣٠٠، حديث رقم (٤٠٠)، وأبو داود رقم (٧٨٤) و (٤٧٤٧) وأحمد (١١٩٩٦) وأبو يعلى (٣٩٥١). عزاه السيوطي في نواهد الأبيكار وشواهد الأفكار، لأبي طاهر بن أبي هاشم في كتاب الفصل بين أبي عمرو والكسائي، جامعة أم القرى، كلية الدعوة وأصول الدين، المملكة العربية السعودية، عام النشر: ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٥ م ج ١، ص ٧٢.

(٤٠) أخرجه الحافظ السيوطي في الدر المنثور؛ عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الدر المنثور، دار الفكر - بيروت، ج ٦، ص ٣٥٤، وعزاه إلى عبد الرزاق وابن سعد وابن أبي شيبة وابن أبي حاتم عن الشعبي، وأعقبه برواية ابن أبي حاتم عن ميمون بن مهران ولفظها: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يكتب باسمك اللهم حتى نزلت؟ إني من سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ؟». وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه؛ أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، تفسير عبد الرزاق، دراسة وتحقيق: د. محمود محمد عبده، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، سنة ١٤١٩ هـ ج ٢، ص ٨١.

(٤١) البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، جزء القراءة خلف الإمام، حققه وعلق عليه: الأستاذ فضل الرحمن الثوري، راجعه: الأستاذ محمد عطا الله خليف الفوجباني، المكتبة السلفية، الطبعة: الأولى، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م، ج ١، ص ٢٢، حديث رقم (٤٥)، ومسلم، صحيح مسلم، باب وَجُوبُ قِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ، وَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يُحْسِنِ الْفَاتِحَةَ، وَلَمْ أَمْكَنْهُ تَعَلُّمَهَا قَرَأَ مَا تيسَّرَ لَهُ مِنْ غَيْرِهَا، ج ١، ص ٢٩٦، حديث رقم (٣٩٥).

رأي مالك : ويرى الإمام مالك رضي الله عنه أن البسملة ليست آية من الفاتحة ولا من شيء من سور القرآن . رأي الشافعية والحنابلة : ويرى الشافعية والحنابلة رضي الله عنهما أن البسملة آية من الفاتحة ومن كل سورة . وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، دارالسلاسل - الكويت، ج ٨، ص ٨٣. وكما هو ظاهر لم يأخذ المؤلف رحمه الله برأي الشافعية مع أنه شافعي، وهذا يدل على أنه له رأي واجتهاد، ولم يكونوا يعيرون على من يخالف مذهبه في مسائل. (٤٩) وَتَقُولُ: الْوَصْلُ بَيْنَ السُّورَتَيْنِ قِرَاءَةُ حَمْزَةٍ، ابن الجزري، النشر، ج ٢، ص ٢٠٠. وقد بين الشاطبي وجه قراءة حمزة؛

قال الشاطبي: ١٠١ - ووصلك بين السورتين فصاحة ... وصل واسكتن كلّ جلاياه حصلاً ووصلك بين السورتين فصاحة، معناه أن المشار إليه بالفاء وهو حمزة قرأ بوصل آخر السورة بأول التالية من غير بسملة بينهما، وفي قوله: فصاحة؛ إشارة إلى حكمة هذا الوصل، وهي أن فيه بيان إعراب آخر السورة كآخر التوبة مع أول يونس، وبيان حمزة الوصل كآخر العاديات مع أول القارعة، وحمزة القطع كآخر القارعة مع أول ألهاكم، وسكت خلف على مثل: فَحَدَّثَ آخِرَ وَالضَّحَى، لا يخرج عنه كونه وصلاً؛ فإنه لا يفعل ذلك إلا في حال الوصل، ولأنه في هذه الحال يعتبر واصلًا آخر والضحي بأول الشرح من غير بسملة بينهما، والواو في قوله: واسكتن، بمعنى أو خير الناظم القارئ بين الوصل والسكت بين كل سورتين لمن رمز لهم بالكاف، والجيم، والحاء وهم: ابن عامر، وورش، وأبو عمرو، فيكون لكل واحد منهم بين كل سورتين وجهان: الوصل كحمزة، والسكت: بدون بسملة، والسكت هو الوقف على آخر السورة وقفة لطيفة من غير تنفس كسكت حمزة على الهمز، والمعنى: كل جلاياه حصلاً أن كل واحد من القراء الثلاثة: ابن عامر، وورش، وأبي عمرو، حصل جلايا ما ذهب إليه وصوبه، وينبغي أن يعلم أنه لا بد من

(٤٦) سورة الفاتحة عدد آياتها سبع باتفاق علماء العدد واختلافهم في موضعين:

أ_ البسملة: عدّها المكي والكوفي.

ب_ أنعمت عليهم عدّها المكي والمندني.

ويعلم من هذا أن من عد البسملة لم يعد (أنعمت عليهم)، ومن ترك عد البسملة عد (أنعمت عليهم) آية، كما نعلم أن خلاف علماء العدد في البسملة على هذا الموضع فقط، وهي بإجماعهم ليست معدودة في أوائل السورة الأخرى. أ.د أحمد خالد شكري، الميسر في علم عد آي القرآن، راجعه د. مساعد بن سليمان الطيار، معهد الإمام الشاطبي، جدة، ط ١، ٢٠١٢، ص ١٣٣.

(٤٧) مكي بن أبي طالب القيسي، الكشف عن وجوه القراءات وعللها، تحقيق د. محي الدين رمضان، مجمع اللغة العربية، دمشق، ١٣٩٤ هـ، ج ١، ص ٢٣. اختلف القراء في كون البسملة آية من القرآن في أوائل الفاتحة وباقي السور أم لا، فذهب نافع وابن كثير وعاصم والكسائي ويعقوب إلى الجهر بالاستعاذة والبسملة في الفاتحة وفي جميع القرآن، إلا بين الأنفال والتوبة، وتابعهم أبو عمرو في الجهر بالاستعاذة وبالبسملة إلا في الفصل بين كل سورتين، فكان يتركها ويصل أواخر السور بأوائل ما يليها ولا يعربها، كقوله: «ولا الضالين الم» لا يحرك النون إذا وصلها بالهمزة، بل يسكت عليها سكتة خفيفة ثم يصلها، وكذلك يفعله بأواخر السور كلها، وعنه وجه آخر وهو القطع بالبسملة مثلهم، ووجه ثالث: وهو إخفاؤها في القرآن كله ووصله ببعضه كحمزة، وشاركه في هذا الوجه أيضاً ابن عامر وورش أحد رواة نافع، وذهب حمزة إلى الجهر بالاستعاذة والبسملة في فاتحة الكتاب فقط ويخفيها في سائر القرآن. ابن الجزري، النشر، ج ١، ص ٢٧٠.

(٤٨) آراء الفقهاء في حكم البسملة:

رأي أي حنيفة : يرى الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه أن البسملة آية تامة من القرآن الكريم أنزلت للفصل بين السور وليست آية من الفاتحة؛ للحديث المذكور آنفاً قسمت الصلاة...

١ - «عليهما» نحو قوله تعالى: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا (سورة النساء آية ١٢٨).

٢ - «عليهن» نحو قوله تعالى: فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ (سورة النساء آية ١٥).

٣ - «فيهن» نحو قوله تعالى: فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ (سورة البقرة آية ١٩٧).

٤ - «بجتهن» نحو قوله تعالى: وَبَدَّلْنَاهُمْ بِجَنَّتَيْهِمْ جَنَّتَيْنِ (سورة سبأ آية ١٦).

٥ - «ترميمهم» نحو قوله تعالى: تَرْمِيهِمْ بِحِجَارَةٍ مِنْ سِجِّيلٍ (سورة القيل آية ٤).

٦ - «صياصيهن» نحو قوله تعالى: مِنْ صِيَاصِيهِمْ (سورة الأحزاب آية ٢٦).

٧ - «أيديهم» (سورة البقرة آية ٧٩).

محمد سالم محيسن، الهادي شرح طيبة النشر في القراءات العشر، ج ٢، ص ١٤.

(٥٣) في المخطوطة [الهذيلية الهذيلية] وهو خطأ في التكرار.

(٥٤) في لغة بلحوث وخشم وكثانة، يقبلون الياء بعد الفتححة ألفاً، فيقولون في إليك وعلبك ولديه: إلأك، وعلاك، ولداه، ومن لغتهم أيضاً إعراب المثني بالألف مطلقاً، رفعاً ونصباً وجرّاً، وذلك لقلبهم كل ياء ساكنة انفتح ما قبلها ألفان فيقولون: جاء الرجلان، ورأيت الرجلان، ومررت بالرجلان، الرافي، مصطفى صادق، تاريخ آداب العرب، دار كلمات، مصر، الطبعة: الأولى ٢٠١٣م، ج ١٦، ص ١٣٣.

(٥٥) الإمام، العلامة، حجة العرب، أبو زيد سعيد بن أوس بن ثابت بن بشير ابن صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم - أبي زيد الأنصاري، البصري، النحوي، صاحب التصانيف، ولد: سنة ثيف وعشرين ومائة، ويقال: إن الأصمعي كان يحفظ تلك اللغة، وكان أبو زيد يحفظ تلك اللغة، وكان الخليل يحفظ نصف اللغة، وكان عمرو بن كركرة الأعرجي يحفظ اللغة كلها، وقال أبو حاتم: عاش

الإتيان بالبسملة لجميع القراء بين آخر سورة الناس وأول سورة الفاتحة؛ فإن الفاتحة وإن وصلت لفظاً فهي مبتدأ بها حكماً إذ ليس قبلها شيء حقيقة. ويفصل الآخذين بالوصل بين أربع سور: المدثر والقيامة، والانفطار والمطففين، والفجر والبلد، والعصر والهمزة. القاضي، الوافي، ص ٤٦.

(٥٠) قال ابن الجزري:

عليهم إليهم لديهم... بضم كسر الهاء ظلي فهم وبعد ياء سكنت لا مفرداً... ظاهر وإن تزل كنجزهم غدا وخلف يليهم فهم ويغنهم... عنه ولا يضم من يولهم المعنى: قرأ «حزة» الألفاظ الثلاثة الآتية بعد حيثما وقعت في «القرآن» بضم الهاء وصلاً ووقفاً.

وذلك على الأصل لأن الهاء لما كانت ضعيفة لخفائها خصت بأقوى الحركات، ولذا تضم مبتدأة، وبعد الفتح والألف، والضمة والواو والسكون في غير الياء نحو:

هو، هو، دعاه، دعوه، دعه، والضم لغة «قريش» و«الحجازيين» والألفاظ الثلاثة هي:

١ - «عليهم» نحو قوله تعالى: صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ (سورة الفاتحة آية ٧).

٢ - «إليهم» نحو قوله تعالى: نُوفِ إِلَيْهِمْ أَعْمَالَهُمْ فيها (سورة هود آية ١٥).

٣ - «لديهم» نحو قوله تعالى: وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَمَهِمْ أَنَّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيَمَ (سورة آل عمران آية ٤٤). محمد محمد سالم محيسن، الهادي شرح طيبة النشر في القراءات العشر، دار الجليل - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، ج ٢، ص ١٣.

(٥١) في المخطوطة وقوي: والسياق يقتضي حذف الواو.

(٥٢) مثل «يعقوب» قرأ الألفاظ الثلاثة، وزاد عليها كل ما شابهها مما قبل الهاء ياء ساكنة من ضمير التثنية، أو الجمع، مذكراً كان أو مؤنثاً، قرأ كل ذلك بضم الهاء وصلاً ووقفاً بشرط أن تكون الياء في غير المفرد، وأن تكون موجودة في اللفظ نحو:

«وروي» على أصله بالوجهين في نحو: يُغْنِمُ اللَّهُ مَنْ فَضَّلَهُ (سورة النور آية ٣٢). محمد سالم محسن، الهادي شرح طيبة النشر في القراءات العشر، ج ٢، ص ١٧.

(٥٧) فَصَلْ (ذالُ إِذْ) اخْتَلَفُوا فِي إِذْغَامِهَا وَإِظْهَارِهَا عِنْدَ سِتَّةِ أَحْرَفٍ وَهِيَ حُرُوفُ تَجِدُ، وَالصَّغِيرُ فَالْتَاءُ إِذْ تَبَرَأَ الَّذِينَ، وَإِذْ تَخَلَّقُ، وَإِذْ تَأْدُنُ، إِذْ تَأْتِيهِمْ، إِذْ تُفِيضُونَ، إِذْ تَقُولُ، إِذْ تَدْعُونَ، إِذْ تَمْشِي وَالْجِيمُ إِذْ جَعَلَ، وَإِذْ جِئْتُمْ، وَإِذْ جَاءَ وَالذَّالُ إِذْ دَخَلَتْ جِئْتُكَ فِي الْكَهْفِ، إِذْ دَخَلُوا فِي الْحِجْرِ، وَصَ، وَالذَّارِيَاتِ، وَالسَّيْنِ إِذْ سَمِعْتُمُوهُ وَالصَّادُ إِذْ صَرَفْنَا وَالزَّيَّ إِذْ زَيْنَ لَهُمْ، وَإِذْ زَاغَتْ فَأَدْغَمَهَا فِي الْحُرُوفِ السَّيِّئَةِ أَبُو عَمْرٍو وَهَشَامٌ. وَأُظْهِرْهُمَا عِنْدَهَا نَافِعٌ وَابْنُ كَثِيرٍ وَعَاصِمٌ وَأَبُو جَعْفَرٍ وَيَعْقُوبُ، وَأَدْغَمَهَا فِي التَّاءِ وَالذَّالِ فَقَطَّ حَمْزَةً وَخَلَفَ، وَأَدْغَمَهَا فِي غَيْرِ الْجِيمِ الْكِسَائِيُّ وَخَلَّدُ. ابن الجزري، النشر، ج ٢، ص ٣.

قال ابن الجزري:

إِذْ فِي الصَّغِيرِ وَتَجِدُ أَدْغَمَ حَلَا ... لِي وَغَيْرِ الْجِيمِ قَاضٍ رَتَلًا وَخَلَفَ فِي الذَّالِ مَصِيبٌ وَفِي ... قَدْ وَصَلَ الْإِدْغَامَ فِي دَالٍ وَتَا

(٥٨) حكم حروف قريت مخارجها عند القراء العشرة:
أ_ الذال عند التاء من اتَّخَذْتُمْ، أَخَذْتُ [البقرة الآية: ٥١]
[فاطر الآية: ٢٦] وما جاء من لفظه فأظهره الذال ابن كثير وحفص، واختلف عن رويس فروى الجمهور عن النخاس الإظهار، وروى أبو الطيب وابن مقسم الإدغام، وروى الجوهري إظهار حرف الكهف فقط: وهو لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ [الكهف الآية: ٧٧] وإدغام الباقي وكذا روى الكارزني عن النخاس والباقون بالإدغام.

قال ابن الجزري:

وفي أخذت واتخذت عن دري ... والخلف غث
ب_ الذال في التاء أيضا في قَبِذْتَهَا [طه الآية: ٩٦] أدغمها أبو عمرو وحمزة والكسائي وكذا خلف، واقفهم الزبيدي والحسن والأعمش واختلف عن هشام فقطع له المغاربة قاطبة بالإظهار، وهو الذي في الشاطبية وغيرها، وجمهور

ثلاثاً وَتَسْعِينَ سَنَةً، الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الطبعة: الثالثة، ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥ م، ج ٩، ص ٤٦٩.

(٥٦) قال ابن الجزري:

..... واكسروا ... قبل السكون بعد كسر حرّروا وصلا وباقيهم بضم وشفّا ... مع ميم الهاء وأتبع ظرفا المعنى: اختلف القراء العشرة في كسر ميم الجمع وضمها، وضم ما قبلها وكسره، إذا كان بعد ميم الجمع ساكن، وكان قبلها هاء، وقبل الهاء كسرة متصلة أو ياء ساكنة، وذلك نحو:
١ - فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ (سورة النساء آية ٧٧).
٢ - وَأَشْرَبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ بِكُفْرِهِمْ (سورة البقرة آية ٩٣).

٣ - وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ (سورة البقرة آية ١٦٦).

٤ - كَذَلِكَ يُرِيهِمُ اللَّهُ أَعْمَالَهُمْ (سورة البقرة آية ١٦٧).

فقرأ «أبو عمرو» بكسر الهاء والميم وصلا.

فكسر الهاء لمجاورة الكسرة، أو الياء الساكنة، وكسر الميم على أصل التخلص من التقاء الساكنين.

وقرأ «حمزة، والكسائي، وخلف العاشر» بضم الهاء والميم وصلا. فضمة الميم على الأصل، وضمة الهاء اتباع لها.

وقرأ «يعقوب» باتباع الميم الهاء على أصله، فضمها حيث ضم الهاء في نحو: كَذَلِكَ يُرِيهِمُ اللَّهُ أَعْمَالَهُمْ.

وكسرها حيث كسر الهاء في نحو: وَأَشْرَبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ.

وقرأ الباقيون وهم «نافع، وابن كثير، وأبو عمرو، وابن عامر، وعاصم، وأبو جعفر» بضم الميم وكسر الهاء.

هذا حكم الوصل، أما حالة الوقف فكل القراء على إسكان الميم، وهم في الهاء على أصولهم:

«فحمزة» بضم الهاء من نحو: فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ.

«ويعقوب» بضم الهاء من نحو: فَلَمَّا كُتِبَ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ.

ومن نحو: كَذَلِكَ يُرِيهِمُ اللَّهُ أَعْمَالَهُمْ.

المشاركة بالإدغام ورواه في التجريد عنه من طريق الداجوني وفي المبهج من طريق الحلواني، وواقفه ابن محيصن بخلفه أيضا والباقون: بالإظهار.

قال ابن الجزري:

نبذت حز لمع خلف شفا

جـ الذال في التاء أيضا من عُدَّتْ [غافر الآية: ٢٧] معاً فقرأه بالإدغام: أبو عمرو وهشام بخلف عنه وحمة والكسائي وكذا أبو جعفر وخلف، والإظهار له في الشاطبية كأصلها وفاقا لجميع المغاربة، وبه قرأ الباقر.

قال ابن الجزري:

عدت لما خلف شفا حز ثق

البناء، أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الدمياطي، شهاب الدين الشهير، إتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربعة عشر، المحقق: أنس مهرة، دار الكتب العلمية - لبنان، الطبعة: الثالثة، ٢٠٠٦م - ١٤٢٧هـ ص ٤٦.

(٥٩) حكم هاتين الكلمتين للقراء العشرة: أ- التاء في التاء في لَيْسَ وَلَيْسَتْ كَيْفَ جَاءَ فَأَدْعِمَهَا أَبُو عَمْرٍو وَابْنُ عَامِرٍ وَحَمَزَةُ وَالْكَسَائِيُّ وَأَبُو جَعْفَرٍ ؛ وَأُظْهِرَهُ الْبَاقُونَ، وَأَنْفَرَدَ الْكَارِزِيُّ عَنْ أَصْحَابِهِ عَنْ رُوَيْسٍ بِالْإِظْهَارِ فِي حَرْفِي الْمُؤْمِنِينَ وَإِدْغَامٍ غَيْرِهِمَا.

قال ابن الجزري:

ولبت كيف جا حط كم ثا رضى

ب- التاء في التاء أيضا من أوردتموها في الموضعين من الأعراق، والآخر ف؛ فأدغمها أبو عمرو وحمة والكسائي وهشام، واختلف عن ابن ذكوان فروأهما عنه الصوري بالإدغام، ورأهما الآخرش بالإظهار؛، وبذلك قرأ الباقر وأنفرد في المبهج بالإظهار عن هشام من طريق الداجوني وسائرهم لم يذكر عن هشام فيهما خلافاً.

قال ابن الجزري:

أوردتمو رضى لجا ... حز مثل خلف

ابن الجزري، النشر، ج ٢، ص ١٧.

(٦٠) في المخطوطة لهيصص.

(٦١) النون في الواو من يس، والقرآن [يس الآية: ١، ٢] فأدغمه هشام والكسائي، وكذا يعقوب وخلف، وافقهم ابن محيصن، والأعمش، واختلف فيه عن نافع والبزي وابن ذكوان، وعاصم فأما نافع فقطع له بالإدغام من رواية قالون. البناء، إتحاف فضلاء البشر، ص ٤٤.

قال ابن الجزري:

ويس روى ظعن لوى والخلف مز نل إذ هوى كنون لا قالون

(٦٢) النون في الواو من ن والقلم [القلم الآية: ١] فقرأ قالون وقيل وأبو عمرو وحمة وكذا أبو جعفر بالإظهار، وقرأ هشام والكسائي وكذا يعقوب وخلف بالإدغام واختلف عن ورش والبزي وابن ذكوان وعاصم بالإدغام لورش من طريق الأزرق. البناء، إتحاف فضلاء البشر، ص ٤٥.

(٦٣) الدال في الذال في كهيصص [مريم الآية: ١] ذكر أدغامها: أبو عمرو وابن عامر وحمة والكسائي وكذا: خلف والباقر بالإظهار. محمد سالم محيسن، الهادي شرح طيبة النشر في القراءات العشر، ج ١، ص ٢٧٩.

قال ابن الجزري:

..... وصاد ذكر مع ... يرد شفاكم حط

(٦٤) حكم دال قد:

اختلف في إدغامها في ثمانية أحرف الأول: الجيم نحو: لَقَدْ جَاءَكُمْ الثاني الذال: وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لَيْسَ غَيْرُهُ الثالث الزاي: وَلَقَدْ زَيَّنَّا الرابع السين: قَدْ سَأَلَهَا الخامس الشين: قَدْ شَعَفَهَا فقط السادس الصاد: وَلَقَدْ صَرَّفْنَا السابع الضاد: قَدْ ضَلُّوا الثامن: لَقَدْ ظَلَمَكَ فأدغمها فيهن أبو عمرو وحمة والكسائي وهشام وكذا خلف، وأدغمها ورش في: الضاد والطاء المعجمتين وأظهرها عند الستة، وأدغمها ابن ذكوان في: الذال والضاد والطاء المعجمات فقط، واختلف عنه في الزاي والباقر بالإظهار، وهم: ابن كثير وعاصم وقالون وكذا: أبو جعفر ويعقوب. البناء، إتحاف فضلاء البشر، ص ٤٠.

بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، ج ٢، ص ٥٣٩.

(٧٢) لا خلاف في عدّها؛ أ.د أحمد خالد شكري، الميسر في علم عد آي القرآن، ص ١٨٨.

(٧٣) من المعلوم عدّ الكوفيون طسم: رقم واحد، أما المدني والشامي والبصري فلا، عبد الفتاح بن عبد الغني بن محمد، الفرائد الحسان في عد آي القرآن، مكتبة الدار بالمدينة المنورة، الطبعة: الأولى ١٤٠٤ هـ ص ١١.

(٧٤) يقصد السكت لأبي جعفر، ومن المعلوم أن السكت يلزم منه الإظهار؛ فالأصل المَطْرُدُ حُرُوفُ الهجاء الواردة في فَوَاتِحِ السُّورِ نحو (الم، الر، كهيعص، طه، طسم، طس، ص) نَ قَرَأَ أَبُو جَعْفَرٍ بِالسَّكْتِ عَلَى كُلِّ حَرْفٍ مِنْهَا، وَلَزِمَ مِنْ سَكْتِهِ إِظْهَارُ الْمُدْغَمِ مِنْهَا وَالْمَخْفِيُّ وَقَطَعَ هَمْزَةُ الْوَصْلِ بَعْدَهَا لِيُسَيَّرَ بِهَذَا السَّكْتِ أَنَّ الْحُرُوفَ كُلَّهَا لَيْسَتْ لِلْمَعْنَى كَالَّذِي لَهَا لِلْأَسْمَاءِ وَالْأَفْعَالِ بَلْ هِيَ مَفْصُولَةٌ، وَإِنْ أَتَصَّلَ رَسْمًا وَلَيْسَتْ بِمُؤَلَّفَةٍ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا سِرٌّ مِنْ أَسْرَارِ اللَّهِ تَعَالَى الَّذِي اسْتَأْتَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِعِلْمِهِ، وَأُورِدَتْ مُفْرَدَةً مِنْ غَيْرِ عَامِلٍ وَلَا عَطْفٍ، فَسَكَّتْ كَأَسْمَاءِ الْأَعْدَادِ إِذَا وَرَدَتْ مِنْ غَيْرِ عَامِلٍ وَلَا عَطْفٍ، فَتَقُولُ: وَاحِدُ الثَّانِي ثَلَاثَةُ أَرْبَعَةٍ... هَكَذَا، ابن الجزري، النشر، ج ١، ص ٤٢٥.

(٧٥) ينظر: الفاسي، شرح الفاسي على الشاطبية، ج ١، ص ٤٢٣.

(٧٦) ينظر: الفاسي، شرح الفاسي على الشاطبية، ج ١، ص ٤٢٤.

(٧٧) أدغم الباء في الميم من «اركب معنا» في هود الكسائي وأبو عمرو ويعقوب، واختلف عن ابن كثير وعاصم من روايتهما وقالون وخلاد، محمد سالم محيسن، الهادي شرح طيبة النشر في القراءات العشر، ج ١، ص ٢٧٨.

قال ابن الجزري:

..... وفي اركب رض هما ... والخلف دن بي نل قوى

(٧٨) قال ابن الجزري: والباء في ميم يعتب من فقط... والحرف بالصّفة إن يدغم سقط

(٦٥) النون عند الميم من طسم أول الشعراء، والقصص، فأدغمه نافع وابن كثير وأبو عمرو وابن عامر وعاصم والكسائي، وكذا يعقوب وخلف، وأظهره حمزة، وكذا أبو جعفر على أنه لا حاجة إلى ذكره مع المظهر؛ لأن مذهبه السكت على حروف الفواتح، قال ابن الجزري:

..... طس ميم فد ثرى

«النون» من هجاء «طسم» أول الشعراء، والقصص.

وقد أخبر الناظم رحمه الله تعالى أن المرموز له بالفاء من «فد» والثاء من «ثرى» وهما: «حمزة، وأبو جعفر» يقرآن بالإظهار. فتعين للباقيين القراءة بالإدغام. محمد سالم محيسن، الهادي شرح طيبة النشر في القراءات العشر، ج ١، ص ٢٨٢.

(٦٦) والقياس ثلاثة، ومثل هذا الموضع مما وقع فيه الخلاف بين النحاة، وللمصنف فيه وجه.

(٦٧) الفاسي، شرح الفاسي على الشاطبية، ج ١، ص ٤٢٣.

(٦٨) يقصد شعبة: الرواي الأول عن عاصم.

(٦٩) نوع الوقف على يس حسن: إن جعل يس افتتاح السورة أو اسما لها، وليس بوقف إن فسر يس بيا رجل، أو يا إنسان، لأن قوله: إِنَّكَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ قد دخل في الخطاب كأنه قال: يا محمد والقرآن الحكيم إنك لمن المرسلين فيكون كالكلام الواحد فلا يوقف على: الحكيم، لأن قوله: وَالْقُرْآنَ الْحَكِيمَ قسم. الأشموني، منار الهدى في بيان الوقف والابتداء، ص ٦٣٦. والوقف على طسم ونون كاف، أو تام إن جعل خبر مبتدأ، الأشموني، منار الهدى في بيان الوقف والابتداء، ص ٥٥٤.

(٧٠) ينظر: الفاسي، جمال الدين أبو عبد الله، شرح الفاسي على الشاطبية، تحقيق عبد الرحيم الطرهوني، دار الكتب العلمية، ج ١، ص ٤٢٢.

(٧١) من المعلوم عدّ الكوفيون يس: رقم واحد، أما المدني والشامي والبصري فلا، القاضي، علم الدين السخاوي، علي بن محمد بن عبد الصمد الهمداني المصري الشافعي، جمال القراء وكمال الإقراء، مؤسسة الكتب الثقافية -

(٨٢) لا خلاف في عدها؛ أ.د أحمد خالد شكري، الميسر في علم عد آي القرآن، ص ١٦٠.

(٨٣) (الم تام) إن رفع ذلك بهدى أو هدى به، أو رفع بما عاد من الهاء المتصلة بفي أو رفع بموضع لا ريب فيه، كأنك قلت: ذلك الكتاب حق بهدى، أو رفع ذلك بالكتاب أو الكتاب به، أو رفع ذلك بالابتداء، والكتاب نعت أو بدل، ولا ريب فيه خبر المبتدأ (وكاف) إن جعلت خبر مبتدأ محذوف أي هذه أو هذه ألم، (وحسن) إن نصبت بمحذوف أي إقرأ ألم، وليست بوقف إن جعلت على إضمار حرف القسم وأن ذلك الكتاب قد قام مقام جوابها، وكأنه قال وحق هذه الحروف، إن هذا الكتاب يا محمد هو الكتاب الذي وعدت به على لسان النبيين من قبلك فهي متعلقة بما بعدها لحصول الفائدة فيه فلا تفصل منه؛ لأنَّ القسم لا بد له من جواب وجوابه بعده، والقسم يفتقر إلى أداة وهنا الكلام عار من أداة القسم، وليست ألم وقفاً أيضاً إن جعلت مبتدأ وذلك خبره، الأشموني، منار الهدى في بيان الوقف والابتداء، ص ٤٤.

(٨٤) قال ابن الجزري:

..... ووصلا حذفاً

سلطانية وماليه وماهيه ... في ظاهر كتابيه حسابه

ظنَّ اقتده شفا ظبا ويتسن ... عنهم

«حزة، ويعقوب» حذفاً «الهاء» حالة الوصل من الكلمات الثلاث الآتية، وأثبتها حالة الوقف:

١ - «سلطانية» من قوله تعالى: هَلْكَ عَنِّي سُلْطَانِيَّةٌ (سورة الحاقة الآية ٢٩).

٢ - «ماليه» من قوله تعالى: مَا أَغْنَىٰ عَنِّي مَالِيَّةُ (سورة الحاقة الآية ٢٨).

٣ - «ماهيه» من قوله تعالى: وَمَا أَذْرَاكَ مَا هِيَّةُ (سورة القارعة الآية ١٠).

وقرأ الباقون بإثبات الهاء وصلاً، ووقفاً. محمد سالم محيسن، الهادي شرح طيبة النشر في القراءات العشر، ج ١، ص ٢٧٥.

وفهم من كلام الناظم أيضاً أنَّ «الباء» تدغم في «ميم» «يعذب من يشاء» فقط، وذلك في خمسة مواضع وهي:

١ - قوله تعالى: يَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (سورة آل عمران الآية ١٢٩).

٢ - قوله تعالى: يَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ (سورة المائدة الآية ١٨).

٣ - قوله تعالى: يُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (سورة المائدة الآية ٤٠).

٤ - قوله تعالى: يُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَيَرْحَمُ مَن يَشَاءُ وَإِلَيْهِ تُقْلَبُونَ (سورة العنكبوت الآية ٢١).

٥ - قوله تعالى: يَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً (سورة الفتح الآية ١٤).

«ويعذب من» الذي في البقرة، أدغمه أبو عمرو والكسائي وخلف، واختلف عن حزة وابن كثير وقالون كما سيأتي، وهذا في قراءة من جزم، والباقيون منهم بالإظهار وهو ورش وحده ومن أظهر عن حزة وابن كثير وقالون، وقرأ الباقيون بالرفع وهم ابن عامر وعاصم وأبو جعفر ويعقوب، ابن الجزري، شمس الدين أبو الخير، محمد بن محمد بن يوسف، شرح طيبة النشر في القراءات، ضبطه وعلق عليه: الشيخ أنس مهرة، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ج ١، ص ١١٠.

(٧٩) ينظر: الفاسي، شرح الفاسي على الشاطبية، ج ١، ص ٤٢٤.

(٨٠) من المعلوم عدَّ الكوفيون الم: رقم واحد، أما المدني والشامي والبصري فلا، عبد الفتاح بن عبد الغني بن محمد، الفرائد الحسنان في عد آي القرآن، ص ٢٨.

(٨١) من المعلوم عدَّ الكوفيون حم: آية رقم واحد، وعسق: آية رقم واحد، أما المدني والشامي والبصري فلا، أ.د أحمد خالد شكري، الميسر في علم عد آي القرآن، راجعه د. مساعد بن سليمان الطيار، معهد الإمام الشاطبي، جدة، ط ١، ٢٠١٢، ص ١٧٢.

أثر ارتكاب العامل للجريمة التأديبية أو الجنائية على حقه في مكافأة نهاية الخدمة

نضال جمال مسعود جرادة*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٤/١٦م

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/٨/٢٨م

الملخص

يعد عقد العمل من العقود المستمرة، حيث تستمر علاقة العمل بين صاحب العمل مع العامل فترة زمنية محددة أو غير محددة، وأثناء دورة حياة عقد العمل يمارس صاحب العمل سلطة تأديبية في مواجهة العامل، وهي نتيجة طبيعية لحقه في إدارة مشروعه، فقد يرتكب العامل ذاته جريمة تأديبية، وقد يرتكب جريمة جنائية بحق صاحب العمل كالاعتداء عليه بالضرب أو سرقة، وكلتا الجريمتين تتيح لصاحب العمل الملاحقة التأديبية أو الجنائية أو كلاهما.

ولقد أورد قانون العمل نصاً يقضي بحق صاحب العمل بإنهاء عقد العمل المبرم مع العامل إذا أقدم الأخير على ارتكاب واحدة من الأفعال الواردة في متن النص، وذلك دون إشعار العامل.

في مقابل ذلك قرر قانون العمل حقوقاً للعامل يستحقها فور انقضاء عقد العمل، ومن بينها مكافأة نهاية الخدمة، هذه المكافأة أثارت لبساً وشكاً في مدى استحقاقها حينما يقدم العامل على ارتكاب جريمة تأديبية أو جنائية، لا سيما عدم وضوح النص القانوني بالحد الذي يقطع بدالاتها.

* مدرس، قسم القانون الخاص، الكلية الجامعية للعلوم التطبيقية.

The Impact of The Employee's Commitment of Disciplinary or Criminal Offense on His Right to the End-of-Service Remuneration

Nidal Jamal Jarada

Abstract

The employment contract is considered a continuous contract, where the employment relationship between the employer and the worker continues for a definite or indefinite period of time. During the life cycle of the employment contract, the employer exercises disciplinary authority against the worker and that is a natural consequence of his right to administer his project.

The worker himself may commit a disciplinary or a criminal offense against the employer, such as beating or stealing him. Both crimes allow the employer to pursue disciplinary or criminal prosecution or both.

The Labor Law provided an article for the right of the employer to terminate the contract of employment with the worker if the latter committed one of the acts contained in the body of the text, without notice to the worker. On the other hand, the Labor Law decided on the rights of the worker entitled to immediately after the expiry of the contract of employment, including End-of-service allowance. This allowance caused confusion as to the entitlement of allowance when the worker commits a disciplinary or criminal offense, in particular with the lack of clarity in the legal text.

المقدمة:

صاحب العمل، وسواء كان عقد عمله لمدة محدودة أو لمدة غير محدودة، وذلك عند انقضاء العقد، حيث حرص المشرع على توفير حماية لاحقة للعامل يستطيع من خلالها تدبر أمور معيشته وأسرته، حيث إن تركه للعمل، بإرادته أو بغيرها، إنما يجعله دون مصدر دخل يعتاش منه،

موضوع البحث: يستحق العامل مكافأة نهاية خدمة فور انقضاء عقد عمله، وذلك إذا توافرت شروطاً محددة نص عليها القانون واتفق عليها الفقه. ولما كانت مكافأة نهاية الخدمة هي تكريم للعامل عن المدة التي كرس فيها جهده لخدمة

٢. غموض النص القانوني المنظم لشروط استحقاق مكافأة نهاية الخدمة.

٣. تناقض وتعارض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفلسطينية بدوائرها المختلفة بشأن شروط استحقاق مكافأة نهاية الخدمة.

أسئلة البحث:

١. هل يوجد موانع تمنع من استحقاق العامل لمكافأة نهاية الخدمة؟
٢. حدود سلطة العامل في التنازل المشروط عن مكافأة نهاية الخدمة؟

٣. سلطة صاحب العمل في معاقبة العامل بالحرمان من مكافأة نهاية الخدمة؟

أهداف البحث:

١. مدى كفاية الأداة التشريعية في قانون العمل الفلسطيني والأردني وقدرتها على توفير نص قانوني قاطع الدلالة.
٢. تحليل النص القانوني والأحكام القضائية وترجيح الصائب منها في ضوء مقصد المشرع.
٣. استشراف قانون العمل الفلسطيني والأردني للكشف عن أي موانع تمنع من حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة.

منهجية البحث:

تبع في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل نصوص قانون العمل الفلسطيني رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، ومقارنتها بقانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ وتعديلاته،

فجاءت الحماية التشريعية واضحة في هذا المجال، حيث تدفع للعامل مكافأة نهاية الخدمة بعد انتهاء العلاقة العمالية.

ورغم أن مكافأة نهاية الخدمة هي تكريم من صاحب العمل للعامل فور انقضاء عقد العمل، وكانت مقتضيات المنطق تشير إلى حرمان العامل من هذه المكافأة إذا أقدم على ارتكاب جريمة تأديبية أو جنائية بحق صاحب العمل، إلا أن مقتضيات القانون لا يصادفها قبول للمنطق، فقد جاء قانون العمل بنص قانوني منح بموجبه صاحب العمل سلطة إنهاء عقد العمل بإرادته المفردة إذا ارتكب فعلاً من الأفعال الواردة في النص، وهي إما أن تشكل جرماً تأديبياً أو جنائياً أو كلاهما.

هذا النص القانوني خلق غموضاً جعله مجالاً فسيحاً رجباً للتحليل واكتشاف أي موانع قررها المشرع لاستحقاق مكافأة نهاية الخدمة.

مشكلة البحث:

تثير مشكلة البحث سؤالاً رئيسياً يتعلق بآثار ارتكاب العامل للجريمة التأديبية أو الجنائية على حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة ومدى اعتبارها مانعاً من حقه فيها.

فرضيات البحث:

١. غموض النص القانوني المنظم لسلطة صاحب العمل في إنهاء عقد العمل.

واستقراء آراء الفقه بهذا الشأن، وما قضت به المحاكم.

خطة البحث:

نقسم الدراسة في هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، على النحو الآتي:

مبحث تمهيدي: مفهوم الجريمة التأديبية والجنائية.

المبحث الأول: ماهية مكافأة نهاية الخدمة.

المطلب الأول: تعريف مكافأة نهاية الخدمة وأساسها والحكمة منها.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمكافأة نهاية الخدمة.

المبحث الثاني: شروط استحقاق مكافأة نهاية الخدمة وقانونية التنازل عنها.

المطلب الأول: شروط استحقاق مكافأة نهاية الخدمة.

المطلب الثاني: التنازل المشروط عن مكافأة نهاية الخدمة.

مبحث تمهيدي مفهوم الجريمة التأديبية والجنائية:

أولاً تعريف الجريمة التأديبية:

تعد الجريمة تأديبية متى حملت معنى الإخلال بنظام المشروع المنشأة أو المؤسسة وحسن سير العمل به، أو إعاقة أغراض المشروع، أو مخالفة أوامر صاحب العمل، ومن ثم فإنه لا تعد جريمة تأديبية ممارسة العامل لحق من حقوقه^(١)، مثل الإضراب أو التمثيل النقابي.

ورغم تعدد المسميات للجريمة التأديبية حيث يطلق عليها الخطأ التأديبي، والذنب الإداري، والمخالفة المسلكية، والمخالفة التأديبية^(٢)، إلا أن تعريفات الفقهاء للجريمة التأديبية تدور حول فكرة انحراف سلوك العامل الذي يمثل بدوره الجريمة التأديبية الصادرة منه، حيث تدور تلك التعريفات حول: مخالفة العامل للأوامر الفردية، أو القواعد العامة للجماعة، أو مخالفة كل أمر يصدره رئيس المشروع، الذي له وحده تقرير ملاءمته الاقتصادية أو الفنية، أو مخالفة النظام أو قواعد الجماعة، أو مخالفة بنود لائحة العمل في المشروع، أو رفض الانصياع لأمر صاحب العمل^(٣).

وبناء عليه فإنه يمكن تعريف الجريمة التأديبية بأنها: (إخلال بالنظام في المشروع، أو بحسن سير العمل فيه، أو إعاقة للغرض الذي يقصد به تحقيقه)^(٤).

ثانياً: تعريف الجريمة الجنائية:

تعرف الجريمة الجنائية بأنها: (مخالفة قانون من قوانين الدولة بفعل خارجي صادر عن رجل، لا يبرره قيام بواجب، ولا ممارسة لحق، على أن يكون هذا الفعل معاقب عليه في نصوص القانون)^(٥).

ثالثاً: تمييز الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية:

تشابه الجريمة التأديبية مع الجريمة الجنائية في قيامهما على أساس الإثم، ويتشابهان كذلك في

فارق جوهرى بينهما، يتمثل في أن القانون الجنائي تضعه السلطة التشريعية، في حين تطبقه السلطة القضائية، وأن السلطة الأخيرة مستقلة عن الأولى، أما في السلطة التأديبية فإن الذي يضعها هو صاحب العمل وحده، وأن الذي يطبقها هو ذاته^(٢١)، وهو الأمر الذي يبدو غريباً أن يكون صاحب العمل خصماً وحكماً في وقت واحد، ولكن الضرورات العملية تبرر هذا الحق، وهي ضرورات نص عليها قانون العمل، حيث اهتم بتنظيم هذا الحق لأجل حماية العامل، فضلاً عن رقابة القضاء^(٢٢).

وقد تجتمع الجريمة التأديبية والجنائية في الفعل الواحد الصادر من العامل، ومن ثم فإن كل جريمة تنفرد بجزائها ونظامها وأركانها وإجراءاتها والسلطة المختصة بها، ومن أمثلة ذلك: العامل الذي يقود سيارة العمل التي صدر له بخصوصها تعليمات من صاحب العمل بعدم قيادتها، فيصدم أحد الأشخاص فيقتله، فيكون هذا السائق مسؤولاً جنائياً أمام المحاكم الجنائية عن تهمة القتل، ومسؤولاً تأديبياً أمام صاحب العمل عن مخالفة التعليمات، بالإضافة لكونه مسؤولاً مدنياً عن تلف السيارة وتعويض ورثة المتوفى^(٢٣).

المبحث الأول ماهية مكافأة نهاية الخدمة:

نتناول دراسة هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

مبدأ الشرعية، حيث لا يجوز فرض عقوبة على جريمة لم يرد بشأنها نص في قانون العقوبات أو في لائحة تنظيم العمل^(٢٤)، وتخضع الجريمة الجنائية لنظام العفو، وهو ما تخضع له كذلك الجريمة التأديبية^(٢٥)، وتشابهان في جواز إثبات كلاهما بكافة طرق الإثبات^(٢٦).

وتختلف الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية - من ضمن صور التباين بينهما - في أن الأولى ينبغي أن تقع من شخص يحمل صفة العامل، في حين تقوم الجريمة الجنائية بغض النظر عن صفة القائم بالسلوك الإجرامي، وبعد الجزاء التأديبي عقاباً لمخالفة العامل للسلوكيات الوظيفية أو المهنية، من قبيل مخالفة العامل للقواعد التي يقتضيها حسن سير العمل في المشروع أو المنشأة أو المؤسسة^(٢٧)، في حين أن الجزاء الجنائي يرصد لمن خالف قانون العقوبات والقوانين المكملة له.

وعلى الرغم من اختلاف الجزاء التأديبي عن الجزاء الجنائي، إلا أنهما يتفقان في الهدف منهما وهو ردع المخالف ومجازاته، الأمر الذي يترتب عليه اشتراكهما في بعض المبادئ الأساسية ومن قبيل ذلك اشتراكهما في مبدأ شخصية العقوبة^(٢٨)، ومبدأ التناسب بين الفعل والجزاء^(٢٩).

ورغم أن بعض الفقه يرى -بغير حق- أن الفارق بين الجزاء التأديبي والجزاء الجنائي ينحصر في نطاق كل منهما، حيث يتفقان في الطبيعة والهدف، إلا أن هذا القول مردود عليه بوجود

المطلب الأول: تعريف مكافأة نهاية الخدمة وأساسها والحكمة منها.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمكافأة نهاية الخدمة.

المطلب الأول تعريف مكافأة نهاية الخدمة وأساسها والحكمة منها:

أولاً: تعريف مكافأة نهاية الخدمة:

لم يرد تعريفاً لمكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل الفلسطيني والأردني، وكذلك فعل القرار بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٦م بشأن الضمان الاجتماعي.

في حين أورد الفقه تعريفات لمكافأة نهاية الخدمة، حيث عرفها البعض بأنها: (تكريم للعامل عن المدة التي كرس فيها جهده لخدمة صاحب العمل دون التفرقة بين العامل الذي يكون عقد عمله لمدة محدودة أو لمدة غير محدودة، وذلك عند انتهاء العقد بالاتفاق أو بوفاء العامل أو ببلوغه سن التقاعد أو بحلول أجله)^(٩٥).

وعرفها جانب من الفقه بأنها: (التزام على عاتق صاحب العمل بموجبه يدفع للعامل مبلغاً معيناً من النقود يتناسب مع مدة خدمته، وذلك عند انتهاء عقد العمل سواء كان محدد المدة أو غير محدد المدة)^(٩٦).

يتضح من سياق التعريفات السابقة لمكافأة نهاية الخدمة، أنها منوطة بانتهاء عقد العمل، بغض النظر عن سبب انتهاءه، وبغض النظر عن نوع

عقد العمل، ومن ثم فإن مكافأة نهاية الخدمة تكون مستحقة للعامل إذا كان عقدته محدد المدة، أو غير محدد المدة، أو كان عقد لإنجاز عمل معين، طالما أنه استوفى الشروط القانونية لاستحقاقها.

ثانياً: أساس مكافأة نهاية الخدمة والحكمة منها:

مكافأة نهاية الخدمة على خلاف التعويض عن مخالفة قواعد إنهاء العقد، حيث لا تقوم على أساس الخطأ من جانب صاحب العمل، حيث إن الأخير يلتزم بدفعها ولو كان إنهاء العقد متفقاً مع قواعد القانون^(٩٧)، وإنما يتأسس الحق في مكافأة نهاية الخدمة على اعتبارات العدالة التي تتأدى في تخفيف الأعباء على العامل بعد أن أمضى في خدمة صاحب العمل مدة قد تتلاشى أمامه بعدها فرص العمل، واعتبارات عامة مؤداها التمكين للعامل بعد تركه للعمل من أن يواجه وذويه غوائل الفاقة ويصبحون عالة على المجتمع^(٩٨)، لذلك تجد مصدر الالتزام بدفعها في نصوص القانون، حيث إن النص القانوني هو المصدر المباشر لاستحقاق مكافأة نهاية الخدمة، وسببه ما أداه العامل من خدمات لصاحب العمل نتيجة العقد الذي تم بينه وبين العامل^(٩٩).

ولمكافأة نهاية الخدمة حكمة، تتمثل وفق تعبير محكمة النقض الفلسطينية بأنها: (مراد المشرع من مكافأة نهاية الخدمة أن تعطي للعامل بعد تركه لعمله ليتمكن من تدبير أموره بعد تركه للعمل،

وقيام الطاعن بإعطاء العامل بعضاً من مكافأة نهاية الخدمة أثناء عمله يكون على خلاف مقصد المشرع^(٣٠).

المطلب الثاني الطبيعة القانونية لمكافأة نهاية الخدمة:

يجمع الفقه على أن مكافأة نهاية الخدمة لا تعد تعويضاً، حيث إن صاحب العمل يدفعها دون أن يكون العامل قد ارتكب خطأ، وبناء على ذلك يجوز للعامل أن يجمع بين حقه في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة وبين حقه في الحصول على التعويض عن فصله تعسفياً^(٣١).

ولقد تعددت الآراء بشأن الطبيعة القانونية لمكافأة نهاية الخدمة، كالتزام مصدره القانون، وذلك على النحو الآتي:

أولاً مكافأة نهاية الخدمة هي أجر إضافي:

يرى جانب من الفقه أن مكافأة نهاية الخدمة هي عبارة عن أجر إضافي مستحق للعامل^(٣٢)، ويعيب بعض الفقه هذا الاعتبار، وذلك لكون أن الأجر لا بد أن يقابله عمل^(٣٣).

ثانياً مكافأة نهاية الخدمة حق من نوع خاص:

يرى جانب من الفقه أن مكافأة نهاية الخدمة هي عبارة عن حق من نوع خاص، ألزم المشرع صاحب العمل بأدائه لاعتبارات الصالح العام، وأوجب على العامل استدعاءه في الأحوال المبينة في القانون^(٣٤).

ثالثاً مكافأة نهاية الخدمة تعد تأميناً للعامل:

يرى جانب من الفقه أن مكافأة نهاية الخدمة تعد تأميناً للعامل، ومن ثم لا تخضع لنظام الأجر وأحكامه، ولا تنطبق عليها أحكام الامتيازات المقررة للأجر من حيث نسبة الاستقطاع والحجز^(٣٥)، وتتجلى حكمة هذا التأمين في إيجاد العامل أو ذويه ما يعين على الحياة عند انتهاء عقد العمل، وهو الذي يفسر توارى نظام مكافأة نهاية الخدمة عند خضوع العامل لنظم الضمان الاجتماعي^(٣٦).

ومن جانبنا: نرى أن مكافأة نهاية الخدمة ما هي إلا نوع من التأمين قرره المشرع للعامل وذلك لمواجهة به مصارع الزمن ويصد بها مفاجآت انتهاء عقد العمل، وأن اعتبار المكافأة عبارة عن أجر إضافي يتعارض مع فكرة الجمع بينها وبين الحقوق المترتبة على قانون الضمان الاجتماعي، حيث إن هذا الجمع - بين المكافأة وحقوق الضمان الاجتماعي - غير جائز، في حين يجوز الجمع بين الأجر والحقوق المترتبة على قانون الضمان الاجتماعي.

المبحث الثاني شروط استحقاق مكافأة نهاية الخدمة وقانونية التنازل عنها:

نتناول دراسة هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: شروط استحقاق مكافأة نهاية

الخدمة.

المطلب الثاني: التنازل المشروط عن مكافأة نهاية الخدمة.

المطلب الأول شروط استحقاق مكافأة نهاية الخدمة:

لا يستحق كل من يرتبط بعقد عمل مكافأة نهاية الخدمة، حيث إن هناك شروطاً قررها القانون، وأيدها القضاء والفقه بهذا الخصوص، وهذه الشروط هي:

أولاً: وجود عقد عمل بين العامل وصاحب العمل:

يشترط لاستحقاق مكافأة نهاية الخدمة أن يكون العامل مرتبطاً بعقد عمل مع صاحب عمل، ويترتب على ذلك أنه لا يستحق مكافأة نهاية الخدمة كل من يرتبط مع آخر بعقد من العقود الواردة على العمل كعقد المقاولة مثلاً.

ولم يميز المشرع الفلسطيني في استحقاق مكافأة نهاية الخدمة بين العاملين بعقود عمل محددة المدة أو غير محددة المدة، وسأوى بينهم في استحقاق المكافأة، حيث جاء نص المادة (٤٥) من قانون العمل غير مقيّد بنوع عقد معين يتعين استحقاق العامل فيه لمكافأة نهاية الخدمة، حيث افتتحت المادة المذكورة بكلمة (للعامل). دون أن يحدد نوع العقد الذي يرتبط به هذا العامل وسواء أكان عقداً محدداً أو غير محدد المدة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأنه: (..). ولما كانت المادة (٤٥) من قانون العمل تقضي بأن

للعامل الذي أمضى سنة من العمل الحق في مكافأة نهاية الخدمة، كما أن المادة (٢٧) من القانون المذكور تقضي بأن يتمتع العاملون بعقود عمل محددة المدة بنفس الحقوق التي يخضع لها العاملون بعقود غير محددة المدة في ظروف مماثلة، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعمل لمدة محددة، ولما كان نص المادة (٤٥) المذكورة جاء عاماً، فإن مقتضى ذلك أن يستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة سواء متى أمضى سنة في العمل سواء كان عقده محدد المدة أم غير محدد المدة^(٣٧)، ولم يفرق المشرع الأردني بين العاملين بموجب عقود عمل محددة أو غير محددة المدة، حيث افتتحت المادة (٣٢) عبارتها بما يلي: (يحق للعامل ..).

ثانياً ألا تقل مدة عقد العمل عن سنة:

ينبغي لكي يستحق العامل بدل مكافأة نهاية الخدمة أن يكون قد أمضى مدة سنة كاملة في العمل، والسنة بالمفهوم القانوني هي ٣٦٥ يوماً^(٣٨)، شاملة للإجازات بكافة أنواعها، والعطل الرسمية والدينية، وفترات الراحة الأسبوعية.

ولقد أثارَت المادة (٤٥) من قانون العمل الفلسطيني الشك والغموض في تفسيرها، وذلك على مستوى الفقه وشرح القانون والقضاء.

حيث يرى البعض أن مكافأة نهاية الخدمة لا يستحقها إلا من أمضى سنة كاملة في العمل^(٣٩)، في حين يرى جانب آخر أنها تستحق لكل عامل

انقضى عقده سواء عمل لمدة سنة فأكثر أو أقل من سنة^(٣٠).

ولقد حسمت محكمة النقض الفلسطينية (دائرة غزة) هذه المسألة حيث قضت بأنه: (طالما أن الثابت في الأوراق أن العامل لم يمض سنة على عمله فإنه لا يستحق بدل مكافأة نهاية الخدمة من صاحب العمل)^(٣١)، وقضت بأنه: (يستحق العامل حقوق عمالية إذا أمضى في عمله مدة سنة طبقاً لنص المادة (٤٥) من قانون العمل رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠)^(٣٢)، وقضت في حكم ثالث بأنه: (لما كان الثابت أن المطعون ضده قد أمضى في العمل لدى الطاعن أقل من سنة، فلم يتحقق بشأن المطعون ضده نص المادة (٤٥) من قانون العمل، مما يمسي معه الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وتأييد حكم محكمة أول درجة القاضي ببرد الدعوى، وبناء عليه تقرر المحكمة نقض الحكم المطعون فيه)^(٣٣).

في حين صدر عن محكمة النقض الفلسطينية (دائرة رام الله) حكماً مغايراً لما حكمت به محكمة النقض الفلسطينية (دائرة غزة)، حيث قضت بأن: (المشروع لم يشترط أن يمضي العامل سنة كاملة في العمل حتى يستحق مكافأة نهاية الخدمة، فإذا كانت مدة العمل أقل من سنة فإنه يستحق نسبة من أجره الشهر تعادل المدة التي قضاها في العمل إلى السنة)^(٣٤).

غير أن ذات المحكمة عدلت عن حكمها بتاريخ ٢٠١٧/٠٢/٠٧، حيث اعتبرت أن العامل الذي لم يمض سنة في العمل لا يستحق مكافأة نهاية خدمة، مخالفة بذلك ما استقرت عليه في أحكامها السابقة^(٣٥).

وبمطالعة نص المادة (٤٥) من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ م نجد نص على أن: (للعامل الذي أمضى سنة من العمل الحق في مكافأة نهاية خدمة مقدارها أجر شهر عن كل سنة قضاها في العمل على أساس آخر أجر تقاضاه، دون احتساب ساعات العمل الإضافية، وتحتسب لهذا الغرض كسور السنة).

يتبين من سياق النص أن عبارة (وتحتسب لهذا الغرض كسور السنة) هي مرجع الشك في تفسير النص، إذ قد تحتل - مع سياق النص - أحد تفسيرين:

أولاهما: تحسب الشهور (كسور السنة) الزائدة على مدة سنة لغايات احتساب مكافأة نهاية الخدمة، وبعبارة أخرى، إذا عمل شخص لمدة ١٥ شهراً، فإنه يحتسب له مكافأة بواقع أجره شهر عن سنة (١٢ شهراً)، وربع أجره شهر عن (٣ أشهر).

ثانيهما: تحسب الشهور (كسور السنة) للعامل الذي لم يمض مدة سنة في عمله وذلك لغايات احتساب مكافأة نهاية الخدمة، وبعبارة أخرى، إذا عمل شخص لمدة ٦ أشهر، فإنه يحتسب له مكافأة

بواقع أجرة نصف شهر عن نص السنة التي قضاها في العمل.

وفي ضوء هذا التباين في المفهوم بنص المادة (٤٥) من قانون العمل، فإننا نرى أن العامل الذي لم يمض مدة سنة كاملة في العمل لا يستحق مكافأة نهاية خدمة، وهو ما استقر عليه القضاء في قطاع غزة، وحكمت به محكمة النقض الفلسطينية (دائرة رام الله) مؤخراً، وأن عبارة (وتحتسب لهذا الغرض كسور السنة) ليست مجرد قاعدة حسابية للعاملين لمدة أقل من سنة، وإنما هي قاعدة حسابية للعاملين بمدة بلغت سنة كاملة أو أكثر وزادت بعدة أشهر عن إجمالي مدة العمل، بحيث لا تكون مدة العمل منكسرة السنوات، أي جاءت عدداً صحيحاً، ذلك أن الارتباط بين افتتاحية نص المادة ٤٥ حيث وردت عبارة (للعامل الذي أمضى سنة من العمل)، مع عجز ذات المادة حيث وردت عبارة (وتحتسب لهذا الغرض كسور السنة)، يفصح عن شرط ابتدأت به المادة (٤٥) المذكورة، ولو كان مقصد المشرع خلاف ذلك، لأورد صياغة أخرى أكثر وضوحاً. وفي الأردن فقد نصت المادة (٣٢) من قانون العمل على أن: (يحق للعامل غير الخاضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي، وتنتهي دمه لأي سبب من الأسباب، الحصول على مكافأة نهاية الخدمة بمعدل أجر شهر عن كل سنة

من خدمته الفعلية، ويعطى عن كسور السنة مكافأة نسبية وتحتسب المكافأة على أساس آخر أجر تقاضاه خلال مدة استخدامه)، وهو نص لا يقطع بشرط مرور سنة في العمل لاستحقاق مكافأة نهاية الخدمة، إلا أن محكمة التمييز الأردنية أيدت حكماً يقضي بعدم استحقاق الطاعنة لمكافأة نهاية الخدمة نظراً لعدم تجاوزها مدة سنة خدمة فعلية في العمل^(٣٦).

ثالثاً: انقضاء عقد العمل فعلاً:

لا ينشأ الحق في مكافأة نهاية الخدمة إلا بعد انقضاء عقد العمل^(٣٧)، ولا يجوز الوفاء بهذا الحق قبل ذلك، وإذا أوفى صاحب العمل أو اشترط في عقد العمل على أن يوفي العامل مكافأته خلال الخدمة، فإن مثل هذا الشرط لا يعتد به، وبمطالعة نص المادة ٤٥ من قانون العمل الفلسطيني والمادة ٣٢ من قانون العمل الأردني يتبين أن مكافأة نهاية الخدمة تستحق بعد انتهاء عقد العمل أو إنهائه من قبل أحد طرفيه، وقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفلسطينية فقضت بأن: (مراد المشرع من مكافأة نهاية الخدمة أن تعطي للعامل بعد تركه لعمله ليتمكن من تدبير أموره بعد تركه للعمل، وقيام الطاعن بإعطاء العامل بعضاً من مكافأة نهاية الخدمة أثناء عمله يكون على خلاف مقصد المشرع)^(٣٨).

العامل بكافة الحقوق الأخرى عند ارتكابه أيًا من المخالفات التالية:

- ١ - انتحاله شخصية غير شخصيته أو تقديمه شهادات أو وثائق مزورة لصاحب العمل.
- ٢ - ارتكابه خطأ نتيجة إهمال مؤكد نشأت عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل شريطة أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحادث خلال ثمان وأربعين ساعة من وقت علمه بوقوعه.
- ٣ - تكراره مخالفة النظام الداخلي للمنشأة المصادق عليه من وزارة العمل أو التعليمات المكتوبة الخاصة بسلامة العمل وصحة العمال رغم إنذاره بها حسب الأصول.
- ٤ - تغيبه دون عذر مقبول أكثر من سبعة أيام متتالية، أو أكثر من خمسة عشر يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة، على أن يكون قد أُنذر كتابياً بعد غياب ثلاثة أيام في الحالة الأولى أو عشرة أيام في الحالة الثانية.
- ٥ - عدم وفاء العامل بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد العمل رغم إنذاره حسب الأصول.
- ٦ - إفشاؤه للأسرار الخاصة بالعمل التي من شأنها أن تسبب الضرر الجسيم.
- ٧ - إدانته بحكم نهائي في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق العامة.
- ٨ - وجوده أثناء العمل في حالة سكر أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة يعاقب عليها القانون.

والصحيح أن مكافأة نهاية الخدمة بهذا المفهوم الوارد في متن النص القانوني، فيه ما يتفق مع الغاية من تشريع مكافأة نهاية الخدمة للعامل، حيث حرص المشرع على توفير حماية لاحقة للعامل يستطيع من خلالها تدبير أمور معيشته للحصول على فرصة عمل أخرى يعتاش منها هو وأسرته، حيث إن تركه للعمل، بإرادته أو غيرها، إنما يجعل العامل دون مصدر دخل يعتاش منه، فجاءت الحماية التشريعية واضحة في هذا المجال، حيث تدفع تلك المكافأة بعد انتهاء العلاقة العمالية أو إنهاؤها.

ويستوي في ذلك انقضاء عقد العمل بأي سبب من أسباب الانقضاء، وسواء كان بالاستقالة، أو بالوفاة^(٤٠)، أو بالفصل^(٤١)، أو بانتهاء مدة العقد، أو بعجز العامل عن أدائه مهامه.

ولم يستثن قانون العمل الفلسطيني أيًا من الفئات العمالية من استحقاق مكافأة نهاية الخدمة، إلا أن المادة (٤٠) منه والتي تناولت حالات إنهاء عقد العمل من قبل صاحب العمل، لم تنص على حق العامل بمكافأة نهاية الخدمة، مما أثار الشك واللبس حو استحقاق مكافأة نهاية الخدمة في حال فصل العامل.

وبالعودة لنص المادة (٤٠) المذكورة نجد أنها تنص على أن: (لصاحب العمل إنهاء عقد العمل من طرف واحد دون إشعار مع حقه في مطالبة

٩- اعتداؤه بالضرب أو التحقير على صاحب العمل أو على من يمثله أو على رئيسه المباشر).

ويبدو من سياق النص أن المشرع الفلسطيني منح صاحب العمل سلطة إنهاء عقد العمل إذا توافرت واحدة من الأسباب الواردة في متنها، وهي أسباب يجمعها خطأ العامل، وقد تشكل جرماً تأديبياً أو جرمًا جنائياً أو كلاهما.

ويتبع الأصل التاريخي للمادة (٤٠) المذكورة، نجد أن النص الأصلي المقدم للمجلس التشريعي في القراءة الأولى، كان يتضمن صراحة نصاً يقضي بحرمان العامل من الإشعار ومكافأة نهاية الخدمة لمن يرتكب المخالفات الواردة فيها، حيث كان النص الأصلي في المشروع الأصلي قبل تعديله، على النحو الآتي: (لصاحب العمل إنهاء عقد العمل من طرف واحد دون إشعار أو مكافأة نهاية خدمة، مع حقه في مطالبة العامل بكافة الحقوق الأخرى عند ارتكابه أية مخالفة من المخالفات الآتية)، ولكن بعد مناقشات متعددة لنص هذه المادة، انتهى المجلس التشريعي في القراءة الثالثة إلى حذف عبارة (مكافأة نهاية الخدمة) من نص المشروع، والإبقاء على الحرمان فقط من الإشعار دون المكافأة، مما يعني أن المشرع لو كان مقصده جواز حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة لإحدى المخالفات الواردة في المادة (٤٠) لما أجرى تعديلاً على النص^(٤١).

ولقد صدر عن مجلس الوزراء الفلسطيني القرار رقم ١٢١ لسنة ٢٠٠٥م بلائحة القواعد المنظمة للجزاءات طبقاً لقانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠، حيث نصت المادة ٦/١ منه على أن:

(لغايات إعمال المادة (٤٠):

١- لصاحب العمل بناء على قرار قضائي، وقف دفع مكافأة نهاية الخدمة، في حال ارتكاب العامل لمخالفة متعمدة واردة في لائحة الجزاءات المصادق عليها وتنتج عنها ضرر جسيم أو خسارة جسيمة متحقق منها)^(٤٢)، ويتبين من سياق النص أن العامل لا يحرم من مكافأة نهاية الخدمة إذا ارتكب جرماً تأديبياً أو جنائياً وفق المادة (٤٠) من قانون العمل، ولا يجوز حرمانه منها، وإنما يحرم فقط من بدل الإشعار، وإذا رغب صاحب العمل بعدم دفع مكافأة نهاية الخدمة، فلا بد له من استصدار قرار قضائي بذلك، وهذا القرار القضائي في جميع الأحوال مشروط بارتكاب العامل مخالفة عمدية منصوص عليها في لائحة الجزاءات المصادق عليها من وزارة العمل، وترتب عليها ضرر جسيم أو خسارة جسيمة متحقق منها.

وقد أصدرت محكمة النقض الفلسطينية عدة أحكام يستبان منها حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة ولو كان قد تم فصله من العمل تطبيقاً للمادة (٤٠) من قانون العمل، حيث قضت بأنه:

بالحدث خلال خمسة أيام من وقت علمه بوقوعه.

د- إذا خالف العامل النظام الداخلي للمؤسسة بما في ذلك شروط سلامة العمل والعمال رغم انذاره كتابة مرتين. هـ- إذا تغيب العامل دون سبب مشروع أكثر من عشرين يوماً مقتطعة خلال السنة الواحدة أو أكثر من عشرة أيام متتالية على أن يسبق الفصل انذار كتابي يرسل بالبريد المسجل على عنوانه وينشر في إحدى الصحف اليومية المحلية مرة واحدة. و- إذا فشى العامل الأسرار الخاصة بالعمل.

ز- إذا أدين العامل بحكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية بجناية أو بجنحه ماسة بالشرف والأخلاق العامة.

ح- إذا وجد أثناء العمل في حالة سكر بين أو متأثراً بما تعاطاه من مادة مخدرة أو مؤثر عقلي و ارتكب عملاً مخالفاً بالآداب العامة في مكان لعمل.

ط- إذا اعتدى العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول أو أحد رؤسائه أو أي عامل أو على أي شخص آخر أثناء العمل أو بسببه وذلك بالضرب أو التحقير، وبمطالبة المادة (٣٢) من قانون العمل نجردها تنص على أن: (يجوز للعامل غير الخاضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي وتنتهي خدمته لأي سبب من

(إذا تم فصل العامل لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة ٤٠ من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠م، فإن ذلك يؤدي إلى عدم استحقاق العامل بدل الإشعار فقط، ولا يوجد في قانون العمل ما يبرر حرمان العامل من مكافأة نهاية الخدمة في مثل هذه الحال)، وقضت كذلك بأنه: (وفقاً للمادة ٩/٤٠ من قانون العمل فإن اعتداء العامل على رب العمل أو من يمثله بالضرب؛ إنما يجرمه من بدل الإشعار فقط، ولا يجرمه من حقوقه الأخرى)، وقضت أيضاً بأن: (اعتداء العامل على ابن صاحب العمل بالضرب، يجرمه من بدل الإشعار فقط، ولا يجرمه من باقي حقوقه الأخرى، وخصوصاً بدل مكافأة نهاية الخدمة وبدل الإجازة وبدل إجازة اليوم السابع)^(٣٧).

وفي الأردن فقط نصت المادة (٢٨) من قانون العمل على أن: (لصاحب العمل فصل العامل دون اشعار وذلك في أي من الحالات التالية: أ- إذا انتحل العامل شخصية أو هوية غيره أو قدم شهادات أو وثائق مزورة بقصد جلب المنفعة لنفسه أو الاضرار بغيره.

ب- إذا لم يقيم العامل بالوفاء بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد العمل.

ج- إذا ارتكب العامل خطأ نشأ عنه خسارة مادية جسيمة لصاحب العمل بشرط أن يبلغ صاحب العمل الجهة أو الجهات المختصة

الأسباب الحصول على مكافأة نهاية الخدمة
بمعدل أجر شهر عن كل سنة من خدمته الفعلية
ويعطى عن كسور السنة مكافأة نسبية وتحتسب
المكافأة على أساس آخر أجر تقاضاه خلال مدة
استخدامه، وهذا النص قطع أي لبس في مدى
استحقاق العامل لمكافأة نهاية الخدمة حال فصله
من العمل من عدمه، حيث إن صياغة النص
جاءت واضحة وقاطعة في عدم تأثير سبب انتهاء
العمل على حقه في مكافأة نهاية الخدمة، كما أن
النص جاء مغايراً لما كان عليه النص في قانون
العمل الملغي رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠، حيث كانت
المادة ١٧ من القانون الملغي تُصرّح بجرمان العامل
من مكافأة نهاية الخدمة إذا أنهى عمله بسبب
ارتكابه إحدى المخالفات الواردة في متنها^(٤٣).

ومن جانبنا: نرى أنه لا يجوز حرمان العامل
من مكافأة نهاية الخدمة، ذلك أن مكافأة نهاية
الخدمة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بعامل الزمن، لا سيما
أن صاحب العمل ملزم بلائحة جزاءات، وأن
فصل العامل مع حرمانه من مكافأة نهاية الخدمة
يمثل ازدواجاً في العقوبة وهو أمر محظور.

**رابعاً: ألا يكون العامل خاضعاً لأحكام
قانون الضمان الاجتماعي:**

لا يستفيد العامل الخاضع لأحكام قانون
الضمان الاجتماعي^(٤٤)، وفي فلسطين لا يوجد
قانون ضمان اجتماعي صادر عن السلطة

التشريعية، وإنما يوجد قرار بقانون رقم (٦) لسنة
٢٠١٦ بشأن الضمان الاجتماعي الصادر عن
رئيس السلطة الفلسطينية بتاريخ
٢٩/٠٩/٢٠١٦^(٤٥)، ودخل القرار بقانون حيز
النفاذ بتاريخ ٢٠/١١/٢٠١٦، وهو مطبق فقط
في الضفة الغربية دون قطاع غزة، وذلك بفعل
الانقسام الفلسطيني.

ولقد صرح المشرع الأردني في المادة (٣٢) من
قانون العمل -سالف الذكر- بهذا الشرط، حيث
أورد ضمن النص عبارة - (يحق للعامل غير
الخاضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي ...) .
**المطلب الثاني: التنازل المشروط عن مكافأة نهاية
الخدمة:**

يهدف قانون العمل إلى تمكين العامل من
تحقيق ذاتيته من خلال عمله بغير إخلال
بالاعتبارات الاقتصادية^(٤٦)، وإلى التدخل في
العلاقات الانسانية الخاضعة له بقصد حماية
الطرف الأضعف^(٤٨).

وتدخل الدولة لفرض التعادل بين طرفي
عملية الانتاج (العمال وأصحاب العمل) ليس له
وسيلة لجعله فعالاً، وتلك الحماية التي أصبغها
المشرع على العامل مشمرة؛ إلا يجعل قواعد قانون
العمل قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على
خلافها^(٤٩)، سواء بموجب اتفاقات فردية أو
جماعية^(٥٠)، وبهذا يتميز قانون العمل عن غيره من
القوانين الخاصة مثل القانون المدني الذي يجد

(مبدأ سلطان الإرادة)^(٦١) (والعقد شريعة المتعاقدين) فيه نطاقه الرحب الفسيح^(٦٢).

والصفة الأمرة هي الصفة الخاصة بكل قاعدة قانونية لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لتعلقها بالنظام العام، ويمثل النظام العام الأسس الجوهرية والمصالح الحيوية في الجماعة^(٦٣).

ويترتب على الطبيعة القانونية الخاصة لقواعد قانون العمل بطلان الصلح والإبراء والشروط التي تتضمن تنازلاً عن حق من حقوق العامل، حيث تعبر قواعد قانون العمل عن الحد الأدنى من الحقوق التي ينبغي أن يتمتع بها العامل^(٦٤)، لذلك يطل كل اتفاق أو شرط عقدي ينطوي على انتقاص من هذه الحقوق^(٦٥)، ولقد نصت المادة (٦) من قانون العمل الفلسطيني على أن: (تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال التي لا يجوز التنازل عنها، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل تنطبق على العمال أحكام هذا القانون أو أحكام التنظيم الخاص أيهما أفضل للعامل)، ويقابلها في قانون العمل الأردني المادة ٤/ب التي نصت على أن: (يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي منحها إياه هذا القانون).

ومما سبق يتبين أن المشرعين الفلسطينيين والأردني وضعوا قاعدة عامة بموجبها حظر التنازل عن أي حق من الحقوق العمالية مهما كان مسماه طالما أنه ينطوي على تنازل عن تلك الحقوق، إلا أنه على الرغم من ذلك لم تبن النصوص المذكورة متى يكون التنازل محظوراً، وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه أن التنازل المحظور هو الذي يكون قبل ثبوت حقوق العامل، أما إذا حصل التنازل بعد ثبوت حقوق العامل فلا يحظر التنازل^(٦٦)، ولقد تعرض هذا الرأي للانتقاد لأن العامل قد يتنازل تحت وطأة ضغط صاحب العمل، بينما يرى جانب آخر أن التنازل المحظور هو ذلك التنازل الذي يقع قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه أو بعد انتهائه، أي أنه لا عبء لوقت حصول التنازل^(٦٧).

ومن جانبنا نرى أنه طالما كانت العلة من حظر التنازل مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحالة الضعف التي تسيطر على العامل والتي ترتبط بشكل أساسي بتبعيته لصاحب العمل، فإن التنازل المحظور هو التنازل الذي يتم قبل إبرام عقد العمل أو أثناء تنفيذه، أما إذا انتهى عقد العمل فإن التنازل لا شك أنه جائز لزوال العلة من حظره وهي تبعية العامل لصاحب العمل.

وما يثار في هذا الإطار هو مدى جواز التنازل أو الصلح الصادر من العامل متى كان مشروطاً؟ وبعبارة أخرى مرهوناً بتنازل صاحب العمل عن

وكان السبب شرط في الإرادة التي تنشئ الالتزام^(٩٠)، بينما سبب العقد هو الدافع الشخصي الذي يحمل المتعاقد على انشاء العقد^(٩١)، ويجب أن يكون مشروعاً^(٩٢)، أي غير مخالف للنظام العام^(٩٣)، فإذا كان الباعث الدافع للتصرف مخالفاً للنظام العام بطل التصرف^(٩٤)، فإنه على ضوء ذلك يجب أن تتسم إرادة المتعاقد بالمشروعية عند إبرام العقد، تحقيقاً للنظام العام في المجال العقدي^(٩٥).

وفي ضوء ما تقدم، يتبين أن السبب هو أحد أركان التصرف القانوني، ومتى كان العامل قد تنازل عن حقوقه أو أبرأ صاحب العمل منها أو أبرم معه عقد صلح تنازل بموجبه عن جزء من حقوقه، وكان هذا السبب هو قبول صاحب العمل بالتنازل عن حقه في التأديب تبعاً للجريمة التأديبية، أو حقه في الملاحقة الجنائية تبعاً للجريمة الجنائية الواقعة من قبل العامل، فإن سببهما يكون مخالفاً للقانون.

الخاتمة:

أولاً النتائج:

- مكافأة نهاية الخدمة منوطة بانتهاء عقد العمل، بغض النظر عن سبب انتهاءه، وبغض النظر عن نوع عقد العمل.

- يتأسس الحق في مكافأة نهاية الخدمة على اعتبارات العدالة التي تتأدى في تخفيف الأعباء على العامل بعد أن أمضى في خدمة صاحب

حقه في التأديب تبعاً للجريمة التأديبية، أو حقه في الملاحقة الجنائية تبعاً للجريمة الجنائية الواقعة من قبل العامل.

وفي هذا الإطار يأخذ التنازل المقصود البحث فيه صورتين:

أولاهما: فصل العامل من العمل مع تنازله عن حقه في مكافأة نهاية الخدمة أو الصلح مع صاحب العمل بشأنها، وذلك في مقابل امتناع صاحب العمل عن ملاحقة العامل تأديبياً أو جنائياً حال ارتكابه جريمة تأديبية أو جنائية.

ثانيهما: تنازل العامل عن حقه في مكافأة نهاية الخدمة أو الصلح مع صاحب العمل بشأنها، مع بقاءه في العمل، وذلك في مقابل امتناع صاحب العمل عن ملاحقة العامل تأديبياً أو جنائياً حال ارتكابه جريمة تأديبية أو جنائية.

وحيث إنه لما كان التنازل أو الصلح يعد أياً منهما تصرفاً قانونياً، حيث التنازل تصرف قانوني من إرادة واحدة هي إرادة العامل، في حين الصلح عقد ينبغي فيه توافر إرادتين^{٩٦}، فإن مرجعية صحة أياً من هذه التصرفات يكون في البحث في مدى توافر أركان التصرف القانوني.

وبالنظر إلى أركان التصرفات القانونية بشكل عام، نجد أنها تقوم على ثلاثة أركان هي التراضي والمحل والسبب، ولما كان تنازل العامل أو صلحه مع صاحب العمل لا بد أن يقوم على سبب.

العمل مدة قد تتلاشى أمامه بعدها فرص العمل، واعتبارات عامة مؤداها التمكين للعامل بعد تركه للعمل من أن يواجه وذويه غوائل الفاقة ويصبحون عالة على المجتمع.

- يجمع الفقه على أن مكافأة نهاية الخدمة لا تعد تعويضاً.

- لم تجتمع كلمة الفقهاء بخصوص الطبيعة القانونية لمكافأة نهاية الخدمة، حيث يرى جانب من الفقه أنها أجر إضافي، ويرى جانب ثانٍ أنها حق من نوع خاص، ويرى جانب ثالث أنها نوع من التأمين للعامل.

- لا يوجد موانع تمنع من استحقاق العامل لمكافأة نهاية الخدمة.

- تنطوي الأداة التشريعية الفلسطينية على غموض أثار الشك في تفسير النصوص المنظمة لحق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل ومدى استحقاق العامل لمكافأة نهاية الخدمة إذا ما ارتكب جرمًا تأديبياً أو جنائياً، وغموضاً آخر يتعلق في شروط استحقاق مكافأة نهاية الخدمة، وذلك على خلاف الوضع في التشريع الأردني.

- أفصحت الآراء الفقهية وبعض الأحكام القضائية أن العامل يستحق مكافأة نهاية الخدمة حتى ولو ارتكب جرمًا تأديبياً أو جنائياً.

- إذا تنازل العامل عن حقوقه أو أبرأ صاحب العمل منها أو أبرم معه عقد صلح تنازل بموجبه عن جزء من حقوقه، وكان هذا السبب هو قبول

صاحب العمل بالتنازل عن حقه في التأديب تبعاً للجريمة التأديبية، أو حقه في الملاحقة الجنائية تبعاً للجريمة الجنائية الواقعة من قبل العامل، فإن سببهما يكون مخالفاً للقانون.

ثانياً: التوصيات:

- نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل نص المادة (٦) من قانون العمل وذلك بتحديد وقت بطلان التنازل الصادر عن العامل، ونقترح عليه النص الآتي:

١ - تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال التي لا يجوز التنازل عنها.
٢ - يبطل كل شرط يخالف أحكام هذا القانون، ويبطل كل إبراء، أو مصالحة عن الحقوق الناشئة للعامل بموجب هذا القانون، أثناء سريان عقد العمل، ما لم يكن أكثر فائدة للعامل.

٣ - وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل تنطبق على العمال أحكام هذا القانون أو أحكام التنظيم الخاص أيهما أفضل للعامل).

- نوصي المشرع الأردني بتعديل نص المادة (٤/ب) من قانون العمل وذلك بتحديد وقت بطلان التنازل الصادر عن العامل، ونقترح عليه النص الآتي: (يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق أثناء سريانه، سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده، يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي منحها إياه هذا القانون).

- نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل نص المادة (٤٥) من قانون العمل، والمشرع الأردني بتعديل نص المادة (٣٢) من قانون العمل، وذلك لإزالة أي غموض أو شك يكتنفها، ونقترح عليه النص الآتي: (يستحق العامل الذي أمضى في العمل سنة فاكتر، ولا يخضع لأحكام قانون الضمان الاجتماعي، وتنتهي خدماته لأي سبب من الأسباب، مكافأة نهاية خدمة مقدارها أجر شهر عن كل سنة من خدمته الفعلية، وتحتسب لهذا الغرض الشهور الزائدة عن السنة، وتحتسب المكافأة على أساس آخر أجر تقاضاه دون احتساب ساعات العمل الإضافية).

الهوامش:

(١) زهران، همام محمد محمود، قانون العمل، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٣٨٠، الدحلوح، سالم حماد، الوجيز في شرح قانون العمل، مكتبة القدس، غزة، ٢٠١٠-٢٠١١، (الطبعة الرابعة)، ص ٣٤٤-٣٤٥.

(٢) غنام، طارق فيصل مصطفى، العلاقة بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١٦، ص ٨.

(٣) زكي، محمود جمال الدين، قانون العمل، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ف ٤٦، ص ١٨٢-١٨٣.

(٤) زكي، محمود جمال الدين، قانون العمل، ف ٤٦، ص ١٨٤، زهران، همام محمد محمود، قانون العمل، ص ٣٨٠.

(٥) نجم، محمد صبحي، قانون العقوبات - القسم العام، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٨٦، (الطبعة الثالثة)، ص ٩٨.

(٦) غنام، طارق فيصل مصطفى، العلاقة بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية، ص ٥٢.

(٧) الشخيلي، عبد القادر عبد الحافظ، القانون التأديبي وعلاقته بالقانونين الإداري والجنائي، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٣، (الطبعة الأولى)، ص ٤٤.

(٨) غنام، طارق فيصل مصطفى، العلاقة بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية، ص ٥٥.

(٩) الدحلوح، سالم حماد، الوجيز في شرح قانون العمل، ص ٣٤٧.

(١٠) زهران، همام محمد محمود، قانون العمل، ص ٣٨٣.

(١١) زكي، محمود جمال الدين، قانون العمل، ف ٤٥، ص ١٨٢.

(١٢) زكي، محمود جمال الدين، قانون العمل، ف ٤٥، ص ١٨١-١٨٢.

(١٣) العريف، علي، شرح قانون العمل، الجزء الأول، دون دار نشر، ١٩٦٣، ف ١٧٣، ص ٣٦٨.

(١٤) العريف، علي، شرح قانون العمل، ف ١٧٣، ص ٣٦٨.

(١٥) الداودي، غالب علي، شرح قانون العمل، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، (الطبعة الأولى)، ص ١٦٩.

(١٦) نايل، السيد عيد، الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، طبعة جامعة الملك سعود، ١٤١٥هـ ص ٢٦٦، الكيالي، نزار عبد الرحمن، الوسيط في شرح نظام العمل السعودي، الدار السعودي للنشر، جدة، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م، ص ٣٥٨، عبد الرحمن، أحمد شوقي، قواعد استحقاق مكافأة نهاية الخدمة، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٦.

(١٧) زكي، محمود جمال الدين، قانون العمل، ف ٢٣٥، ص ٨٢٦.

(١٨) زكي، محمود جمال الدين، قانون العمل، ف ٢٣٥، ص ٨٢٦، البرعي، أحمد حسن، الوجيز في قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٧٨.

- ^(١٩) البرعي، أحمد حسن، **الوجيز في قانون العمل**، ص ٧٧٨.
- ^(٢٠) طعن ملني فلسطيني، غزة، طعن رقم ٢٠٠٦/١٤١ الأرباء ٢٤/٣/٢٠١٠، غير منشور.
- ^(٢١) غانم، اسماعيل، **قانون العمل**، دون دار نشر، ١٩٥٤، ف ٢٣١، عمران، محمد علي، والصالح، محمد عبد الرحمن، **الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجليلي**، دون دار نشر، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٣٥٧، محمد، خالد عبد الفتاح، **موسوعة شرح قانون العمل الجليلي**، الجزء الثاني، (٢٠٠٩)، (الطبعة الأولى)، ص ٤٧٨، عبد الله، أنور، **تشريع العمل والتأمينات الاجتماعية**، مكتبة عين شمس، القاهرة، ص ٢٤٤-٢٤٥.
- ^(٢٢) كيره، حسن، **أصول قانون العمل - عقد العمل - منشأة المعارف**، الاسكندرية، (١٩٧٩)، (الطبعة الثالثة)، ص ٨٤٧، غانم، اسماعيل، **قانون العمل**، ف ٢٣١، عمران، محمد علي، والصالح، محمد عبد الرحمن، **الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجليلي**، ص ٣٥٧، محمد، خالد عبد الفتاح، **موسوعة شرح قانون العمل الجليلي**، ص ٤٧٨.
- ولقد اعتبرت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن مكافأة نهاية الخدمة بأنها أجر إضافي، نقض ملني مصري، بتاريخ ١٦/ أكتوبر/ ١٩٥٨، مشار إليه لدى كيره، حسن، **أصول قانون العمل - عقد العمل -** ص ٨٤٧، في حين قضت محكمة استئناف القاهرة بأن: (مكافأة نهاية الخدمة لا تعتبر نوعاً من الأجر، لأنها لا تدفع إلا مرة واحدة في نهاية مدة الخدمة)، محكمة استئناف القاهرة، استئناف رقم ٩٠٩ لسنة ٧٧ ق، بتاريخ ٧/ يناير/ ١٩٦٢، الهواري، عصمت، **الموسوعة القضائية في منازعات العمل**، الجزء الثاني، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٦٩١، وقضت محكمة القاهرة الابتدائية بأن: (مكافأة نهاية الخدمة ليست أجراً مضافاً إلى ما بعد انتهاء الخدمة)، محكمة القاهرة الابتدائية، قضية رقم ٢٤٤/ ١٩٦١، بتاريخ ١٣/ ديسمبر/ ١٩٦٢، وانظر كذلك ذات المحكمة: قضية رقم ١٤٩٩/ ١٩٦١، بتاريخ ٨/ يناير/ ١٩٦٣، ١٤٨/ ١٩٦١، بتاريخ ٢٤/ أكتوبر/ ١٩٦١، المرجع السابق: ص ٦٩١-٦٩٣.
- ^(٢٣) عبد الله، أنور، **تشريع العمل والتأمينات الاجتماعية**، ص ٢٤٥.
- ^(٢٤) البرعي، أحمد حسن، **الوجيز في قانون العمل**، ص ٧٧٩.
- ^(٢٥) كيره، حسن، **أصول قانون العمل - عقد العمل -** ص ٨٤٩، عمران، محمد علي، والصالح، محمد عبد الرحمن، **الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجليلي**، ص ٣٥٨، عبد الله، أنور، **تشريع العمل والتأمينات الاجتماعية**، ص ٢٤٥.
- ^(٢٦) عمران، محمد علي، والصالح، محمد عبد الرحمن، **الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجليلي**، ص ٣٥٨، محمد، خالد عبد الفتاح، **موسوعة شرح قانون العمل الجليلي**، ص ٤٧٨.
- ^(٢٧) طعن ملني فلسطيني، رام الله، طعن رقم ٢٠٠٩/٤١٩، بتاريخ ٣١/ ٥/ ٢٠١٠، غير منشور.
- ^(٢٨) المادة الأولى من قانون العمل الفلسطيني.
- ^(٢٩) اللحلوح، سالم حماد، **الوجيز في شرح قانون العمل**، ص ٤٨٨.
- ^(٣٠) نصره، أحمد سليم، **قانون العمل الفلسطيني**، ٢٠١٢، (الطبعة الثانية)، ص ٢٣٧.
- ^(٣١) طعن ملني فلسطيني، غزة، طعن رقم ٢٠٠٩/٢٩١، بتاريخ ١١/ ٦/ ٢٠١٢، غير منشور.
- ^(٣٢) طعن ملني فلسطيني، غزة، طعن رقم ٢٠١١/١٦٦، بتاريخ ٢٤/ ٩/ ٢٠١٢، غير منشور.
- ^(٣٣) طعن ملني فلسطيني، غزة، طعن رقم ٢٠١٢/٦١٩، بتاريخ ٢٣/ ٩/ ٢٠١٤، غير منشور.
- ^(٣٤) طعن ملني فلسطيني رقم ٢٠١١/٦٢٣ بتاريخ ٢٤/ ١٢/ ٢٠١٢، غير منشور.
- ^(٣٥) طعن ملني فلسطيني رقم ٢٠١٤/٦٦٠ (دائرة رام الله)، بتاريخ ٠٧/ ٠٢/ ٢٠١٧، مشار إليه في مقال حسام عرفات بعنوان، **كارتة قضائية: محكمة النقض الفلسطينية تحرم العمال من مكافأة نهاية الخدمة**، وكالة قدس نت،

الزيارة الأربعاء ٢٠١٩/٠٣/٢٦، تاريخ <https://www.amad.ps/ar/Details/145135>

٤٢) صدر في مدينة رام الله بتاريخ (٢٦/٧/٢٠٠٥ ميلادية

الموافق ٢٠ جماد آخر ١٤٢٦ هجرية.

٤٣) حكم مشار إليه لدى المحامي/ حسام عرفات، في مقاله المعنون بـ **مكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل الفلسطيني**، دون أن يشير إلى رقمه أو تاريخ صدوره، منشور على صفحة <https://www.amad.ps/ar/Details/145135> ، تاريخ الزيارة الأربعاء ٢٠١٩/٠٣/٢٦، ١٥:٢٦ pm.

٤٤) العتوم، منصور إبراهيم، **شرح قانون العمل**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٧-١٤٣٨، (الطبعة الأولى)، ص ١٧٦.

٤٥) رمضان، سيد محمود، **الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي**، ص ٤٥٥.

٤٦) نشر في الجريدة الرسمية في العدد الممتاز رقم ١٣ بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٢٠.

٤٧) زهران، همام محمد محمود، **قانون العمل**، ص ٨.

٤٨) البرعي، أحمد حسن، **الوجيز في قانون العمل**، ص ٧٧.

وتختلف وسائل تحقيق هذه الأهداف في المنهج الفردي عن المنهج الاجتماعي، فالمنهج الفردي يقوم على تقليد الحرية الفردية والمساواة النظرية بين الأفراد، وقدرتهم على تحقيق العدل فيما بينهم من خلال علاقاتهم، وفي ضوء هذا المنهج تجد الحرية التعاقدية مكاناً رحباً فسيحاً في أحكام قانون العمل، وذلك بعيداً عن تدخل الدولة، وسواء تعلق الأمر بإنشاء علاقة العمل أو تنظيمها أو إنهائها، أما المنهج الاجتماعي فيقوم على عقيدة فساد المساواة النظرية بين الأفراد لما يقوم بينهم من اختلافات واقعية في قدراتهم وحاجاتهم، ولاعتقاده في فشل تلقائية الأفراد في تحقيق العدل التبادلي فيما بينهم لما أثبتته الواقع العملي من سيطرة القوي على الضعيف، ووفقاً لهذا المنهج يكون تدخل الدولة مبرراً لتحقيق العدل التوزيعي بين الأفراد ولوضع الجهات العامة للسياسة الاجتماعية وللحد من

<https://www.qudsnet.com/news/View/396>

٤٩/٠٤٠، تاريخ الزيارة ٢٧/٠٣/٢٠١٩، ١٣:٤٨ مساءً.

وفي حكمها المشار إليه أعلاه فإن محكمة النقض اعتبرت أن المشرع قصد من عبارة (الذي أمضى سنة في العمل) الواردة في نص المادة (٤٥) من قانون العمل الفلسطيني، أنه على العامل أن يمضي سنة كاملة في العمل حتى يستحق مكافأة نهاية الخدمة، أما بالنسبة لعبارة (كسور السنة) الواردة في ختام المادة ٤٥ من قانون العمل، فهي تفيد وجوب احتساب كسور السنة لغايات مكافأة نهاية الخدمة، وذلك عن الفترة التي تلي السنة الأولى من العمل أو أي كسر لاحق لتلك السنة، المرجع السابق.

٣٦) تمييز حقوق أردني رقم ٢٠١٧/١٢٥ بتاريخ ٢٠١٧/٠٢/٢٠ منشور لدى الموسوعة الأبلية، www.lawpedia.jo، تاريخ الزيارة ٢٨/٠٦/٢٠١٩، الساعة ١٢:٤٦ مساءً.

٣٧) رمضان، سيد محمود، **الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (٢٠١٠)، (الطبعة الأولى)، ص ٤٥٦، انظر في ذلك/ محكمة بورسعيد الابتدائية، قضية رقم ١٩٦٢/١٤٢، بتاريخ ١٨/٤/١٩٦٣، وكذلك/ محكمة بنها الابتدائية، قضية رقم ٨٨/١٩٦١، بتاريخ ٤/٦/١٩٦٣، الهواري، عصمت، **الموسوعة القضائية في منازعات العمل**، ص ٧٢٤.

٣٨) طعن مدني فلسطيني، غزة، طعن رقم ٢٠٠٦/١٤١ الأربعاء ٢٤/٣/٢٠١٠، غير منشور.

٣٩) رمضان، سيد محمود، **الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي**، ص ٤٥٦.

٤٠) رمضان، سيد محمود، **الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي**، ص ٤٥٦، عمران، محمد علي، والصالح، محمد عبد الرحمن، **الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد**، ص ٣٥٧.

٤١) المحامي/ حسام عرفات، مقال بعنوان: **مكافأة نهاية الخدمة في قانون العمل الفلسطيني**، منشور على صفحة

عمان، ٢٠١٠م-١٤٣١هـ، الطبعة الخامسة، ص ١٦-١٧، الفوزان، محمد، **التعليق على نظام العمل السعودي الجديد**، ص ٥٩.

^(٥٥) كيره، حسن، **أصول قانون العمل - عقد العمل -** ص ٧٤، أبو شنب، أحمد عبد الكريم، **شرح قانون العمل وفقاً لأحدث التعديلات**، ص ١٦-١٧، الفوزان، محمد، **التعليق على نظام العمل السعودي الجديد**، ص ٥٩، العتوم، منصور إبراهيم، **شرح قانون العمل**، ص ٧٤.

ولقد بينت محكمة النقض الفلسطينية الحكمة من ذلك حيث جاء في حكم لها: (.. وأن النص المذكور يتعلق بالتنازل عن أي حق في التعويض المقرر له بموجب أحكام القانون ولا ينصرف إلى تخفيض الأجر المتفق عليه وبالمثل ينصرف نص المادة ٢/٧ من القانون المذكور، وعلى ذلك نصت المادة ٦ من قانون العمل رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ حيث لا تحيز التنازل عن حقوق العامل الموجودة في هذا القانون مثل مكافأة نهاية الخدمة، وذلك حماية للعامل من تسلط رب العمل أثناء فترة العمل وتأثيره على العامل ليتنازل عن حقوقه التي قرر لها القانون مستغلاً حاجته للعمل)، طعن مدني فلسطيني (رام الله)، رقم ٢٠٠٤/١٨١، تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٢١، موقع قانون: <http://www.qanon.ps>، تاريخ الزيارة ٢٠١٨/١٢/٢٨، ص ٣٧:٠٩ مساءً.

^(٥٦) أبو شنب، أحمد عبد الكريم، **شرح قانون العمل وفقاً لأحدث التعديلات**، ص ٣١، شنب، محمد ليب، **شرح قانون العمل**، ١٩٨٤، (الطبعة الرابعة)، ص ٣٥، يحيى، عبد الودود، **شرح قانون العمل**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، (الطبعة الثالثة)، ص ٤٢.

^(٥٧) زكي، محمود جمال الدين، **قانون العمل**، ص ٥٠-٥١.

^(٥٨) عرفت المادة ٥٨٩ من القانون المدني الفلسطيني عقد الصلح بأنه: (عقد ينهي الطرفان بمقتضاه نزاعاً قائماً بينهما أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً فيما يجوز التصالح فيه، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه).

تجاوزات الأقوياء في سبيل حماية الضعفاء، وهنا يتراجع مستوى الحرية التعاقدية، ومن ثم تتجلى الاعتبارات الاجتماعية في صورة قيود على حرية إنشاء علاقة العمل وتنظيمها وإنهائها، زهران، همام محمد محمود، **قانون العمل**، ص ٨، الفوزان، محمد، **التعليق على نظام العمل السعودي الجديد**، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ١٢٤٩، ص ١١-١٢.

^(٥٩) كيره، حسن، **أصول قانون العمل - عقد العمل -** ص ٧٣، رمضان، سيد محمود، **الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي**، ص ٤٤، منصور، محمد حسين، **قانون العمل في مصر ولبنان**، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٤٧، نايل، السيد عيد، **الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية**، ص ١٩، الدحلوح، سالم حماد، **الوجيز في شرح قانون العمل**، ص ٤٥، العريف، علي، **شرح قانون العمل**، ف ٤٩، ص ٩٨، البرعي، أحمد حسن، **الوجيز في قانون العمل**، ص ٩٤.

^(٦٠) الدحلوح، سالم حماد، **الوجيز في شرح قانون العمل**، ص ٤٥.

^(٦١) البرعي، أحمد حسن، **الوجيز في قانون العمل**، ص ٩٤.

^(٦٢) نايل، السيد عيد، **الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية**، ص ١٩.

^(٦٣) منصور، محمد حسين، **قانون العمل في مصر ولبنان**، ص ٤٧.

^(٦٤) كيره، حسن، **أصول قانون العمل - عقد العمل -** ص ٧٤، رمضان، سيد محمود، **الوسيط في شرح قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي**، ص ٤٥، منصور، محمد حسين، **قانون العمل في مصر ولبنان**، ص ٤٧-٤٨، نايل، السيد عيد، **الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية**، ص ٢٣، الدحلوح، سالم حماد، **الوجيز في شرح قانون العمل**، ص ٤٥، العريف، علي، **شرح قانون العمل**، ف ٤٩، ص ٩٨، أبو شنب، أحمد عبد الكريم، **شرح قانون العمل وفقاً لأحدث التعديلات**، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

^{٥٩} مرقس، سليمان، شرح القانون المدني، المجلد الثاني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٢٥.

^{٦٠} فرج، توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام بمصادر الالتزام، الدار الجامعية، ١٩٨٨، ص ٢١٩، ولقد عرفت المادة ١/١٦٥ من القانون المدني الأردني السبب بأنه: (الغرض المباشر المقصود من العقد).

^{٦١} فرج، توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، ص ٢٢١، عبد الباقي، عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المفردة، دون دار نشر، ١٩٨٤، ص ٤٥٧، عبيدات، يوسف محمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، (الطبعة الأولى)، ص ١٥٥.

^{٦٢} عبد الباقي، عبد الفتاح، نظرية العقد والإرادة المفردة، ص ٤٥٧.

^{٦٣} أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٨، (الطبعة الأولى)، ص ١١١، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، غزة، ٢٠٠٣، ص ١٤٧.

^{٦٤} عبد الرحمن، أحمد شوقي، العقد والإرادة المفردة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣٠، ولقد عدت المادة ٢/١٦٥ من القانون المدني الأردني شروط السبب، حيث نصت على أن: (ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب).

تعسفُ ناظرِ الوقفِ في استعمالِ حقِّه، دراسةٌ فقهيةٌ مقارنة

بالقانونِ المدنيِّ الأردنيِّ

أحمد كامل أبو رمان*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٧/٢١م

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/١٠/١م

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع تعسف ناظر الوقف في استعمال حقِّه، دراسة فقهية مقارنة، بالقانون المدني الأردني. والذي يظهر فيه مدى اهتمام الإسلام بحقوق الناس، وحفظ مصالحهم؛ حتى ينعموا بعدالة التشريع، وعدالة القضاء، مع ملاحظة اهتمام القانون المدني بالتشريع السماوي من خلال تشريعه لقوانين خاصة بالتعسف، والوقف، وناظر الوقف، وفي كل ذلك ليبيان أن استعمال الحق ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بضوابط تحقق المصلحة للجميع.

وتهدف الدراسة إلى بيان تطبيقات التعسف بحق ناظر الوقف من خلال وظائف الناظر التي يمكن من خلالها أن يتعسف باستعمال حقِّه، إضافة إلى بيان المعايير التي من خلالها نستطيع الحكم على هذه الوظائف، وبيان الضوابط التي وضعها الفقه الإسلامي، والقانون المدني لضبط تصرفات ناظر الوقف، بعيداً عن التعسف.

وتعالج الدراسة تعسف ناظر الوقف من خلال الرجوع إلى أحكام الفقهاء في الفقه الإسلامي، بالأعمال التي تعسف بها ناظر الوقف، والقانون المدني الأردني الخاص بنود التعسف.

* طالب دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

The arbitrariness of the waqf superintendent in the use of his right: A jurisprudential study compared to the Jordanian civil law

Ahmed Kamel Abu Rumman

Abstract

This study dealt with the arbitrariness of the waqf superintendent in the use of his right in a jurisprudence study compared to the Jordanian civil law, which shows the extent of Islam's interest in the rights of the people, and the preservation of their interests so that they enjoy the justice of the legislation, and the justice of the judiciary. The waqf superintendent, in all of this, stated that the use of the right is not absolute, but is restricted by regulations that serve the interests of all.

The study aims at demonstrating the arbitrariness of the waqf supervisor through which the superintendent may abuse his right, in addition to the criteria through which we can judge these functions, and the controls established by ... Islamic jurisprudence and civil law to control the actions of the supervisor abuse.

The study addresses the arbitrariness of the waqf supervisor by referring to the rulings of the jurists in Islamic jurisprudence, the acts abused by the waqf superintendent, and the Jordanian civil law regarding the provisions of arbitrariness.

المقدمة:

للأوقاف، في بناء الحضارة الإسلامية التي قامت على الأوقاف؛ وهي حضارة إنسانية تاريخية زادت في العصر الحاضر حاجة الدول إليها، إلّا أنّها وبعد أن كانت مقومًا رئيسًا للحياة، وسببًا في تحقيق التنمية بجميع صورها في الماضي، باتت شبه مفقودة في زماننا، وعليه كان لا بدّ من معرفة

الحمد لله، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد: فقد حرصت التشريعات على وجود التوازن للبشرية في جميع أمور حياتهم، فإنّ الناظر للتاريخ يرى بكل وضوح الأهمية العظيمة

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة فيما يلي:

١. بيان ضوابط وظائف وواجبات ناظر الوقف.
٢. بيان أن تعسف ناظر الوقف في استعمال حقه سبباً رئيساً في عدم تحقيق الوقف للتنمية.
٣. بيان أن الحكم بتعسف ناظر الوقف فقهيًا وقانونيًا، تدبير احترازي لحماية الوقف وحقوقه.

الدراسات السابقة:

بعد المراجعة والاستقراء، وقف الباحث على بعض الكتب والرسائل العلمية، والأبحاث التي تناولت جزئيات فرعية بموضوع البحث، ولم أقف على دراسة مستقلة تناولت موضوع البحث، ومنها:

١. (نظام النظرة على الأوقاف في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة - النظام الوقفي المغربي أمودجا)، المهدي، محمد عطية، دراسة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراة في الأحوال الشخصية والتبرعات، كلية الشريعة، جامعة القرويين، مدينة فاس - المملكة المغربية، عام ١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م، فهرس مكتبة الكويت الوطنية، إدارة الدراسات والعلاقات الخارجية / الأمانة العامة للأوقاف. تناول الباحث فيها أحكام وشروط تولية ناظر الوقف، وأحكام أجره الناظر، وواجباته، ومسؤولياته، وأسباب انقضاء ولايته، وأحكام بعض التصرفات في الوقف من الجانب الفقهي.

أسباب هذا التراجع للوقف، والمحافظة عليه من خلال الاهتمام بأمر الولاية على الوقف، المتمثلة بناظر الوقف، والذي يعنى بتنميته والتصرف فيه؛ لما فيه المصلحة العامة، بما له من حق التصرف والولاية، وما عليه من واجبات وشروط، وإذا اعتبرنا تراجع دور الأوقاف عن أداء دورها؛ بسبب عدم إتقان ناظر الوقف للواجبات والوظائف الموكولة إليه، بقصدٍ أو بغير قصد؟ فهل يعد ذلك تعسفاً في استعمال حقه؟

مشكلة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة للإجابة عن الأسئلة الآتية:

١. ما طبيعة الأعمال التي يمارسها ناظر الوقف ليحكم عليه بالتعسف في استعمال حقه، بالفقه والقانون؟
٢. ما آلية تطبيق معايير التعسف على ناظر الوقف من خلال وظائفه؟
٣. ما مفهوم تعسف ناظر الوقف؟

أهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:
١. بيان الأعمال التي يعد فيها ناظر الوقف متعسفاً في استعمال حقه في الفقه الإسلامي، والقانون الأردني.
 ٢. بيان الإجراءات المتبعة في تطبيق معايير التعسف على ناظر الوقف.
 ٣. بيان مفهوم تعسف ناظر الوقف.

٢. (وظائف ناظر الوقف في الفقه الإسلامي)

قاروت، نور بنت حسن عبد الحليم، بحث مقدم
لمجلة أوقاف، الأمانة العامة لأوقاف الكويت،
العدد (٥)، السنة الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
تناولت الباحثة تعريف الوقف، ومشروعيته،
وأنواعه، والتعريف بناظر الوقف، وشروطه
وظائفه.

وتتميز دراستي عن الدراسة السابقة بأني
سأقوم ببيان مدى انطباق معايير التعسف على
ناظر الوقف في استعمال حقِّه، مقارنةً بالقانون
المدني الأردني من خلال الوظائف والواجبات
التي يقوم بها ناظر الوقف.

٣. (التعسف في استعمال حقِّ الولاية على المرأة)،

العتيبي، مشعل بن مطلق، دراسة مقدّمة لنيل
شهادة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف
العربية للعلوم الأمنية، الرياض، عام ١٤٣٠ هـ -
٢٠٠٩ م، تناول الباحث فيها حكم التعسف في
استعمال حقِّ الولاية على المرأة، وتوصل فيها إلى
أنه إذا استعمل صاحب الحقِّ حقه لتحقيق
مصلحة، وأدى إلى وقوع ضرر بالغير يُعدُّ
متعسفاً، بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامي جعل
نظرية التعسف تدبيراً احترازياً لمن جاوز الحقِّ،
وتختلف عن دراستي بأني سأقوم ببيان التعسف في
استعمال الحقِّ من قبل ناظر الوقف في وظائفه
على الوقف، وهذه الدراسة خاصة بالمرأة.

منهج البحث: أتبع الباحث في هذه الدراسة المنهج
العلمي القائم على:

المنهج الاستقرائي: من خلال استقراء مضان
الموضوع من الكتب الفقهية والأبحاث التي
تحدثت عن موضوع الدراسة، وذلك من خلال
توضيح مفهوم ناظر الوقف والتعسف، وصولاً
إلى تعريف تعسف ناظر الوقف، وبيان الحالات
التي ينطبق عليها صفة التعسف من قبل ناظر
الوقف من خلال وظائفه.

المنهج التحليلي: من خلال تحليل الآراء
الفقهية بحق ناظر الوقف، وربطها بنظرية التعسف
في استعمال الحقِّ.

المنهج الاستنباطي: من خلال استنباط حكم
تعسف ناظر الوقف، وبيان مدى تأثر الوقف
بتعسف ناظر الوقف.

خطة البحث:

لقد اقتضى تحقيق هدف الدراسة السير وفق
الخطة الآتية:

- المقدمة، مشكلة البحث، أهمية البحث،
أهداف البحث.
- الدراسات السابقة، منهج البحث.
- المطلب الأول: ناظر الوقف (المفاهيم، الواجبات
الفرع الأول: مفهوم الوقف. ت، الشروط).
- الفرع الثاني: مفهوم ناظر الوقف.
- الفرع الثالث: شروط ناظر الوقف ووظيفته.
- الفرع الرابع: حقوق ناظر الوقف.

-المطلب الثاني: التعسف في نظارة الوقف.

-الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق ومضمونه.

-الفرع الثاني: مفهوم الحق.

-الفرع الثالث: مفهوم تعسف ناظر الوقف.

-الفرع الرابع: معايير نظرية التعسف في الفقه والقانون المدني الأردني.

-الفرع الخامس: صور تعسف ناظر الوقف.

المطلب الأول: ناظر الوقف (المفاهيم، الواجبات، الشروط).

إن ناظر الوقف يسعى لإدارة عملية الوقف وفق منهج سليم؛ لتحقيق مقاصد الشرع، والتي وجد الوقف من أجل تحقيقها، إلا أن واقع الأوقاف يعاني من تراجع شديد في حياة المسلمين، فهل لناظر الوقف علاقة مباشرة في هذا التراجع من خلال استعمال حقه في النظارة. فما علينا إلا العمل به وفق ما شرع لنا، وإلا سنكون عرضة للانغماس في الظلمات، والوقوع في الشقاء، لقوله تعالى ﴿فَمَنْ اتَّبَعَ هُدَايَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَى﴾ [طه: ١٢٣].

فكان من أهم ما يتعلق بالوقف هو ناظر الوقف الذي يشرف على إدارة أمور الوقف، من خلال استعمال حق الولاية في ذلك، فكان لا بد من بيان مفهوم الوقف، ونظارة الوقف، وحقوق وواجبات ناظر الوقف.

الفرع الأول مفهوم الوقف لغة واصطلاحاً:

أولاً الوقف لغة: هو الحبس والمنع، يقال: وقفت الدار للمساكين وقفاً. ووقف الدار: أي حبسها لأعمال الخير في سبيل الله.

ولا يقال: أوقفت؛ لأنها لغة رديئة، كمثل: أوقفت الدار والدابة، وهي بمعنى سكت وامسك واقلع، فيقال: أوقفت عن الكلام بالآلف بمعنى اقلعت عنه، وكلمني فلان فأوقفت أي أمسكت، ويقال: أوقفت عن الأمر أي اقلعت. ^(١)

ثانياً الوقف اصطلاحاً: وفيما يأتي عرض لتعريفات الوقف عند الفقهاء في المذاهب الفقهية:

عرف الحنفية: الوقف بأنه حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة. ^(٢)

وعرفه المالكية: الوقف مصدر: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً، والوقف اسماً: ما أعطيت منفعته مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً. ^(٣)

وعرفه الشافعية: بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود. ^(٤)

وعرفه الحنابلة: بأنه تحييس الأصل وتسييل الثمرة. ^(٥)

فيراد في التعريف (بالأصل) العين الموقوفة، وتسييل (المنفعة) إطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة وثمرة، وغيرها للجهة المعنية. ^(٦)

وعرفه البهوتي^(٩٠) بأنه: تحييس مطلق التصرف في ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، ويصرف ريعه إلى جهة بر^١ تقرُّباً إلى الله تعالى.^(٩١)

شرح مفردات التعريف^(٩٢) (تحيس) مالك بنفسه أو وكيله (مطلق التصرف) وهو المكلف الحر الرشيد (ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته) أي المال، وهو ما يراد به (تحيس الأصل) (ويصرف ريعه إلى جهة بر^١ تقرُّباً إلى الله تعالى) وهو ما يراد به تسهيل المنفعة بإطلاق فوائد العين الموقوفة.

ويرى الباحث: إن تعريف الحنابلة هو التعريف الأرجح بين تعريفات الفقهاء السابقة؛ لأن هذا التعريف اقتصر على ذكر حقيقة الوقف فقط، ولم يدخل في تفاصيل أخرى تُعدُّ من الأمور المختلف فيها من ذكر شروط وأركان للوقف ليس مكانها هنا.

إضافة إلى أن أصل هذا التعريف، هو قول الرسول - ﷺ - لسيدنا عمر - رض - (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها).^(٩٣)

وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني في المادة رقم (١٢٣٣)، بأنه حبس عين المال المملوك عن التصرف، وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً.^(٩٤)

الفرع الثاني مفهوم ناظر الوقف لغة واصطلاحاً:
أولاً ناظر الوقف لغة: نظره: كنظره وسمعه، وإليه نظراً ومنظراً ونظائراً، ومنظرة وتظاراً: تأمله بعينه، كنتظره.

النَّاطِر: الحافظ. وناظر الزرع، والنخل وغيرهما: حافظه، والنَّظور: من لا يغفل النظر إلى من أهمه^(٩٥)

ثانياً ناظر الوقف اصطلاحاً: ناظر الوقف: هو الذي يلي الوقف، وحفظه، وحفظ ريعه، وتنفيذ شرط واقفه.^(٩٦)

وعرف محمد شليبي النّظر على الوقف بأنه: عبارة عن سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على وضع يده عليه، وإدارة شؤونه من استغلال، وعمارة، وصرف الربيع إلى المستحقين.^(٩٧)

والذي ثبت له الولاية غير الواقف يُسمى النّاظر، أو القيم، أو المتولي، واستخدم العلماء ألفاظ تدلُّ على ناظر الوقف، كما جاء في الدر المختار القيم والمتولي والنّاظر في كلامهم بمعنى واحد.^(٩٨)

وبناءً عليه يرى الباحث بأنه يمكن تعريف ناظر الوقف: هو من يقوم على إدارة شؤون الوقف لتحقيق المقصود منه، سواء كان الذي يدير الوقف هو الواقف، أو النّاظر، أو المتولي، أو القيم.

ثالثاً تعيين ناظر الوقف:

إنَّ تعيين ناظر الوقف إمَّا أن يكون للواقف يجعل الولاية على نفسه، أو للموقوف عليه، أو لغيرهما، وذلك إمَّا بالتعيين (بأن يذكر فلان معين)، أو بالوصف كالعلم والأرشد والأكبر، فمن وجد فيه الشرط ثبت له حقُّ الولاية، والنظارة على الوقف، وإن لم يشرط الواقف على نفسه أو غيره فالنظر للقاضي؛ لأنَّ له النظر العام فكان أولى به. ^(٣٦)

مع اتفاق جمهور الفقهاء، على استحقاق الولي أو الحاكم في حالة عدم وجود ولي للوقف، كأن يموت المشروط له بعد موت الواقف ولم يوص لأحد، فولاية النصب للقاضي، إذ لا ولاية لمستحق إلا بتوليته، إذا وجد أحد يصلح للتولية من أقارب الواقف لا يجعل المتولي من الأجانب؛ لأنهم أشفق، وخاصة إذا كان من الموقوف عليهم، والأفضل أن يقدم أولاد الواقف، وإذا تولَّى الأجنبي النظر مجاناً، فللقاضي تنصيبه. ^(٣٧)

وإذا اشترط الواقف أن يكون المتولي أحد أولاده، لا يحقُّ للقاضي أن يولي غيره، إلا إذا كانوا خونة، أو ليسوا أهلاً لذلك، وهذا ما ذهب إليه الحنفية ^(٣٨)، والشافعية ^(٣٩)، ويؤيد ذلك ما جاء في الإسعاف بما نصه: "وليس من النظر تولية الخائن؛ لأنَّه يخلُ بالمقصود" ^(٤٠).

ثم إن الوقف الذي ليس له ولي، ترجع ولايته إلى الحاكم؛ لقوله - ﷺ -: (السلطان وليُّ

من لا وليَّ له) ^(٤١)، إضافة إلى أن عموم ولاية الحاكم تقتضي النظر في الأوقاف والتولية عليها، كما أن له النظر في مال اليتيم، والتولية عليه؛ وذلك لأصالة ولايته ^(٤٢).

والولاية على الوقف إمَّا أن تكون لجهة مختصة في الدولة، كوزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية حسب النظام الموضوع للأوقاف في الولاية على الأوقاف العامة، التي ليس لها ناظر خاص، فهي تقوم مقام الناظر في مباشرة الولاية بذل أن يشغل بذلك، أو تكون الولاية لأشخاص، والأحقُّ بالنظارة كما سبق بيانه من الواقف، ثم وصي الوقف ثم القاضي ^(٤٣).

أمَّا في المملكة الأردنية الهاشمية، فقد باشرت دائرة تنمية أموال الأوقاف، ممثلة بوزير الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية عملها مطلع العام ٢٠٠٣، وقد أنشأت لتكون بمثابة الذراع الاستثماري لوزارة الأوقاف التي تقوم بتنمية واستثمار الأراضي، والأموال الوقفية، الأمر الذي يسهم بشكل كبير في دعم التنمية الاجتماعية والاقتصادية في الأردن، وتشغيل الأيدي العاملة للتخفيف من حدة البطالة، ومُحاربة الفقر مما يؤدي إلى تحقيق الأمن الاجتماعي للمجتمع الأردني. ^(٤٤)

وبناءً على ما سبق، فما هي الشروط التي يجب أن تتوفر في الشخص الذي يتولى نظارة الوقف؟ وما هي الأعمال أو الوظائف المنوطة به؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات جعلتها في الفرع الثالث وفق الآتي:

الفرع الثالث: شروط ناظر الوقف، ووظيفته:

لكي تصبح نظارة الوقف وضع العلماء عدة شروط فيمن يتولى إدارة ونظارة أمور الوقف:

أولاً شروط ناظر الوقف:

١. أن يكون مسلماً. إن كان الوقف على مسلم أو جهة من جهات الإسلام، كالمساجد والمدارس،^(٢٥) لقوله تعالى: قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]

٢. التكليف؛ لأن غير المكلف لا ينظر في ملكه المطلق، وليس أهلاً لحفظ المال، وإدارته، ففي الوقف أولى.^(٢٦)

٣. الكفاية والخبرة في التصرف، والقدرة عليه؛ لأن مراعاة حفظ الوقف مطلوبة شرعاً، وإذا لم يكن الناظر متصفاً بهذه الصفات لم يمكنه مراعاة حفظ الوقف.^(٢٧) وتتحصل الكفاية والخبرة بالعلم بأحكام الوقف وكيفية تنميته وصرفه في جهاته وبجميع وجوهه، وكذلك مواكبة المستجدات في علم الوقف للاستمرار في استثمار أموال الوقف بالشكل الصحيح؛ ليكون النفع المتحقق من الوقف مُحققاً لغايته المنشودة منه.

٤. الأمانة والعدالة، وذلك ليحصل المقصود؛ لأنها ولاية على المال، فاشترط لها العدالة، كالولاية على مال اليتيم، فلو ظهر فسقه بشرب خمر أو

ارتكاب الزنا، أو ظهرت خيانتة، فإنه يُعزل من القاضي لأن مراعاة حفظ الوقف أهم من إبقاء ولاية الفاسق عليه،^(٢٨) لقوله تعالى ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنْ

أَسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦]

٥. أن يتصرف الناظر على وجه النظر والاحتياط؛ لأنه ينظر في مصالح الغير، فأشبهه ولي اليتيم، وعليه لا يجوز للقاضي أن يجعل للناظر التصرف به كيفما شاء، بحيث لا يكلف من العمل إلا بمثل ما يفعله أمثاله.^(٢٩)

ثانياً وظيفة ناظر الوقف:

وبعد معرفة الشروط الواجب توفرها في ناظر الوقف، فلا بد من معرفة وظيفة، وواجبات ناظر الوقف، والتي تناسب وتلك الشروط التي سبق بيانها.

فإن ناظر الوقف سواء كان هو الواقف أو بالتوكيل من الواقف أو القضاء، ليس له الحرية المطلقة في التصرفات إنما هو مقيد بما فيه مصلحة الوقف واستثماره على الوجه المطلوب، ويؤيد ذلك ما جاء في مجموع الفتاوى بنصه "إن الناظر ليس له أن يفعل شيئاً في أمر الوقف إلا بمقتضى المصلحة الشرعية، وعليه أن يفعل الأصلح فالأصلح. وإذا جعل الواقف للناظر صرف ما شاء، وزيادة من أراد زيادته ونقصانه، فليس للذي يستحقه بهذا الشرط أن يفعل ما يشتهي، أو ما يكون فيه اتباع الظن، وما تهوى الأنفس بل الذي

يستحقه بهذا الشرط أن يفعل من الأمور الذي هو خير ما يكون إرضاء لله ورسوله. وهذا في كل من تصرف لغيره بحكم الولاية: كالإمام، والحاكم، والواقف، وناظر الوقف، وغيرهم: إذا قيل: هو مخير بين كذا وكذا، أو يفعل ما شاء، وما رأى فإنما ذاك تخيير مصلحة لا تخيير شهوة^(٣٠)

وهذه الوظائف والتصرفات مما لناظر الوقف القيام والتصرف فيها، على النحو الآتي،^(٣١) مع الإشارة إلى الأعمال التي يجب أن يتجنبها ناظر الوقف من خلال استعمال حقه بالنظر عليها؛ ليتم بيانها في مطلب صور تعسف ناظر الوقف في مكانه: عمارة الوقف، وإصلاحه، وصيانته، وتجهيده، وعمارة كل شيء بحسبه، ففي الأرض الزراعية بالإصلاح، وفي الأشجار بزراعة الفسيل، كما لو كان الوقف شجرة يخاف هلاكه؛ لأنَّ الشجر يفسد على امتداد الزمان، وكذا إذا كانت الأرض سبخة لا ينبت فيها شيء، كان له أن يصلحها،^(٣٢) مع اتفاق الفقهاء على أنَّ أول واجب للناظر هو عمارة الوقف، وتقديم العمارة على الصَّرف على المستحقين؛ لأنَّ عمارته تؤدي إلى دوام الانتفاع به، وعدم تفويت منفعته^(٣٣)، وذلك سواء اشترط الواقف أم لم يشترط.^(٣٤)

ولا يجوز للناظر الامتناع عن العمارة، وخاصة إذا كان بيده غلة للوقف، وللقاضي إجباره على العمارة والإصلاح، وإلا أخرجها من يده^(٣٥)؛ لأنَّ في الامتناع عن عمارة الوقف فوات لمنفعة الوقف

جزئياً أو كلياً^(٣٦)، وعليه فلو قامت وزارة الأوقاف بالتعاون مع المحاكم بنزع النظارة ممن ليس أهلاً لها لكان وضع الكثير من الأوقاف أفضل بكثير مما نحن عليه اليوم^(٣٧)، وهذا الحكم ينطبق على باقي الوظائف المذكورة في حال تحقق شرط عدم الأهلية لإدارة الأوقاف من قبل الناظر.

حفظ أصول الوقف وثمرتها من التلف، ومراقبتها من التجاوز عليها، فيجب على ناظر الوقف الاحتياط في حفظ أصول المال الموقوف، ومع توافر شروط ناظر الوقف في الناظر، فهو مصدق فيما دخل يده من غلة الوقف، فقد جاء في كشاف القناع مؤتمن مطلق التصرف^(٣٨) إلا أن يقيم دليل على خلاف ذلك.

فلو أنَّ الناظر أنكر الوقف وادَّعى أنَّه مُلكه يصير غاصباً له، ويخرج من يده لصيرورته خائناً بالإنكار، فإذا كان الواقف حياً صار خصمه في إخراجها من يده، وإلا فيطالب أهل الوقف، ويقيم القاضي ناظراً غيره، ويضمن الناظر المعتصب ما نقص من الأرض، ويبنى ما تهدم من الدار، بعد إنكاره لوقفيتها،^(٣٩)

وإذا باع الوقف لمصلحة نفسه، أو أحد أقاربه جاز للقاضي عزله، فمتى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته^(٤٠) فلا بد من الاحتياط في إختيار القيم أو الناظر على الأوقاف، ممن تتوفر فيهم شروط ناظر الوقف. والخضوع إلى رقابة القضاء، لما له من سلطة قضائية في الإسلام، من ولاية

الناظر هو المستحق، لما فيه من ضرر على المستحقين وعلى الوقف؛ إلّا إذا كان لا يرغب أحد في إجارتها إلّا بالأقل، وبشرط أن يكون النقصان يسيراً.^(٤٥)

وذهب المالكية^(٤٦): إلى أنّه إذا وقعت إجارة الوقف بدون أجره المثل، وزاد آخر على المستأجر، فإنّه يفسخ للزيادة، إلّا أنّ طلب المستأجر دفع الزيادة، فلهم في ذلك قولان:

القول الأول: لا يكون له ذلك إلّا أن يزيد على من زاد، حيث لم تبلغ زيادة من زاد أجره المثل، فإن بلغت فلا يلتفت لزيادة من زاد.

القول الثاني: إذا التزم السّاكّن أجره المثل التي زادها الآخر فالسّاكّن أحقّ؛ لوقوع عقد وقع معه في الجملة.

ويرى الباحث: إنّ قول المالكية الثاني أرجح من القول الأول؛ لوقوع العقد أولاً، إضافة إلى عدم الإضرار بالمستأجر.

وذهب الشافعية: إلى أنّه إذا أجر الناظر العين الموقوفة عليه، فإنّه يصح ولو بدون أجره المثل، أما إذا أجر الناظر الموقوف على غيره بدون أجره المثل، فإنّه لا يصح قطعاً.^(٤٧)

وذهب الحنابلة: بأنّه يصح عقد الإجارة، ويضمن الناظر نقصاً لا يتغابن به في العادة إن كان المستحق غيره؛ لأنّه يتصرّف في مال غيره على

النظر والإشراف على إدارة الوقف، ومشاركة الوقف، ضربان: عامة، وخاصة. أمّا العامة فيبدأ بتصفحها، وإن لم يكن فيها متظلم، ليجريها على سبيلها، ويمضيها على شروط واقفيها، وأمّا الخاصة، فإنّ نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها، لوقوفها على خصوم متعينين، فيعمل عند الشّاجر فيها على ما ثبت به الحقوق عند الحكم^(٤٨)؛ إجاره الموقوف، وإبرام العقود لذلك، والموكل بأمر الإجارة هو الناظر القائم على رعاية شؤون الوقف الموكل به، ما لم يشترط الواقف شرطاً يحول دون ذلك؛ لما تحقّقه الإجارة من ريع لصالح الموقوف عليهم، وبما يحقّق مصالح الوقف،^(٤٩) أمّا إن كان الموقوف عليه ناظراً فلا خلاف في امتلاك الحق في إجارة الوقف، وهذا الحق ثبت له من حيث كونه ناظراً على الوقف لا من حيث كونه مستحقاً فيه،^(٥٠) وقيدت تصرفات الناظر في الإجارة، بأن لا تقل الأجرة عن أجره المثل إلّا عند الضرورة، أن لا يؤجر الناظر لنفسه أو لأولاده أو والده، إلّا بإذن القاضي، إلّا أنّ أبا حنيفة أجاز الإجارة بشرط زيادة الأجرة عن أجره المثل.^(٥١)

واختلف الفقهاء فيما إذا أجر الناظر الوقف بأقل من أجره المثل على النحو التالي:

فذهب الحنفية: إلى أنّه لا يجوز إجارة الوقف بأقل من أجره المثل، إذا كان الغبن فاحشاً ولو كان

وجه الحظ، فضمن ما نقصه بعقده، كالوكيل إذا باع أو أجر بدون ثمن، أو أجر بالمثل.^(٤٨)

ويرجع الباحث: ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من التفصيل فيما لو أجر الموقوف عليه بأقل من أجره المثل جاز ذلك، خلافاً فيما إذا كان المستحق لغلة الوقف غيره، فإنه لا يجوز أن يؤجر بأقل من أجره المثل؛ لتصرفه في مال غيره.

واختلف الفقهاء فيما إذا زادت الأجرة في مدة الإجارة على النحو التالي:

فذهب الحنفية وقول للشافعية خلاف الأصح عندهم: بأنه إذا كانت الزيادة فاحشة، وهي مما لا يتغابن الناس فيه، فإن الناظر يفسخ العقد، ويعقد عقداً آخر بإجرة المثل مع المستأجر الأول إذا قبل الزيادة.^(٤٩)

وذهب المالكية،^(٥٠) والشافعية في الأصح،^(٥١) والحنابلة،^(٥٢): بأنه إذا كانت العین موقوفة على غير الناظر، فأجرها بأجر المثل، وزادت الأجرة في مدة الإجارة أو ظهر طالب بالزيادة عليها لم يفسخ العقد، لأن العقد جرى بالغبطة في وقته، ولأنها عقد لازم من الطرفين، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيم بالأسواق، ولأن النظر إلى ما يتجدد بعد العقد من زيادة أجره المثل يؤدي إلى سد باب إجارة الأوقاف.

ويرجع الباحث: ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم، إضافة إلى احتكامهم للعدل فلم يغلبوا جهة الوقف على المستأجر، ولم يغلبوا المستأجر

على حساب الوقف، وهو ما يميل إليه القلب، ويتقبله العقل؛ لما فيه من حماية للغير من الظلم.

١. المخاصمة في الوقف من خلال حمايته من الغصب وابعاده عن الأيدي العابثة؛ حماية له من الضياع، فيجب على ناظر الوقف أن يتصب مدعياً ضد أي تعد على أعيان الوقف أو غلاته فيرفع الدعاوي أمام القاضي لاستخلاص الوقف أو غلاته من الغاصبين ومن يحاولون الاستيلاء عليه،^(٥٣) ويجوز لناظر الوقف وبأمر من القاضي أن يأخذ من مال الوقف ما يحتاجه للمخاصمة،^(٥٤) فالمخاصمة ورفع الدعاوى من اختصاص الناظر، واستثنى الحنفية حالات معينة يحق فيها للموقوف عليه أن يرفع الدعوى، وهي:^(٥٥)

أولاً: أن يأذن القاضي للموقوف عليه برفع الدعوى.

ثانياً: أن ينصب القاضي للموقوف عليه ناظراً للوقف.

ثالثاً: إذا كان الوقف على رجل معين تصح الدعوى منه سواء كانت دعواه في غلة الوقف أم عينه، وهو وإن كان يستحق الغلة فقط، إلا إن الغلة ناء الوقف، ويزوال الوقف نزول الغلة، فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شرط حقه.

٢. تحصيل ريع الوقف من أجرة، أو زرع، أو ثمره، بأن يقوم باستحصال إجازات الموقوف أو بيع للحاجة، وحسب الضوابط الشرعية، فإذا تساهل الناظر في تحصيل غلة الوقف، وأخذ من

المستأجر أقلّ من أجره المثل، صحَّ عقدُ الإجارة ويضمن الناظر ما نقص؛ لأنّه تصرف في مال غيره، وهم الجهة الموقوف عليهم^(٦٦) أو تبين له بأن المستأجر قد أضرَّ بالوقف فيلزمه الضمان، ويمتنع عن الاستمرار بالإجارة له^(٦٧) وله أن يطالب المستأجر بزيادة الأجرة إذا تغيرت الأحوال، وطُرأت أسبابٌ توجب الزيادة^(٦٨). وقد سبق الإشارة إلى الإجارة في وظيفة إجارة الوقف.

٣. مسك سجل لتسجيل الوارد منه، والمصرف عليه، وعلى الموقوف عليهم^(٦٩) من خلال تقديم حساب سنوي يبين فيه بدقّة وتفصيل كلّ ما جمعه من ريع الوقف، وما أنفقهُ من أموال، وجهة التحصيل والاتفاق بيّناً مفصلاً، وأن يكون ذلك موثقاً بالكتابة، والمستندات، والوصلات الرسمية؛ كي لا تضيع حقوقُ الموقوف أو عليه^(٧٠).

٤. استبدال الموقوف بغيره، وذلك لزيادة نفعه، بعد أخذ موافقة القاضي، ولأهمية هذا الموضوع، وهو الاستبدال، فلا بدّ من الوقوف عليه بشيء من التفصيل والتوضيح، إذ يعدُّ ركيزة ذات أثرٍ بليغٍ إذا استعمل وفق ما أراد الشارع الحكيم من تحقيق مقاصد الوقف، وبالمقابل فإنّه يعدُّ ذو منحنى سلبيٍّ، إذا أسىء استعماله، وفق الأهواء والشهوات، ونبدأ بتعريفه، وبيان آراء الفقهاء فيه، وأدلتهم، والرأي الرَّاجح فيه.

فلاستبدال: هو بيع ما قلّ أو انعدم ريعه من الوقف وشراء ما هو أحسن منه ريعاً، وجعله وقفاً^(٧١) أي شراء عين أخرى تكون وقفاً بدلها، وعليه فإذا خرجت العين من الوقف بالبيع، يجب أن يحلَّ محلّها أخرى^(٧٢) وقد وقع اختلاف بين الفقهاء في استبدال العين الموقوفة، فيما إذا خرب أو تعطلت منفعة أو قلت غلته، أو أرض خربت وعادت موثلاً^(٧٣) إلى قولين:

القول الأوّل: عدم جواز بيع أو استبدال الموقوف، وهو قول المالكية^(٧٤) والشافعية^(٧٥)؛ مستدلين بأن بيعه يتنافى مع ادامته^(٧٦) وبما ورد في ما ورد في حديث عمر لا يباع ولا يوهب ولا يورث^(٧٧)، إلّا أنّهم قالوا بجواز البيع، وهو مقيد بما إذا لم يكن الواقف شرطاً للموقوف عليه بيعه، فيجوزُ له بيعه بالشرط.

القول الثاني: جواز استبدال الموقوف إذا بطل نفعه، أو قلت غلته، أو تعطلت، إلى ما هو أفضل منه، وهو قول الحنفية^(٧٨) وقد توسّعوا بشرط الاستبدال، حيث يقول ابن عابدين: أن يشترط الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، فلاستبدال فيه جائزٌ على الصحيح وقيل اتفاقاً، وأجاز الاستبدال كذلك الحنابلة^(٧٩) وقد جاء في كشف القناع والمدارس والربط والخانات المسبلة، ونحوها جائز بيعها عند خرابها، مستدلين بما روي عن عمر: إنّهُ كتب إلى سعدٍ لما بلغه أنّه قد نقب

والنفسُ به مطمئنة، فلا يُخشى ضياعه ولو بالتقوّد.

أما إبدال العامر فيجوز، إذا غصبه غاصبٌ، وأجرى عليه الماء حتى صار مجرّاً، فيضمن القيمة، ويشترى المتولي بها أرضاً بدلاً. أو أن يحجده الغاصب ولا يبينه، أي وأراد دفع القيمة، فللمتولي أخذها ليشتري بها بدلاً، أو أن يرغب إنسان فيه ببذل أكثر غلة، وأحسن صقعا، فيجوز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى.^(٧٣)

ترجيح الباحث: يرجحُ الباحث القول القائل بجواز الاستبدال إذا قلّت وارداته، لِرَجَاحَةِ ما استدلوا به من أدلّة، إضافة إلى أن العقلَ يرجحُ بأن لا تبقى الأعيان بدون فائده منها، ويؤيده ما قاله الحنابلة "وجودنا على العين مع تعطّلها تضييع للغرض، ويقرب هذا من الهدى إذا عطّب في السفر، فإنه يذبح في الحال، لتعذر تحصيل الغرض بالكلية، استوفي منه ما أمكن، وهكذا الوقف المعطلّ المنافع"^(٧٤)، إضافة إلى ما للاستثمار من أثرٍ بليغ في زيادة واردات الموقوف، فلو كان يبدّ مُتسلّط عليه من ذوي القوّة ولا يمكن مع وجوده الحصول على مزيد من الواردات، فإن الاستبدال سيؤدي إلى نماء غلته، وزيادتها بما يعود إلى الموقوف عليه بالرفاء والعناية التامة.^(٧٥)

١. تعيين الموظفين الذين يحتاج إليهم الوقف، وهذا ما يقوم به ناظر الوقف، وتختلف الوظائف باختلاف نوع الوقف، فإذا كان ناظرًا لمسجدٍ مثلاً،

بيت المال بالكوفة: أن انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد. فإنه لن يزال في المسجد مصلٌ وكان هذا بمشهد من الصحابة، ولم يُظهر أحدٌ خلافه. فكان إجماعاً، إضافة إلى استبقاء الوقف بمعناه عند تعلُّد إبقائه بصورته.^(٧٦)

أما إذا كانت الغلة تفي بحاجات الموقوف عليه وفيه نفعٌ، فلا يجوزُ استبداله، على الأصحّ المختارِ عند الحنفية، وكذا عند الحنابلة.^(٧٧)

وقد أجاز الحنفية الاستبدال والبيع، إذا اشترطه الواقف عند وقفه، ويشترى بثمنه مثل المباع ولو كان عامراً، أما إذا لم يشترط الواقف الاستبدال والبيع عند وقفه، فقد وضع الحنفية خمسة شروط لصحة الاستبدال:^(٧٨)

أ. أن يخرج الموقوف عن الانتفاع به بالكلية، بحيث لا تفي بحاجة الموقوف عليه، ولا يوجد ريع للوقف يعمر به.

ب. أن يقضي بالاستبدال قاضي عدل من أهل الجنة، وهو صاحب العلم والعمل؛ لئلا يحصل التّطرق إلى إبطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب في زماننا.

ج. أن لا يبيعه ممن لا تُقبل شهادته له، ولا ممن له عليه دين.

د. أن يكون المبدل أحسن غلة.

هـ. أن يكون البدل عقاراً، لا نقوداً، إلّا أنهم أجازوا البدل بالتقوّد؛ لأنّ المستبدل هو القاضي،

فعليه أن ينصب له من يقوم بوظائفه من إمام، ومؤذن، وقيم، وغيرهم، وتنصيب من يقوم بمصالح الموقوف، من خلال اختيار الأفضل، وصاحب الكفاءة، وإذا امتنع عين الحاكم من يقوم مكانه.^(٧٦)

٢. أداء حقوق المستحقين في الوقف، وذلك يتمثل بأداء ديون على الوقف أو أجور للعمال. إن الأصل عدم جواز استئانة ناظر الوقف على الوقف؛ خوفاً من الحجز على أعيان الوقف، لأن عدم الوفاء أو تأخير أداء الديون ومطلها قد يؤديان إلى الحجز على عين الوقف أو ريعه، وبالتالي إلى ضياع أعيان الوقف أو حقوق المستحقين فيه،^(٧٧) إلا أنه أجاز لناظر الوقف الاستئانة إذا قامت ضرورة ملحة تقتضي ذلك، كحاجة أعيان الوقف إلى التعمير، والإصلاح أو حاجة الأرض الزراعية إلى البذور وآلات الزراعة، واشترط الحنفية، الأذن من القاضي،^(٧٨) بينما المالكية،^(٧٩) والحنابلة،^(٨٠) لم يشترطوا الأذن من القاضي لأن الناظر عندهم مصدق، ومؤتمن مطلق التصرف، وعليه فلا بد من سداد ديون الوقف لسلامة عين الوقف، وحفظاً لحقوق المستحقين.

ويشمل اعطاء المستحق دفع أجور الإجراء، والولاية على الوقف، وإنما ذلك لما يحتاج إليه الوقف من عمارة، واستغلال، فقد جاء في

الاسعاف: "ويجوز أن يجعل الوقف للمتولي على وقفه في كل سنة أجراً معلوماً لقيامه بأمره، ويجوز له أن يستأجر أجراً لاحتياجات الوقف، وحتى لو جعل الولاية إلى امرأة وجعل لها أجراً معلوماً، فلا تكلف إلا بمثل ما تفعله النساء عرفاً."^(٨١)

٣. صرف ريع الوقف في جهاته المستحقة، تنفيذاً لشرط الواقف،^(٨٢) فيجب الالتزام بشروط الوقف، وعدم إهمالها إلا عند مخالفتها لأمر الشارع، أو تعطيل مصالح الوقف، إضافة إلى موافقة القاضي على مخالفة شرط الواقف، ومرد ذلك أن شرط الوقف كنص الشارع،^(٨٣) إلا أنه وقع اختلاف بين الفقهاء على المقصود من هذه العبارة، وجاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب المالكية،^(٨٤) والشافعية^(٨٥) والحنابلة،^(٨٦) إلى أن ألفاظ الوقف كألفاظ الشارع في وجوب الاتباع، لأن الوقف متلقى من جهته؛ فأتبع شرطه، فإن شرطاً شروطاً غير جائزة فإنه لا يتبع.

القول الثاني: وذهب إليه الحنفية،^(٨٧) بنصهم "إن شرط الوقف كنص الشارع في الفهم والدلالة وجوب العمل به، فيجب عليه خدمة وظيفته أو تركها لمن يعمل، وإلا أثم لا سيما فيما يلزم بتركها تعطيل الكل".

القول الثالث: وهو قول عند الحنابلة: ^(٨٨) تُصوصُ الوقف كنصوصِ الشَّارع، يعني في الفهم والدلالة، لا في وجوبِ العمل.

والراجع في المسألة: ما جاء في إعلام الموقعين بنصه "فالصَّواب الذي لا تسوغ الشريعة غيره، عرض شروط الواقفين على كتاب الله سبحانه وتعالى وعلى شرطه، فما وافق كتابه وشرطه فهو صحيح، وما خالفه كان شرطاً باطلاً مردوداً، ولو كان مئة شرط، وليس ذلك بأعظم من ردِّ حكم الحاكم إذا خالف حكم الله ورسوله" ^(٨٩)

ثم إنَّ الاختلاف لفظيٌّ بين الفقهاء، فالذين قالوا: إن شرط الواقف كنصَّ الشَّارع في وجوبِ الاتِّباع، قيدوه بأن يكون شرطاً صحيحاً، وليس مُخالفًا لنصِّ الشَّارع، والذين قالوا يعتبر في الفهم والدلالة، كذلك أوجب اتِّباع شرط الواقف الموافق لكتاب الله، وفيه مصلحة. ولا خلاف في أنَّ ألفاظ الواقف تتبع ويعمل بها وفق مدلولاتها وما يفهم منها. ^(٩٠)

وما يدلُّ على ذلك على سبيل المثال لا الحصر: ما ذهب إليه الحنفية، ^(٩١) والحنابلة، ^(٩٢) فيما لو اشترط الواقف الولاية لنفسه لزمته، إلا إذا أثبت عدم أمانته أو كفاءته أو فسقه، فتنزع منه، فإن مراعاة حفظ الوقف أهمُّ من إبقاء ولاية الفاسق عليه، إلَّا أنَّ المالكية، ^(٩٣) اعتبروا هذا الشرط مفسداً للوقف لأنَّ فيه تحجيراً.

مما يدلُّ على التأكيد بأن يكون شرط الواقف صحيحاً وليس مُخالفًا لنصِّ الشَّارع، وإنَّما سبب اختلافهم في الأخذ ببعض الشُّروط، وعدم الأخذ بالآخر، بسبب اختلاف نظرتهم لما يحقق مصلحة الوقف.

أمَّا بخصوص صرف ريع الوقف في جهاته المستحقَّة:

فيجب على متولِّي الوقف أن يصرف غلة الموقوف إلى المصارف التي نصَّ عليها الواقف من جهة عامة أو خاصة، فإن كان أصحاب الجهة محصورين أعطى الجميع بالتساوي دون تخلفٍ أحدٍ منهم، أو كانت الجهة شيئاً خيراً كالانفاق على المساجد، وإن كان الحبس على قوم لا يحاط بهم؛ كالفقراء، والمجاهدين، وما أشبه ذلك، أو على قوم وأعقابهم من بعدهم، أو على ولده، وولد ولده، أو إخوته، وأولادهم كذلك، وهم غير معينين. ^(٩٤)

فقد اختلف الفقهاء في صرف غلة الوقف على النحو الآتي:

ذهب الحنفية: إلى إنَّه إذا ذكر الواقف مصرفاً يستوي فيه الأغنياء والفقراء، فإن كانوا يحصون فذلك صحيح لهم اعتبار أعيانهم، وإن كانوا لا يحصون فهو باطل، إلَّا إذا كان في لفظه ما يدلُّ على الحاجة استعمالاً بين النَّاس؛ لاعتبار حقيقة اللفظ، كالتامى، فالوقف عليهم صحيح،

الفرع الرابع: حقوق ناظر الوقف.

لكي يعلم ناظر الوقف ما له وما عليه، ولكي تتميز تصرفاته وفق ما أُجيز له من تصرفٍ وحقوقٍ مشروعةٍ. وبما إنَّه تمَّ إلزام ناظر الوقف بمجملته من الأعمال والواجبات يقوم بها لمصلحة الوقف وتنميته، لا بدَّ من أن يكون له حقوق مقابل تلك الواجبات التي يقوم بها، والتي تشمل بالأجرة، سواءً كانت كأجرة المثل أو أكثر.

لما وردَ عن ابن عمر رضي الله عنهما: (أن عمر بن الخطاب عندما أصاب أرضاً بخير، اشترط على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول)^(٩٥)، وقد بوب البخاري باباً خاصاً، اسمها باب نفقة القيم للوقف^(٩٦)، وهذا مما يدل على مشروعية أجرة ناظر الوقف، كما قال ابن حجر: وهذا الحديث دالٌّ على مشروعية أجرة العامل على الوقف والمراد بالعامل في هذا الحديث القيم على الأرض والأجير.^(٩٧)

وعليه فإنَّ ما أن يكون الأجر المقدَّر بقدر أجرة المثل أو أكثر، فإنَّ شرط الواقف للناظر أجرة أي: عوضاً معلوماً، فإن كان المشروط بقدر أجرة المثل اختص به، وكان ممَّا يحتاج إليه الوقف من أمناء، وغيرهم من غلة الوقف، وإن زاد على أجرة مثله صرف الزائد إلى ما يحتاج إليه الوقف، حتَّى يبقى له أجر مثله، ويستحقها من وقت توليته على

ويصرف للفقراء دون الأغنياء، وكذلك إذا جعل غلته للفقراء، فإنما تصرف للفقراء منهم.^(٩٥)

وذهب المالكية: إلى إن المتولِّي على الحبس يقسم غلته على من حضر من الفقراء ونحوهم، ويُفضِّل أهل الحاجة على غيرهم، ويُفضِّل أهل العيال على غيرهم في الغلة، وفي السكنى بحسب اجتهاده؛ لأنَّ قصد الواقف الإحسان والإرفاق بالموقف عليه، وسدَّ خلَّتهم، فإن استووا في الفقر أو الغنى فإنَّه يؤثر الأقرب على غيره، وأضاف ابن الماجشون من المالكية لا يفضِّل إلَّا بشرط من الواقف، وهذا المذهب عندهم.^(٩٦)

وذهب الشافعية: إلى أنَّه "لو جهل الناظر شرط الواقف، وجعل الترتيب بين أرباب الوقف أو المقادير، بأن لم يعلم هل سوى الواقف بينهم أو فاضل، قُسِّمت الغلة بينهم بالسوية؛ لأنَّ للجميع الحق في الوقف ولعدم الأولوية بينهم".^(٩٧)

وذهب الحنابلة: إلى أن الوقف ما أخرجه الواقف لله، ووجهه أن الوقف تمليك، إمَّا للرقبة أو المنفعة، وكلاهما لا يصحُّ هنا، فإذا أوقف على نفسه صرف الوقف إلى من بعده؛ فلا يصحُّ أن يصرف من غلة الوقف على نفسه؛ وذلك لأنَّ الوقف على النَّفس عندهم باطل، ووجود من لا يصحُّ الوقف عليه كعدمه فيكون كأنه وقف على من بعده ابتداءً، فإن لم يذكر غير نفسه فملكه بحاله، ويورث عنه.^(٩٨)

الوقف، وخلاف ذلك فهو متبرعٌ، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة.^(١٠٦)

والتأظر إن عَمِلَ زمنَ العمارة، فله أجره عمله إلا المشروط، وتقدم العمارة على ما ينفق عليه من مال الوقف، فإن عمل بالعمارة استحق الأجر على عمله زمن التعمير، ويصرف له بعد الانفاق على التعمير، ويضمن إذا كان في تأخير التعمير خراب عين الوقف، وإن لم يكن هناك تعمير فيجوز الصرف للمستحقين، فليس للمتولي أخذ زيادة على ما قرّر له الواقف، ويجب صرف جميع ما يحصل من غناء، وعوائد شرعية وعرفية لمصارف الوقف الشرعية، وهذا ما ذهب إليه الحنفية. إلا أنه تجوز الزيادة من القاضي على معلوم الإمام إذا كان لا يكفي، وكان عالماً تقياً. قال ابن عابدين: "وأما التأظر بشرط الواقف فله ما عينه له الواقف ولو أكثر من أجر المثل، ولو عين له أقلّ فللقاضي أن يكمل له أجر المثل بطلبه".^(١٠٧) أما إذا لم يعين الواقف أجره لناظر الوقف فالصواب في ذلك هو أن يكون لناظر الوقف أجره مثله إن لم يتبرع بعمله^(١٠٨)، وتعطى أجره المثل لناظر الوقف من قبل القاضي.^(١٠٩)

وليس محور الاهتمام موضوع أجره لناظر الوقف؛ إلا إن الباحث تطرق إليه لمعرفة ما لناظر الوقف من حقوق؟ وما عليه من شروط وواجبات؛ ليتسنى لنا التمييز بين ما يصدر من ناظر الوقف من أعمال بحق الوقف إيجاباً أو سلباً،

ثم معرفة مدى وجود تعسف في استعمال الحق من قبل ناظر الوقف، وعليه لا بدّ بداية من بيان مفهوم التعسف وتعسف ناظر الوقف، والأعمال والتصرفات التي يحكم من خلالها بتعسف ناظر الوقف باستخدام الحق الممنوح له سواء من الواقف أو القاضي.

المطلب الثاني التعسف في نظارة الوقف:

يُعدُّ التعسف في نظارة الوقف مركب من جزئين، وينبغي بداية تعريف المضاف هنا وهو التعسف، وثم تعريف المضاف إليه وهو نظارة الوقف، أو ناظر الوقف، وقد سبق وتم تعريف الوقف، وناظر الوقف منفردة، لأنه بدون تعريفهم متفرقين لن نستطيع الوصول إلى التعريف المركب، وهو تعسف ناظر الوقف مجتمعة، لذا أقتضى تعريف التعسف، وكما يلي:

الفرع الأول مفهوم التعسف في استعمال الحق ومضمونه:

إنَّ الإنسان جُبِلَ على حبِّ الدنيا وحبِّ السلطة والمال، فهو يسعى إلى تحقيق مصالحه قدر الإمكان، كما جاء في قوله تعالى: قَالَ تَعَالَى ﴿لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨] وقوله تعالى:

﴿بَلْ تُؤْثِرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾ [الأعلى: ١٦]

ومن هذا المنطلق كان من الطبيعي أن يقع الإنسان عند تحقيق مصالحه، واستعمال حقه بظلم غيره، أو أخذ حقه بغير وجه حق، سواء تعمّد في

ذلك أم لم يتمم، وعليه ستناول تعريف التّعسف لغة واصطلاحاً؛ لنستطيع ضبط موطن الخلل في تصرفات ناظر الوقف، والتي يحكم عليه من خلالها بالتّعسف.

١. التّعسف لغة: التّعسف والاعتساف، والعسف: ركوب المغازة، وقطعها بغير قصد ولا هداية، ولا توخي صواب، ولا طريق مسلوكة

وكذلك السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق، وكذلك أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم، فنقل إلى الظلم والجور.^(١٠٦)

٢. التّعسف اصطلاحاً: عرّفه الدريني: بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مآذون فيه شرعاً بحسب الأصل.^(١٠٧)

وعرفه أبو سنة: بأنه تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً.^(١٠٨)

وهذين التعريفين مع تقديم بعض الألفاظ وتأخير بعضها الآخر إلّا إنهما بنفس المضمون، والأقرب إلى المراد من التّعسف، حيث بين الدريني الفرق في استعمال الحق بين التّعسف والمجاوزة أو التعدي، فقال: لو أوصى شخص بأكثر من الثلث، فإنه يعد متجاوزاً حدود حقه التي منحه إياه الشرع، وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير مشروع في الأصل؛ لأنه لا يستند إلى حق، والتّعسف فرع وجود الحق فهو إذا متعدّ لا متعسف، ويعدّ متعسفاً إذا أوصى بحدود الثلث أو

بما دونه، وقصد مضرة الورثة، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد، لأن أصل الفعل مشروع، إلّا أنه استعمله لا بقصد تحقيق المصلحة من تشريعه، وإنما للإضرار بالورثة.^(١٠٩)

فالتّعسف أساسه المناقضة بين قصد الشارع من تشريع أباحه الفعل، وقصد الفاعل من فعله، أي من خلال استعمال حقه، وعليه لا بدّ من بيان مفهوم الحق، لتتضح وتبين معايير التعسف المقصودة من فكرة البحث.

الفرع الثاني مفهوم الحق لغة واصطلاحاً:

١. الحق لغة: الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدلّ على إحكام الشيء وصحته. فالحق نقبض الباطل، ثم يرجع كل فرع إليه بمجودة الاستخراج وحسن التلقيق، ويقال: حق الشيء: وجب. قال الكسائي: تقول العرب: "إنك لتعرف الحقّة عليك، وتعني بما لديك". ويقولون: "لما عرف الحقّة مني انكسر ويقال: حاق فلان فلاناً، إذا ادّعى كل واحد منهما، فإذا غلبه على الحق قيل حقه وأحقّه.^(١١٠)

٢. الحق اصطلاحاً: عرّفه الزرقاء: بأنه اختصاص يقرّ به الشرع سلطة أو تكليفاً.^(١١١) وعرفه الدريني: بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة.^(١١٢)

يلاحظ من خلال التعريفين وجود اختصاص للشرع، والذي من خلاله يقتضي وجود مصلحة، والتي هي غاية الحق، والسلطة هنا في تعريف الدريني تكون من صاحب الاختصاص الذي أقره الشرع لصاحب الحق، وقد تكون كالحق العيني كحق الملكية، وحق الارتفاق، أو سلطة لشخص على آخر، كعلاقة الدائن

بالمدين،^(١٣) وعليه يكون تعريف الدريني أقرب لمعنى الحق، وبعد بيان مفهوم التعاريف السابقة لا بد من بيان مضمون ومعايير التعسف عند الدريني، كونها الأقرب إلى المراد حيث كانت جامعة مانعة، ولم يتم الاعتراض عليها غيرها من التعاريف.

مضمون التعسف عند الدريني:^(١٤) **مناقضة قصد الشارح** أي إما أن تكون مقصودة بأن يستخدم المكلف حقه بقصد الإضرار، أو أن يتذرع بما ظاهرة الجواز للوصول لما هو غير مشروع، أو مجرد العبث، وإما أن تكون غير مقصودة، وهذه تشمل الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام (جلب المصالح ودرء المفاسد).

وعليه وضع الدريني معيارين للتعسف: **المعيار الشخصي أو الذاتي**، المتمثل بالنية أو الباعث. **ومعيار موضوعي** يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من المصالح وما يلزم من عمله من

مفسده، وهنا يتبين الباعث أو نية القصد من الإضرار.

وقوله (في تصرف مأذون فيه شرعاً) والتصرف يشمل التصرف القولي: كالعقود وما ينبثق عنها من حقوق والتزامات، وكذلك البيع، والإجارة، والتصرف الفعلي: كاستعمال حق الملكية في العقارات، والأراضي، واستعمال الرخص والإباحات، ومنها ما هو سلمي وما هو إيجالي.

ويقول ابن القيم: "إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله، فاعتبار المقصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تتراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تتراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه، وكيف يقدم اعتبار اللفظ الذي قد ظهر كل الظهور أن المراد خلافه".^(١٥)

وقوله: (مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل) وهذا القيد الذي يتميز فيه التعسف عن غيره من الأفعال كونه فعل أو تصرف مشروع بداية.

ويرى الباحث إنه من خلال استقراء التعاريف السابقة الذكر من الوقف، وناظر الوقف، والتعسف، والحق، وتحليل تعريف التعسف ومعرفة مضمونها، نخلص إلى تعريف تعسف ناظر الوقف كما يلي:

الفرع الثالث مفهوم تعسف ناظر الوقف:

ولم يجد الباحث من قام بتعريف تعسف ناظر الوقف، ومن خلال ما سبق يتوصل الباحث بأن مفهوم تعسف ناظر الوقف: هو مناقضة تصرفات ناظر الوقف لقصد الشارع في تحقيق الغاية من الوقف.

وعليه يكون تعسف ناظر الوقف أحد أسباب تخلف وتراجع دور الوقف عن تحقيق غايته، والأهداف المرجوة من استثمار أموال الوقف من خلال ولايته، أو توكيله على هذه الأوقاف.

فقد حفظت الأوقاف مئات السنين ولا زالت تؤدي رسالتها كما أراد الواقف، وضاعت أخرى، واصبحت أثراً بعد عين، لتلفها وما ذلك إلا بنوعية النظار الذين تعاقبوا على تلك الأوقاف. (١١٦)

الفرع الرابع: أسس ومعايير نظرية التعسف في الفقه والقانون.

لقد شرع الله - سبحانه وتعالى - لنا الحقوق في هذه الحياة، ولكنه سبحانه أوجب علينا استعمالها وفق الضوابط الشرعية التي تحقق لنا مصالحنا، ولا تضر بغيرنا، فكما أن الحق يحقق مصلحة فردية، يحقق مصلحة جماعية كذلك، فلا بد من اتخاذ التدابير والضوابط الشرعية اللازمة خلال تعامل الإنسان مع أخيه الإنسان، أو خلال تعامله تجاه شريحة من المجتمع، ولهذا المبدأ ارتباط وثيق بنظرية التعسف في استعمال الحق، من جهة

أن صاحبه يجب أن يشعر بأن لغيره فيه نصيباً لا يصح الاعتداء عليه. (١١٧)

ويدل على ذلك قول النبي ﷺ: ((مثل القائم في حدود الله والواقع فيها؛ كمثل قوم استهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً، ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً)). (١١٨)

ووجه الدلالة من الحديث أن الذين في أسفل السفينة يستعملون نصيبهم وحقهم؛ لكن لما أرادوا أن يستعملوه على وجه غير مشروع؛ لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لا يتكافأ مع مصلحة شربهم، وترك إيذاء الفريق الأعلى، اعتبره الشارع منكراً يجب أن يمتنعوا عنه، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا

تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢]

أولاً: أسس ومعايير نظرية التعسف ليكون صاحب الحق متعسفاً في استعماله لحقه:

١. المعيار الثاني: والذي يتمثل بالعوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق، مما يفضي إلى ضرر أو فساد في الحال والمآل، لأن الباعث على التصرف ظاهره المشروعية، وحقيقته الإضرار بالغير، أو ظهرت مظنة تكشف عن القصد إلى المضارة، وكانت إرادة المتصرف غير مشروعة،

بحيث لا تتلائم وطبيعة ما شرع التصرف من أجل تحصيله، وفي هذه الأحوال يتجلى معيار نظرية التعسف الذاتي الدال على مناقضة قصد الشارع، وله شقان: ^(١٩)

أ. إذا كان القصد هو الإضرار بالغير.

ب. الباعث غير المشروع، من خلال التدرع بما ظاهره الجواز للوصول لما هو غير مشروع.

٢. المعيار الموضوعي: وذلك بأن يترتب على أفعال صاحب الحق التعسفية مآلات تؤدي إلى الضرر، بسبب اختلال التوازن الواضح في المصالح التي شرعت الحقوق لأجلها، ومن خلال هذا المعيار يترتب وجود آثار بادية يمكن رصدها وتبناها في ظل غياب تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، وهذا المعيار ينظر إلى ثمرة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، وهو مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الإسلامي، وهو النظر في مآلات الأفعال، والذي تفرع عنه مبدأ سدّ الذرائع، والاستحسان، والاستصلاح، وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية، والتي يجمعها معيار اختلال التوازن البين بين المصالح المتعارضة: ^(٢٠)

أ. الحصول على منفعة زهيدة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير.

ب. الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين، بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما.

ج. الضرر الفاحش اللاحق بالجار جراء استعمال المالك لعقاره.

د. الضرر العام اللاحق بالمجتمع، أو بقطر من أقطاره، أو بأهل بلد من ذلك القطر، أو بأهل حي من ذلك البلد، جراء استعمال الحق الفردي.

ثانياً: معيار التعسف في القانون المدني الأردني: ^(٢١) أمّا بخصوص ما ذهب إليه القانون المدني الأردني من أسس ومعايير للتعسف، فقد اختصت بها المواد (٦٦، ٦١) لعام (١٩٧٦) فهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم (٩٧/١٠٧٩) (إن استعمال الحق الشرعي، وإن كان ينافي الضمان عملاً بأحكام المادة (٦١) من القانون المدني إلا أنه مقيد بعدم إساءة استعمال هذا الحق وإلا أصبح ضامناً للضرر الناشئ عن سوء استعمال الحق عملاً بأحكام المادة (٦٦) مدني. المادة (٦١): الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما يلحق عن ذلك من ضرر. المادة (٦٢): لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال. المادة (٦٣): الاضطراب لا يبطل حق الغير. المادة (٦٤): درء المضار أولى من كسب المنافع. المادة (٦٥): يدفع الضرر العام بالضرر الخاص والأشد بالأخف.

وتحت بند إساءة استعمال الحق في المادة (٦٦) يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

وحدّد القانون الحالات التي يستشف منها التعسف في استعمال الحقّ ألا وهي:

١. ويكون استعمال الحقّ غير مشروع:

أ. إذا توفر قصد التعدي، أي إذا تمخّضت إرادة صاحب الحقّ من استعماله الإضرار بالغير طبعاً، ويستدلّ على ذلك من وقائع الحالة، والقرائن وغيرها.

ب. إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة، أي عدم مشروعية المصلحة ذاتها مع مشروعية الفعل، وهنا كأن يملك شخص عمارة بها شقق ويريد تأجيرها، وهو هنا صاحب حق، وله ذلك ففعل التأجير بحدّ ذاته مشروع.. لكن ماذا لو أنّه أجرها كمكان للدعارة أو تعاطي المخدرات؟ طبعاً هذا أمر مخالف للقانون والنظام العام والآداب العامة. إضافة إلى أنّ هذا الأمر ابتداءً مخالف ابتداءً للشرع، لأنّه يناهز أحكام الدين، ومخالف للقوانين والأنظمة العامة المعمول بها في القانون المدني الأردني، وأيضاً تنافي الأخلاق والآداب العامة.

ج. إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

فلا بدّ أن يكون ما يجنيه صاحب الحقّ أكبر ممّا يصيب الغير من ضرر، فمن رفع سور منزله، وحجب النور والضوء عن جاره أضرب به أكثر ممّا

جلب منفعة لنفسه، وهو هنا متعسف في استعمال حقّه.

د. إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

والملاحظ في هذه القوانين أنّها أُرست وقتت العديد من القواعد التي يتم تطبيقها في الفقه الإسلامي.

ثالثاً المبادئ الأساسية التي تقوم عليها أصول نظرية التعسف في الشريعة الإسلامية: (١٢٢)

١. تغليب روح الخير على روح العدالة لقوله تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ﴾ (١٣٢) الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَبَائِمِ وَالْغَيْظِ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴿١٣٣﴾ آل عمران: [١٣٣-١٣٤]

مما يؤكد سيطرة روح الخير والتضامن في التشريع الإسلامي على روح الأنانية المتمثلة بممارسة الحقوق الشخصية، الذين إذا أصابهم الغيظ تجاوزوا ولم يعاقبوا. والعافين عن الناس بعد قدرتهم عليهم فيعفوا عنهم والله يحب المحسنين. (١٣٣)

٢. مراعاة التوسط في جميع أمور الحياة، سواء في العبادات، أو العلاقات بين العبد وربّه، أو بين الإنسان وأخيه الإنسان، ليتم بعد ذلك إقامة التوازن بين الحقوق، مما له من أثر في تكوين نظرية التعسف.

٣. التكافل والتضامن ورعاية مصلحة الجماعة، وهذا ما يسعى التشريع الإسلامي لإقامته بين العباد، وتغليب المصالح الجماعية على الشخصية، ولا يبيح الإضرار بالغير، ومن ذلك تحريم الربا والاحتكار، فالشَّارِع ينظر دائماً إلى المصالح والمنافع التي تعود على المجتمع من جراء تقييد الحقوق الشخصية وتأثيرها على المنافع التي تعود على الأفراد.

٤. تحريم كل أمر ضرره أكثر من نفعه، وبذلك يكون غير مشروع بحسب أصله، وعليه فإن أي فعل يكون مشروعاً بحسب أصله لغلبة منفعته على مضارّه، فإذا ترتّب عليه ضرر بالغير يفوق النفع الذي يعود على صاحبه، أو على غيره منه فإنه يفقد مشروعيته.

الفرع الخامس صور تعسف ناظر الوقف:

سبق الحديث عن وظائف ناظر الوقف، وبيان أقوال الفقهاء فيها، مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف فيما بينهم، فيما يجوز لناظر الوقف القيام به، وما لا يجوز، وحيث تبين أن أغلب اختلافات الفقهاء فيما يجوز وما لا يجوز، وجاء لتحقيق مصلحة الوقف بالدرجة الأولى، كون هذه الوظائف مما يحتمل فيها الوقوع في الخطأ، والخلل والزلل، من خلال الإدارة والولاية الممنوحة لناظر الوقف، ووفق شرط الواقف، ومما يفتح الباب لأن تكون هذه التصرفات واقعة تحت بنود التعسف في استعمال ناظر الوقف لحقه،

وتجنباً لتكرار ما تم ذكره في وظائف ناظر الوقف من الناحية الفقهية، سيتم الإشارة هنا إلى ما تمّ ترجيحه من الناحية الفقهية في المسألة التي يُصوّر فيها التعسف من وظائف ناظر الوقف، وما يؤيدها من ناحية قانونية في القانون المدني الأردني، مع بيان وجه التعسف من خلال تطبيق معايير التعسف على هذه الوظائف، وكما يأتي:

١. الامتناع عن عمارة الوقف، وإصلاحه وصيانته وتجديده، وبدون أضرار:

إن في الامتناع عن عمارة الوقف لمن بيده غلة للوقف فوات لمنفعة الوقف، وإن كان للقاضي إجباره على العمارة والإصلاح، وأخراجها من يده،^(١٢٤) إلّا أنّه بامتناعه عن ممارسة وظيفته في العمارة الواجبة عليه قد الحق الضرر بالوقف وبمنفعته. وقد نصّ القانون المدني الأردني^(١٢٥) رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦، في المادة (٧٥٣) رقم (٣) وإذا كان الوقف بحاجة للتعمير وليس له ريع يعمر به جاز للمحكمة أن تأذن بإيجاره مدة تكفي لتعميره. هذا في حال كان الخلاف في نقص أو عدم وجود الغلة لتعمير الوقف، أمّا في حال وجود الغلة وعدم قيام الناظر بواجبه، فقد جاء في (المادة ١٢٤٨) في حال عجز الناظر عن القيام بمهمته بأنّه يجوز للمحكمة بناء على طلب أصحاب الشأن عزل المتولي أو المشرف على الوقف ولو كان هو الواقف أو منصوبه، إذا ثبت خيانتة أو قيام مناع شرعي من توليته، ولها أن تضم إليه غيره إذا كان

عاجزاً عن القيام بمهمته بانفراده. أمّا إذا كان المتولي أو المشرف منصوباً من قبل المحكمة فلها أن تعزله إذا رأت ما يدعو إلى ذلك، ولها أن تقيم غيره مؤقتاً إلى أن يفصل في أمر العزل نهائياً.

ويرى الباحث: إنّ ناظر الوقف بعدم عمارته للوقف قد وقع في التعسف في استعماله لحقه؛ لأنّه مع قدرته على الوقف وتوفير غلة للعمارة، وعدم القيام بها، فلا بدّ من بيان سبب يوجب ذلك، فلعلمه تعمّد عدم العمارة لقصد نفع غيره، فمثلاً لو كان الوقف مشروع استثماري ومجاجة للصيانة والتّجديد، وفي نفس المنطقة مشروع مقابل له، وبين المشروعين تنافس، وبين ناظر الوقف وصاحب المشروع الآخر علاقة، هنا تدخل الشبهة؛ لأنّ عدم العمارة أو التّجديد والإصلاح يلحقان الضرر بالوقف، وذلك مع عدم القصد أو نية الإضرار بالوقف، ويظهر المعيار الموضوعي في حال تطور الضرر وصولاً للضرر العام عند النظر إلى مآلات الأفعال؛ ففيه تفويت مصلحة، وجلب مفسده، لو وصول الضرر إلى الموقوف عليهم بسبب تعطل منفعة الوقف، مع مقارنة المصلحة المتحققة لصاحب الحق وما لزم من عمله من مفسدة.

٢. عدم حفظ أصول الوقف وثمرتها من التّلف، أو مراقبتها من التّجاوز عليها..

إنّ وظيفة حفظ أصول الوقف مرتبطة بوجود ناظر للوقف مؤتمن، إلّا أنّ يثبت خلاف ذلك،^{٨٣٦} واحتمالية ثبوت عدم الأمانة متعلق بعدم أداء واجبه في المحافظة على أصول الوقف أو التهاون في مراقبتها، وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني:

وقد جاء في المادة (٢٩٠) من القانون المدني الأردني في حال كان الوقف بناءً وانهار هذا البناء بسبب التّعدي أو التّقصير، إنّ الضرر الذي يحدثه للغير انهيار البناء كله أو بعضه يضمنه مالك البناء أو المتولي عليه، إلّا إذا ثبت عدم تعديّه أو تقصيره. وجاء في المادة (٨٩٧) من القانون المدني الأردني بخصوص مراقبة مال الوقف وحراسته، تجوز الحراسة القضائية على أموال الوقف إذا تبين إن الحراسة إجراء لا بدّ منه للمحافظة على ما قد يكون لذي الشأن من حقوق.

ويرى الباحث: إنّهُ إذا تحقق عدم قيام ناظر الوقف بحفظ أصول الوقف ومراقبتها من التعدي عليها، يكون قد تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة في واجبات ناظر الوقف، وفي ذلك مناقضة لقصد الشارع في حفظ الموقوف ورعايته، فإن كان قاصداً فهو معيار التعسف الدّاعي الدّال على تمحض قصد الإضرار، وإن لم يكن قاصداً ينظر إلى أمارات الفعل، وما نتج عنه، فمثلاً إذا تعمّد عدم مراقبة أصول الوقف، أو عدم المخاصمة أمام

القضاء لوجود قرابة بينه وبين المعتدي على المال الموقوف، إمّا لقصد الإضرار بالمستحقين (الموقوف عليهم) أو لوجود خلافات بينهم، وأراد الإضرار بهم، فيكون قد جلب مفسدة، ودفع مصلحة، وهذا معيار موضوعي في التعسف يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من المصالح، وما يلزم من عمله من مفسدة، ويعرف من قرائن الحال ودلائله.

٣. إجارة الموقوف، وإبرام العقود لذلك:

تعدُّ وظيفة إجارة الموقوف من الوظائف الهامة، إضافة إلى ما يتعلق بها من تغير الإجارة (أقل أو أكثر أو مساوية) لأجرة المثل، وطبيعة المستأجر، سواء كان (الناظر أم الموقوف عليهم أم غيرهم).

وقد مر معنا في الحديث عن إجارة الموقوف في حال إذا كانت الإجارة بأقل من أجرة المثل، وتم ترجيح القول بأنّه لو كان ناظر الوقف مستحقاً لغلة الوقف، وقام بتأجير الموقوف عليه بأقل من أجرة المثل جاز ذلك، أمّا إذا كان المستحق لغلة الوقف غيره فإنّه لا يجوز أن يؤجر بأقل من أجرة المثل؛ لتصرفه في مال غيره،^(٢٧) وهو ما جاء في القانون المدني الأردني (١٢٨) في المادة رقم (٧٥٤) وفق الآتي:

لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلّا بغبن يسير، ويلزم المستأجر بإتمام أجر المثل ودفع

ما نقص منه عن المدة الماضية من العقد، وله الخيار في فسخه أو القبول بأجر المثل عن المدة الباقية. وكذلك جاء الاختلاف في حال زادت الأجرة في مدة الإجارة، في حالة كانت موقوفة على غير الناظر فأجرها بأجرة المثل، وزادت الأجرة في مدة الإجارة، أو ظهر طالب بالزيادة عليها لم يفسخ العقد، لأن العقد جرى بالغبطة في وقته، ولأنّها عقد لازم من الطرفين، ولكيلا يؤدي إلى سد باب إجارة الأوقاف، (١٢٩) وهو ما جاء بنفس المادة أعلاه (٧٥٤) في الفرع (٢) ويجري تقدير أجر المثل من قبل الخبراء في الوقت الذي أبرم فيه العقد، ولا يعتد بالتغير الطارئ أثناء المدة المعقود عليها.

ويرى الباحث: بوجود توافق بين ما جرى ترجيحه في المسألة وما أخذ به القانون المدني، في حال زادت الأجرة في مدة الإجارة ولم تكن موقوفة على ناظر الوقف، وإلّا يعد متعسفاً في تأجيرها بأقل من أجرة المثل إذا كانت موقوفة على غيره؛ لوجود ضرر لاحق بالوقف، وربما يتضرر الموقوف عليهم بنقص غلتهم أو انقطاعها.

٤. استبدال الموقوف بغيره:

وبناء على الاختلاف في استبدال الموقوف بغيره، وترجيح قول القائلين بجواز الاستبدال إذا قلت وارداته، لِرَجَاحَةِ أدلتهم، ولكي لا تبقى الأعيان بدون فائده منها، فإنّ الاستبدال سيؤدي إلى نماء الغلة وزيادتها بما يعود إلى الموقوف عليهم

بالنفع، مع الإلتزام بضوابط وشروط الاستبدال^(١٣٠)، كأن لا يكون في الاستبدال غبن فاحش، أو دين مؤجل مع الادعاء بعدم العلم بذلك، وعدم حمل وظيفة استبدال الموقوف على الأهواء والرغبات؛ لكيلا يكون الاستبدال مدخلاً لتحقيق مصالح للناظر أو أقاربه. وهذا ما أكدته القانون المدني^(١٣١) في المادة (١٢٣٧) حيث جاء بها ما يأتي:

أ. إذا أعطى الواقف حين إنشاء الوقف لنفسه أو لغيره حق التغيير والتبديل، والاعطاء، والحرمان، والزيادة والنقصان، والبدل، والاستبدال جاز له أو لذلك الغير استعمال هذا الحق على الوجه المبين في اشهاد الوقف.

ب. يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه باسناد رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية.

ج. ويلزم تطبيقاً للقانون، التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً.

ويرى الباحث: إنه وبناءً على ما سبق إذا استخدم الناظر حقه بالاستبدال بقصد الإضرار، من خلال التذرع بما ظاهرة الجواز للوصول لما هو غير مشروع، أو لمجرد العبث، أو بغير قصد وهذه تشمل الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام وهو (جلب المصالح ودرء المفاسد) ودفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، فهذا يعدُّ

تعسفاً في استعمال الحق؛ لأنه إضرار واعتداء على الوقف، وعليه فقد درج المحبسون على ختم رسوم التحسيس بعبارة شديدة الوقع، وهي "فمن بدل أو غير فالله حسيه، ورقبيه، وهو ولي الانتقام منه، وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون".^(١٣٢)

أضف إلى ذلك إن من شروط الاستبدال أن يكون البيع والاستبدال عن طريق قاضٍ، واشترط في القاضي أن يكون عادلاً، وقد جاء بأن "يكون المستبدل قاضي اللجنة المفسر بذني العلم والعمل"^(١٣٣) وهذا من باب التشديد في شروط الاستبدال، حتى لا يكون هناك تهمة تشير لوجود قرائن أو دلائل بوجود مصلحة شخصية من وراء الاستبدال، بحيث يعدُّ ذلك في الشرع تعسفاً بحق ناظر الوقف.

٥. تعيين الموظفين الذين يحتاج إليهم الوقف:

وذلك من خلال اختيار الأفضل وصاحب الكفاءة، وإذا امتنع عيّن الحاكم من يقوم مكانه.^(١٣٤) **ويرى الباحث:** إنه لا بد من استخدام الحق في تعيين الموظفين وفق الشروط والضوابط التي تحقق المصلحة المقصودة والمنشودة للوقف، وفق ما أراد الشارع، فعند اختيار الموظف غير المقتدر بسبب وجود علاقة قرابة أو وجود محسوبية، فهذا تذرع بما ظاهرة الجواز للوصول لما هو غير مشروع، بحيث يكون مآل الفعل الحصول على منفعة

شخصية، فيمنع هذا الفعل؛ دفعا للضرر لأنه يعدّ في نظر الفقه من أبواب التعسف في استعمال الحق؛ ولأنه إضرار بالوقف واضعاف له عن تحقيق غايته.

٦. أداء حقوق المستحقين في الوقف، وذلك يتمثل بأداء ديون على الوقف أو أجور للعمال. مع أن الاستدانة على الوقف لا تجوز، إلّا إذا احتيج إليها لمصلحة متحققة للوقف كتعمير، وشراء بذر فتجوز، وبإذن القاضي، وليس تقدير الناظر أمراً حتماً كتقدير الحاكم^(٣٥)، وإنّما ذلك لسلامة أعيان الوقف، وحقوق المتفعين.

ويرى الباحث: إنه وبناء على ما سبق لا بدّ لناظر الوقف من الإلتزام بقيود وضوابط الاستدانة، حتّى لا يستغلّ حقه في إدارة الوقف؛ فيلجأ إلى الاستدانة للصرف على المستحقين دون عين الوقف، وهذه التصرفات والأفعال تعتبر مآلاتها مضادة للأصل العام، وهو (جلب المصالح ودرء المفاسد) ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فهذا يعتبر تعسف في استعمال الحق؛ لأنه إضرار بالوقف، وسواء كان المعيار هنا شخصي يتمثّل بالنية والباعث، أو معيار موضوعي يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من المصالح، وما يلزم من عمله من مفسدة، وخاصة في ظل القيام بالاستدانة مع عدم وجود مصلحة متحققة للوقف في ذلك، أو في ظل عدم موافقة القاضي.

٧. عزل ناظر الوقف نفسه:

إنّ الوكالة من العقود غير اللازمة؛ فلكل من الوكيل والموكل حق العزل، وبناءً عليه قد يستعمل الوكيل (ناظر الوقف) حقّه، فيفاجئ الموكل (الواقف) بعزل نفسه في وقت يعجز عن القيام بما وُكِّلَ فيه، أو عن التوكيل به؛ كالمرافعة في قضية قُرب موعد نظرها، وهي محتاجة إلى دراسة واسعة كالقيام بعمل ضروري عاجل والموكل غائب، ولذا يشترط في عزل أحد الطرفين علم الطرف الآخر منعاً من الإضرار لجواز أن يكون الوكيل تصرف لصالح الموكل تصرفات فيها تبعات مالية، ولجواز أن تكون هناك أعمال في تركها تغريب للموكل وإضرار به.^(٣٦)

ويرى الباحث: إنّه وبناء على ما سبق لا بدّ من بقاء الوكالة وإلزام الوكيل بإنجاز ما وُكِّلَ فيه؛ دفعا للضرر، وزجره إن فرط، وعلى أن الوكيل بالأجر ليس له أن يعزل نفسه قبل إنهاء ما وُكِّلَ به فهذا يعتبر في نظر الفقه تعسف في استعمال الحق؛ لأنه إضرار عظيم بالموكل بقصد أو بغير قصد.

وفي ختام الحديث عن صور التعسف من قبل ناظر الوقف لا بدّ من الإشارة إلى أنّ حكم التعسف تارة يكون بالتعويض إذا أدّى إلى إتلاف مال أو نفس، كمن حفر في ملكه بجوار حائط جاره فانهدم حائط جاره، وتارة بالإبطال إذا كان في التعاقد كوصية الضرار وبيع العينة، أو برفع الضرر؛ كبناء المالك ملاصقاً لجاره فسدّ عليه نوافذ الضوء والهواء، وكجباية ضرائب ظالمة ومنع

ثانياً: التوصيات:

١. تفعيل الرقابة على نظار الأوقاف من قبل المحاكم والقضاء، من خلال استخدام الشفافية والوضوح، بإلزامهم إنشاء تقارير سنوية يتم نشرها؛ للمساهمة في التخلص من أسباب ضعف الأوقاف في بناء الحضارة الإسلامية وتراجعها عن تحقيق أهدافها التنموية والاجتماعية؛ لما لها من أهمية عظيمة.

٢. دراسة علاقة تعسف ناظر الوقف بالأزمة الإدارية وربطها بالواقع الذي نعيش، وخاصةً أنه من أسباب التعسف عدم التقيّد بالشروط الواجب توفرها في ناظر الوقف قياساً على الوظائف العليا.

٣. أن يتم سنّ قانون خاص يتضمّن الردع، والزجر لمن تخوّل له نفسه العبث بأموال الوقف خاصةً، وأموال المسلمين عامةً.

وأخيراً أسأل الله - ﷻ - أن يكون في هذا الجهد البسيط المتواضع ما ينفع به العباد والبلاد، قاصداً به وجه الله - ﷻ -. فإن كان ما قلت صواباً، فتوفيق من الله - ﷻ -. وإن كان به نقصٌ ومجانبة للصواب، فمن نفسي، وحسبي أني ما أدخرت جهداً في سبيل تجنب أي نقص أو خلل، والإنسان مفطور عليهما.

المحتكر، وإما التعزير؛ كما في دعاوى الشَّهير، وإما المنع من ممارسة الحق المتعسف في استعماله؛ كما في منع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد به إيذاءها، والحجر على المدين، والمقتي المحتال على الحرمات، والطبيب الجاهل،^(٣٧) وعليه فإن ناظر الوقف يحكم عليه بالضمان أو إبطال أو منع عمل أو عقد قام به، أو بالعزل، أو بمحاسنته من قبل القاضي بما يراه، وذلك بحسب حالة التعسف التي قام بها الناظر، فكما تقدم إن ناظر الوقف مؤتمن إلّا أن يثبت خلاف ذلك، وكما تم بيانه في وظائف ناظر الوقف من الناحية الفقهية والقانونية.

الخاتمة:**وتتضمن أهم النتائج والتوصيات****أولاً: النتائج:**

١. بيان مفهوم تعسف ناظر الوقف.
٢. نظرية التعسف في استعمال الحق تستوعب الضرر الذي يوقعه أو يتسبب به ناظر الوقف ليكون متعسفاً في استعمال حقه.
٣. تعدُّ وظائف ناظر الوقف من التطبيقات التي يحكم من خلالها بتعسف ناظر الوقف أو عدمه.
٤. يتم الحكم بتعسف ناظر الوقف من خلال تطبيق معايير التعسف فقهاً وقانوناً على الضرر الذي تسبب به ناظر الوقف سواءً للموقوف أو الموقوف عليهم.
٥. يُعدُّ تعسف ناظر الوقف في استعمال الحق سبباً رئيساً في عدم تحقيق الوقف لمقصد الشارع منه.

الهوامش:

(^١) الجوهرى، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهرى الفسارابي، (ت: ٣٩٣ هـ) المعروف بالصَّحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، (مادة وقف) ط ٤، دار العلم للملايين - بيروت ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م (ج ٤ ص ١٤٤٠)، وانظر الرازي زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، (ت: ٦٦٦ هـ)، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، ط ٥، ١٤٢٠ هـ ١٩٩٩ م (ج ١ ص ٣٤٤)، وانظر الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (التوفى: ٨١٦ هـ) التعريفات، ط ١ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، (ج ١، ص ٢٥٣).

(^٢) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢ هـ) رد المختار على الدر المختار، ط ٢، دار الفكر - بيروت، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م، (ج ٤ ص ٣٣٧)، وانظر الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧ هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط ٢، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، (ج ٦ ص ٢٢١).

(^٣) أبو عبد الله المالكي، محمد بن أحمد بن محمد عlish، (ت: ١٢٩٩ هـ) منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م، (ج ٨ ص ١٠٨)، وانظر الخرشى، محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: ١١٠١ هـ) شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت

(^٤) البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (ت: ١٢٢١ هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب - حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، (ج ٣ ص ٢٤٢) وانظر الشريبي، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: ٩٧٧ هـ)، الاتقان في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت، (ج ٢ ص ٣٦٠)، وانظر

الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين (ت: ١٠٠٤ هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م، (ج ٥ ص ٣٥٨) وانظر الشريبي، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: ٩٧٧ هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط: ١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، (ج ٣ ص ٥٢٢).

(^٥) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (ت: ٦٢٠ هـ) المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م، (ج ٦ ص ٣٤)، وانظر البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (ت: ١٠٥١ هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المتهى المعروف بشرح متهى الإرادات، ط: ١، عالم الكتب، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، (ج ٢ ص ٣٩٨)، البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (ت: ١٠٥١ هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، (ج ٤ ص ٢٤١).

(^٦) كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١٠٥١ هـ) الناشر مطبعة الحكومة بمكة المكرمة ١٣٩٤ هـ - ٢٦٧ / ٤

(^٧) البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: شيخ الحنابلة بمصر في عصره. نسبته إلى (بهوت) في غربة مصر. ولد سنة ١٠٠٠ هـ، كان عالماً عاملاً ورعاً متبحراً في العلوم الدينية صارفاً أوقاته في تحرير المسائل الفقهية، ورحل إليه الناس من الآفاق لأجل مذهب الإمام أحمد - رضي الله عنه - ومن مؤلفاته، (الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع)، و(كشف القناع عن متن الإقناع)، و(دقائق أولي النهى لشرح المتهى) بهامش الذي قبله، و(إرشاد أولي النهى لدقائق المتهى)، وكانت وفاته يوم الجمعة عاشر شهر ربيع الثاني سنة (١٠٥١ هـ) بمصر ودفن في تربة المجاورين، الحموي، محمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد الحبي، الدمشقي (ت: ١١١١ هـ)، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، دار صادر - بيروت، (ج ٤،

- ص ٤٢٦)، وانظر: الزركلي، **الأعلام**، مرجع سابق، (ج ٧، ص ٣٠٧).
- (٨) البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، **كشف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، (ج ٤ ص ٢٤١).
- (٩) البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، **كشف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، (ج ٤ ص ٢٤١).
- (١٠) أخرجه البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الشروط، باب الوقف، برقم حديث (٢٧٣٧) دار طوق النجاة ١٤٢٢هـ ط ١، (ج ٣ ص ١٩٨)، وأخرجه مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الوصية، باب الوقف، برقم حديث (١٦٣٢)، دار إحياء التراث - بيروت، (ج ٣ ص ١٢٥٥).
- (١١) **القانون المدني الأردني**، قانون رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦.
- (١٢) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي (ت ٨١٧هـ) **القاموس المحيط**، دار الفكر بيروت ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م، (ج ١ ص ٤٨٤). (باب الرء فصل التون)، وانظر ابن منظور محمد بن مكرم بن علي الإفريقي (٧١١هـ) **لسان العرب**، دار صادر - بيروت، ١٤١٤هـ (ج ٥ ص ٢١٨).
- (١٣) البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، **كشف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، (ج ٤ ص ٢٦٩).
- (١٤) شلي، محمد مصطفى، **أحكام الوصايا والأوقاف**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط ٤، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، (ص ٣٩٨ - ٣٩٩).
- (١٥) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ) **رد المختار على الدر المختار**، ط ٢، دار الفكر - بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، (ج ٤ ص ٤٥٨) وانظر شلي، **المرجع السابق**، (ص ٣٩٩).
- (١٦) الشريني، مرجع سابق، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، (ج ٢ ص ٥٥٢).
- (١٧) ابن نجيم، **البحر الرائق**، مرجع سابق، (ج ٥، ص ٢٤٤)، وانظر ابن عابدين، **رد المختار على الدر المختار**، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٢٣ - ٣٢٤)، الطرابلسي، برهان الدين إبراهيم بن موسى، (ت: ٨٥٣هـ - ٩٢٢هـ) **الاسعاف في أحكام الأوقاف**، دار الراشد العربي، بيروت - لبنان، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، (ص ٥١)، وانظر الخرشي، **شرح مختصر خليل للخرشي**، مرجع سابق، (ج ٧، ص ٩٢)، وانظر الشريني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٥٥٢)، وانظر البهوتي، **كشف القناع عن متن الإقناع**، مرجع سابق، (ج ٤ ص ٢٦٨)، وانظر ابن قدامة، **المغني**، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٣٩).
- (١٨) ابن عابدين، **رد المختار على الدر المختار**، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٤٢٥).
- (١٩) الشريني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٥٥٣).
- (٢٠) الطرابلسي، **الاسعاف في أحكام الأوقاف**، مرجع سابق، (ص ٤٩).
- (٢١) أخرجه الترمذي في سننه، **باب لا نكاح إلّا بولي**، برقم حديث (١١٠٢)، (ج ٣، ص ٣٩٩)، وقال حديث حسن.
- (٢٢) البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، **دقائق أولي النهى لشرح المتهى المعروف بشرح متهى الإرادات**، ط ١، عالم الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، (ج ٢، ص ٤١٤)، وانظر البهوتي، **كشف القناع عن متن الإقناع**، مرجع سابق، (ج ٤ ص ٢٦٨)، وانظر الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المتهى**، (ج ٤، ص ٣٣٠).
- (٢٣) الحصين، صالح بن عبدالرحمن، **حقوق وواجبات ناظر الوقف**، بحث مقدم لمركز استثمار المستقبل للأوقاف والوصايا ودراساتها واستشارتها بالرياض، (ص ٧).
- (٢٤) **موقع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية**، <http://www.awqaf.gov.jo>

(٣٢) ابن عابدين المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٦٦-٣٦٧)
 (٣٣) ابن نجيم، البحر الرائق، (ج ٥، ص ٢٣٣)، وانظر، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، (ج ٤ ص ٨٩ - ٩٠)، وانظر النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، (ج ٢، ص ٢٤٨)
 (٣٤) الكيسبي، أحكام الوقف، مرجع سابق، (ج ٢، ص ١٨٨)
 (٣٥) الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق، (ص ٥٤)
 (٣٦) أبو غدة، عبد الستار، وشحاته، حسين حسين، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، ط: ٢، الأمانة العامة للأوقاف / الكويت، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، (ص ١١٣)
 (٣٧) قاروت، نور بنت حسن عبد الحلیم، وظائف ناظر الوقف في الفقه الإسلامي، (ص ١٥٦)
 (٣٨) البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٧٠)
 (٣٩) الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، (ص ٦٤)
 (٤٠) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٤٠)، وانظر الطرابلسي، المرجع السابق، (ص ٦٠)
 (٤١) القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء (ت: ٤٥٨هـ)، الأحكام السلطانية، ط: ٢، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، (ج ١، ص ٧٨)
 (٤٢) ابن عابدين المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٤٠٠)، وانظر الرملی، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، (ج ٥، ص ٣٨٩)
 (٤٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٨٨)، وانظر الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣ ص ٥٥٦)
 (٤٤) البلخي، لجنة علماء برئاسة نظام الدين، الفتاوى الهندية، ط: ٢، ١٣١٠هـ، دار الفكر، (ج ٢، ص ٤١٩-٤٢١)، وانظر

(٢٥) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المتهى المعروف بشرح متهى الإرادات، عالم الكتب، ط: ١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، (ج ٢، ص ٤١٤)
 (٢٦) البهوتي، المرجع السابق، (ج ٢، ص ٤١٤)، وانظر الزحيلي، نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية دراسة فقهية اجتماعية ثقافية، دمشق دار الفكر، ٢٠١٠، (ص ٢٢٢)
 (٢٧) البهوتي، المرجع السابق، (ج ٢، ص ٤١٤)، وانظر الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: ٩٧٧هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط: ١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، (ج ٣ ص ٥٥٣)
 (٢٨) البهوتي، مرجع سابق، دقائق أولي النهى لشرح المتهى المعروف بشرح متهى الإرادات، (ج ٢، ص ٤١٤)، وانظر الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحنفي (ت: ١٠٨٨هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط: ١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، (ج ١، ص ٣٨٠)، وانظر الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: ٩٧٧هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط: ١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، (ج ٣ ص ٥٢٢)
 (٢٩) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣ ص ٥٥٣)، وانظر الطرابلسي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط: ٣، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، (ج ٦، ص ٤٠)، بتصرف.
 (٣٠) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، (ج ٣١، ص ٦٧-٦٨)
 (٣١) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣ ص ٥٥٣)، وانظر البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٦٩)، وانظر ابن النجار، متهى الإرادات، (ج ٣، ص ٣٦٣)

- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٤٠٢).
- (٤٥) ابن عابدين المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٤٠٢)، وانظر ابن نجيم، الأشباه والنظائر، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، (ت: ٩٧٠)، ط: ١، دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، (ج ١، ص ١٦٣).
- (٤٦) الحارثي، شرح مختصر خليل، (ج ٧، ص ٩٩).
- (٤٧) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٥٥٦).
- (٤٨) السيوطي، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٤٠).
- (٤٩) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٤٠٤)، وانظر الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٥٥٦).
- (٥٠) ابن شاس، أبو محمد جلال الدين محمد بن نجم، عقد الجواهر الثمينة، (ت: ٦١٦)، ط: ١، دار الغرب الإسلامي - بيروت لبنان، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، (ج ٣، ص ٩٧٤).
- (٥١) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٥٥٦).
- (٥٢) السيوطي، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٤٠).
- (٥٣) البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٦٨ - ٢٦٩).
- (٥٤) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، (ج ٥، ص ٢٥٩).
- (٥٥) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٤٠٥ - ٤٠٦).
- (٥٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، (ج ٢، ص ٤١٦).
- (٥٧) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، (ج ٣١، ص ٦٩).
- (٥٨) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٥٥٦).
- (٥٩) السعدي، الوقف وأثره في التنمية، مرجع سابق، (ص ١٣٥).
- (٦٠) أبو غدة، عبد الستار، وشحاته، حسين حسين، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، ط: ٢، الأمانة العامة للأوقاف / الكويت، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م، (ص ١١٨)، وانظر السعد، صالح بن عبد الرحمن، الوقف في الإسلام ودوره في تنمية المجتمع، ط: ١، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، (ص ٤٠).
- (٦١) قلنجي، محمد رواس حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ط: ٢، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، (ج ١، ص ٥٧).
- (٦٢) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٨٥)، وانظر أبو زهرة، محاضرات في الوقف، (ص ١٧٣).
- (٦٣) البهوتي، منصور بن يونس، (ت: ١٠٥١ هـ)، الروض المربع بشرح زاد المستقنع مختصر المنقح، ط: ١، دار الركايز للنشر والتوزيع - الكويت، ١٤٣٨ هـ (ج ١، ص ٤٨٤).
- (٦٤) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مرجع سابق، (ج ٤، ص ١٢٧)، وانظر العدوي، أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي، (ت: ١١٨٩ هـ)، كفاية الطالب الرباني، بدون طبعة، دار الفكر - بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، (ج ٢، ص ٢٦٩).
- (٦٥) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٥٥١ - ٥٥٢)، وانظر الجاوي، محمد بن عمر نووي البتني إقليما، (ت: ١٣١٦ هـ)، نهاية الزين، ط: ١، دار الفكر - بيروت، (ج ١، ص ٢٧٢)، وانظر النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٣٥٨).
- (٦٦) السعدي، الوقف وأثره في التنمية، مرجع سابق، (ص ٢٢٥).

السيواسي، (ت: ٨٦١هـ)، فتح القدير، دار الفكر، (ج ٦، ص ٢٤٠)، وانظر الطرابلسي، الاسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق، (ص ٦١).

(٧٩) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٨٩).

(٨٠) البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٣١٣).

(٨١) الطرابلسي، الاسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق، (ص ٦١).

(٨٢) شروط الواقف: هي ما ينص عليه الواقف في كتابه وقفه تعبيراً عن رغباته في الطريقة التي ينشئ بها والنظام الذي يتبع من حيث الولاية عليه وصرف ريعه. انظر الشافعي، أحمد محمود، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، دار الهدى للطبوعات، (ص ٢٢٣).

(٨٣) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٤٣٣)، وانظر ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، (ج ٥، ص ٢٦٥)، وانظر البكري، أبو بكر بن محمد شطا الدمياني (ت: بعد ١٣٠٢هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط: ١، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، (ط ٣، ص ٢٠٠)، وانظر البجيري، سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي (ت: ١٢٢١هـ) تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، (ج ٣، ص ٢٥٣).

(٨٤) الخرشي، شرح مختصر خليل، (ج ٧، ص ٩٢).

(٨٥) الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، (ج ٧، ص ٥٢٧).

(٨٦) السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (ج ٤، ص ٣١٢)، وانظر البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، (ج ٤، ص ٢٥٨ - ٢٥٩).

(٨٧) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٤٣٣).

(٨٧) أخرجه البخاري في صحيحه، سبق تخريجه، (ج ٣ ص ١٩٨) حديث رقم (٢٧٣٧).

(٨٨) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٨٤ + ٣٨٨).

(٨٩) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٢٨)، وانظر البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٩٣).

(٩٠) التتوخي، زين الدين المتجني بن عثمان بن أسعد ابن المنجي الحنبلي (ت: ٦٣١ - ٦٩٥ هـ)، الممتع في شرح المقنع، ط: ٣، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، مكتبة الأسد - مكة المكرمة، (ج ٣، ص ١٨٢)، وانظر ابن قدامة، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي (ت: ٦٨٢ هـ)، الشرح الكبير على المقنع، ط: ١، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م، (ج ١٦، ص ٥٢٣).

(٩١) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٨٦ - ٣٨٨)، وانظر ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٢٨).

(٩٢) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٨٨).

(٩٣) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٨٦ - ٣٨٨).

(٩٤) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٢٩). بتصرف يسير.

(٩٥) السعدي، الوقف وأثره في التنمية، مرجع سابق، (ص ٢٢٧).

(٩٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٣٨٨)، وانظر البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٦٩).

(٩٧) الكيسبي، أحكام الوقف، مرجع سابق، (ج ٢، ص ٢٠٤).

(٩٨) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، (ج ٤، ص ٤٤٠)، وانظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد

(^{٩٩}) أخرجه البخاري برقم (٢٧٣٧)، باب الشرط في الوقف (ج ٣ ص ١٩٨)، وأخرجه مسلم برقم (١٦٣٢) الوصية باب الوقف، (ج ٣ ص ١٢٥٥).

(^{١٠٠}) البخاري، صحيح البخاري، المرجع السابق (ج ٤ ص ١٢).

(^{١٠١}) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، (ج ٥ ص ٤٠٦).

(^{١٠٢}) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، (ج ٤ ص ٢٧١).

(١٠٣) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، (ج ٤ ص ٣٧٠ - ٤٥٠).

(^{١٠٤}) آل الشيخ، محمد بن إبراهيم بن عبد اللطيف، (ت: ١٣٨٩هـ) فتاوى ورسائل، جمع وترتيب وتحقيق: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، ط: ١، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة، ١٣٩٩هـ (ج ٩ ص ٣٦).

(^{١٠٥}) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، (ج ٤ ص ٢٧١)، ابن عابدين، المرجع السابق، (ج ٤ ص ٤٣٦)، وانظر الرملي، مرجع سابق، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م، (ج ٥ ص ٤٠١) (^{١٠٦}) ابن منظور، مرجع سابق، لسان العرب، (ج ٩ ص ٢٤٦).

(^{١٠٧}) الدرني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط: ٤، ١٤٠٨هـ: ١٩٨٨م، (ص ٨٧).

(^{١٠٨}) أبو سنة، أحمد فهمي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى اسبوع الفقه الاسلامي / مجلة الأزهر ١٩٦٢م، (ج ٥، ص ٤٦٣-٤٦٧).

(^{١٠٩}) الدرني، فتحي، مرجع سابق، (ص ٨٧ - ٩١).

(^{١١٠}) بن فارس، أحمد بن زكريا، أبو الحسين (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ ١٩٧٩م، (ج ٢، ص ١٥ - ١٦).

(^{٨٨}) البهوتي، كشف القناع، المرجع السابق، (ج ٤، ص ٢٦٣)، وانظر السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٢٠).

(^{٨٩}) ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت: ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط: ١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ (ج ٣، ص ٦٤).

(^{٩٠}) الزرقاء، أحكام الوقف، (ص ١٥٥)، وانظر الكيسبي، أحكام الوقف، مرجع سابق (ص ٢٩٠).

(^{٩١}) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٢١٩ - ٢٢٠).

(^{٩٢}) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (ج ٦، ٣٩ - ٤٠) (^{٩٣}) الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، (ج ٧، ٨٤).

(^{٩٤}) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، (ج ١٢، ص ٣٤)، وانظر الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، (ج ٧، ص ١٠٠ - ١٠١)، وانظر ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٨).

(^{٩٥}) ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٢٤٥)، وانظر ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٦٥)، وانظر السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت: ٤٨٣هـ)، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، (ج ١٢، ص ٣٤).

(^{٩٦}) الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، (ج ٧، ص ١٠٠ - ١٠١)، وانظر الخطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المالكي (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل، ط: ٣، دار الفكر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، (ج ٦، ص ٤٨).

(^{٩٧}) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣ ص ٥٥٦).

(^{٩٨}) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، (ج ٦، ص ٨)، وانظر البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٤٧).

- (^{١١١}) الزرقاء، مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، (ص ٢١).
- (^{١١٢}) الدريني، فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، (ص ١٩٤).
- (^{١١٣}) الدريني، فتحي، المرجع السابق، (ص ١٩٥).
- (^{١١٤}) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، (ص ٨٧-٩١).
- (^{١١٥}) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت: ٧٥١هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط: ١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م، دار الكتب العلمية - بيروت، (ج ٣، ص ٧٨).
- (^{١١٦}) قاروت، نور بنت حسن عبد الحلليم، وظائف ناظر الوقف في الفقه الإسلامي، (ص ١٩).
- (^{١١٧}) أبو سنة، أحمد فهمي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، (ج ٥، ص). بتصرف يسير
- (^{١١٨}) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، (ج ٣، ص ١٣٩)، رقم (٢٤٩٣).
- (^{١١٩}) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق (ص ٢٤٢-٢٦٥)، وانظر أبو سنة، مرجع سابق (ج ٥، ص ٤٦٣-٤٦٧).
- (^{١٢٠}) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق (ص ٨٧-٩١)، وانظر أبو سنة، مرجع سابق (ج ٥، ص ٤٦٣-٤٦٧).
- (^{١٢١}) المواد من (٦١-٦٦) من القانون المدني الأردني، نطاق استعمال الحق، لسنة ١٩٧٦م.
- (^{١٢٢}) السمرقندي، أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم، (ت: ٣٧٣هـ)، بحر العلوم، (ج ١، ٢٤٧).
- (^{١٢٣}) الحنفي، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني (ت: ١٢٩٨هـ)، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، (ج ٢، ص ١٣٠)، وانظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد
- السيواسي، (ت: ٨٦١هـ)، فتح القدير، دار الفكر، (ج ٧، ص ٥٠١).
- (١٢٤) الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق (ص ٥٤).
- (^{١٢٥}) القانون المدني الأردني، قانون رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦.
- (١٢٦) البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٧٠).
- (^{١٢٧}) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣ ص ٥٥٦)، وانظر السيوطي، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٤٠).
- (^{١٢٨}) القانون المدني الأردني، قانون رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦.
- (^{١٢٩}) ابن شاس، أبو محمد جلال الدين محمد بن نجم، عقد الجواهر الثمينة، (ت: ٦١٦)، ط: ١، دار الغرب الاسلامي - بيروت لبنان، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، (ج ٣، ص ٩٧٤)، وانظر الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (ج ٣ ص ٥٥٦)، وانظر السيوطي، مطالب أولي النهى، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٣٤٠).
- (^{١٣٠}) لجنة علماء برئاسة البلخي، نظام الدين، الفتاوى الهندية، ط: ٢، دار الفكر، ١٣١٠ هـ (ج ٣، ص ٤٠١).
- (^{١٣١}) القانون المدني الأردني، قانون رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦.
- (^{١٣٢}) اصيحي، عبدالرزاق، الحماية القانونية للأوقاف العامة في المغرب، محاضرة أقيمت في المجلس العلمي المحلي لعمالة طنجة اصيلة، ٢٠١٥م.
- (^{١٣٣}) الطرابلسي، الاسعاف في أحكام الاوقاف، تحقيق الدكتور صلاح محمد أبو الحاج، (ص ١٠٨)، وانظر ابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم الحنفي (ت: ١٠٠٥هـ)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ط: ١، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، (ج ٣، ص ٣٢٠).
- (^{١٣٤}) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، (ج ٣، ص ٣٨٨)، وانظر البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، (ج ٤، ص ٢٦٩).

(١٣٥) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (ج ٤، ص ٤٤٠)، وانظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت: ٨٦١هـ)، فتح القلدير، دار الفكر، (ج ٦، ص ٢٤٠)، وانظر الطرابلسي، الاسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق، (ص ٦١).

(١٣٦) الغنيمي، عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الدمشقي الميداني الحنفي (ت: ١٢٩٨هـ)، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، (ج ٢، ص ١٣٠)، وانظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت: ٨٦١هـ)، فتح القلدير، دار الفكر، (ج ٧، ص ٥٠١).

(١٣٧) أبو سنة، أحمد فهمي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، (ج ٥، ص ٤٧٠).

مدى ملائمة نموذج CAMELS لتقييم أداء البنوك الإسلامية الأردنية

د. عبد المجيد الرحامنة*

أ.د. هناء محمد الحنيطي**

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٧/١٢م

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/١٠/٩م

الملخص

هدفت هذه الدراسة لتقييم مدى ملائمة نموذج CAMELS لتقييم أداء البنوك الإسلامية، وذلك من خلال التطبيق على عينة مكونة من بنكين إسلاميين أردنيين خلال الفترة (٢٠٠٠-٢٠١٤).

واستخدمت الدراسة ثلاثة نماذج قياسية، حيث تكونت المتغيرات التابعة من مؤشرات أداء البنوك الإسلامية؛ وهي معدل العائد على الأصول (ROA)، ومعدل العائد على الملكية (ROE)، وعائد السهم (EPS). أما المتغيرات المستقلة فضمنت عناصر نموذج CAMELS الستة؛ وهي كفاية رأس المال (C)، ونوعية الأصول (A)، وكفاءة الإدارة (M)، والربحية (E)، والسيولة (L)، والحساسية لمخاطر السوق (S)، بالإضافة لمستغير ضابط هو حجم أصول البنوك الإسلامية.

وأظهرت نتائج الدراسة بأن هناك تأثير متفاوت لعناصر نموذج CAMELS على مؤشرات الأداء المالي للبنوك الإسلامية، حيث أن الربحية والحساسية لمخاطر السوق ونوعية الأصول وكفاءة الإدارة تعتبر العناصر الأكثر تأثيراً على مؤشرات أداء البنوك الإسلامية.

* أستاذ مساعد، قسم المصارف الإسلامية، كلية المال والأعمال، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

** أستاذ دكتور، قسم المصارف الإسلامية، كلية المال والأعمال، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

The extent to which the CAMELS model is appropriate to evaluate the performance of the Jordanian Islamic banks

Dr. Abdul-Majeed Al-Rahma

Prof. Hana Muhammad Al-Hunaiti

Abstract

This study aims at investigating the extent to which The CAMELS model is appropriate to evaluate the performance of Islamic banks, based on a sample of two Jordanian Islamic banks during the period (2000-2014).

The research employs three econometric models. The dependent variables included the performance indicators of Islamic banks, namely return on assets (ROA), return on equity (ROE), and earnings per share (EPS). While the independent variables included the elements of CAMELS model, namely; capital adequacy (C), assets quality (A), management efficiency (M), earnings (E), liquidity (L), and sensitivity to market risk (S), in addition to bank size as a control variable.

The Empirical results indicated different effects of CAMELS components on the performance of Islamic banks. It is clearly found that earnings, sensitivity to market risk, asset quality, and management efficiency are the most effective components on the performance of Islamic banks.

المقدمة:

الإسلامية في مستهل السبعينيات من القرن الماضي، وسرعة تناميها وانتشارها في نطاق عابر. وتعرف البنوك الإسلامية بأنها مؤسسات مصرفية لا تتعامل بالفائدة (الربا) أخذاً أو عطاء، وتلتزم في أنشطتها ومعاملاتها بقواعد الشريعة الإسلامية^(١). كما تعرف بأنها مؤسسات مالية

يتجه تطوير الأنظمة المالية المعاصرة في الدول الإسلامية على محاولة خلق مؤسسات مصرفية تخلو تعاملاتها من الربا، وتتفق أنشطتها مع أحكام الشريعة الإسلامية، مما نتج عن ذلك ظهور البنوك

ويقوم بتقييم الوضع الكلي للبنك، ويحدد نقاط القوة ونقاط الضعف فيه^(٤).

أهداف الدراسة وأسئلتها:

تأتي هذه الدراسة بهدف تقييم الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية من منظور نموذج CAMELS، بحيث يتم اختبار أثر مكونات النموذج على أهم مقاييس الأداء المالي للبنوك، وتحديد عناصر نموذج CAMELS الأكثر فاعلية والتي ينبغي التركيز عليها لتقييم الأداء المالي للبنوك الإسلامية. ويمكن القول بأن هذه الدراسة تسعى للإجابة على التساؤلات الآتية:

- ما هو أثر نسبة كفاية رأس المال على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية؟
- ما هو أثر نوعية الأصول على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية؟
- ما هو أثر كفاءة الإدارة على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية؟
- ما هو أثر ربحية البنك على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية؟
- ما هو أثر سيولة البنك على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية؟
- ما هو أثر الحساسية لمخاطر السوق على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية؟

مصرفية تقوم بتجميع الأموال وتوظيفها على أساس أحكام الشريعة الإسلامية وبما يخدم بناء مجتمع التكافل الاجتماعي وتحقيق عدالة التوزيع ووضع المال في المسار الإسلامي^(٥).

وتتميز أعمال البنوك الإسلامية بخضوعها لرقابة من داخل البنك من قبل هيئة الرقابة الشرعية، ومجلس الإدارة واللجان المنتهقة عنه، والمدقق الخارجي والداخلي، إضافة لإدارة البنك التنفيذية، ودوائر الرقابة الداخلية والامثال والمخاطر. كما تمثل البنوك الإسلامية لمجموعة من المعايير العالمية بما فيها معايير المحاسبة الدولية (IAS) ومعايير الإبلاغ المالي الدولية (IFRS) ومعايير مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB)، ومقررات لجنة بازل للإشراف المصرفي على البنوك. كما أنها تخضع لرقابة خارجية من قبل الهيئات الإشرافية والرقابية، وفي مقدمتها البنوك المركزية، التي تستخدم مجموعة من الأساليب والوسائل للرقابة على البنوك ومن ضمنها الرقابة المكتبية والميدانية، وخاصة الرقابة وفق أسلوب CAMELS.

أهمية الدراسة:

ويعتبر نموذج CAMELS أداة تقييم شمولية تستخدمها السلطات الرقابية بهدف تقييم المتانة المالية للمؤسسات المصرفية^(٦). ويعتمد هذا النموذج على ستة أبعاد أساسية كما مرّ سابقاً،

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في عدم وضوح أثر مكونات نموذج CAMELS المستخدم من قبل البنك المركزي الأردني لتقييم أداء البنوك الإسلامية في الأردن، على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية، وبالتالي الحاجة للكشف عن مدى فاعلية عناصر النموذج في تفسير الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية، ومعرفة العناصر التي ينبغي على البنوك الإسلامية الأردنية التركيز عليها لتحسين أدائها من خلال استخلاص نموذج عملي يبين العناصر الأكثر تأثيراً على الأداء المالي.

الدراسات السابقة:

تعددت الأدبيات السابقة التي تناولت نموذج CAMELS وعلاقته بالأداء المالي للبنوك، حيث قامت دراسة (سهام، ٢٠١٤) بتقييم أداء وكفاءة البنك الوطني الجزائري خلال الفترة ٢٠٠٨-٢٠١٢ وتحديد مدى التزامه بمعايير التقييم الدولية، من خلال استخدام أسلوب CAMELS. ووجدت الدراسة بأن أصول البنك الوطني الجزائري تتميز بالجودة، لكنه يعاني من مشاكل في السيولة نتيجة ارتفاع القروض المتعثرة. كما أشارت النتائج إلى أن البنك يلتزم عموماً بالمعايير الدولية ويواكب التطورات المالية والمصرفية العالمية.

واختبرت دراسة (Azizi and Sarkani, 2014) أثر نموذج CAMEL على الأداء المالي لبنك ميللات الإيراني للفترة ٢٠٠٧-٢٠١١ م. وأظهرت النتائج أن هناك علاقة إيجابية قوية بين مؤشرات السيولة وكفاءة الإدارة والربحية وبين الأداء المالي، فيما لم تظهر النتائج أية علاقة بين كفاية رأس المال ونوعية الأصول وبين الأداء المالي. كمت أشارت نتائج الانحدار المتعدد إلى أن كفاءة الإدارة كانت العامل الوحيد الذي يؤثر إيجابياً على الأداء المالي لبنك ميللات.

وقامت دراسة (Rozzani and AbdulRahman, 2013) بمقارنة أداء (١٦) بنكاً إسلامياً مع (١٩) بنكاً تقليدياً في ماليزيا خلال الفترة الزمنية ٢٠٠٨-٢٠١١ باستخدام نظام CAMELS. ووجدت الدراسة بأن هناك تشابهاً كبيراً في مستويات أداء البنوك التقليدية والإسلامية في ماليزيا. كما وجدت الدراسة بأن البنوك الإسلامية كانت كفؤة في المحافظة على تصنيف السيولة مقارنة بالبنوك التقليدية، كما كانت نسبة كفاية رأس المال لدى البنوك الإسلامية أعلى من البنوك التقليدية.

أما دراسة (Ongore and Kusa, 2013) فهدفت لاختبار العوامل المؤثرة على أداء البنوك التقليدية في كينيا خلال الفترة ٢٠٠١-٢٠١٠. وتضمنت مؤشرات الاداء المالي للبنوك ثلاثة مقاييس هي العائد على الأصول، والعائد على

الملكية، وهامش سعر الفائدة، بينما تضمنت المتغيرات المستقلة على عناصر نموذج CAMEL، والنتائج المحلي الإجمالي ومعدل التضخم. ووجدت الدراسة بأن العوامل الداخلية في البنوك لها تأثيراً كبيراً على أداء البنوك التقليدية في كينيا، باستثناء متغير السيولة. أما متغيرات الاقتصاد الكلي فلم يكن لها تأثير ذو دلالة إحصائية على مؤشرات الأداء المالي. وبينت نتائج الدراسة بأنه لا يوجد فرق بين أداء البنوك المحلية الكينية وبين أداء البنوك الأجنبية العاملة في كينيا، مما يجعل تأثير الملكية ضعيفاً على الأداء.

وقامت دراسة (Aspal and Malhotra, 2013) بتقييم الأداء المالي لبنوك القطاع العام الهندية بالاعتماد على عينة من ١٩ بنكاً خلال الفترة ٢٠٠٧-٢٠١١، واستخدمت الدراسة ٢٠ نسبة مالية لاحتساب عناصر نموذج CAMEL. ووجدت الدراسة بأن بنك Baroda تصدر المركز الأول بسبب أداءه الأفضل في مجالات السيولة ونوعية الأصول، يليه بنك Andhra بسبب قوته من حيث كفاءة الإدارة وكفاية رأس المال ونوعية الأصول. بينما جاء بنك United في المرتبة الأخيرة من الترتيب نظراً لعدم كفاءة الإدارة وتردي نوعية الأصول والربحية.

كما قامت دراسة (Misra and Aspal, 2013) بتقييم الأداء والسلامة المالية لمجموعة

البنك الحكومي الهندي (State Bank Group) والمكونة من ستة فروع خلال الفترة ٢٠٠٩-٢٠١١ وذلك باستخدام نموذج CAMEL. واستطاعت الدراسة أن تتوصل لنتائج متعلقة بتصنيف بنوك المجموعة الستة وفقاً لنموذج CAMEL من حيث معايير كفاية رأس المال، ونوعية الأصول وكفاءة الإدارة والربحية والسيولة. واختبرت دراسة (عودة، ٢٠١٣) أثر عناصر نموذج CAMELS على مخاطر الائتمان في عينة مكونة من (١٣) بنكاً تجارياً أردنياً خلال الفترة ٢٠٠١-٢٠١٠، ومعرفة العناصر الأكثر تأثيراً على المخاطر الائتمانية في البنوك التجارية. وتوصلت الدراسة إلى وجود تأثير لنموذج CAMELS على مخاطر الائتمان في البنوك التجارية الأردنية، كما أظهرت النتائج بأن البنوك كانت تتمتع بوضع جيد حسب النموذج المذكور. وهدفت دراسة (Jha and Hui, 2012) لاختبار أثر عناصر نموذج CAMEL على الأداء المالي لعينة من (١٨) بنكاً تجارياً في النيبال خلال الفترة (٢٠٠٥-٢٠١٠). وتوصلت الدراسة إلى أن البنوك المملوكة من قبل القطاع العام أقل كفاءة من بنوك القطاع الخاص. كما كانت كفاءة البنوك المحلية مماثلة لكفاءة البنوك الأجنبية التي تعمل في نيبال. ووجدت النتائج أن العائد على الأصول يتأثر بشكل مهم إحصائياً بنسبة كفاية رأس المال

ونسبة الفائدة المدفوعة لإجمالي القروض وهامش سعر الفائدة.

وناقشت دراسة (بوخلخال، ٢٠١٢) أثر تطبيق نموذج التقييم المصرفي الأمريكي (CAMELS) في دعم عمليات الرقابة المصرفية في بنك الفلاحة والتنمية الريفية في الجزائر للسنوات ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩. وأظهرت النتائج الجوانب الإيجابية في تطبيق نظام CAMELS ودوره كرافد مهم في تغذية عمليات التفتيش والرقابة بالمعلومات التي تكشف عن بعض مظاهر الضعف والقصور، إضافة لأهمية النظام في الكشف عن نقاط القوة والضعف في أنظمة العمل المصرفية نظرياً وتطبيقياً، فضلاً لدوره في إجراء تحليل شامل لأداء البنك ومقارنته مع مستوى الصناعة. كما بينت الدراسة أن مراحل عمليات الرقابة والتفتيش الميداني ترتبط بعناصر التقييم CAMELS بشكل جوهري وتسهم بالتكامل والقوة والفعالية في تطبيق عمليات الرقابة والتفتيش المصرفي.

وسعت دراسة (بورقة، ٢٠٠٩) لتعريف المعايير الأساسية التي تعتمد عليها طريقة (CAMELS) وكيف يمكن الاستفادة منها في تقييم أداء البنوك الإسلامية، ومحاولة إبراز نقاط الاختلاف الموجودة في البنوك الإسلامية في هذه المعايير. وتوصلت إلى أن طريقة (CAMELS)

تتضمن عناصر فنية ومالية وإدارية يمكن من خلالها تقييم أداء البنك من جميع الجوانب، وبأنها تنطبق على البنوك الإسلامية كما في البنوك التقليدية مع الاختلاف في خصوصية البنوك الإسلامية. واقترحت الدراسة إضافة عنصر السلامة الشرعية (Shariaa Compliant) لنموذج (CAMELS) باعتباره أهم ما يميز الصيرفة الإسلامية عن التقليدية.

أما دراسة (الفرا، ٢٠٠٨) فهدفت لتقييم القطاع المصرفي الفلسطيني باستخدام نظام التقييم المصرفي الأمريكي CAMELS، من خلال دراسة حالة بنك فلسطين خلال الفترة ٢٠٠٤-٢٠٠٧. وأشارت النتائج لحصول بنك فلسطين على تصنيف "١" وفقاً لسياسة التقييم المركب لنظام CAMELS، مما يعني أن البنك سليم بصورة أساسية. كما أظهرت الدراسة أهمية تطبيق نظام CAMELS نظراً للجوانب الإيجابية فيه ودوره في التغذية الراجعة والرقابة بالمعلومات التي تكشف بعض مظاهر الضعف والقصور ومسيباتها. كما بينت الدراسة أن نظام CAMELS يوفر تحليلاً شاملاً لأداء البنك ويقارنه بمستوى الصناعة، مما يساهم في رسم سياسة وخطط محكمة للإدارة من خلال التركيز على العناصر السلبية التي تحتاج عناية خاصة.

وبحثت دراسة (Uzhegova, 2010) في أداء البنوك التي تعمل في اقتصاديات ذات مستويات مختلفة من حيث التنظيم والنظام المالي والنمو الاقتصادي. واعتمدت الدراسة على عينة من ١٠ آلاف بنك في أكثر من ٧٩ دولة وذلك خلال الفترة ٢٠٠٢-٢٠٠٨. وتضمنت المتغيرات المستقلة على عناصر نموذج CAMEL، ومؤشر هيرفندال هيرشمان للتركز المصرفي، وحجم البنك، ومتغير وهمي. أما المتغير التابع فتضمن العائد على الأصول، والعائد على الملكية. وأظهرت النتائج وجود تأثيرات متفاوتة لعناصر نموذج CAMEL على البنوك والتي تختلف من مجموعة لأخرى من مجموعات الدول، وهو ما يعكس اختلاف تأثير هذه العناصر حسب مستوى التنظيم والإشراف المصرفي ودرجة تطور النظام المالي، وحسب النمو الاقتصادي.

وقامت دراسة (Dzeawuni and Tanko, 2008) بتقييم مدى كفاية نموذج CAMEL في قياس الأداء العام للبنك، ولإيجاد أوزان نسبية لأهمية العوامل المكونة لنموذج CAMEL؛ وتحديد أفضل النسب التي يجب على الهيئات الرقابية اعتمادها لتقييم كفاءة البنوك وذلك بالاعتماد على عينة من (١١) بنكاً تجارياً في نيجيريا خلال الفترة (١٩٩٧ - ٢٠٠٥). وأظهرت

النتائج عدم قدرة كل عامل لوحده في نموذج CAMEL على قياس الأداء الشمولي للبنك. كما أظهرت النتائج الوزن النسبي لأهمية كل عامل من العوامل الداخلة في نموذج CAMEL، حيث كانت نسبة كفاية رأس المال الأكثر أهمية، يليها السيولة، ثم الربحية، ثم نوعية الأصول، وأخيراً كفاءة الإدارة، وبالتالي اقترحت الدراسة إعادة ترتيب اسم النموذج ليصبح CLEAM.

الإطار النظري للدراسة:

يتناول هذا الجزء المفاهيم والأطر النظرية المختلفة ذات العلاقة بموضوع الدراسة، حيث يناقش مفهوم البنوك الإسلامية، ويبحث في تقييم الأداء المالي للبنوك، كما يستعرض أهم المؤشرات والنسب المستخدمة في تقييم أداء البنوك، بالإضافة إلى مناقشة نظام التصنيف (CAMELS)، والبحث في مدى ملائمته لتقييم أداء البنوك الإسلامية:

أولاً: مفهوم البنوك الإسلامية:

تُعرف البنوك الإسلامية على أنها "مؤسسات مالية إسلامية تقوم بأداء الخدمات المصرفية والمالية، كما تباشر أعمال التمويل والاستثمار في المجالات المختلفة في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها، بهدف المساهمة في غرس القيم والمثل والخلق الإسلامية في مجال المعاملات، والمساعدة في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية بتشغيل

الأموال بقصد المساهمة في تحقيق الحياة الطيبة الكريمة للأمة الإسلامية^(٥).

أما المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية فعرف البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية في المادة (١) من نظامه الأساسي بأنها المؤسسات التي ينص نظامها الأساسي على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية أو التي تمارس جميع أنشطتها فعلياً طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، كما تشمل البنوك والمؤسسات المالية التي تقدم خدمات مالية أو مصرفية إسلامية ضمن نشاطاتها الأخرى على أن يكون لها جهاز إداري متخصص ورقابة شرعية معتمدة^(٦).

ثانياً: تقييم الأداء المالي للبنوك:

يقوم تقييم الأداء المالي على مراجعة ما تم إنجازه بالاعتماد على معايير العمل، وفيه يتم وضع معايير لتقييم الأداء المالي من واقع الخطط والأهداف الاستراتيجية للمنظمة، والتي تستند إلى استراتيجيات تقييم الأداء كموجه ومراقب وضابط لجهود العاملين في كافة المستويات الإدارية لتحقيق الأهداف الاستراتيجية للمؤسسة^(٧). كما أن تقييم الأداء المالي وسيلة لتزويد إدارة الشركة بالتغذية الراجعة، التي تسترشد بها لصياغة الاستراتيجيات والنهوض بمستوى الأداء^(٨).

وهناك تشابه كبير في مفهوم تقييم الأداء المالي بين المؤسسات المصرفية ومنظمات الأعمال الأخرى، لكن هناك مجموعة فريدة من المؤشرات المالية الإضافية للبنوك التي تتبع من خصوصية العمل المصرفي ومستويات الرقابة المفروضة عليه محلياً ودولياً، بما في ذلك نسب السيولة، وكفاية رأس المال، ونسب الديون غير العاملة، ومعدلات التغطية، وغيرها^(٩).

ويعرف الأداء المالي للبنوك بأنه جميع الأنشطة والجهود المبذولة من قبل البنوك للقيام بدورها وتنفيذ وظائفها لتقديم الخدمات المصرفية^(١٠). كما يعتبر الأداء المالي للبنك وسيلة مهمة لتشخيص نقاط الضعف والقوة في أداء أنشطة البنك المختلفة، وتوفير المعلومات اللازمة لاتخاذ التدابير التصحيحية التي تكفل بقاء البنك في سوق المنافسة وتحقيق الإيرادات والأرباح^(١١).

وتعتمد عملية تقييم الأداء المصرفي على مؤشرين مهمين هما الفعالية والكفاءة، لأن السعي لتحقيق الأرباح وزيادتها يحتاج إلى تقييم الكفاءة، أما تحقيق أهداف السيولة وغيرها من الأهداف المتعلقة بالنشاط المصرفي فيحتاج إلى تقييم الفعالية، بمعنى أن عملية تقييم الأداء تسعى لتطوير القطاع المصرفي من خلال تحسين نوعية وجودة الخدمات المقدمة، ورفع ثقة المتعاملين معه

النشاط، ومستوى المنافسة، ووجهة نظرة الإدارة^(١٨).

وتنبع أهمية تقييم الأداء المالي للبنوك من العديد من النواحي أبرزها أنه يوفر مقياساً لنجاح البنك من خلال سعيه لمواصلة نشاطه لتحقيق أهدافه، وأنه يوفر نظام معلومات لمختلف المستويات الإدارية في البنك لأغراض التخطيط والرقابة واتخاذ القرارات، فضلاً عن أهمية هذه المعلومات للأغراض الخارجية^(١٩).

وتتطلب عملية تقييم الاداء توافر مجموعة من المعايير اللازمة لقياس مستوى الاداء ومعرفة مدى التطور في جوانب النشاط. وتعرف معايير الأداء بأنها أسس تعد لغرض القياس أو المقارنة أو التصرف أو السلوك ويجري وضع المعايير عن طريق سلطة معينة أو قبول عام أو عرف كأساس أو كنموذج لما يجب ان يقتدي به سلوك أو إجراء معين، ويعد استخدام المعايير أسلوباً سليماً ومناسباً لقياس مستوى الأداء^(٢٠).

أما أهم المعايير التي تحكم تقييم أداء البنوك الإسلامية فإنها تشمل بالإضافة لما سبق عدة معايير إضافية هي: مراعاة الطبيعة الإسلامية لهذه البنوك والتزامها بأحكام الشريعة الإسلامية، والقدرة على جذب المدخرات واستثمارها، والقدرة على توظيف الأموال المتاحة لديها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وتحقيق عوائد مناسبة لأصحاب المدخرات، والقدرة على إدارة السيولة،

بتحقيق أفضل الموارد المالية لهم وأقل الأعباء والالتزامات المترتبة عليهم^(٢١).

وتركز عملية تقييم الأداء بشكل أساسي على تطوير الأداء الكلي للبنك وتحسين مستوى النشاط المصرفي ليماشي التوسع والتقدم الاقتصادي للدولة. وللوصول لذلك لابد من تحقيق عدد من الأهداف الفرعية المتعلقة أساساً بإمداد الوظيفة التخطيطية والإشرافية بالمعلومات والبيانات التي تمكنهم من حسن أدائهم لمهامهم. كما أن تحقيق أهداف تقييم الأداء يجب أن يتميز بعدد من الخصائص؛ أهمها الشمولية بحيث يشمل كافة الفروع وأقسام النشاط المصرفي، وارتباط تقييم الأداء بالوظائف الإدارية، وضرورة اتساق الأهداف بالواقعية والموضوعية، وقدرة القائمين على تنفيذها بتحقيق نتائج إيجابية، وأن تتمتع هذه العملية بالمرونة والقدرة على التطور الدائم لتنسجم مع التطورات والتغيرات الحاصلة في البيئة المالية والمصرفية والاقتصادية^(٢٢).

وعلى صعيد آخر، تقوم عملية تقييم الأداء المالي على مجموعة من القواعد والأسس التي ينبغي مراعاتها وأهمها تحديد الأهداف العامة^(٢٣)، ووضع خطط العمل^(٢٤)، وتحديد المسؤوليات^(٢٥)، وتحديد معايير الأداء^(٢٦). كما تتعدد المجالات التي تسعى البنوك لقياسها والتي تختلف من بنك لآخر وفقاً لأولويات البنك وأهدافه الأساسية، وطبيعة

والقدرة على النمو والاستمرارية والتوسع وأداء الخدمات المصرفية المتنوعة، إضافة للربحية والمسؤولية الاجتماعية والمساهمة في خدمة الإقتصاد الوطني.^(٣١)

ثالثاً: أهم المؤشرات والنسب المستخدمة في تقييم أداء البنوك:

لا تختلف عملية تقييم الاداء المالي باستخدام النسب المالية في البنوك التقليدية عن البنوك الإسلامية من ناحية الآلية والقياس، وإنما تختلف من حيث عناصر وبنود النسب. وهناك العديد من النسب والمؤشرات المالية المستخدمة في تقييم أداء البنوك، ومن أبرزها الآتي:

١. نسب السيولة (Liquidity Ratios): وتقيس قدرة البنوك على الوفاء بالالتزامات قصيرة الأجل من السيولة المتوفرة لديها، وخاصة لمواجهة سحبيات الودائع في حال توسع البنك في الاستثمار والاقراض^(٣٢). ومن أهم مؤشرات السيولة نسبة السيولة النقدية^(٣٣)، ونسبة السيولة القانونية^(٣٤)، ونسبة الإحتياطي القانوني^(٣٥).

٢. نسب الربحية (Profitability Ratios): وتعكس قدرة البنك على تحقيق عائد نهائي على الأموال المستثمرة فيه^(٣٦). ومن أهم نسب الربحية في البنوك معدل العائد على الأصول (ROA)^(٣٧)، ومعدل العائد على حقوق الملكية (ROE)^(٣٨)، ونسبة صافي الربح إلى إجمالي الإيرادات^(٣٩).

٣. نسب النشاط (Activity Ratios): تقيس هذه النسب كفاءة البنك وفاعليته في استثمار الموارد المالية لديه، ومن أهم نسب النشاط معدل استثمار الودائع^(٤٠)، ونسبة التمويل إلى الودائع^(٤١)، ومعدل توظيف الموارد^(٤٢).

٤. نسب ملاءة رأس المال (Insolvency Ratio): وتعكس مدى توفر الأموال في البنك لمواجهة احتياجاته من الأصول الثابتة ومواجهة المخاطر المحتملة من استخدام الأموال، ومن أهم نسب ملاءة رأس المال نسبة حقوق الملكية إلى إجمالي الموجودات^(٤٣)، ونسبة حقوق الملكية إلى إجمالي التمويلات^(٤٤)، ونسبة حقوق الملكية إلى إجمالي الودائع^(٤٥).

٥. نسب السوق (Market Ratios): وهي النسب الخاصة بالأسعار السوقية لأسهم البنك. وتبرز أهمية هذه النسب نظراً لارتباط القيمة السوقية للسهم بالعديد من المؤشرات المستخرجة من الميزانية العمومية وقائمة الدخل. ومن أهم النسب السوقية ربحية السهم (EPS)^(٤٦)، ونسبة سعر السهم إلى الأرباح (P/E)^(٤٧)، والقيمة السوقية للقيمة الدفترية^(٤٨)، ومعدل دوران السهم (turnover ratio)^(٤٩).

ويوجد العديد من المحاذير التي ينبغي أخذها بعين الاعتبار عند تطبيق مؤشرات أداء البنوك التقليدية على البنوك الإسلامية، وأهمها الآتي^(٥٠):

١. المعايير الشرعية: والتي تتضمن العديد من المعايير التي يمكن أن تستخدم لتقييم أداء البنوك الإسلامية وأبرزها معيار الالتزام الشرعي، ومعيار المحافظة على الأموال، ومعيار أولويات الاستثمار في البنوك الإسلامية، ومعيار الكسب الحلال للمال، ومعيار الكسب بالجهد^(١١).

٢. معايير أخرى لتقييم الأداء في البنوك الإسلامية: إضافة للمعايير الشرعية، هناك عدد من المعايير المستخدمة في قياس أداء البنوك الإسلامية ومنها معايير قياس قدرة البنك على جذب المدخرات، ومعايير قياس قدرة البنك على التوظيف الأمثل للموارد، ومعايير الربحية، ومعايير الأداء القومي (الوطني) للبنك، ومعايير كفاءة أداء الخدمات المصرفية، ومعايير الكفاءة العامة لإدارة البنك^(١٢).

رابعاً: نظام التصنيف (CAMELS):

يعتبر نظام التصنيف CAMELS أحد أهم الأنظمة المستخدمة في تقييم سلامة البنوك من قبل الهيئات الإشرافية في مختلف دول العالم. وقد تم اعتماد هذا النظام لأول مرة من قبل المجلس الاتحادي في الولايات المتحدة الأمريكية لفحص المؤسسات المالية في نوفمبر عام ١٩٧٩م، ثم تم اعتماده من قبل المجلس الاتحادي الوطني لإدارة الائتمان (National Credit Union Administration - NCUA) في الولايات المتحدة الأمريكية وذلك في أكتوبر عام ١٩٨٧م^(١٣).

١. لا تظهر مؤشرات الأداء التقليدية مدى تحقيق البنوك الإسلامية لأهدافها التي أنشئت من أجلها وخاصة البعد الاستثماري والبعد الاجتماعي.

٢. وقد يؤدي استخدام معايير التقييم للبنوك الإسلامية غيرها من البنوك التقليدية لسوء فهم من قبل السلطات الرقابية لأداء البنوك الإسلامية. ٣. إن عدم وجود معايير متخصصة لتقييم أداء البنوك الإسلامية قد يؤدي إلى تباين طرق تقييم النشاط المصرفي الإسلامي.

٤. لا بد أن يكون تقييم البنوك الإسلامية نابعاً من مدى وضوح أهداف هذه البنوك ورسالتها ومسؤوليتها الاجتماعية، خلافاً لبنوك التقليدية التي يتم التركيز في تقييم أدائها على مؤشراتها المالية فقط.

٥. معايير تقييم أداء البنوك التقليدية لا تهتم بقياس الأداء الاجتماعي للبنوك الإسلامية، وبالتالي فإن استخدامها لا يعكس مدى قيام البنوك الإسلامية بأنشطتها الاجتماعية.

٦. معايير الأداء التقليدية لا تشمل تقييم مدى التزام البنوك الإسلامية بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولا تبرز الدور الرقابي الشرعي فيها.

ونظراً لأن البنوك الإسلامية تتمتع بخصوصية مميزة من حيث أهدافها ومبادئها وتعاملاتها، فقد قام العديد من الباحثين بوضع مجموعة من معايير تقييم الأداء الخاصة بها، ومنها ما يلي:

وقد ثبت بأن هذا النظام يمثل أداة رقابة داخلية فعال لتقييم سلامة المؤسسات المالية من خلال تحديد المؤسسات التي تحتاج إلى اهتمام أو متابعة خاصة^(٤٤). كما أنه يمثل أداة بسيطة وموجزة لا غنى عنها للفاحصين والمنظمين، حيث أنه يضمن سلامة وصحة أوضاع البنك من خلال مراجعة النواحي المختلفة للبنك استناداً لمجموعة من مصادر المعلومات^(٤٥).

ويعتبر تصنيف (CAMELS) للبنك تصنيفاً سرياً للغاية، بحيث لا يتم عرضه إلا في نطاق موظفي هيئة الرقابة المعنيين ولإدارة العليا للبنك لغرض تطوير استراتيجيات الأعمال، ولا يتم نشره أو الإفصاح عنه لأي جهات أخرى حتى ولو لفترات زمنية ماضية^(٤٦).

وتعبر كلمة (CAMELS) عن اختصار يتضمن الحروف الأولى من العناصر المكونة لهذا النظام والتي تشمل ستة عناصر رئيسة هي كفاية رأس المال (Capita Adequacy)، ونوعية الأصول (Asset Quality)، والإدارة (Management)، والربحية (Earning)، والسيولة (Liquidity)، والحساسية لمخاطر السوق (Sensitivity to Market Risk)^(٤٧).

ويعتبر تصنيف CAMELS المركب عبارة عن تصنيف شمولي يعكس جميع مكونات وعناصر نظام CAMELS للبنك. والتصنيف

المركب عبارة عن تحليل نوعي وليس كمياً لأنه لا يقوم على احتساب المتوسط الحسابي لجميع عناصر التقييم^(٤٨)، وبالاعتماد على تصنيف كل عنصر من عناصر نموذج (CAMELS)، يمكن استخلاص تصنيف عام مركب للبنك ككل.

ويشير التصنيف المركب (١) إلى الأداء القوي للبنك في جميع النواحي، حيث تكون نقاط الضعف طفيفة ويمكن تصحيحها بسهولة، ويوجد لدى البنك إدارة مخاطر قوية لتحديد ورصد المخاطر نسبة إلى حجمها ومستوى تعقيدها، ويقوم البنك بدمج الخطط الاستراتيجية بشكل كامل في جميع نواحي المنظمة، وتستطيع إدارة البنك التكيف بسرعة مع الاحتياجات المتغيرة للسوق، كما تستطيع تحديد نقاط الضعف بسرعة واتخاذ الإجراءات التصحيحية المناسبة، ويكون الوضع المالي للبنك قوياً وأداءه لا يثير أية مخاوف رقابية^(٤٩).

أما التصنيف المركب (٥) فيدل على وجود ضعف كبير في الأداء التشغيلي للبنك والحاجة لإجراءات تصحيحية فورية. وقد يكون هناك مشاكل تشغيلية ونقاط ضعف خطيرة في جميع أنحاء المنظمة، وقصور شديد في عمليات إدارة المخاطر، كما تكون الخطط الاستراتيجية للبنك غير موجودة أو غير فعالة. ولذلك فإن إدارة البنك تكون مهملة وغير مستعدة لتصحيح

مخاوف المدققين والجهات الرقابية أو غير قادرة على ذلك. ويكون الوضع المالي للبنك ضعيفاً واحتمالية الفشل كبيرة جداً بسبب ضعف الأداء التشغيلي أو عدم الاستقرار المالي. وفي هذه المرحلة فإن هناك حاجة لرقابة وثيقة ومتابعة مستمرة من قبل الجهات الرقابية^(٥٠).

خامساً: مدى ملائمة نظام CAMELS لتقييم أداء البنوك الإسلامية:

لقد تم تطوير نظام CAMELS أساساً لتقييم أداء البنوك التقليدية، إلا أن هذا النظام حظي بانتشار واسع كأداة لتقييم البنوك الإسلامية والرقابة عليها نظراً لأنه يتضمن على عناصر تعتبر مجموعة من المؤشرات والنسب والتي تشابه إلى حد كبير لدى البنوك التقليدية والإسلامية^(٥١).

وبالرغم مما سبق، فلا يمكن اعتبار نظام CAMELS نظاماً دقيقاً ومناسباً لتفسير أداء البنوك الإسلامية بشكل كامل، لأنه لا يتضمن عنصراً يقيس مدى توافق وظائف وأعمال البنك مع أحكام الشريعة الإسلامية. لذلك، فإن نظام CAMELS قد يفيد في قياس مدى صحة وسلامة الوضع المالي للبنك الإسلامي، ولكنه لا يحدد مدى توافقه مع الشريعة الإسلامية. كذلك فقد لا يتضمن الإطار الحالي لنظام CAMELS جميع جوانب الصيرفة الإسلامية، مما يتطلب

وجود خصوصية معينة للبنوك الإسلامية عند تقييمها باستخدام هذا الأسلوب^(٥٢).

وقد أشار (El-Hawary et al., 2004) إلى أن هناك اختلافاً كبيراً بين ممارسات البنوك الإسلامية وبين الممارسات السائدة لدى المؤسسات المالية التقليدية، ويمكن تلخيص أهم مصادر الاختلاف في أربعة جوانب؛ هي هيكل الأصول، واختيار وتطبيق السياسات المحاسبية التي تؤثر على توزيع الدخل بين المساهمين وأصحاب الحسابات أو بين فئات مختلفة من أصحاب الحسابات، بالإضافة لحسابات الاستثمار، والحقوق الممنوحة لأصحاب تلك الحسابات. وعلى الرغم من أن كافة الخصائص التي يقوم عليها نظام CAMELS ليست مناقضة لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه ينبغي أن يكون هناك بعض الأحكام المنفصلة لجعل هذا النظام موافقاً ومناسباً لتحليل الأداء الشمولي للبنوك الإسلامية^(٥٣). ومن أهم الخصائص التي ينبغي توفرها في نموذج CAMELS عنصر الرقابة الشرعية، وذلك للتأكد من أن جميع أنشطة وأعمال البنك الإسلامي تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

واستناداً لما تقدم، وفي ضوء الأهمية الكبيرة للرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية، فقد اقترحت دراسة (بورقة، ٢٠٠٩) إضافة عنصر سابع

لعناصر طريقة CAMELS يتمثل في عنصر السلامة الشرعية (S)، ليصبح اسم الطريقة SCAMELS^(٦٤). وقد تضمن هذا المقترح مبدأ السلامة الشرعية لتقييم أداء البنوك الإسلامية باستخدام خمسة معايير هي معيار المشروعية الحقيقية، ومعيار الكفاءة، ومعيار القبول لدى الجمهور، ومعيار الأجر على الفتوى والاستقلالية، ومعيار المصادقية^(٦٥).

بيانات ومنهجية الدراسة:

- مجتمع وعينة الدراسة:

يتكون مجتمع الدراسة من جميع البنوك الأردنية المدرجة في بورصة عمان، والتي بلغ عددها ثلاثة بنوك في عام ٢٠١٤. أما عينة الدراسة فتضم بنكين إسلاميين أردنيين هما البنك الإسلامي الأردني والبنك العربي الإسلامي الدولي. وسيتم جمع البيانات الخاصة بالدراسة من التقارير المالية السنوية الصادرة عن البنوك الداخلة في العينة خلال الفترة ٢٠٠٠-٢٠١٤م.

- منهجية الدراسة:

تهدف الدراسة لاختبار أثر عناصر نموذج CAMELS على الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية خلال الفترة (٢٠٠٠ - ٢٠١٤)، وتحديد عناصر نموذج CAMELS الأكثر فاعلية والتي ينبغي التركيز عليها لتقييم الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية.

وبالاعتماد على الأدبيات السابقة والتي أفادت بأن معظم الدراسات التي بحثت في تقييم الاداء الشمولي استخدمت مجموعة من العوامل الداخلية الخاصة بالبنوك والتي يتم اشتقاقها من نموذج CAMELS المستخدم من قبل السلطات الرقابية^(٦٦). واستناداً إلى المنهجية المستخدمة في العديد من الدراسات السابقة^(٦٧)، قامت الدراسة الحالية بتطوير ثلاثة نماذج قياسية، حيث تتكون المتغيرات التابعة من مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية وهي معدل العائد على الأصول (ROA)، ومعدل العائد على الملكية (ROE)، وعائد السهم. أما المتغيرات المستقلة فتضم عناصر نموذج CAMELS الستة. ويمكن صياغة المعادلة الرئيسة للدراسة على النحو الآتي:

$$Perf = f(x, z, \varepsilon) \dots (1)$$

حيث أن $Perf$ تمثل مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية، و x هي مجموعة من المتغيرات المستقلة والتي تشمل عناصر نموذج CAMELS الستة، أما z فهي متغير ضابط ويمثل حجم الأصول للبنوك الإسلامية، و ε هي معامل الخطأ العشوائي. ومن خلال المعادلة السابقة، يمكن صياغة ثلاثة نماذج تفصيلية للدراسة وذلك كما يلي:

التعريفات الإجرائية لمتغيرات الدراسة:

أولاً: المتغيرات التابعة:

تستخدم هذه الدراسة ثلاثة مقاييس للأداء المالي للبنوك الإسلامية والتي تتضمن على معدل العائد على الأصول (ROA)، ومعدل العائد على الملكية (ROE)، وعائد السهم (EPS). وفيما يلي توضيح للتعريفات الإجرائية الخاصة بتلك المتغيرات.

١. معدل العائد على الأصول (ROA): وهو ناتج قسمة صافي الربح على إجمالي الأصول.^(٥٨) ويعتبر هذا المقياس مؤشر رئيسي لربحية البنك وكفاءة إدارة أصوله، ويعكس جودة إدارة أصول البنك لتحقيق الأرباح لكل دينار من الأصول المستثمرة.^(٥٩)

٢. معدل العائد على الملكية (ROE): وهو ناتج قسمة صافي الربح على إجمالي حقوق الملكية.^(٦٠) ويعتبر هذا المؤشر من المؤشرات الهامة لربحية البنك لأنه يعكس مدى قدرة إدارة البنك على استغلال حقوق الملكية لتحقيق الأرباح. وكلما كان معدل حقوق الملكية أعلى كلما كان البنك أكثر كفاءة وربحية في توليد الأرباح على حقوق الملكية.^(٦١)

٣. عائد السهم (EPS): يتم قياس ربحية السهم من خلال قسمة صافي الربح على

عدد الأسهم العادية، بحيث يعكس هذا المؤشر مقدار العائد الذي يحققه المساهم عن كل سهم يمتلكه في الشركة.^(٦٢)

ثانياً: المتغيرات المستقلة:

١) عناصر نموذج CAMELS: ستقوم الدراسة بالاعتماد على عناصر نموذج CAMELS الستة لتفسير الأداء المالي للبنوك، وتتضمن هذه العناصر ما يلي:

١. كفاية رأس المال (Capital Adequacy Ratio - C): تعتبر نسبة كفاية رأس المال أحد أهم مؤشرات الوضع المالي للبنك، حيث أن رأس المال يشكل دعامة وقائية توفر الحماية لأصحاب المصالح في البنك ويزيد من استقرار وكفاءة البنك. وتبين كفاية رأس المال ما إذا كان رأس مال البنك كافياً لتحمل الخسائر غير المتوقعة ومواجهة مديونية البنك.^(٦٣) ويعرف البنك المركزي الأردني نسبة كفاية رأس المال للبنوك الإسلامية على أنها رأس المال التنظيمي مقسوماً على إجمالي الموجودات حسب أوزان مخاطرها.^(٦٤) واشترط البنك المركزي أن يكون الحد الأدنى لنسبة كفاية رأس المال ١٢٪.^(٦٥)

٢. نوعية الأصول (Assets Quality - A): تشكل نوعية الأصول أحد المعالم الهامة

لدراسة درجة القوة المالية للبنك، ويهدف قياس نوعية الأصول للتأكد من هيكل وتركيب الأصول المتعثرة كنسبة من إجمالي الأصول. ومن أكثر مقاييس نوعية الأصول استخداماً في الدراسات هو مقياس نسبة القروض غير العاملة إلى إجمالي القروض.^(٦٦)

٣. كفاءة الإدارة (Management Efficiency M -): تعبر كفاءة الإدارة عن قدرة مجلس الإدارة والإدارة التنفيذية على تحديد وقياس ومراقبة مخاطر أنشطة المؤسسة والتأكد على أمن وسلامة وكفاءة عملياتها في الامتثال للقوانين و اللوائح المعمول بها.^(٦٧) وأشارت بعض الدراسات إلى أن الإدارة تعتبر العنصر الأكثر أهمية في نظام CAMEL لأنها تلعب دوراً كبيراً في نجاح البنك.^(٦٨) وسيتم احتساب كفاءة الإدارة من خلال قسمة المصاريف التشغيلية على إجمالي الأصول.^(٦٩)

٤. ربحية البنك (Earnings - E): وهي من أهم عوامل المحافظة على بقاء البنك في السوق، لأن البنوك تعتمد على توليد أرباح كافية لتحقيق عوائد مناسبة على أموال المساهمين وحماية وتحسين رؤوس أموالها. والبنوك التي لا تنجح في تحقيق أرباح كافية

أو التي تحقق خسائر ستعاني من تراجع رؤوس أموالها ومن مشاكل في السيولة.^(٧٠) وسيتم احتساب ربحية البنك من خلال قسمة إجمالي الدخل على إجمالي الإيرادات.^(٧١)

٥. سيولة البنك (Liquidity-L): تعتبر السيولة من العوامل المهمة في تحديد أداء البنوك، وهي تشير إلى قدرة البنك على الوفاء بالتزاماته تجاه الدائنين وخاصة المودعين.^(٧٢) وسيتم احتساب نسبة السيولة من خلال قسمة النقد والأرصدة في البنوك المركزية والأرصدة وحسابات الاستثمار لدى المؤسسات المصرفية على إجمالي الأصول.

٦. الحساسية لمخاطر السوق (Sensitivity to Market Risk - S): تنبع أهمية هذا المتغير من أن ربحية ورأسمال البنك يمكن أن تتأثر سلباً نتيجة للتغيرات في سعر الصرف وسعر الفائدة وأسعار الأسهم أو أسعار السلع، علماً بأن العديد من المؤسسات المالية تعتبر أن التغيرات في أسعار الفائدة هي أهم مخاطر السوق. ويركز هذا المتغير أساساً على قدرة البنك على الاعتراف ومراقبة وإدارة مخاطر السوق وإخطار الإدارة بها لتقوم بالإشراف ومتابعة

النواحي التي بها إشكالية.^(٧٣) وسيتم قياس الحساسية لمخاطر السوق من خلال قسمة إجمالي الأوراق المالية لدى البنك على إجمالي الأصول.^(٧٤)

ب. حجم أصول البنك (- Total Assets TA): يعتبر حجم البنك أحد العوامل الرئيسة التي تؤثر على الأداء المالي للبنوك. وتشير الدراسات إلى أن البنوك الأكبر حجماً تكون أكثر تنوعاً وهو ما يجعل إيراداتها أكثر ثباتاً مقارنة بالبنوك الصغيرة، وبالتالي ينعكس في جعل الأداء المالي للبنوك الكبيرة أكثر استقراراً وقوة من البنوك الصغيرة.^(٧٥) وستقوم هذه الدراسة بقياس حجم البنك من خلال اللوغاريتم الطبيعي لحجم أصول البنك.^(٧٦)

نتائج التحليل الإحصائي واختبار:

الفرضيات:

- الإحصائيات التحليلية لمتغيرات الدراسة:

يبين الجدول رقم (١) الإحصائيات التحليلية لمتغيرات الدراسة التابعة، ومن خلال هذا الجدول يمكن ملاحظة بأن معدل العائد على الأصول

(ROA) لبنوك العينة خلال فترة الدراسة بلغ حوالي ٩٣,٠٪، وهو أقل من المتوسط العام لمعدل العائد على أصول البنوك العاملة في الأردن والذي بلغ ١٣,٠٪.^(٧٧) وتراوح معدل العائد على الأصول من ١٤,٠٪ إلى ١٩,٠٪ وبانحراف معياري ٤٩,٠٪، مما يعكس وجود اختلاف كبير بين البنوك الإسلامية، وعدم استقرارية عوائدها واختلافها من سنة لأخرى. أما معدل العائد على الملكية (ROE) فقد بلغ حوالي ١٠,٣٪، وهو أقل من المتوسط العام لمعدل العائد على الملكية لجميع البنوك العاملة في الأردن والذي بلغ ١١,٦٪.^(٧٨) وقد تراوح معدل العائد على الملكية من ٨,٠٪ إلى ٢١,٨٪ وبانحراف معياري ٩,٥٪، مما يؤكد على التفاوت في ربحية البنوك الإسلامية وعدم استقرارها من سنة لأخرى. وبلغ متوسط عائد السهم (EPS) حوالي ١٥,٦٦ قرش / سهم، وقد تراوح عائد السهم من ٢,٥ قرش إلى ٤٣,٣ قرش، وبانحراف معياري مقداره ١١,٠، مما يشير إلى وجود تفاوت كبير بين البنوك الإسلامية من حيث عوائد أسهمها، ويعكس عدم استقرار العائد واختلافه من سنة لأخرى.

جدول رقم (١): الإحصائيات التحليلية للمتغيرات التابعة

ROA	ROE	EPS

Mean	0.0093	0.1033	0.1566
Median	0.0098	0.1082	0.1125
Maximum	0.0190	0.2183	0.4330
Minimum	0.0014	0.0182	0.0250
Std. Dev.	0.0049	0.0591	0.1114
Skewness	0.0290	0.1253	0.7307
Kurtosis	2.1957	1.6826	2.4719
Jarque-Bera	0.8129	2.2481	3.0180
Probability	0.6660	0.3250	0.2211
Observations	30	30	30
Cross sections	2	2	2

نسبة الديون غير العاملة لجميع البنوك العاملة في الأردن والذي بلغ ٥, ٧٪، مما يعكس ارتفاع نوعية أصول البنوك الإسلامية الأردنية مقارنة مع البنوك التقليدية. وقد تراوحت نسبة التمويلات غير العاملة من ٤, ١٪ إلى ٤, ٧٪ وبانحراف معياري بلغ ٦, ١٪، مما يعكس وجود تقارب في نسبة التمويلات غير العاملة لدى البنوك الإسلامية ويشير إلى استقرارها النسبي خلال سنوات الدراسة.

- بلغ متوسط كفاءة الإدارة (M) لدى بنوك العينة خلال فترة الدراسة حوالي ٤٦, ١٪، وتراوحت النسبة من ٩٠, ٠٪ إلى ١, ٢٪، وبانحراف معياري بلغ ٣٣, ٠٪، مما يشير لوجود استقرار نسبي في نسبة المصاريف التشغيلية لدى البنوك الإسلامية في الأردن، ويعكس تقارب النسبة بين البنوك الإسلامية.

- بلغ متوسط الربحية (E) لبنوك العينة حوالي ٦٩, ٦٪، مما يعني بأن البنوك الإسلامية تستطيع الحصول على حوالي ٧٠٪ من الإيرادات بعد

وبين الجدول رقم (٢) الإحصائيات التحليلية لمتغيرات الدراسة المستقلة. ومن خلال هذا الجدول يمكن ملاحظة ما يلي:

- بلغ متوسط نسبة كفاية رأس المال (C) لبنوك العينة خلال فترة الدراسة حوالي ١٧, ٧٪، وهو أقل من المتوسط العام لنسبة كفاية رأس المال لجميع البنوك العاملة في الأردن والبالغ ١٨, ٨٪^٩ وبشكل عام، تعتبر نسبة كفاية رأس المال لدى البنوك الإسلامية أعلى من الحد الأدنى المطلوب البنك المركزي الأردني والبالغ ١٢٪، ومن لجنة بازل والبالغ ٨٪، مما يشير لتمتع البنوك الإسلامية بنسب كفاية رأس مال مرتفعة. وتراوحت نسبة كفاية رأس المال للبنوك الإسلامية من ١٢, ١ إلى ٢٥, ٢٪، وبلغ الانحراف المعياري ٣, ٤٪، مما يعكس وجود بعض التفاوت في نسب كفاية رأس المال من بنك لآخر ومن سنة لأخرى.

- بلغ متوسط نوعية الأصول (A) لدى بنوك العينة حوالي ٤, ١٪ والذي يعتبر أقل من متوسط

الإسلامية لمخاطر السوق نظراً لانخفاض نسبة الأوراق المالية لديها. وقد تراوحت نسبة الأوراق المالية من ٦, ٠٪ إلى ٩, ٧٪ وبانحراف معياري بلغ ٢, ٠٪ تقريباً، مما يعكس وجود استقرار نسبي في نسبة الأوراق المالية لدى البنوك الإسلامية.

- بلغ متوسط حجم أصول البنوك الإسلامية (TA) الداخلة في عينة الدراسة حوالي ٩, ٠٠٤ لوغاريتم (ويعادل ١٠٠٩ مليون دينار تقريباً)، والذي تراوح من ٨, ٢٩٥ لوغاريتم (١٩٧ مليون دينار) إلى ٩, ٥٥١ لوغاريتم (٣٥٥٥ مليون دينار)، وبانحراف معياري مقداره ٠, ٣٣٧، مما يشير لوجود تفاوت كبير في أحجام أصول البنوك الإسلامية.

تسديد عوائد أصحاب حسابات الاستثمار المشتركة، وهو بالتالي يعكس كفاءتها في توليد الأرباح وقد تراوحت نسبة مجمل الدخل إلى الإيرادات من ٥٠, ٠٪ إلى ٩٤, ٠٪ وبانحراف معياري ٩, ٤٪، مما يشير لاختلاف قدرة البنوك على تحقيق الأرباح، ويعكس تفاوت الربحية من سنة لأخرى.

- بلغ متوسط نسبة السيولة (L) للبنوك الإسلامية ٣٧, ٢٪، وتراوحت النسبة من ٦, ٨٪ إلى ٥٢, ٩٪، وبانحراف معياري بلغ ١٤, ٤٪، وهذا يعكس وجود اختلاف كبير في سيولة البنوك الإسلامية وإلى تذبذبها الكبير من سنة لأخرى.

بلغ متوسط الحساسية لمخاطر السوق (S) حوالي ٣, ٣٪، مما يعكس انخفاض تعرض البنوك

جدول رقم (٢): الإحصائيات التحليلية للمتغيرات المستقلة

	<u>C</u>	<u>A</u>	<u>M</u>	<u>E</u>	<u>L</u>	<u>S</u>	<u>TA</u>
Mean	0.1771	0.0408	0.0146	0.6963	0.3722	0.0330	9.0039
Median	0.1795	0.0429	0.0136	0.6974	0.4246	0.0305	9.0460
Maximum	0.2519	0.0740	0.0210	0.9398	0.5291	0.0793	9.5508
Minimum	0.1210	0.0140	0.0090	0.4999	0.0684	0.0060	8.2945
Std. Dev.	0.0338	0.0163	0.0033	0.0940	0.1443	0.0204	0.3373
Skewness	0.3212	-0.0623	0.6932	0.5348	-0.7570	0.5675	-0.2703
Kurtosis	2.6323	2.5531	2.6103	3.7810	2.9648	2.3212	2.3303
Jarque-Bera	0.6850	0.2690	2.5925	2.1926	4.6952	2.1863	0.9260
Probability	0.7100	0.8741	0.2736	0.3341	0.0879	0.3352	0.6294
Observations	30	30	30	30	30	30	30
Cross sections	2	2	2	2	2	2	2

أثر عناصر نموذج CAMELS جدول رقم (٣): على مقاييس الأداء المالي للبنوك الإسلامية

Variables	Coefficient		
	ROA	ROE	EPS
Constant	-0.1061 (-2.0664)*	-1.4298 (-4.936)***	-2.7093 (-7.020)***

C	0.0315 (1.4680)	0.2058 (0.7790)	0.3014 (0.6951)
A	-0.1657 (-1.1310)***	-1.3495 (-2.436)***	-2.1954 (-9.443)***
M	-0.4131 (-1.5064)	-4.2026 (-1.6745)	-8.1115 (-2.0514)**
E	0.0211 (2.4643)**	0.2074 (2.8445)***	0.3244 (2.2937)**
L	0.0110 (1.2037)	0.1207 (1.4619)	0.1868 (1.3607)
S	0.1089 (3.9171)***	0.9032 (2.7557)**	2.4598 (4.4676)***
TA	0.0111 (2.0652)*	0.1548 (3.6508)***	0.2936 (3.8627)***
Regression Statistics			
R-squared	0.7091	0.7236	0.8002
Adjusted R-squared	0.5983	0.6183	0.7240
Durbin-Watson stat	1.9808	1.8389	1.9137
F-statistic	6.3986	6.8726	10.5102
Prob(F-statistic)	0.0003	0.0002	0.0000

- تشير القيم بين الأقواس إلى إحصائية t.

*, **, و *** تشير إلى أن المعامل مهم إحصائياً عند مستوى ١٠٪، ٥٪، و ١٪ على التوالي.

- تم استخدام تقنية (White Heteroscedasticity standard errors & covariance) وذلك لتصحيح مشكلة عدم تجانس التباين في حال وجودها.

تحتفظ بها البنوك لمواجهة تلك التمويلات، مما سيزيد من ربحية البنوك. كما تتفق مع ما وجدته الدراسات السابقة مثل دراسة (Ongore and Kusa, 2013) و (David et al., 2012).

- لم يكن لكفاءة الإدارة أي أثر ذو دلالة إحصائية على معدل العائد على الأصول ومعدل العائد على الملكية، وهذا يخالف ما هو متوقع ويخالف ما وجدته الدراسات الأخرى في هذا المجال. بينما كان لكفاءة الإدارة أثراً سالباً وذو دلالة إحصائية على عائد السهم، مما يعني بأن انخفاض نسبة المصاريف التشغيلية يؤدي لزيادة عائد السهم، وتتفق هذه النتيجة مع المنطق المالي لأن انخفاض نسبة المصاريف التشغيلية

ومن خلال الجدول السابق يمكن ملاحظة الآتي:

- لم يكن لنسبة كفاية رأس المال أي أثر ذو دلالة إحصائية على مقياس الأداء المالي الثلاثة للبنوك الإسلامية، وهو ما يتفق مع نتائج دراسة (Azizi and Sarkani, 2014) و (Onaolapo and Olufemi, 2012).

- كان لنوعية أصول البنك سالباً أثراً وذو دلالة إحصائية على مقياس أداء البنوك الإسلامية الأردنية، مما يعني بأن انخفاض نسبة التمويلات غير العاملة تؤدي لتحسين مقياس أداء البنوك الإسلامية الأردنية. وهذه النتيجة تتوافق مع ما هو متوقع ومع الأدبيات المالية لأن انخفاض التمويلات غير العاملة يقلل المخصصات التي

تزيد من ربحية البنك وبالتالي تزيد من عائد السهم.

- كان لربحية البنك أثراً موجباً وذو دلالة إحصائية على مقاييس الأداء المالي الثلاثة، وهو ما يتفق مع ما وجدته الدراسات السابقة مثل دراسة (Jha and Hui, 2012).

- لم يكن لسيولة البنك أي أثر ذو دلالة إحصائية على مقاييس الأداء المالي الثلاثة. وهذه النتيجة تختلف مع ما هو متوقع في الأدبيات المالية مثل دراسة (Akram, 2014) لأن ارتفاع نسبة السيولة من شأنها أن تخفض من توظيفات البنك وبالتالي تقلل من ربحيته ومن معدل العائد على الأصول. لكن هناك العديد من الدراسات التي خلصت إلى نفس هذه النتيجة مثل دراسة (Ongore and Kusa, 2013).

- كان للحساسية لمخاطر السوق أثراً موجباً وذو دلالة إحصائية على مقاييس الأداء المالي الثلاثة، مما يعني بأن ارتفاع نسبة الأوراق المالية التي يمتلكها البنك تؤدي لتحسين الربحية وبالتالي زيادة معدل العائد على الأصول ومعدل العائد على الملكية وربحية السهم. وهذه النتيجة تتفق مع المنطق المالي ومع ما وجدته العديد من الدراسات السابقة مثل دراسة (Dzeawuni and Tanko, 2008)،

- كان لحجم أصول البنك أثراً موجباً وذو دلالة إحصائية على مقاييس الأداء المالي الثلاثة، وهو ما يعني بأن ازدياد حجم البنك سيؤدي لتحسين ربحيته وبالتالي زيادة معدل العائد على الأصول ومعدل العائد على الملكية وربحية السهم. وهذه النتيجة تتفق مع ما هو موجود في الأدبيات المالية، ومع ما وجدته العديد من الدراسات السابقة مثل دراسة (Hau et al., 2012) و (Tabari et al., 2013).

- بلغت القوة التفسيرية المعدلة (Adjusted R^2) لنموذج العائد على الأصول حوالي ٦٠٪، وبلغت لنموذج معدل العائد على الملكية حوالي ٦١,٨٪، فيما بلغت لنموذج ربحية السهم حوالي ٧٢,٤٪.

كانت قيمة إحصائية (Durbin-Watson) قريبة من القيمة المثلى (٢)، مما يشير إلى عدم وجود مشكلة الارتباط المتسلسل في قيم المتغير التابع.

- كان مستوى دلالة إحصائية (F) أقل من ٥٪ مما يشير إلى ملائمة النماذج الثلاثة المستخدمة في الدراسة وإلى صلاحية المتغيرات المستقلة للتنبؤ بقيم المتغيرات التابعة.

النتائج والتوصيات:

هدفت هذه الدراسة لاختبار أثر عناصر نموذج CAMELS على الأداء المالي للبنوك

وفي ضوء النتائج التي تم التوصل لها، ترى الدراسة أنه من الممكن أن تقوم البنوك الإسلامية الأردنية بتحسين مقاييس الأداء المالي من خلال السعي لزيادة ربحيتها ومحفظتها من الأوراق المالية، وقيامها بتخفيض نسب الديون غير العاملة لديها وتخفيض نسب المصاريف التشغيلية.

كما ترى الدراسة أن على السلطات الرقابية والإشرافية على البنوك الإسلامية السعي لإيجاد وتبني نموذج تقييم شمولي للبنوك الإسلامية يأخذ بعين الاعتبار خصوصية هذه البنوك واختلافها الجوهرية عن البنوك التقليدية، ويمكن في هذا الصدد إضافة عنصر الرقابة الشرعية لنموذج CAMELS ليصبح أداة تقييم خاصة للمصارف الإسلامية.

الهوامش:

(١) خلف، فليح حسن، (٢٠٠٦). البنوك الإسلامية، الطبعة الأولى، جدارا للكتاب وعالم الكتب الحديث، عمان-الأردن، ص ٩٢.

(٢) عبدالله، خالد أمين، و سعيان، حسين سعيد، (٢٠٠٨). العمليات المصرفية الإسلامية، الطرق المحاسبية الحديثة. الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ص ٣١.

3) Rose, P., and Hudgins, S., (2010), **Bank Management and Financial Services**, 8th edition, McGraw Hill/Irwin.

4) Sarker, A., (2005). CAMELS Rating System in the Context of Islamic Banking: A

الإسلامية الأردنية خلال الفترة (٢٠٠٠ - ٢٠١٤)، وتحديد عناصر نموذج CAMELS الأكثر فاعلية والتي ينبغي التركيز عليها لتقييم الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية. وبالاعتماد على نتائج التحليل الإحصائي، توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج المهمة حول تأثير عناصر نموذج CAMELS على الأداء المالي للبنوك الإسلامية الأردنية، كما خلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات التي من شأنها تحسين الأداء المالي للبنوك الإسلامية. حيث أكدت النتائج على وجود تأثير متفاوت لعناصر نموذج CAMELS على مؤشرات الأداء المالي للبنوك الإسلامية، ففي حين لم لنسبة كفاية رأس المال ولسيولة البنك أي أثر ذو دلالة إحصائية على مقاييس الأداء المالي الثلاثة للبنوك الإسلامية، كان لنوعية أصول البنك أثراً سالباً وذو دلالة إحصائية على مقاييس أداء البنوك الإسلامية الأردنية، بينما كان لربحية البنك وللحساسية لمخاطر السوق ولحجم أصول البنك أثراً موجباً وذو دلالة إحصائية على مقاييس الأداء المالي الثلاثة، فيما لم يكن لكفاءة الإدارة أي أثر ذو دلالة إحصائية على معدل العائد على الأصول ومعدل العائد على الملكية، بينما كان لكفاءة الإدارة أثراً سالباً وذو دلالة إحصائية على عائد السهم.

مصارف الغد على هامش المؤتمر المصرفي العربي المنعقد في نيسان، ٢٠٠١، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان.
 (١٣) سلام، عماد صلاح، (٢٠٠٤). البنوك العربية والكفاءة الاستثمارية، ط١، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان.

(١٤) عقل، مفلح، (٢٠٠٦). مقدمة في الإدارة المالية والتحليل المالي، ط١، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص ٣٠٦.

(١٥) محمد، عصام حسن، (٢٠٠١). مراجع بديوان المحاسبة، رقابة الأداء على الخدمات العامة، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة السابعة للجمعية العامة للمجموعة العربية للأجهزة العليا للرقابة المالية والمحاسبية، قطر.

(١٦) زيود، لطيف، والأمين، ماهر، والمهندس، منيرة، (٢٠٠٥). تقييم أداء المصارف باستخدام أدوات التحليل المالي، دراسة ميدانية للمصرف الصناعي السوري. مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (٢٧) العدد (٤)، ص ١٦٤.

(١٧) كعدان، حسان، (١٩٩٧). الرقابة وتقييم الأداء في القطاع المصرفي مع دراسة حالة تطبيقية على المصرف التجاري السوري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة دمشق.

(١٨) الحسيني، فلاح حسن، والدوري، مؤيد عبدالرحمن، (٢٠٠٨). إدارة البنوك مدخل كمي واستراتيجي معاصر، ط٤، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن.

(١٩) عبد الستار، (٢٠١٢). تقييم الأداء المالي لمصرف الرشيد وأهميته في قياس مخاطر السيولة المصرفية، مصدر سابق، ص ١٢٢.

(٢٠) الخفاجي (٢٠٠٣)، تقييم الأداء في ظل تغير الأسعار، مصدر سابق، ص ٢٢.

Proposed "S" for Shariah Framework, Bangladesh Bank Dhaka Bangladesh, p. 6.

(٥) حميد، إسراء مهدي، (٢٠١٠). الوساطة المالية في المصارف الإسلامية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد (١٨)، العدد (٢)، ص ٣٦٩.

(٦) المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، (٢٠٠١). النظام العام للمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، الباب الأول، المادة الأولى، ص ٦. النماذج، البحرين.

7) Poster, Theodore H. & Streib, Gregory (2005). Elements of Strategic Planning and Management in Municipal Government: Status After Two Decades. **Public Administration Review**, Vol.65 No.1, p. 46.

8) Jones, Garth R. and George, Jennifer M. (2004). **Essentials of Contemporary Management**. Boston: McGraw Hill Irwin.

(٩) عبد الستار، رجاء رشيد، (٢٠١٢). تقييم الأداء المالي لمصرف الرشيد وأهميته في قياس مخاطر السيولة المصرفية. مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الحادي والثلاثون، ص ١٢٢.

(١٠) سلام، عماد صلاح، (٢٠٠٤). البنوك العربية والكفاءة الاستثمارية، ط١، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، ص ٢٤٥.

(١١) الفضل، مؤيد محمد علي، (٢٠٠٤). النموذج مطور لبطاقة العلامات المتوازنة على وفق متطلبات تقييم الاداء الاستراتيجي للنشاط المصرفي. أطروحة دكتوراه غير منشورة في المحاسبة، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة البصرة، العراق، ص ٢٧.

(١٢) الشاهد، سمير محمد، (٢٠٠١). الضوابط العامة للرقابة المصرفية: أهميتها وأثرها، مقالة منشورة في كتاب

- ٣٠ الصابر، خالد مصباح، (٢٠٠٥). مدى استخدام النسب المالية في ترشيد قرار منح التسهيلات الائتمانية في المصارف الأهلية الليبية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، الأردن.
- ٣١ الصابر، (٢٠٠٥). مدى استخدام النسب المالية في ترشيد قرار منح التسهيلات الائتمانية في المصارف الأهلية الليبية، مصدر سابق.
- ٣٢ شاهين، علي، ومطر، جهاد، (٢٠١١). نموذج مقترح للتنبؤ بتعثر المنشآت المصرفية العاملة في فلسطين، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، العلوم الإنسانية، مجلد ٢٥، ص ٨٥٨.
- ٣٣ عمر، محمود عبدالسلام، (١٩٩٦). لجنة بازل بين التوجهات القديمة والحديثة، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، المجلد (٢)، العدد الأول، ص ١٧-١٨.
- ٣٤ عمر (١٩٩٦)، لجنة بازل بين التوجهات القديمة والحديثة، مصدر سابق، ص ١٧-١٨.
- ٣٥ الموسوي، (٢٠٠٩)، أثر الأداء المالي للمصارف الإسلامية في مؤشرات سوق الأوراق المالية: الأردن والسعودية حالة تطبيقية للمدة (١٩٩٠-٢٠٠٧)، مصدر سابق، ص ٣٢.
- ٣٦ باشيخ، عبداللطيف بن محمد، (٢٠١٢). أثر ربحية السهم على قرارات المستثمرين في السوق المالي السعودي في ضوء المعيار المحاسبي السعودي رقم (٢٠)، دراسة ميدانية، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، المجلد (١٢)، العدد الأول، ص ٢.
- ٣٧ العامري والركابي، (٢٠٠٧)، أهمية النسب المالية في تقييم الأداء، دراسة ميدانية في شركة المشاريع النفطية، مصدر سابق.
- ٣٨ بشناق، (٢٠١١)، تقييم الأداء المالي للبنوك الإسلامية والتقليدية باستخدام المؤشرات المالية: دراسة
- ٢١ عمر، محمد عبد الحليم، (٢٠٠٥). معايير تقييم الأداء في المصارف الإسلامية، الملتقى العلمي السابع، المصارف الإسلامية: واقع وآفاق، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر، ص ٣-٤.
- ٢٢ السيسي، صلاح الدين حسن، (١٩٩٧). الإدارة العلمية للمصارف التجارية وفلسفة العمل المصرفي المعاصر، ط١، دار الوسام للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص ٣٤.
- ٢٣ فهد، (٢٠٠٩)، أثر السياسات الاقتصادية في أداء المصارف التجارية، مصدر سابق، ص ٦١.
- ٢٤ فهد، (٢٠٠٩)، أثر السياسات الاقتصادية في أداء المصارف التجارية، مصدر سابق، ص ٦١.
- ٢٥ الموسوي، (٢٠٠٩)، أثر الأداء المالي للمصارف الإسلامية في مؤشرات سوق الأوراق المالية: الأردن والسعودية حالة تطبيقية للمدة (١٩٩٠-٢٠٠٧)، مصدر سابق.
- ٢٦ النجار، فائق جبر، (٢٠٠٦). قياس كفاءة الأداء للمؤسسات المالية المصرفية الإسلامية، مجلة البنوك في الأردن، عمان - الأردن، المجلد (٢٥)، العدد الأول، ص ٣٩.
- ٢٧ العامري، زهرة حسن، والركابي، السيد علي، (٢٠٠٧). أهمية النسب المالية في تقييم الأداء، دراسة ميدانية في شركة المشاريع النفطية، مجلة الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد (٦٣).
- 28) Bjornsdottir, Anna, (2010). **Building and Using Assessment Models for Financial Feasibility -Analysis of Investment Projects**, Master Thesis, University of Iceland, Iceland, 2010, P. 17.
- ٢٩ فهد، (٢٠٠٩)، أثر السياسات الاقتصادية في أداء المصارف التجارية، مصدر سابق، ص ٥٨.

- مقارنة للبنوك الوطنية العاملة في فلسطين، مصدر سابق، ص ٣٨-٤٠.
- ٣٩) بشناق، (٢٠١١)، تقييم الأداء المالي للبنوك الإسلامية والتقليدية باستخدام المؤشرات المالية: دراسة مقارنة للبنوك الوطنية العاملة في فلسطين، مصدر سابق، ص ٣٨-٤٠.
- ٤٠) البلتاجي، محمد، (٢٠١٤). قياس أداء المصارف الإسلامية، المعهد المصرفي، مؤسسة التقد العربي السعودي، الرياض، المملكة العربية السعودية، متوفر على الرابط: <http://www.bltagi.com/ar/?p=148> تاريخ الدخول ١٣/١/٢٠١٥.
- ٤١) البلتاجي، محمد، (٢٠٠٥) تقييم أداء المصارف الإسلامية. بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عن الاقتصاد الإسلامي والبنوك الإسلامية، جاكارتا، أندونيسيا.
- ٤٢) عمر، محمد عبد الحليم، (٢٠٠٥). معايير تقييم الأداء في المصارف الإسلامية. بحث مقدم إلى الملتقى العلمي السابع بعنوان المصارف الإسلامية-واقع وآفاق، ٢٦-٢٨/٤/٢٠٠٥، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر.
- 43) Milligan, J. (2002). Guess who's rating your bank. *ABA Banking Journal*, Vol. 94 (10), P. 70.
- 44) Uniform Financial Institutions Rating System (1997). *Statements of Policy*. The United States: Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), P. 1.
- 45) Barr, Richard S. et al. (2002). "Evaluating the Productive Efficiency and Performance of U.S. Commercial Banks". *Engineering Management*, 28(8), p. 19.
- مصدر سابق، ص ٤. (46) Hirtle and Lopez, 1999.
- ٤٧) (Sarker, 2006)، مصدر سابق، ص ٧.
- ٤٨) (Trautmann, 2006) مصدر سابق، ص ٤٣.
- ٤٩) (Comptroller's Handbook, 2007) مصدر سابق، ص ٥٦-٥٧.
- ٥٠) (Gulzeb, 2011)، مصدر سابق، ص ٣٧.
- ٥١) بورقية، شوقي، (٢٠٠٩). طريقة CAMELS في تقييم أداء البنوك الإسلامية، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، السعودية، ص ١٦، متوفر على الرابط: [http://kau.edu.sa/Files/121/Files/59600_Shawk i\(15\).pdf](http://kau.edu.sa/Files/121/Files/59600_Shawk%20i(15).pdf) مصدر سابق، ص ١٣. (52) Sarker, 2006.
- 53) El-Hawary, D., Grais, W., and Iqbal, Z., (2004). *Regulating Islamic Financial Institutions: The Nature of the Regulated. World Bank Policy Research Working Paper*, No. 3227, March.
- ٥٤) أنظر بورقية، ٢٠٠٩، مصدر سابق، ص ١٢.
- ٥٥) للاستزادة، أنظر المصري، رفيق يونس، (٢٠٠٧). اختبار الفتاوى المالية، هل المشكلة في الفتوى أم في التطبيق، حوار الأربعاء، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، ص ٢٠-٢٩.
- 56) Wirnkar, A. D., and Tanko, M., (2008). *CAMELS and Banks Performance Evaluation: The Way Forward* (June 24, 2008). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1150968>. □ أنظر الدراسات الآتية: (57).
- Guisse, M., (2012). *Financial Performance of the Malaysian Banking Industry: Domestic vs Foreign Banks*. Master Thesis in Banking and Finance, Institute of Graduate Studies and Research, Eastern Mediterranean University, P. 16-21. □
- Uzhegova, O., (2010). The Relative Importance of Bank-Specific Factors for Bank Profitability In Developed And Emerging Economies. *The Kazakhstan Institute Of Management, Economics And Strategic*

- 67) Dang, Uyen, (2011). **The CAMEL Rating System in Banking Supervision: A Case Study**. Arcada University of Applied Sciences, International Business Degree, P. 21
- 68) Grier, Waymond, (2007). **Credit Analysis of Financial Institutions**. 2nd edition, Euromoney Institution Investor PLC.
- 69) Baral, K.J. (2005). Health Check-up of Commercial Banks in the Framework of CAMEL: A Case Study of Joint Venture Banks in Nepal. **Journal of Nepalese Business Studies**, Vol. II (1), p. 44.
- 70) Couto, R., and Brasil, B., (2002). Framework for the Assessment of Bank Earnings. **Bank for international settlement**, FSI award 2002 winning paper, ISSN 1684-7180, p. 3.
- 71) Dang, 2011، تم اشتقاق المعادلة استناداً على دراسة (2011)، مصدر سابق، ص 23.
- 72) Ongore, V., and Kusa, G., (2013). Determinants of Financial Performance of Commercial Banks in Kenya. **International Journal of Economics and Financial Issues**, Vol. 3, No. 1, 2013, P. 241. □
- 73) Gulzeb, H., (2011). **Camels Rating System for Banking Industry in Pakistan**. Unpublished Master Thesis, Umea School of Business, Umea University, P. 35.
- 74) Gulzeb, 2011. □، مصدر سابق، ص 35.
- 75) Hau, H., Langfield, S., and Ibanez, D., (2012). Bank Ratings: What Determines Their Quality?. **European Central Bank**, Working Paper Series No. 1484, October – 2012.
- 76) Hau et al., 2012. □، مصدر سابق.
- 77) البنك المركزي الأردني، (2015). مؤشرات المئاة المالية للبنوك المرخصة، متوفر على الرابط http://www.cbj.gov.jo/uploads/Financial-Soundness-Indicators_6-2014.xlsx
- 78) البنك المركزي الأردني، 2015، مؤشرات المئاة المالية للبنوك المرخصة، مصدر سابق.
- Research (Kimep)**, Working Paper 2010/02, P. 26.
- Jha, Suvita and Hui, Xiaofeng, (2012). A Comparison of Financial Performance of Commercial Banks: A Case Study of Nepal. **African Journal of Business Management**, Vol. 6 (25), pp. 7601-7611, 27 June, 2012, P. 7604.
- ، مصدر سابق، ص 31. (58) Gulzeb, 2011.
- 59) Gasbarro, D., Sadguna, G.M. & Zumwalt. (2002). The Changing Relationship Between CAMEL Ratings and Bank Soundness During the Indonesian Banking crisis. **Kluwer academic Publishers**, Vol. 19, No. (3), p.254.
- ، مصدر سابق، ص 31. (60) Gulzeb, 2011.
- 61) Guisse, M., (2012). **Financial Performance of the Malaysian Banking Industry: Domestic vs Foreign Banks**. Master Thesis in Banking and Finance, Institute of Graduate Studies and Research, Eastern Mediterranean University, P. 17-18.
- 62) مطر، محمد، (2009). **الاتجاهات الحديثة في التحليل المالي والائتماني، الأساليب والأدوات والاستخدامات العملية**. ط3، دار وائل للنشر، عمان – الأردن، ص 194.
- 63) Aspal, Parvesh and Malhotra, Naresh , (2013). Performance Appraisal of Indian Public Sector Banks. **World Journal of Social Sciences**, Vol. 3. No. 3. May 2013 Issue. P. 74.
- 64) البنك المركزي الأردني، تعليمات كفاية رأس المال للبنوك الإسلامية رقم (201/50) تاريخ 2010/8/19.
- 65) أنظر تعليمات كفاية رأس المال للبنوك الإسلامية رقم (201/50) الصادرة عن البنك المركزي الأردني بتاريخ 2010/8/19.
- 66) Misra, Sushendra and Aspal, Parvesh, (2013). A Camel Model Analysis of State Bank Group. **World Journal of Social Sciences**, Vol. 3. No. 4. July 2013 Issue. P. 42.

٧٩) البنك المركزي الأردني، ٢٠١٥، مؤشرات المتانة المالية للبنوك المرخصة، مصدر سابق.

٨٠) البنك المركزي الأردني، ٢٠١٥، مؤشرات المتانة المالية للبنوك المرخصة، مصدر سابق.

جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية في التشريع الأردني (دراسة مقارنة)

د. عاصم عادل محمد العضيلة *

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/١٠/٩م

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٤/١٦م

الملخص

إن الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية بات من أكثر الأهداف التي تسعى التنظيمات الإرهابية لتحقيقها من خلال إنشاء مجموعة من المواقع على شبكة الإنترنت والحسابات على مواقع التواصل الاجتماعي وذلك لبث الفكر الإرهابي لكسب أكبر عدد من المؤيدين والمدافعين عن أفكارها المنحرفة تمهيداً لتجنيدهم في تلك التنظيمات لحمل رسالتها التي تقوم على العنف والتهديد.

وإن شبكة الانترنت سهلت تحقيق هذا الهدف المتمثل في الترويج للجماعات الإرهابية من خلال خصائص متميزة تتمثل في اتساع وتنوع مستخدميها وسهولة استخدامها ، وتكليفها المنخفض إضافة إلى صعوبة تعقب ومتابعة مستخدميها.

ولذلك جاءت هذه الدراسة لبيان الصورة الواضحة لجريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية من خلال تحديد الوسائل الإلكترونية التي يمكن من خلالها الترويج للإرهاب و الوقوف على الطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه الجريمة من حيث الوقوف على البينان القانوني لهذه الجريمة في التشريع الأردني وطبيعة المواجه الجزائية لتلك الجريمة في التشريعات المقارنة.

الكلمات المفتاحية: الترويج الإلكتروني، الإنترنت، الجماعات والتنظيمات الإرهابية، مواقع التواصل الاجتماعي.

* باحث، هيئة النزاهة ومكافحة الفساد الأردنية، مديرية التحري والتحقيق.

The Crime of the Electronic Promotion of Terrorist Groups In the Jordanian Legislation (Comparative Study)

Dr. Asim Adel Mohammed Al-Adaileh

Abstract

The electronic promotion of terrorist groups has become one of the most important objectives which terrorist organizations seek to achieve by establishing a set of websites and accounts on social media sites in order to disseminate the terrorist ideology and mobilize the largest number of supporters and defenders of their deviant ideas in an attempt to recruit as many members as possible in these organizations in order to carry out their message which is based on violence and threats .

The Internet has facilitated the achievement of the objective of promoting terrorist groups through distinguished features, including the large and variety of its users, the easy availability with low cost, in addition to difficulty of monitoring and tracking users.

Therefore, this study aimed at demonstrating the real image of electronic promotion crime of the terrorist groups by determining the electronic methods that can be used to promote terrorism and identify the private nature of this crime, in terms of identifying the legal structure of this crime in the Jordanian legislation as well as the nature of the legal confrontation of this crime in the comparative legislation.

Keywords: e-mail, Internet, terrorist groups and organizations, Social networking sites.

المقدمة:

مجتمعات تقليدية إلى مجتمعات ذكية تقوم على التطور التكنولوجي الذي أصبح عماداً لحياتنا اليومية.

على الرغم من الخدمات الجمة التي قدمتها التكنولوجيا للبشرية ومجتمعاتنا المنظمة إلا أنها ساهمت في ظهور مفاهيم جديدة سلبية ومن

يشهد العالم في وقتنا الحاضر مجموعة من التغيرات والتحولات في شتى المجالات ومن أبرز هذه التحولات ما يعرف بالتطور التكنولوجي الكبير الذي أدى للعولمة التي جعلت من عالمنا قرية صغيرة وساهمت في نقل مجتمعاتنا من

أهمها مفهوم الإرهاب الإلكتروني الذي أصبح يهدد الأمن و السلم المجتمعي.

وإن ذلك التطور التكنولوجي أسهم وبشكل كبير في زيادة خطر الإرهاب فقد ساهم في توفير بيئة جاذبة وآمنة وداعمة وسهلة وقليلة التكلفة لممارسة المزيد من النشاطات الإرهابية العدائية للإخلال بالأمن و السلم المجتمعي وتهديد استقرار المجتمعات المنظمة.

فقد استخدمت مواقع الانترنت ومنصات التواصل الاجتماعي والتي باتت تشكل جزءاً كبيراً من حياة الأفراد اليومية لتكون ساحة لممارسة النشاطات الإرهابية وبأفكار مختلفة ، ومن أبرز هذه النشاطات التجسس واختراق المواقع الحكومية والاقتصادية والأمنية وكذلك أدت إلى المساس بالجوانب الاجتماعية والثقافية للمجتمع من خلال نشر ثقافة التطرف بين أوساط الشباب لطمس الهوية الوطنية وإدخالهم في مستنقع التنظيمات الإرهابية .

إن الجماعات والتنظيمات الإرهابية عملت على استغلال مواقع الانترنت ومنصات التواصل الاجتماعي الأكثر استخداماً وشيوعاً بين أفراد المجتمعات لبث سمومها فقد نشطت وبشكل ملحوظ للدعاية والترويج والتسويق لأفكارها من خلال إنشاء مواقع إلكترونية وحسابات على مجموعة من مواقع التواصل الاجتماعي كالفيس بوك وتويتر و التوتوب

وجوجل بلس وغيرها من مواقع التواصل الاجتماعي.

إن هذا التطور الخطير في السياسة المتبعة من قبل الجماعات الإرهابية للتسويق والترويج للأفكار الإرهابية هو ما دفعني لتناول هذا الموضوع والبحث في أطر المواجهة الجزائية لاستخدام مواقع الانترنت ومنصات التواصل الاجتماعي للترويج للجماعات الإرهابية.

إشكالية الدراسة:

لقد ساهم التطور التكنولوجي في تغيير الأساليب الإجرامية وكان هذا التغيير واضح المعالم بالنسبة لتلك الجرائم التي ترتكب عبر الانترنت والحاسوب ووسائل التواصل الاجتماعي ، مما أدى الى إيجاد نماذج جرمية جديدة ترتكب عبر وسائل التكنولوجيا ومنها جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية فقد جُرم هذا الفعل في العديد من القوانين الخاصة بمكافحة الجريمة الإرهابية

لذلك فإن هذه الدراسة تقوم على البحث في إشكاليات التالية:

١- شيوع استخدام مواقع الانترنت ومنصات التواصل الاجتماعي للترويج للجماعات الإرهابية سواء أكان ذلك من قبل الجماعات الإرهابية ذاتها أو من قبل الأشخاص المؤيدين لها والمتبنين فكرها، وذلك نتيجة للميزات التقنية التي توفرها هذه المواقع من حيث سهولة

استخدامها وصعوبة فرض الرقابة عليها وحريتها في الوصول إلى كافة فئات المجتمع بما فيهم الفئة المستهدفة والمتمثلة بفئة الشباب.

٢- كما أن المشرع الأردني وفي قانون قمع الإرهاب لم يفرد إطاراً خاصاً لجريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية وإنما دمج بينها وبين مجموعة من النماذج الجرمية الأخرى التي تشكل صوراً لنماذج جرائم إرهابية إلكترونية في ذات النص مما يؤدي تداخل هذه النشاطات الجرمية كجريمة التجنيد الإلكتروني وجريمة التمويل الإلكتروني للجماعات الإرهابية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في بحثها لموضوع لم يلقَ القدر الكافي من البحث القانوني على الرغم من خطورته والانتشار الذي تشكله جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية فإن هذه الجريمة تهدد المجتمع من حيث أمنه واستقراره وتضرب بقوة في بنيانه كونها تستهدف فئة الشباب.

أهداف الدراسة:

١. التعريف بالإرهاب الإلكتروني.
٢. توضيح مفهوم الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية.
٣. بيان الوسائل الإلكترونية التي يمكن من خلالها الترويج للجماعات الإرهابية.

٤. تحديد طبيعة البنيان القانوني لجريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية في التشريع الأردني والمواجهة الجنائية في التشريعات المقارنة.

خطة الدراسة:

المطلب التمهيدي: مفهوم الإرهاب الإلكتروني.
المبحث الأول الوسائل الإلكترونية للترويج للجماعات الإرهابية.

المطلب الأول: الوسائل التقليدية المستخدمة في الترويج للجماعات الإرهابية.

المطلب الثاني: الوسائل التكنولوجية الحديثة للترويج للجماعات الإرهابية.

المبحث الثاني: المواجهة الجزائية الموضوعية لجريمة الترويج الإلكتروني للإرهاب.

المطلب الأول: المواجهة الموضوعية في التشريع الأردني.

المطلب الثاني: المواجهة الموضوعية في التشريعات المقارنة.

المطلب التمهيدي مفهوم الإرهاب الإلكتروني:

يحتل موضوع الإرهاب بصورة عامة والإرهاب الإلكتروني بصورة خاصة اهتماماً ومكاناً متقدماً في التشريعات الجزائية الحديثة وذلك لما تشكله هذه الظاهرة من خطر كبير قد يلحق بالمدينين والمجتمع وبما يحمله من تهديد للأمن والاستقرار و تدمير للممتلكات وانتهاك للحرمان وتدنيس للمقدسات.

لقد لعب التطور التكنولوجي الذي شهده العالم في مطلع الثمانينيات من القرن الماضي دوراً هاماً ورئيسياً في إبراز مصطلح الإرهاب الإلكتروني والذي شكل دوراً محورياً في ارتكاب الجرائم الإرهابية.

وفي هذا المقام سنتناول تعريف الإرهاب بصورة عامة وتعريف الإرهاب الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الإرهاب:

إن مسألة تعريف الإرهاب تثير نقاشاً وجدلاً بين فئات الفقهاء والسياسيين والاجتماعيين فلا يوجد تعريف جامع شامل مانع للإرهاب، ونتيجة لذلك نعرض لمجموعة من التعريفات للإرهاب على النحو التالي:

وإن المعجم السياسي يعرف الإرهاب بأنه: "محاولة نشر الذعر والفرع لأغراض سياسية، وهو وسيلة تستخدمها حكومة استبدادية أو دكتاتورية لإجبار وإرغام الشعب على الاستسلام لها".^(١)

أما الموسوعة السياسية تعرف الإرهاب: استخدام العنف غير القانوني، أو التهديد به بأشكاله المختلفة كالاغتيال والتشويه والتعذيب والتخريب والنسف، بغية تحقيق هدف سياسي معين مثل كسر روح المقاومة والالتزام عند الأفراد وهدم المعنويات عند الهيئات والمؤسسات، أو كوسيلة من وسائل الحصول على المعلومات أو

المال، وبشكل عام هو استخدام الإكراه لإخضاع طرف مناوئ لمشينة الجهة الإرهابية".^(٢)

ثانياً: الإرهاب الإلكتروني:

وإن الإرهاب الإلكتروني لا يوجد له تعريف جامع مانع ويعود ذلك لحداثة هذا المفهوم وغياب تعريف دقيق لمفهوم الإرهاب في حد ذاته، لذلك سنتطرق لبعض التعريفات التي تناولت الإرهاب الإلكتروني.

أولاً لابد من الإشارة إلى أن الإرهاب والإنترنت مرتبطان بطريقتين:

- الأولى ممارسة الأعمال التخريبية لشبكات الحاسوب والإنترنت.

- والثانية أن الإنترنت أصبح منبرا للجماعات والأفراد لنشر رسائل الكراهية والعنف، وللاتصال ببعضهم البعض ومؤيديهم والمتعاطفين معهم.

لقد كان أول ظهور مصطلح الإرهاب الإلكتروني (Cyberterrorism) في فترة الثمانيات

من القرن الماضي على يد باري كولن (Barry Collin) وخلص إلى صعوبة تعريف الإرهاب التكنولوجي. ولكنه تبنى تعريفاً للإرهاب الإلكتروني مفاده ؛ بأنه "هجمة الكترونية غرضها تهديد الحكومات أو العدوان عليها، سعياً لتحقيق أهداف سياسية أو دينية أو أيديولوجية، وأن

الهجمة يجب أن تكون ذات أثر مدمر وتخريبي مكافئ للأفعال المادية للإرهاب^(٣).

وعرفه جيمس لويس James Lewiss على أنه: استخدام أدوات شبكات الحاسوب في تدمير أو تعطيل البنى التحتية الوطنية المهمة مثل: الطاقة والنقل، أو بهدف ترهيب الحكومة والمدنيين^(٤).

أما دورثي دينينغ Dorothy Denning فتري أن الإرهاب الإلكتروني هو «الهجوم القائم على مهاجمة الحاسوب، وأن التهديد به يهدف إلى الترويع أو إجبار الحكومات أو المجتمعات لتحقيق أهداف سياسية أو دينية أو عقائدية، وينبغي أن يكون الهجوم مدمراً وتخريبياً لتوليد الخوف بحيث يكون مشابه للأفعال المادية للإرهاب^(٥).

يعرف الإرهاب الإلكتروني بأنه: "العدوان أو التخويف أو التهديد المادي أو المعنوي الصادر من الدول، أو الجماعات أو الأفراد على الإنسان، في دينه، أو نفسه، أو عرضه، أو عقله، أو ماله بغير حق، باستخدام الموارد المعلوماتية والوسائل الإلكترونية، بشتى صنوف العدوان وصور الإفساد^(٦).

وأنه: "هجمات غير مشروعة، أو تهديدات بهجمات ضد الحاسبات أو الشبكات أو المعلومات المخزنة إلكترونياً، توجه من أجل الانتقام أو الابتزاز أو الإكراه أو التأثير في

الحكومات أو الشعوب أو المجتمع الدولي بأسره لتحقيق أهداف سياسية أو دينية أو اجتماعية معينة. وبالتالي لكي ينعت شخص ما بأنه إرهابياً على الإنترنت، وليس فقط مخترقاً، فلا بد وأن تؤدي الهجمات التي يشنها إلى عنف ضد الأشخاص أو الممتلكات، أو على الأقل تحدث أذى كافياً من أجل نشر الخوف والرعب". فالإرهاب الإلكتروني يعتمد على استخدام الإمكانيات العلمية والتقنية، واستغلال وسائل الاتصال والشبكات المعلوماتية، من أجل تخويف وترويع الآخرين، وإلحاق الضرر بهم، أو تهديدهم^(٧).

ويُعرف بأنه عمل متعمد لتدمير أو تغيير البيانات أو تدفق المعلومات للدول بهدف الإضرار بها لأسباب سياسية، دينية وعقائدية^(٨).

ويُعرف الإرهاب الإلكتروني بأنه "استخدام الوسائل الإلكترونية والتقنيات الرقمية الصادرة عن الدول أو الجماعات الموجهة ضد أي شخص طبيعي أو اعتباري، بدوافع سياسية بغرض إخافه أو تهديده أو التأثير فيه مادياً أو معنوياً أو بقصد التأثير في القرارات الحكومية أو الرأي العام"^(٩).

ويُعرف بأنه "خرق للقانون يرتكب من قبل فرد من الأفراد أو تنظيم جماعي، بهدف إثارة اضطراب خطير في النظام العام عن طريق شبكة المعلومات العالمية الانترنت"^(١٠).

المبحث الأول الوسائل الإلكترونية للترويج للجماعات الإرهابية:

يعتبر الإرهاب جريمة ملازمة للإنسانية منذ بداية التاريخ إلا أن الثورة التكنولوجية أو ثورة الاتصالات التي نعيشها في عصرنا الحاضر قد زادت من انتشار وشيوع هذه الظاهرة، فقد ركزت التنظيمات الإرهابية كل جهودها على وسائل الاتصالات الحديثة لنشر وترويج سياساتها والأيدولوجيا الفكرية لها وظهر ذلك جلياً عندما عجزت تلك التنظيمات الإرهابية عن نشر وترويج أفكارها عن طريق منابر الظلام وذلك على اعتبار أن هذه المنابر والمنصات أقل تأثيراً وتغلغلاً في المجتمعات^(١٧)

ومن هذا المنطلق فقد برز مصطلح جديد يعرف بالترويج الإلكتروني للإرهاب والذي يُعرف بأنه "استخدام المنظمات الإرهابية تقنيات الاتصالات والمعلومات وتوظيفها لنشر رسائل الإرهاب أو العمليات الإرهابية وترويجها بحيث تستغل تلك التنظيمات شبكة الانترنت كمصدر للمعلومات و البيانات في إعداد موسوعة إجرامية تضم الكثير من الأعمال الإرهابية التي ارتكبتها أو التي يمكن أن ترتكبها في مختلف دول العالم"^(١٨).

ويُعرف الترويج الإلكتروني بأنه هو قيام الجماعات والتنظيمات الإرهابية باستخدام شبكة المعلومات العالمية في نشر ثقافتها الإرهابية و الترويج لها وبث الأفكار والفلسفات التي تنادي

ويُعرف كذلك بأنه "الاستخدام العدائي والعدوان غير المشروع للانترنت بهدف ترويج الحكومة والمدنيين أو قسم منهم، في إطار السعي إلى تحقيق أهداف سياسية أو اجتماعية"^(١٩).

ومن خلال استعراض التعريفات السابقة للإرهاب الإلكتروني يتضح أنه لا يختلف من حيث الجوهر والمضمون مع الإرهاب التقليدي إلا من حيث الطريقة المستخدمة لارتكابه، ففي الإرهاب التقليدي يستخدم العنف والقوة الفعلية من خلال الاسلحة النارية أو التفجيرات، أما الإرهاب الإلكتروني فيتم ارتكابه عن طريق استخدام شبكة الانترنت للوصول لتحقيق الاهداف الإرهابية التي تتمثل بتجنيد الإرهابيين أو تدريبهم أو الدعاية والترويج لتلك الجماعات الإرهابية أو تخريض الأشخاص على القيام بالأعمال الإرهابية.

نستنتج من خلال ما سبق أن الإرهاب الإلكتروني هو الهجوم الإلكتروني الذي يُشن من قبل أفراد أو جماعات ذات طابع إرهابي على نظم المعلومات أو أجهزة الحاسوب من خلال تقنيات حديثه لأسباب متعددة لتدمير البنية التحتية وبهدف تخويف وترهيب وإخضاع الحكومات والمدنيين لهم.

بها وذلك سعياً لتوفير أكبر عدد من الراغبين بتبني أفكارها ومبادئها^(٤).

ويُعرف كذلك بأنه استخدام عناصر جديدة داخل التنظيم الإرهابي بما يحفظ بقاءها واستمرارها عن طريق استغلال تعاطف الآخرين ممن يستخدمون الانترنت مع قضاياهم ويجذبون هؤلاء الأشخاص باستخدام عبارات براقة وحماسية من خلال غرف الدردشة الإلكترونية^(٥).

ويمكننا أن نعرف الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية بأنه نشاط تسويقي إلكتروني تقوم به الجماعات الإرهابية أو متسببها للتأثير على مستخدمي وسائل الاتصال الإلكترونية لإقناعهم بالفكر المتطرف الذي تبناه تلك الجماعات بهدف تأييدها أو الانضمام لها لزيادة كوادرها وعناصرها المكونة لها.

أهداف الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية^(٦):

١. إن الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية يتغني نشر الفكر المتطرف الذي تبناه تلك الجماعات وذلك لزيادة أعداد أنصارها والمتعاطفين معها.

٢. إن الترويج الإلكتروني يحقق هدفاً أساسياً في استمرار حياة تلك الجماعات الإرهابية من خلال تجنيد عناصر جديدة للتنظيمات وحشدتها ضمن صفوفها.

٣. ويعتبر الترويج الإلكتروني لهذه الجماعات الإرهابية وسيلة تحقق لها الحصول على الدعم المالي واللوجستي اللازم لتمويل أنشطتها الإرهابية.

المطلب الأول: الوسائل التقليدية المستخدمة في الترويج للجماعات الإرهابية:

لقد تغيرت طرق الترويج للإرهاب والمنظمات الإرهابية فقد كانت تمارس هذا النشاط الإجرامي من خلال الوسائل والطرق التقليدية سواء أكان ذلك من خلال الخطب أو الاجتماعات السرية أو وضع الكتب والمصنفات وتوزيعها على المستهدفين في الترويج، ولكن الواقع الحاضر للنشاط الترويجي للجماعات الإرهابية قد تطور في وقتنا الحاضر لمرحلة استخدام الوسائل الإلكترونية التي تتمتع بالجماهيرية والشعبية العالية لدى عموم الفئات المستهدفة بالترويج^(٧).

وإن استخدام الوسائل الإلكترونية في الترويج للجماعات الإرهابية له ما يبرره لكون هذه الوسائل تتمتع بمجموعة من الخصائص والسمات التي تحقق أهداف الترويج، وهذه الخصائص هي:

١. الأقبال الكبير على استخدام هذه الوسائل من قبل كافة أطراف المجتمع.
٢. القدرة على تحقيق التواصل مع الآخرين من مختلف الثقافات واللغات ومع مختلف الشعوب.

٣. توفر هذه الوسائل إمكانية القيام بالترويج والدعوى للإرهاب بصورة مرنة عبر الانترنت. **أولاً: وسائل الإعلام التقليدية:**

إن الإعلام قديم قدم المجتمعات فلا يوجد أي مجتمع إلا له وسائل إعلام خاصة به تتفق مع مقوماته وقدراته ولذلك فإن وسائل الاعلام المقروءة تشمل الصحافة ووكالات الأنباء والمطبوعات كالكتب والملصقات، أما المسموعة والمرئية فتشمل الإذاعات والتلفاز والفيديو والمسرح والسينما^(٨٨).

إن وسائل الإعلام تلعب دوراً هاماً وأساسياً في التشكيل الثقافي للمجتمع بل إنها أصبحت المصدر الاساسي لذلك، ولم يقف دور وسائل الإعلام عند هذا الحد بل أصبحت هذه الوسائل تعد أهم مكونات الرأي العام بما يساعد في تكوينه وتوجيهه بصورة معينة.

وتستخدم وسائل الاعلام في الترويج للإرهاب والجماعات الإرهابية وذلك بترويج الأفكار الإرهابية المتطرفة أو دعمها من خلال توفير دعاية إعلانية لهذه الجماعات يمكن من خلالها إثارة انتباه الرأي العام لها ولقضاياها وكسب التأييد تجاه هذه القضايا أو الضغط على دوله ما أو جهة دولية للاهتمام بتلك القضايا^(٨٩). ويتحقق الترويج للإرهاب وجماعاته من خلال وسائل الاعلام التقليدية عن طريق إحدى الحالات التالية^(٩٠):

١. نشر صور العمليات الإرهابية والخسائر البشرية والمادية الناتجة عن العمليات التي تقوم بها الجماعات الإرهابية وبصورة متكررة مما يجعل هذه العمليات صورة معتادة لدى المجتمع .

٢. الترويج لغايات الجماعات الإرهابية وذلك من خلال إجراء لقاءات إعلامية مع الإرهابيين مما يمكنهم من مخاطبة الجماهير وتبرير أفعالهم والدفاع عنها ، مما قد يشكل تعاطفاً مع هذه الجماعات من قبل بعض الأشخاص.

٣. الترويج للجماعات الإرهابية من خلال نشر بعض الرسائل والإرشادات والخطابات المسجلة والموجهة للجمهور أو الجهات أو دول معينة.

ويتج عن ذلك أن بعض وسائل الإعلام قد تقوم وبدون قصد بالترويج للجماعات الإرهابية وإعطائها حجماً أكبر من الحجم الحقيقي لهم، كما أنها قد تتيح لهم دعاية مجانية بدون مقابل وذلك عند نشر نشاطات تلك الجماعات^(٩١).

المطلب الثاني الوسائل التكنولوجية الحديثة للترويج للجماعات الإرهابية:

في هذا المطلب سنتناول مجموعة من أهم وسائل التكنولوجيا الحديثة التي باتت تستخدم للترويج للجماعات الإرهابية ومنها أنظمة المعلومات ووسائل التواصل الاجتماعي والتي أصبحت منصات للجماعات الإرهابية والأفراد المؤيدين لها للترويج للأفكار الهدامة التي تسوق للعنف والكراهية والدمار.

أولاً: البريد الإلكتروني (E- Mail).

هو ذلك العنوان الإلكتروني الذي يعينه الشخص مستخدم الإنترنت ويحدد فيه الشركة المضيقة للعنوان، وإن هذا البريد يتيح لصاحبه تبادل الرسائل الإلكترونية مع الآخرين.^(٣١) ويُعرف البريد الإلكتروني بأنه عبارة عن خط مفتوح على أنحاء العالم يستطيع من خلاله المستخدم إرسال و استقبال الرسائل للغير في أي مكان من العالم.^(٣٢)

وإن ما يميز البريد الإلكتروني (E- Mail) أنه وسيلة من أكثر الوسائل سهولة وسرعة في إيصال الرسائل وهذه الميزة هي ما جعلت منه منصة تستخدم لتحقيق أغراض إرهابية كالترجيع ونشر الأفكار الإرهابية والسعي نحو كسب التعاطف من خلال إرسال رسائل عبر البريد الإلكتروني تحتوي على مواد دعائية ترويجية للجماعات الإرهابية.

ثانياً: إنشاء موقع على الانترنت.

لقد أصبحت الجماعات والتنظيمات الإرهابية تعمل على إنشاء وتصميم مواقع الكترونية خاصة بها وذلك لنشر أفكارها والدعوة لمبادئها وذلك لكسب أكبر عدد ممكن من المتسبين والمتعاطفين معها.^(٣٣)

وإن هذه المواقع التي يتم إنشاؤها من قبل التنظيمات الإرهابية من أحد أهدافها الرئيسية

الترويج لأفكارها بحيث تكون هذه المواقع منطلق لنشر الفكر الإرهابي من خلال تداول ما يتم نشره عبر هذه المواقع من قبل الأشخاص المتسبين والمتعاطفين.

ويمكن أن ينشر من خلال هذه المواقع مجموعة من المواد التي تؤدي دوراً ترويجياً دعائياً لتلك الجماعات ومن الأمثلة على تلك المواد^(٣٤):

١. نشر الكتب والفتاوى المشددة التي تدعو للإرهاب والجماعات الإرهابية عبر الموقع الإلكتروني الخاص بتلك الجماعات.

ثالثاً: استخدام مواقع التواصل الاجتماعي.

إن مواقع التواصل الاجتماعي هي عبارة عن مجموعة المواقع والصفحات التي تمكن الأفراد من التواصل فيما بينهم داخل فضاء افتراضي كما تتيح لهم التعرف على بعضهم البعض وتبادل الاهتمامات المشتركة بينهم وتسمح لهم بنشر مختلف المواضيع والصور والفيديو^(٣٥)، وبالتالي فإن هذه المواقع تتيح للجماعات الإرهابية والمتسبين لها وبصورة سهلة وميسرة نشر أفكارهم المتطرفة والترويج لها عبر ذلك الفضاء الافتراضي

من خلال بث هذه الدعاية لمستخدمي هذه المواقع.

ويمكن أن تُعرف مواقع التواصل الاجتماعي بأنها "الأدوات والمنصات التي تسمح بإجراء المحادثات على شبكة الانترنت فهي مواقع الكترونية اجتماعية على الانترنت تشكل الأساس للإعلام الجديد أو البديل، وتتيح للأفراد والجماعات التواصل فيما بينهم عبر الفضاء الافتراضي"^(٣٧).

إن مواقع التواصل الاجتماعي متعددة ومتنوعة إلا أننا في هذا المقام سنتناول أكثرها انتشاراً واستخداماً من قبل الجمهور ومنها:

١. موقع الفيس بوك (Facebook).

يعتبر موقع الفيس بوك من أبرز مواقع التواصل الاجتماعي وأكثرها استخداماً من قبل الجمهور، وإن هذا الموقع يتيح لمستخدمه فرصة التواصل وتبادل المعلومات والاهتمامات المشتركة، كما أنه يتيح الفرصة للبحث عن الأصدقاء والأقارب والتواصل معهم.

ويعتبر موقع الفيس بوك البوابة الأكبر التي يمكن استخدامها من قبل التنظيمات والجماعات الإرهابية والمتسعين لها للدعاية والترويج للأيدلوجية والأفكار المتطرفة التي تؤمن بها التنظيمات، ويتحقق ذلك الاستخدام من خلال نشر أو إعادة نشر وتداول بعض الصور

والفيديوهات والخطابات التي تحتوي على مواد ترويجية تسويقية لتلك التنظيمات.

٢. موقع تويتر (Twitter).

يعتبر هذا الموقع من أشهر مواقع التواصل الاجتماعي المتاحة على شبكة الانترنت ويقدم هذا الموقع خدمة التدوين المصغر والتي لا تتجاوز في حدها الأقصى ٢٨٠ حرفاً للرسالة وذلك من خلال تبادل (التغريدات) والتي يمكن أن تلقى إعجاب المغريرين الآخرين^(٣٨).

واستغلت الجماعات الإرهابية هذا الموقع وذلك لاستقطاب المثات المتخصصين والمحترفين في مجال الدعاية والإعلان وذلك للترويج والتسويق لها ولأفكارها^(٣٩).

إن إدارة هذا الموقع قد سبق لها وأن قامت بتعليق وإغلاق مليون حساب بسبب الترويج للإرهاب وذلك في عام ٢٠١٥ حسب ما ورد في تقريرها الأخير لمنظمة الشفافية، وأنها كذلك قامت بذات الإجراء وإغلق (٤٦٠, ٢٧٤) ألف حساب في الفترة ما بين تموز وكانون الأول من عام ٢٠١٧ بسبب مخالفات مرتبطة بالترويج للإرهاب^(٤٠).

٣. يوتيوب (You Tube).

هو موقع ويب يسمح لمستخدميه رفع التسجيلات المرئية (الفيديو) مجاناً ومشاهدتها عبر البث الحي ومشاركتها والتعليق عليها وغير ذلك

من الخدمات؛ ويحتل موقع اليوتيوب المركز الثالث بين المواقع الأكثر شعبية في العالم حالياً ويأتي في الترتيب بعد موقع الفيس بوك وجوجل^(٣٢).
وبعد إطلاق هذا الموقع على شبكة الانترنت العالمية أصبح من السهل على مستخدمي هذه الشبكة نشر الافلام وذلك لمشاهدتها جميع من هم حول العالم وإن هذه الميزة قد شجعت التنظيمات الارهابية ومتسببها للاستفادة من هذا الموقع والميزات التي يوفرها لنشر الفيديوها الدعائية الترويجية للعمليات الإرهابية ونشر الخطابات والششاطات المتعلقة بمفكري وزعماء هذه التنظيمات.

٤. جوجل بلس (Google Plus).

إن هذا الموقع هو عبارة عن شبكة اجتماعية تم إنشاؤها بواسطة شركة جوجل بلس، ويوفر هذا الموقع خدمات عديدة للتواصل الاجتماعي بين مستخدميهم ومن هذه الخدمات الدوائر التي تتيح للمستخدم تقسيم الأصدقاء وتصنيفهم حسب طبيعة العلاقة وتحديد ما يمكن لهم الاطلاع عليه من معلومات الحساب، وكما أنه يوفر خاصية مكالمات الفيديو، كما يتيح لمستخدميه خاصية المحادثات الجماعية وخدمة المتدنيات، ويعتبر هذا الموقع من أشهر مواقع التواصل الاجتماعي وأكثرها استخداماً بحيث تشير الدراسات إلى أن

عدد مستخدميه قد وصل لحوالي ٤٠٠ مليون شخص^(٣٣).

ومن الواضح أن هذا التطبيق لا يختلف عن غيره من وسائل التواصل الاجتماعي التي تم التطرق لها بحيث يمكن استخدامه كمنصة للدعاية والتسويق والترويج للجماعات الارهابية بمختلف الأشكال الترويجية.

المبحث الثاني المواجهة الجزائية الموضوعية لجريمة الترويج الإلكتروني للإرهاب:

إن التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال والتواصل الاجتماعي عبر شبكات المعلومات كانت هدفاً سعت التنظيمات الإرهابية للاستفادة منها واستخدامها وذلك لبث سمومها وأفكارها المتطرفة على أوسع صعيد ممكن ولاستهداف كافة فئات المجتمع التي تستخدم هذه التكنولوجيا. وإن استخدام التنظيمات الإرهابية لهذه الوسائل الالكترونية ألقى بظلاله على السياسة الجنائية الحديثة بحيث اتجهت العديد من التشريعات لإصدار قوانين تتضمن نصوصاً تجرم استخدام الوسائل الالكترونية للترويج لهذه الجماعات الإرهابية وذلك إدراكاً منها لخطورة هذه المنصات، ومن هذه التشريعات قانون قمع الإرهاب الأردني رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٦ وقانون مكافحة الإرهاب الإماراتي رقم ٧ لسنة ٢٠١٤ وقانون مكافحة الإرهاب رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥

وقانون العقوبات الفرنسي الذي أضاف نصوصاً تتعلق بالترويج والإشادة بالإرهاب.

وفي هذا المقام سنتناول طبيعة المواجهة لجريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية في التشريعات محل الدراسة.

المطلب الأول المواجهة الموضوعية في التشريع الأردني:

عالج المشرع الأردني جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية من خلال قانون منع الإرهاب رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته وتناول هذه الجريمة في المادة (٣/هـ) والتي جاء فيها استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو أي وسيلة نشر أو اعلام أو إنشاء موقع الكتروني لتسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لأفكارها أو تمويلها أو القيام بأي عمل من شأنه تعريض الأردنيين أو ممتلكاتهم لخطر أعمال عدائية أو انتقامية تقع عليها.

ومن خلال استعراض نص المادة (٣/هـ) يتضح لنا أن النص يحتوي على مجموعة من النماذج الجرمية والتي يمكن اجمالها على النحو التالي:

١. استخدام الفضاء الإلكتروني أو وسائل النشر أو الاعلام لتسهيل القيام بأعمال إرهابية.

٢. استخدام الفضاء الإلكتروني لتقديم الدعم لجماعة إرهابية أو جمعية أو تنظيم إرهابي تقوم بأعمال إرهابية.

٣. استخدام الفضاء الإلكتروني وذلك لتسهيل أو القيام بأعمال إرهابية.

٤. استخدام الفضاء الإلكتروني للترويج لأفكار جماعة أو جمعية أو منظمة إرهابية.

وفي هذا المقام سنتناول البحث عن جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية وسنعرض الأركان المكونة لهذه الجريمة والعقوبة المترتبة على ارتكابها وذلك على النحو التالي:

أولاً: أركان جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية.

١. الركن المادي:

إن الركن المادي للجريمة هو فعل خارجي ذو طبيعة مادية محسوسة تدرك بالحواس ولا يمكن أن تقوم الجريمة ما لم يتبلور فيها الركن المادي وإن هذا الركن له ثلاثة عناصر رئيسية وهي: السلوك الجرمي و النتيجة الجرمية وعلاقة السببية التي تربط بين كل من السلوك الجرمي والنتيجة الجرمية^(٣٣).

يتكون الركن المادي لجريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية من ثلاثة عناصر أساسية تمثل الركن المادي لهذه الجريمة والتي سنتناولها على النحو التالي:

أ. السلوك الجرمي:

إن النشاط أو السلوك المادي في جريمة الترويج الإلكتروني للإرهاب يتطلب أن يتوفر للجاني بيئة رقمية وجهاز حاسوب واتصال بشبكة الانترنت يمكن من خلالها ممارسة أفعاله الجرمية والتي تتمثل بالترويج والدعاية لجماعة إرهابية^(٣٤).

وإن السلوك الإجرامي الذي يتطلبه المشرع محلاً للتجريم هو الترويج والدعاية للجماعات الإرهابية من خلال استخدام شبكة المعلومات العالمية (الانترنت)، والمتمثل باستخدام النظام المعلوماتي أو شبكة المعلومات أو المواقع الإلكترونية لنشر مادة أو مواد إعلانية أو دعائية تسوق وتروج للفكر الإرهابي الذي تبناه الجماعة الإرهابية التي يؤيدها الجاني وتبنى أفكارها وذلك من خلال ممارسة النشاط الايجابي المتمثل والقيام بفعل نشر مادة دعائية وترويجية تسويقية لأفكار إرهابية من خلال استخدام نظم المعلومات أو شبكة المعلومات أو إنشاء مواقع الكترونية.

وفي كثير من الأحيان يقف المشرع صامتاً عن تحديد الوسائل التي يرتكب من خلالها السلوك الإجرامي المكون للركن المادي وهذا من جهة أما من جهة أخرى نجد المشرع يتجه نحو تحديد وسيلة أو وسائل إرتكاب الجريمة، كما هو الحال في جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية فقد حدد المشرع الوسائل التي يرتكب من خلالها

النشاط الجرمي المكون لهذه الجريمة، وهذه الوسائل هي:

أ. نظام المعلومات الإلكتروني.

ب. شبكة المعلومات (الانترنت).

ج. إنشاء المواقع الإلكترونية.

وإن السلوك الجرمي لهذه الجريمة يتطلب أن يتم الترويج والدعاية لمصلحة جهات محددة حددها المشرع وذلك في المادة (٣/هـ)، وتلك الجهات هي:

- الترويج لجماعة إرهابية.

- الترويج لتنظيم إرهابي.

- الترويج لجمعية إرهابية.

ولم يقف القضاء الأردني صامتاً عن تحديد طبيعة السلوك الجرمي لجريمة الترويج للجماعات الإرهابية فقد قرر قضاء محكمة التمييز الأردنية في حكم حديث لها جاء فيه "يشكل قيام المتهم ومن خلال صفحته على الفيس بوك بمتابعة أخبار تنظيم داعش الإرهابي وتواصله وتبادل أخبار وإنجازات هذا التنظيم وحديثه مع آخرين عن هذا التنظيم وإقناعهم بمشروعية هذا التنظيم جنابة الترويج لأفكار جماعة إرهابية خلافاً لأحكام المادة (٣/هـ) من قانون منع الإرهاب رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته"^(٣٥)

وفي حكم آخر جاء "لما كانت الأفعال الثابتة التي قارفها المتهم والمتمثلة بمتابعة أخبار وإصدارات

تنظيم داعش الإرهابي عبر الانترنت إلى أن أصبح مؤيداً لأفكار هذا التنظيم الإرهابي ومن ثم قيامه بإعادة نشر هذه الأخبار والإصدارات إلى معارفه وأصدقائه في الجامعة عبر وسائل التواصل الاجتماعي في شبكة الانترنت وذلك بهدف كسب مزيد من المؤيدين والمتعاطفين مع هذا التنظيم الإرهابي واتجاه ارادته الحرة الواعية الى ذلك فإن هذه الأفعال تعد ترويجاً لأفعال تنظيم إرهابي وتشكل بالنتيجة كافة أركان وعناصر التهمة المسندة إليه مما يقضي تجريمه بها^(٣٦).

المقدمات وحسب منطق الأمور تؤدي عادة إلى النتائج التي يمكن توقعها وفقاً للمسار الطبيعي للأمر^(٣٧).

وفي حكم آخر لمحكمة التمييز أكد على ذات القاعد والذي جاء فيه "لم يشترط المشرع الأردني في قانون منع الإرهاب رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٦ وتعديلاته حتى تقوم جريمة استخدام نظام الشبكة المعلوماتية للترويج لجماعة إرهابية أن ينتج عن فعل استخدام نظام المعلومات أو الشبكة المعلوماتية تسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم جماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية بالفعل أو الترويج لأفكارها وإنما يكفي أن يكون قصد الفاعل قد اتجه إلى ذلك وليس بالضرورة أن يؤدي استخدام الشبكة المعلوماتية إلى تعريض الأردنيين أو ممتلكاتهم لخطر أعمال عدائية أو انتقامية تقع عليهم أو على أموالهم بل يكفي

احتمال تحقق ذلك وهذا ما يسمى بجرائم الخطر مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الوسيلة المستخدمة؛ الشبكة المعلوماتية وكتابة وطباعة وتجهيز المنشورات والرايات وتوزيعها والمعياري في ذلك مادياً وموضوعياً ومعنوياً وذاتياً وبالوسائل التي تمت من خلالها والعبارات والصور والفيديوهات حرية بأن تؤثر بسلامة وأمن الدولة الأردنية والأردنيين وممتلكاتهم وهل تضمنت من المكروالتزين والتأثير ما يمكن أن يؤدي إلى التأثير فيمن وجهت إليه مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف المكان والزمان المقترنة بذلك والجوانب الموضوعية والشخصية المحيطة وكما تم ذكره سابقاً^(٣٨).

كما أن النموذج القانوني لجريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية لا يشترط أن تكون النتيجة الجرمية مؤكدة بل يكفي أن تكون تلك النتيجة الجرمية محتملة التحقق ومستقبلية الحدوث.

د. علاقة السببية: لا يكفي لقيام الركن المادي للجريمة وقوع الفعل (السلوك الجرمي) وتحقيق النتيجة الجرمية بل لابد من أن تكون النتيجة الجرمية المتحققة ناشئة عن ذلك السلوك وأن يرتبط ارتباط السبب بالمسبب^(٣٩).

والسببية هي الرابطة التي تصل السلوك الجرمي بالنتيجة الجرمية بحيث يعتبر السلوك الجرمي هو الذي أدى إلى تحقيق النتيجة الجرمية.

إن علاقة السببية هي التي تربط النتيجة الجرمية وتسندھا إلى الفاعل وبذلك تؤكد توافر شرط أساسي للمسؤولية الجزائية لمرتكب الفعل عن النتيجة الجرمية التي تحققت^(٤٠).

وتتحقق علاقة السببية في جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية وذلك عندما يرتبط فعل الجاني بالدعاية والتسويق والترويج للجماعات الإرهابية عبر الوسائل الإلكترونية مع النتيجة المتمثلة بالخطر أو الضرر الذي قد يصيب المجني عليه جراء هذا الفعل.

٢. الركن المعنوي.

إن جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية تعد من الجرائم القصدية والتي يتطلب ركنها المعنوي توافر القصد العام والقصد الجرمي الخاص بحيث لا تقوم الجريمة بتوافر القصد العام وحده بل لابد من افتتان القصد العام مع القصد الخاص.

أ- القصد الجرمي العام فإنه لابد من توافر عناصر القصد الجرمي العام وهي: العلم والإرادة ومفاد ذلك؛ أن هذه الجريمة لا يمكن أن تقع بطريق الخطأ أو الإهمال.

لذلك فإنه العلم يتحقق عندما يكون الجاني عالماً بأن ما ارتكبه من فعل أو أفعال مجرمة تتمثل بنشر مواد دعائية تسويقية تروج لجماعات إرهابية وذلك عبر الوسائل الإلكترونية.

أما عنصر الإرادة فيتحقق عندما تتجه إرادة الجاني إلى إتيان الفعل الجرمي والذي يتمثل بالقيام بنشر مواد ترويجية دعائية لجماعة إرهابية من خلال الوسائل الإلكترونية والتي حددها القانون.

ب- القصد الجرمي الخاص فإن المشرع الأردني لم يكتفي بضرورة القصد العام (العلم والإرادة) فقط بل اشترط إلى جانب ذلك قيام القصد الجرمي الخاص والمتمثل بأن يهدف الجاني من وراء أفعاله إلى تسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم لجماعة أو تنظيم إرهابي أو الترويج لأفكارها سواء تحقق ذلك أم لم يتحقق نحو دفع أشخاص للاعتقاد بصحة أعمال تلك الجماعات والوقوف إلى جانبها بمختلف الطرق سواء من خلال دعمها مادياً أو الالتحاق بها أو التعاطف معها أو المساهمة في نشر أفكارها^(٤١).

وبين قضاء محكمة التمييز طبيعة الركن المعنوي في جريمة الترويج عبر الوسائل الإلكترونية وذلك في قرار لها جاء فيه "لم يكتفي المشرع بضرورة توافر القصد العام (العلم والإرادة) فقط بل استلزم إلى جانب ذلك قيام القصد الجنائي الخاص والمتمثل بأن يكون الهدف البعيد الذي أراده الجاني من الفعل هو تسهيل القيام بأعمال إرهابية أو دعم جماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية أو الترويج لأفكارها سواء تحقق ذلك أم لم يتحقق نحو دفع أشخاص

للاعتقاد بصحة عمل تلك الجماعات و الوقوف إلى جانبها بشتى السبل المادية كدعمها أو الالتحاق بها أو التعاطف معها أو المساهمة بنشر أفكارها وهو ما يستفاد من نص المادة (٣/ هـ) من قانون الارهاب^(٢١).
ثالثاً: العقوبة.

بين قانون منع الإرهاب وتعديلاته رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٦ عقوبة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية بحيث اعتبر ارتكاب هذا الفعل جنائية معاقباً عليها بالأشغال المؤقتة والتي تتراوح عقوبتها ما بين الوضع في الأشغال من ثلاث سنوات وحتى عشرين سنة، وذلك حسب ما ورد في المادة (٧/ ٢/ ج) والتي جاءت على النحو التالي: "يعاقب مرتكب الأفعال المنصوص عليها في الفقرات (أ) و (ب) و (ج) و (د) و (هـ) من المادة (٣) من هذا القانون بالأشغال المؤقتة ..."
المطلب الثاني المواجهة الموضوعية في التشريعات المقارنة:

تناولت مجموعة من التشريعات المقارنة الترويج عبر الوسائل الإلكترونية للإرهاب وجماعاته بالتجريم ومن هذه التشريعات التشريع الاماراتي والمصري والفرنسي لكل منها مذهبه في التجريم والتي سنعرض لها بصورة عامة.
أولاً: التشريع في الإمارات العربية المتحدة.
عالج المشرع الإماراتي جريمة الترويج والدعاية للإرهاب وذلك من خلال قانون جرائم

تقنية المعلومات رقم ٥ لسنة ٢٠١٢ وأكد على تجريم الترويج الإلكتروني للإرهاب وذلك في المادة (٢٦) منه والتي جاء فيها: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن مليون درهم ولا تجاوز مليوني درهم كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، وذلك لجماعة إرهابية أو أي مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة بقصد تسهيل الاتصال بقياداتها أو أعضائها، أو لاستقطاب عضوية لها، أو ترويج أو تحييد أفكارها، أو تمويل أنشطتها، أو توفير المساعدة الفعلية لها، أو بقصد نشر أساليب تصنيع الأجهزة الحارقة أو المتفجرات، أو أي أدوات أخرى تستخدم في الأعمال الإرهابية".

ومن خلال النص السابق يتضح لنا أن المشرع الإماراتي قد جرم مجموعة من الجرائم الإرهابية التي تستخدم الوسائل التكنولوجية ومنها الترويج أو تحييد أفكار جماعة إرهابية أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة.

وعاد المشرع الإماراتي في قانون مكافحة الإرهاب رقم ٧ لسنة ٢٠١٤ في المادة (٣٤/ ١) منه والتي أكدت أحكامها على ما يلي: "يعاقب بالحبس المؤقت الذي لا تزيد مدته على عشر سنوات كل من روج أو حفز بالقول أو الكتابة أو

بأي طريقة أخرى أو لأي تنظيم إرهابي أو شخص إرهابي أو جريمة إرهابية مع علمه بذلك "

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الإماراتي جرم الترويج أو التحفيز على الإرهاب بكافة وسائل الترويج سواء أكان قولاً أو كتابةً وأي وسيلة أخرى دون أن يتحدث بشكل صريح عن الترويج عبر الوسائل الإلكترونية إلا أن واقع النص يشمل تلك الحالات من الترويج.

كما أن المشرع الإماراتي قد جرم حيازة وأحرز محررات أو مطبوعات أو تسجيلات أياً كان نوعها تتضمن ترويحاً أو تحييداً لتنظيم إرهابي معدة للتوزيع أو لإطلاع الغير عليها مع علمه بذلك سواء أكان الحيازة بصفة دائمة أم مؤقتة.

ثانياً: التشريع المصري.

تناول المشرع المصري جريمة الترويج للأعمال الإرهابية وذلك في قانون مكافحة الإرهاب رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥^(٢٧)، وخصص لهذه الجريمة مادتين فتناولها في المادة ٢٨ والتي جاء فيها "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن خمس سنين كل من روج أو أعد للترويج بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لارتكاب أية جريمة إرهابية سواء بالقول أو الكتابة أو بأية وسيلة أخرى.

- ويعد من قبيل الترويج غير المباشر الترويج للأفكار والمعتقدات الداعية لاستخدام العنف

وذلك بأي من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة من هذه المادة.

- وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن سبع سنين إذا كان الترويج داخل دور العبادة أو بين أفراد القوات المسلحة أو قوات الشرطة أو في الأماكن الخاصة بهذه القوات.

- ويعاقب بذات العقوبة المقررة في الفقرة الأولى من هذه المادة كل من حاز أو أحرز أية وسيلة من وسائل الطبع أو التسجيل أو العلانية استعملت أو أعدت للاستعمال ولو بصفة وقتية بقصد طبع أو تسجيل أو إذاعة شيء مما ذكر."

ولم يقف المشرع المصري عند هذا الحد فقد خصص المادة (٢٩) لتجريم الترويج الإلكتروني للأعمال الإرهابية والتي جاء فيها "يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنين كل من أنشأ أو استخدم موقعاً على شبكات الاتصالات أو شبكة المعلومات الدولية أو غيرها بغرض الترويج للإرهاب أو المعتقدات الداعية إلى ارتكاب أعمال إرهابية أو لبث ما يهدف إلى تضليل السلطات الأمنية أو التأثير على سير العدالة في شأن أي جريمة إرهابية أو تبادل الرسائل وإصدار التكاليفات بين الجماعات الإرهابية أو المنتمين إليها أو المعلومات المتعلقة بأعمال أو تحركات الإرهابيين أو الجماعات الإرهابية في الداخل والخارج.

- ويعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنين كل من دخل بغير حق أو بطريقة غير مشروعة موقعاً إلكترونياً تابعاً لأية جهة حكومية بقصد الحصول على البيانات أو المعلومات الموجودة عليها أو الاطلاع عليها أو تغييرها أو محوها أو إتلافها أو تزوير محتواه الموجود بها وذلك كله بغرض ارتكاب جريمة من الجرائم المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة أو الإعداد لها".

إن استعراض المادتين أعلاه والمتعلقتين بالإرهاب يتضح لنا مجموعة من صور الترويج للإرهاب والتي جرمها المشرع المصري وهي على النحو التالي:

١. ففي المادة (٢٨) من قانون مكافحة الإرهاب جرم المشرع صور الترويج التالية وهي:

- جرم الترويج المباشر أو غير المباشر للأعمال الإرهابية واعتبر الترويج للأفكار الداعية للعنف من قبل الترويج غير المباشر.

- شدد المشرع عقوبة الترويج للأعمال الإرهابية وذلك عندما يتم الترويج في دور العبادة أو بين أفراد قوات الجيش أو الشرطة أو أي مكان متعلق بهذه القوات.

- كما جرم المشرع الحيازة حتى ولو كانت مؤقتة لأي من الوسائل المخصصة للترويج سواء أكانت أدوات طبع أو تسجيل أو العلانية.

٢. أما في المادة (٢٩) من ذات القانون فقد جرم المشرع المصري الترويج الإلكتروني للأعمال الإرهابية وتناول الصور التالية وهي:

- الترويج من خلال إنشاء أو استخدام شبكات الاتصالات أو موقع الإنترنت العالمي وذلك لتحقيق هدف الترويج للأفكار أو المعتقدات الداعية لارتكاب الأعمال الإرهابية أو لتضليل السلطات الأمنية أو لتبادل الرسائل أو التوجيهات بين الجماعات الإرهابية.

- كما جرم المشرع وشدد الدخول غير المشروع للمواقع الإلكترونية الحكومية وذلك للحصول على المعلومات والإطلاع عليها أو التغيير أو التزوير فيها بهدف الترويج للأعمال الإرهابية^(٤٤).

ويرى الباحث أن خطة المشرع المصري في تناول جريمة الترويج بصورة عامة والترويج الإلكتروني للأعمال الإرهابية جاءت محكمة ولم تترك أي صورة من صور الترويج إلا وتناولتها بالتجريم وإن ذلك يعود لكون الجمهورية العربية المصرية قد تعرضت للإرهاب وبصورة متكررة في الآونة الأخيرة.

ثالثاً: التشريع الفرنسي.

لقد عالج المشرع الفرنسي جريمة الترويج الإلكتروني للإرهاب وأطلق عليها مصطلح الإشادة بالإرهاب وذلك في المادة (٥ / ٢ / ٢٤١) من القانون عدد ٢٠١٦-٧٣١ المؤرخ ٣ يونيو

٢٠١٦ بشأن تعزيز مكافحة الجريمة المنظمة والإرهاب وتمويلها وتحسين كفاءة وضمانات الإجراءات الجنائية والتي جاء فيها "فعل التحريض المباشر على القيام بأعمال إرهابية أو القيام بنشر الدعاية والإشادة بهذه الأفعال يعاقب بعقوبة الحبس خمس سنوات والغرامة ٧٥,٠٠٠ ألف يورو وعندما ترتكب ، وترفع العقوبة إلى سبع سنوات والغرامة (١٠٠) ألف يورو عندما ترتكب هذه الأفعال عن طريق خدمات التواصل العمومية عبر الانترنت أو عن طريق الصحافة المكتوبة أو المسموعة أو التواصل العمومية عبر الانترنت فالأحكام الخاصة للقوانين التي تحكم هذه المحتويات هي التي تطبق فيما يتعلق بتقرير الأشخاص المسؤولين".

ومن خلال هذه المادة يتضح ما يلي:

١. إن المشرع الفرنسي لم يورد تعريفاً محدداً لفعل الإشادة بالإرهاب مما يجعل من هذا المصطلح فضفاضاً يشمل في طياته العديد من المعاني التي تحتمل الترويج والدعم المعنوي أو التأييد للإرهاب والجماعات الإرهابية.

إلا أنه يمكن أن تعرف الإشادة بأنه التعليق بشكل إيجابي بحث يحتوي هذا التعليق على تمجيد وتبرير علني للأعمال الإرهابية التي تم ارتكابها^(٤٥).

٢. لم يبين المشرع الفرنسي الطرق التي يمكن أن تقوم بها هذه الجريمة مكتفياً بالإحالة على قانون

الصحافة الفرنسي لبيان تلك الوسائل وذلك في المادة ٢٤/٦ من قانون ٢٩ يوليو ١٨٨١ والمتعلق بجريمة الصحافة بفرنسا.

وإن الفقه الفرنسي قد علق على هذه المادة من خلال الملاحظات التالية:

- إن النص الوارد في قانون الصحافة والذي تحدث عن التحريض والإشادة جاء مفصلاً في بيان الوسائل التي يمكن أن تتحقق من خلالها فعل الإشادة ، وذلك على خلاف النص الحالي الجديد فإنه لم يقف على الطرق الخاصة التي يمكن أن تقع بها هذه الجريمة مما يعني أن هذا النص عام وإن هذه العمومية تقود للتساؤل عن مدى تطابق هذا النص مع مبدأ الشرعية الإجرائية والذي يتطلب في النص الوضوح والصراحة والدقة^(٤٦).

- إن المادة الجديدة رقم (٥/٢ / ٤٢١) من القانون الجنائي الفرنسي لا تفرق بين التحريض المتبوع بأفعال والتحريض غير المتبوع بأفعال كما هو الحال في المواد (٢٣ - ٢٤) من قانون ٢٩ يوليو ١٨٨١ ونتيجة لذلك فإن النص الجديد يتضمن هذين النوعين من التحريض.

وإن تجريم الإشادة بالأعمال الإرهابية وفقاً لخطة المشرع الفرنسي تهدف لتحقيق الغايتين التاليتين وهما^(٤٧):

١. حظر الموافقة والتأييد للجريمة الإرهابية التي تم ارتكابها من قبل جماعات إرهابية.

٢. التجريم بهدف حظر نقل الأفكار الإرهابية الخبيثة للآخرين.

ولم يقف المشرع الفرنسي عند حدود تجريم فعل الإشادة بالأفعال الإرهابية بل زاد على ذلك وأقر مسألة الحجب الإداري والمنع من الدخول لمواقع الإنترنت التي تحرض أو تشيد بالأعمال الإرهابية.

الخاتمة:

نخلص في نهاية هذا البحث مجموعة من أهم النتائج والتوصيات التي توصل إليها بحث موضوع جريمة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية في التشريع الأردني دراسة مقارنة، وهي على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

١ - أن زمن العولمة التكنولوجية وتطور استخدام وسائل الإعلام المختلفة بما فيها مواقع الانترنت ومواقع التواصل الاجتماعي سهلت على التنظيمات الإرهابية استخدام هذه المنجزات العلمية لنشر سياستها وأيديولوجيتها الفكرية الإرهابية بين الناس وذلك عندما عجزت عن نشر ذلك الفكر الظلامي عبر المنصات والمنابر التقليدية لكونها أقل تغلغلاً وانتشاراً وتأثيراً على حياة الناس اليومية.

٢ - تبين من خلال الدراسة أن التشريع الأردني والتشريعات المقارنة التشريع الإماراتي والمصري قد تناولوا جريمة الترويج الإلكتروني

للجماعات الإرهابية من خلال قانون خاص يصدر لهذه الغاية وذلك على خلال المشرع الفرنسي الذي تطرق لتجريم هذا الفعل من خلال نصوص تم وضعها في نطاق قانون العقوبات .

٣ - تبين من خلال الدراسة أن المشرع الأردني وفي نص المادة (٣/هـ) من قانون منع الإرهاب تعرض لجناية الترويج الإلكتروني ودججه مع مجموعة من الأفعال الجرمية الإرهابية المرتبطة بالترويج مثل تقديم الدعم لجماعة أو تنظيم أو جمعية تقوم بأعمال إرهابية وأفعال أخرى غير مرتبطة بالترويج كجرم تسهيل القيام بأعمال إرهابية أو تمويل تلك الجماعات.

٤ - لم يتبنى المشرع الأردني في قانون منع الإرهاب تجريم حيازة مواد دعائية ترويجية إلكترونية مُعدة لتستخدم في الترويج وذلك على خلال ما أخذ به المشرع الإماراتي والمصري.

٥ - تبين من خلال البحث أن خطة المشرع المصري في تناول جريمة الترويج بصورة عامة والترويج الإلكتروني للأعمال الإرهابية جاءت محكمة ولم تترك أي صورة من صور الترويج إلا وتناولتها بالتجريم.

٦ - لم يقتصر دور المشرع الفرنسي عند حدود تجريم فعل الإشادة بالأفعال الإرهابية بل زاد على ذلك وأقر بوجوب اتباع سبل وقائية

للحد من الترويج الإلكتروني وذلك من خلال الحجب الإداري و المنع من الدخول لمواقع الإنترنت التي تخرّض أو تشيد بالأعمال الإرهابية

ثانياً: التوصيات:

وفي هذا الإطار يمكن لنا أن نرصد مجموعة من التوصيات التي يمكنها أن تدعم الجهود في مواجهة الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية وذلك على محورين هما:

١ - المحور الوقائي.

- ضرورة الانتباه لخطورة الترويج الإلكتروني والعمل على صياغة برنامج وطني يهدف لتفعيل دور المؤسسات التوعوية لنشر التوعية المضاد لعمليات الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية وذلك من خلال نشرها عبر المنصات الإلكترونية ، ويمكن تحقيق ذلك من خلال تصافر الجهود لمختلف المؤسسات الوطنية بما فيها الجهات الدينية والتعليمية والمراكز الشبابية.

- تعديل قانون منع الإرهاب وإضافة نص فيه يمكن أجهزة الدولة من حجب المواقع الإلكترونية المشبوهة التي تسعى للترويج للإرهاب وأفكاره المتطرفة.

- تطور تقنيات مراقبة شبكة الانترنت وتعزيز إجراءات الوقاية على المواقع الإلكترونية وذلك من خلال توفير وتطوير البرامج والأنظمة الإلكترونية لحماية الفضاء الإلكتروني من

عمليات الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية وإكتشافه مبكراً.

٢ - محور إنفاذ القانون .

- تعديل قانون منع الإرهاب وذلك بإضافة نصوص مستقلة لتجريم فعل الترويج الإلكتروني للجماعات الإرهابية وبصورة منفصلة عن باقي الأفعال المتعلقة بالإرهاب كسهيل القيام بأعمال إرهابية أو تمويل تلك الجماعات.

- تعديل قانون منع الإرهاب ذلك بإضافة نص يحرم حيازة مواد إلكترونية دعائية وترويجية مُعدة مسبقاً لكي تستخدم في الترويج للجماعات الإرهابية.

الهوامش:

(١) وضاح زيتون، المعجم السياسي، دار أسامة المشرق الثقافي، ط١، الأردن، ٢٠٠٦، ص ٢١.

(٢) عبد الوهاب الكيالي، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ج٧، بيروت، ١٩٩٤، ص ١٥٣.

(٣) أحمد ناصر أبو السعود، الإرهاب الإلكتروني، منشور على الموقع الإلكتروني، تم الاطلاع بتاريخ ١٢/١٢/٢٠١٨ .
(<https://political-encyclopedia.org/dictionary>)

(٤) Alix DESFORGES, “ Cyberterrorisme : quel périmètre ?”, Fiche de l'Irsem n° ١١, décembre ٢٠١١, p.٠٣.

(٥) DOROTHY E. DENNING, “ Cyber terrorism”, Global Dialogue, Autumn, ٢٠٠٠, p.١; John J. Klein, Detering and Dissuading Cyberterrorism , Journal of Strategic Security, Number ٤ Volume ٨, No. ٤: Winter ٢٠١٥, p.٢٤.

(٦) أيسر محمد عطية، دور الآليات الحديثة للحد من الجرائم المستحدثة وطرق مواجهته. محاضرة أقيمت بملتقى دولي بعنوان

(١٥) د. اسماء الجيوشي مختار، دور استخدام التنظيمات الإرهابية لمواقع التواصل الاجتماعي في إقناع الأفراد بأفكارهم، الندوة العلمية، الجزائر والمقامة في الفترة من ٢٦-٢٨ /٨/ ٢٠١٤، ص ٨٢.

(١٦) د. ماريّا حسن ملا خاطر، الاطار القانوني لجريمة الإرهاب الإلكتروني، مجلة جامعة ناصر، العدد ٥، المجلد ١، يناير ٢٠١٥، ص ١٣٧.

(١٧) د. حسام محمد نبيل، تجنيد الإرهابيين عبر مواقع التواصل الاجتماعي، ورقة عمل في ورشة الأيام العربية للأمن السيبراني: أفق التعاون لحماية الفضاء السيبراني المتعددة في الفترة من ٢٥/١١/٢٠١٥ - ١/١٢/٢٠١٥، جامعة الدول العربية، بيروت، ص ١١.

(١٨) د. ياسر أحمد بلر، مرجع سابق، ص ١٥.

(١٩) حسنين المحمدي بوادي، الإرهاب الدولي بين التجريم والمكافحة، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٣.

(٢٠) د. ياسر أحمد بلر، مرجع سابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٢١) د. هائل ودعان الدعجة، استغلال وسائل الاعلام والاتصال في نشر الإرهاب، مقال منشور في الصحيفة الالكترونية لوكالة عمون الإخبارية، بتاريخ ٣١/١٢/٢٠١٦، على موقعها. www.ammonnews.net، تم الاطلاع عليه بتاريخ ٧/١١/٢٠١٨.

(٢٢) علي عدنان الفيل، جريمة الاحتيال عبر البريد الالكتروني دراسة مقارنة، مجلة الكويت، عدد ٢، مجلد ٣٦، يونيو ٢٠١٢، ص ٥٧٥-٥٧٦.

(٢٣) حسنين المحمدي بوادي، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٢٤) أسامة جابر دودح، جريمة الإرهاب الإلكتروني في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الأردن، ٢٠١٦، ص ٧١.

(٢٥) د. حسام محمد نبيل، مرجع سابق، ص ٢١-٢٢.

الجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحولات الإقليمية والدولية، أيام ٠٢-٠٤/٠٩/٢٠١٤، ص ٩٠.

(٧) إيهاب شوقي، الإرهاب الإلكتروني وجرائمه، من الموقع: <http://www.anntv.tv/new/showsubject.aspx?i=121062>، تم الاطلاع عليه بتاريخ ٢٨-١٠-٢٠١٨.

(٨) Patrick CHAMBT, cyber terrorism. <http://www.chambet.com/publications/Cyberterrorisme.pdf>. ٢٨/١٠/٢٠١٨.

(٩) د. مايا حسن ملا خاطر، الإطار القانوني لجريمة الإرهاب الإلكتروني، مجلة جامعة ناصر، العدد ٥، المجلد ١، يناير ٢٠١٥، ص ١٣٣.

(١٠) محمد عبدالله المشاوي، جرائم الانترنت من منظور شرعي وقانوني، مطبعة جامعة الملك فهد، الرياض، ١٤٢٣ هـ، ص ١١.

(١١) د. ذياب البدينة، جرائم الحاسب الدولية، بحث مقدم إلى أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، السعودية، الرياض، ١٩٩٨، ص ١٢.

(١٢) مصطفى عبد الكريم، تسويق الخطاب الإرهابي، مقال متاح على صحيفة الزمان، منشور بتاريخ ٣٠/٥/٢٠١٧، موقع www.azzaman.com، اطلع عليه بتاريخ ٧/١١/٢٠١٨.

(١٣) د. ياسر أحمد بلر، أثر وسائل الاعلام في الترويج لظاهرة الإرهاب وتداعياته على المجتمع، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر الرابع لكلية الحقوق جامعة طنطا والمنعقد في الفترة ٢٣-٢٤/٤/٢٠١٧، ص ٢١.

(١٤) إسراء طارق جواد الجابري، جريمة الإرهاب الإلكتروني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، العراق، ٢٠١٢، ص ٩٧.

- (٢٦) إيمان بن سالم ، جريمة التجنيد الإلكتروني للإرهاب وفقاً لقانون العقوبات الجزائري ، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية ، برلين ، ألمانيا ، ٢٠١٧ م ، ص ٢٧.
- (٢٧) د. سامي حمدان الرواشدة ، الأدلة المتحصلة من مواقع التواصل الاجتماعي ودورها في الإثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، مجلة الدولية للقانون ، عدد ١٨ / jan / ٢٠١٨ ، ص ٥.
- (٢٨) الموسوعة الحرة ، على الموقع <https://ar.wikipedia.org/> تم الاطلاع بتاريخ ٢٠١٨ / ١٢ / ٣٠.
- (٢٩) إيمان بن سالم ، مرجع سابق ، ص ٢٩.
- (٣٠) خبر صحفي منشور في جريدة العربية في موقعها الإلكتروني www.alarabya.net والمنشور بتاريخ ٥ / أبريل / ٢٠١٨ وتم الاطلاع عليه بتاريخ ١٣ / ١١ / ٢٠١٨.
- (٣١) الموسوعة ، مرجع سابق ، تاريخ الاطلاع ٢٠١٨ / ١١ / ١٤.
- (٣٢) الموسوعة ، مرجع سابق ، الاطلاع بتاريخ ٢٠١٨ / ١١ / ١٤.
- (٣٣) د. نظام المجالي ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار الثقافة ، ٢٠٠٥ م ص ٢٣٥.
- (٣٤) أسامة جابر دودح ، مرجع سابق ، ص ٦٣.
- (٣٥) قرار محكمة التمييز الأردنية - جزاء رقم ٢٠١٩ / ١٢٩٩ ، هيئة عادية ، بتاريخ ٢٠ / ٦ / ٢٠١٩ ، منشورات مركز عدالة.
- (٣٦) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٨ / ٣٥٠ ، بتاريخ ٢٠١٨ / ٢ / ١ ، هيئة عامة ، منشورات مركز عدالة.
- (٣٧) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٩ / ١٢٩٨ ، هيئة عادية ، تاريخ ٢٠١٩ / ٧ / ١٥ ، منشورات قسطاس.
- (٣٨) قرار محكمة التمييز الاردنية/ جزاء رقم ٢٠١٨ / ١٨٣٤ ، هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨ / ٧ / ١١ ، منشورات مركز عدالة.
- (٣٩) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، ط ٦ ، ص ٢٧٧.
- (٤٠) د. نظام المجالي ، مرجع سابق ، ص ٢١٧.
- (٤١) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٩ / ١٤٥٤ ، هيئة عادية ، بتاريخ ٢٠١٩ / ٧ / ١٥ ، منشورات قسطاس.
- (٤٢) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٢٠١٩ / ١٧٣٨ ، هيئة عادية ، بتاريخ ٢٠١٩ / ٧ / ١٥ ، منشورات قسطاس.
- (٤٣) قانون مكافحة الإرهاب المصري رقم ٩٤ لسنة ٢٠١٥ المنشور في الجريدة الرسمية عدد ٣٣ (مكرر) الصادرة في ١٥ أغسطس سنة ٢٠١٥ السنة الثانية والخمسون.
- (٤٤) انظر د. ياسر أحمد بلر ، مرجع سابق ، ص ٢٢.
- (٤٥) William LAURENT, "LE DELIT D'APOLOGIE DU TERRORISME : ENTRAVE JUSTIFIÉE À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ? " , LE JOURNAL DES ACCIDENTS ET DES CATASTROPHES (J A C), VENDREDI ٧ DÉCEMBRE ٢٠١٨, P.٢.
- (٤٦) Bertrand DE LAMY , DES ACTES AUX PAROLES ; DES PAROLES AUX ACTES(À PROPOS DES DELITS D'APOLOGIE ET DE PROVOCATION TERRORISTES) .P.٤٦٩ http://publications.ut-capitole.fr/23202/1/Lamy_23161.pdf.
- (٤٧) Thomas Besse, La pénalisation de l'expression publique, Droit. Université de Limoges, ٢٠١٨. Français.p.٥٢ http://publications.ut-capitole.fr/23202/1/Lamy_23161.pdf.

مرويات ابن هشام في أسباب النزول من خلال كتابه (سيرة ابن هشام)
من السنة الثالثة إلى العاشرة للبعثة

د. محمد خير العيسى**

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/١١/٣ م

د. الليث صالح العتوم*

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٧/٩ م

الملخص

إن ابن هشام كان له اهتمام كبير في علوم القرآن وتفسيره، وذلك من خلال عرضه لها في كتابه السيرة النبوية، ومن هذه العلوم علم أسباب النزول، حيث أفاض فيها الكلام، وذكر روايات ابن إسحاق فيما نزل من القرآن، على حسب الورد التاريخي. وقد اخترت الفترة المكية؛ لبيان أسباب النزول عنده، وحددت الفترة من السنة الثالثة إلى العاشرة للبعثة، وقسمتها إلى مبحثين، الأول: في الآيات الواردة في إيذاء المشركين للنبي ﷺ والثاني: في الآيات الواردة في مناقشة ومحاوره النبي ﷺ لأهل مكة، وأوردت الروايات التي ذكرت فيها، وناقشتها، ثم قمت بالترجيح بين هذه الروايات. إن لابن هشام إسهامات كبيرة في علوم القرآن، فجعل من كتابه السيرة النبوية مرجعاً لفهم بعض نصوص القرآن، ولم يهتم كثيراً بالإسناد في روايات سبب النزول، وذلك لمنهجه التاريخي في عرض أحداث السيرة النبوية، فتجد كثيراً من روايات سبب النزول غير صحيحة. كلمات مفتاحية: أسباب النزول، ابن هشام، السيرة النبوية، علوم القرآن.

* أستاذ مشارك، قسم أصول الدين، كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة العلوم الإسلامية العالمية

** أستاذ مساعد، قسم أصول الدين، كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Ibn Hisham's narrations on the causes of the revelation through his book (Biography of Ibn Hisham) from the third to the tenth year of the mission

Abstract

Ibn Hisham had a great interest in the sciences of the Qur'an and its interpretation, by presenting it in his book The Biography of the Prophet, and among these sciences the reasons of descent, where he expanded the speech, and reported the stories of Ibn Ishaq in the descent from the Qur'an, according to descent order

I have chosen the Makkah period to explain his causes of descent, and set the period from the third year to the tenth of the mission, and divided it into two sections, the first: in the verses contained the harming of the polytheists against the Prophet peace be upon him, and the second: in the verses contained the discussion and dialogue of the Prophet peace be upon him to the people of Makkah, and I reported the novels that have been mentioned, and I discussed them, and then I made the weight between these novels .

Ibn Hisham has great contributions to the sciences of the Qur'an. He made his book, Biography of the Prophet, a reference for understanding some of the verses of the Qur'an. He did not care much about attributing the narration of the reason of descent, due to his reporting approach in presenting the events of the Prophet's biography, so you find many novels of the reason of descent are incorrect

Keywords: Reasons of descent, Ibn Hisham, Biography of the Prophet, Sciences of the Qur'an.

المقدمة:

بعث رسوله صلوات الله عليه وسلامه رحمة
للعالمين، ليخرج الناس من الظلمات إلى النور،
وأُنزل عليه القرآن العظيم، ليبلغ الناس، ويبين لهم
ما نزل إليهم، قال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ
لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [النحل:

إن الحمد لله نحمده ونستغفره ونستهديه،
ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا،
من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي
له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له،
وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ﷺ، ويعد: فإن الله

[٤٤]، فقام الرسول ﷺ بهذه المهمة الشريفة خير قيام، وعلى أحسن وجه.

ومن الكتب والمؤلفات الكثيرة التي كتبت ودونت سيرة الرسول ﷺ وحياته: كتاب ابن هشام في السيرة النبوية، وتسمى سيرة ابن هشام، وكان لكتابته هذا شهرة كبيرة، واهتمام عند العلماء والناس، وقد ضمّن فيه أسباب نزول بعض الآيات والسور القرآنية، وذكر فيها من الأخبار والروايات دون أن يذكر سندها أحياناً، أو يبين صحتها أخرى.

وهذا البحث عرض وتحليل لأسباب النزول عند ابن هشام لتلك الروايات التي ذكرها في سبب نزولها، من السنة الثالثة إلى السنة العاشرة للبعثة.

أسباب اختيار البحث وأهميته: تتمثل فيما يلي:

١. اهتمام ابن هشام بعلوم القرآن الكريم في كتابه السيرة النبوية، ومن ضمنها أسباب النزول.
٢. التوسع في العلوم المتعلقة بالقرآن الكريم، وخاصة علم أسباب النزول.
٣. القيمة العلمية التي تضمنتها الروايات في أسباب النزول عند ابن هشام.
٤. أهمية أسباب النزول في فهم النص القرآني، كما أن وضع النص في سياقه التاريخي يعين على تحديد المراد منه بشكل دقيق.

أهداف البحث: يتوقع في هذا البحث أن يحقق الأهداف التالية:

١. بيان المنهج العام الذي سار عليه ابن هشام في كتابه السيرة النبوية.
٢. مناقشة الروايات التي وردت في كتاب ابن هشام في أسباب النزول، وبيان الراجح منها.
٣. تسليط الضوء على أسباب النزول عند ابن هشام وإظهارها في بحث مستقل وذلك بتتبع الروايات وتحليلها والترجيح بينها إذا تعددت تلك الروايات.

مشكلة البحث وأسئلته: تدور مشكلة

البحث حول السؤال الرئيس التالي: هل أسباب النزول عند ابن هشام في كتابه السيرة النبوية من السنة الثالثة إلى العاشرة للبعثة يمكن توظيفها في خدمة السيرة النبوية الشريفة لزيادة الثقة على الرغم من تساهل أهل السير في ضبط الروايات التاريخية؟ ومنه تنبثق الأسئلة التالية:

١. ما الروايات التي وردت عند ابن هشام في سبب نزول الآيات المتعلقة بإيذاء كفار قريش للنبي ﷺ؟ وما الراجح منها؟
٢. ما الروايات التي وردت عند ابن هشام في سبب نزول الآيات المتعلقة بمناقشة النبي ﷺ ومحاورته لأهل قريش، وفي دعوته لهم؟

المنهج المستخدم في البحث: يسير البحث وفق

المنهج الاستقرائي التام وذلك من خلال تتبع كافة الروايات التي أوردها ابن هشام رحمه الله

وهو من عنوانه يختلف عن بحثي، ولا يتطرق لموضوع أسباب النزول.

خطة البحث: تتكون خطة البحث من مقدمة وتمهيد ومبحثين وخاتمة، كما يلي:

المقدمة؛ التمهيد:

- **المبحث الأول:** أسباب النزول في إيذاء كفار قريش للنبي ﷺ، وفيه:

- **المطلب الأول:** أبو لهب وامراته، وما أنزل الله فيهما.

- **المطلب الثاني:** إيذاء أمية بن خلف.

- **المطلب الثالث:** إيذاء العاص بن وائل السهمي.

- **المطلب الرابع:** إيذاء أبي جهل.

- **المطلب الخامس:** إيذاء النضر بن الحارث.

- **المطلب السادس:** إيذاء الأخنس بن شريق.

- **المطلب السابع:** أبي بن خلف وعقبة بن أبي معيط، وما أنزل الله فيهما .

- **المطلب الثامن:** تهكم المشركين بمن من الله عليهم، ونزول آيات في ذلك .

- **المطلب التاسع:** مقالة العاص بن وائل في الرسول ﷺ، ونزول سورة الكوثر.

- **المطلب العاشر:** مقالة الوليد وصحبه ونزول آية (ولقد استهزئ برسل من قبلك).

والمعلقة بأسباب النزول في كتابه السيرة النبوية من السنة الثالثة إلى العاشرة للبعثة، وعرض هذه الروايات بحسب الترتيب التاريخي الذي يتناغم مع التسلسل التاريخي في بيان سيرة النبي ﷺ والمنهج التحليلي الاستنباطي، وذلك من خلال بيان الصحيح منها والضعيف، ومقارنة ذلك مع تفاسير العلماء وأقوالهم فيها ، والترجيح بينها إن أمكن.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتقصي لم أجد دراسة بنفس عنوان بحثي، إلا أنني وجدت دراسات متعلقة بها، وهي:

١. أقوال ابن هشام المعافري في التفسير من خلال كتابه السيرة النبوية، الجزء الثالث والرابع (جمعاً ودراسة)، وهو بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في التفسير وعلوم القرآن، من إعداد الطالب عبدالله عبده نعمان العواضي، وإشراف الدكتور يوسف إبراهيم البدري، عام ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م، وهو يختلف عن بحثي في أنه تناول الأجزاء المتعلقة بالأحداث بعد الهجرة وبحثي يتناول حقبة زمنية مختلفة وهي قبل الهجرة.

٢. ابن هشام ومنهجه في السيرة، وهو بحث محكم نشر في المجلة الأردنية للتاريخ والآثار، المجلد الخامس، العدد الثالث، عام ٢٠١١ م، من إعداد الباحث هايل ماضي هلال البري.

البحث الثاني: أسباب النزول في مناقشات النبي ﷺ ومحاورته لأهل مكة، وفي دعوته لهم، وفيه:

- المطلب الأول: مقالة ابن الزبيري وما أنزل الله في ذلك.

- المطلب الثاني: الوليد بن المغيرة وما أنزل الله تعالى فيه.

- المطلب الثالث: أبي بن خلف وما أنزل الله فيه.

- المطلب الرابع: الأسود والوليد وأمّية والعاص وسبب نزول سورة ﴿قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ [الكافرون: ١].

- المطلب الخامس: أبو جهل وما أنزل الله فيه.

- المطلب السادس: ابن أم مكتوم ونزول سورة (عبس).

- المطلب السابع: أمر وفد النصاري الذين أسلموا.

- المطلب الثامن: ادعاء المشركين على النبي ﷺ بتعليم (جبر) له وما أنزل الله فيه.

- المطلب التاسع: مقالة زمعة وصحبه ونزول (آية وقالوا لولا أنزل عليه ملك).

الخاتمة، وفيها أهم النتائج.

التمهيد:

تعتبر سيرة ابن هشام من أهم المراجع في سيرة النبي ﷺ وكل من أراد أن يدرس السيرة العطرة فلا بد له من الرجوع إليها وذلك لأنها أكثر كتب السير وثوقاً.

أولاً: التعريف بابن هشام^(١): هو عبد الملك بن هشام بن أيوب أبو محمد الذهلي، العلامة النحوي، الأخباري السدوسي، وقيل الحميري المعافري البصري، نزيل مصر، له مصنف في أنساب حمير وملوكها، وأشهر كتبه السيرة النبوية، رواه عن ابن إسحاق، توفي سنة مائتين وثمانية عشر للهجرة^(٢).

قال القفطي: "كان ثقة... وهذه السيرة التي يرويها عن ابن إسحاق قد هذب منها أماكن مرة بالزيادة، ومرة بالنقصان، وصارت لا تعرف إلا بسيرة ابن هشام"^(٣).

وله اهتمام بالغ في اللغة، فقد قال الدارقطني: "قدم علينا الشافعي، وكان بمصر عبد الملك بن هشام صاحب (المغازي)، وكان علامة أهل مصر بالعربية والشعر، فقبل له في المسير إلى الشافعي فتناقل، ثم ذهب إليه، فقال: ما ظننت أن الله يخلق مثل الشافعي"^(٤).

ثانياً: التعريف بابن إسحاق: هو "محمد بن إسحاق بن يسار بن خيار الأخباري، وقيل: ابن كوثران، العلامة، الحافظ، الأخباري، وكان جده يسار من سبي عين التمر"^(٥).

إسحاق الناس يشتهون حديثه، وكان يُرمى بغير نوع من البدع^(١٦). وقد رد الخطيب البغدادي هذه المطاعن بأنهم كانوا يطعنون عليه بشيء من غير جنس الحديث^(١٧)، وسماعه من أهل الكتاب لا يعد قدحاً في كل رواياته^(١٨).

والراجع: ما ذكره البخاري بأنه يحتاج بحديثه^(١٩)، قال ابن عدي: "ولو لم يكن لابن إسحاق من الفضل إلا أنه صرف الملوك عن الاشتغال بكتب لا يحصل منها شيء، إلى الاشتغال بمغازي رسول الله ﷺ ومبعثه، ومبتدأ الخلق؛ لكانت هذه فضيلة سبق بها"^(٢٠).

ثالثاً: منهج ابن هشام في السيرة النبوية:

يتمثل منهجه في تفسير الآيات القرآنية، التي وردت في كتابه كما يلي:

١. تفسير القرآن بالقرآن، فعندما فسر قوله تعالى: ﴿أَجْعَلِ الْاِلَهَةَ الْاِلَٰهَةً اِلٰهًا وَحِدًا اِنْ هَذَا الشَّيْءُ عَجَبٌ﴾ [ص: ٥] قال: "يعنون النصارى لقولهم: ﴿لَقَدْ كَفَرَ الَّذِينَ قَالُوا اِنَّ اِلٰهَنَا ثَلَاثَةٌ﴾" [المائدة: ٧٣].

٢. تفسير القرآن بالسنة، حيث يستشهد بالسنة النبوية في تفسيره للآيات، ولتوضيح المعنى، يسند الحديث أحياناً، ولا يسند أخرى، كالحديث الذي ذكره في معنى الكوثر.

٣. أحياناً يحدد اسم الشخص الذي يذكره ابن إسحاق معقباً له.

ولد ابن إسحاق سنة ثمانين، ورأى أنس بالمدينة وسعيد بن المسيب، فهو من التابعين، أما وفاته فالأقوال فيها محصورة بين سنة ١٥٠ و١٥٣ هـ، لا تكاد تعدو هذه السنين الأربع^(٢١).

إن المتتبع لأخبار الرواة عن ابن إسحاق يجدهم بين فريقين، فريق مآدح له، وفريق قاذح فيه وفي رواياته، ومن الفريق الأول الذهبي، حيث يقول فيه: "وهو أول من دون العلم بالمدينة، وذلك قبل مالك وذويه، وكان في العلم بجرأ عجاجاً، ولكنه ليس بالمجود كما ينبغي"^(٢٢)، وقال ابن المديني: "عن الزهري قال: لا يزال بالمدينة علم ما بقي هذا - عني: ابن إسحاق"^(٢٣)، وقال ابن سعد: "كان ابن إسحاق أول من جمع مغازي رسول الله ﷺ، وخرج من المدينة قديماً، فلم يرو عنه أحد منهم، غير إبراهيم بن سعد، وكان مع العباس بن محمد بالجزيرة، وأتى أبا جعفر بالحيرة، فكتب له المغازي"^(٢٤)، وذكر الخطيب عن الشافعي فقال: "من أراد أن يتبحر في المغازي، فهو عيال على محمد بن إسحاق"^(٢٥).

ومن الفريق الثاني الإمام مالك بن أنس وهشام بن عروة بن الزبير، وهما يكادان يخرجان من حظيرة المحدثين، أهل الصدق والثقة، ولا يدخران وسعاً في اتهامه بالكذب والدجل، وأنه مدلس ويقول بالقدر والتشيع، والخطأ في الأنساب^(٢٦)، قال أبو إسحاق الجوزجاني: "ابن

المبحث الأول: أسباب النزول في إيذاء كفار قريش للنبي ﷺ.
المطلب الأول أبو لهب وامرأته، وما أنزل الله فيهما:

قال ابن هشام: "عمه أبو لهب بن عبدالمطلب، وامرأته أم جميل بنت حرب بن أمية، حمالة الخطب؛ لأنها كانت - فيما بلغني - تحمل الشوك فتطرحه على طريق رسول الله ﷺ حيث يمر، فأنزل الله تعالى فيهما ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ ۝ مَا أَغْنَىٰ عَنْهُ مَالُهُ وَمَا كَسَبَ ۝ سَيَصْلَىٰ نَارًا ذَاتَ لَهَبٍ ۝ وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْخَطْبِ ۝ فِي جِيدِهَا حَبْلٌ مِّن مَّسَدٍ﴾ [المسد: ١-٥]."

قال ابن إسحاق: وحدثت أنه كان يقول في بعض ما يقول: يعدني محمد أشياء لا أراها، يزعم أنها كائنة بعد الموت، فماذا وضع يدي بعد ذلك، ثم ينفخ في يديه، ويقول: تباً لكما، ما أرى فيكما شيئاً مما يقول محمد، فأنزل الله تعالى فيه: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ ۝﴾^(١٨).

روايات سبب النزول ومناقشتها:

الأولى: روى البيهقي بسنده: عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْخَطْبِ﴾ قال: "كانت تحمل الشوك فتطرحه على طريق النبي ﷺ ليعقره وأصحابه، ويقال: ﴿حَمَّالَةَ الْخَطْبِ﴾ نقالة الحديث"^(١٩).

٤. يغلب على رواياته الإبهام في السند، فيقول عند إيرادها: (فيما بلغني)، (فذكر لي)، (ونزل فيما يذكرون).

٥. يعرف سبب النزول بأنه ما نزل قرآن بشأنه وقت وقوعه كحادثة أو سؤال وله صيغتان: صريحة، وهي ما صرح فيها الراوي بسبب النزول، ومحتملة وهي ما لم يصرح بالسبب.

والصيغ التي ذكرها في أسباب النزول منها: ما هو صريح السبب ومنه كثير، ومنها ما هو محتمل لذلك، ومنها ما لا يعد سبباً للنزول، وإنما روايات تفسيرية.

٦. ما تميز به ابن هشام هو أنه ربط بين أسباب النزول ووقائع السيرة من خلال تسلسلها التاريخي.

٧. وبهذا يتضح: أن ابن هشام تساهل في ذكر بعض مصادره، ولم يفصح عنها، واستخدم صيغاً مبهمه، وذلك لأنه يروي أخباراً تاريخية لا يترتب على أكثرها أحكاماً شرعية.

إن عدم اهتمامه بالإسناد يعود إلى تكوينه العلمي، فهو نحوي ولغوي وعالم بالمغازي، ولم يكن محدثاً مختصاً بآقاي المحدثين^(٢٠).

وهذه الرواية لم تصرح بسبب النزول، بالإضافة إلى أن الرواية ضعيفة؛ بسبب ضعف الإسناد، فهي من طريق العوفيين^(٣١).

الثانية: روى الحاكم بسنده عن زيد بن أرقم قال: لما نزلت ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾ قال: فقيل لامرأة أبي لهب: إن محمداً قد هجأك، فأنت رسول الله ﷺ وهو جالس في الملاء، فقالت: يا محمد على ما تهجونني؟ قال: فقال: إني والله ما هجوتك، ما هجأك إلا الله، قال: فقالت: هل رأيته أحمل حطباً، أو رأيته في جيدي حبلاً من مسد؟ ثم انطلقت... قال الحاكم: هذا حديث صحيح كما حدثناه هذا الشيخ، إلا أنني وجدت له علة^(٣٢).

والظاهر من الرواية أن امرأة أبي لهب تستنكر أنها كانت تحمل الخطب، أو أن في جيدها جبل من مسد، قال البخاري: وقال مجاهد: حمالة الخطب: تمشي بالنميمة، أي تنم وتحرش على المسلمين، أو أنها كانت تضع الشوك في طريق النبي ﷺ وطريق المسلمين^(٣٣)، وقال البغوي: "والخاطب يعبر بالنمام، لقولهم لمن وشى: إنه يحطب عليه"^(٣٤).

الثالثة: روى أبو نعيم الأصبهاني بسنده عن ابن عباس نحو رواية ابن إسحاق^(٣٥)، والرواية إما منكر الحديث لين، أو ضعيف ليس بثقة، أو متروك يضع الحديث^(٣٦).

قال السهيلي: "هذا الذي ذكره ابن إسحاق يشبه أن يكون سبباً لذكر الله سبحانه يديه، حيث يقول: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾"^(٣٧).

الرابعة: روى البخاري بسنده عن ابن عباس قال: "لما نزلت ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤].

صعد النبي ﷺ على الصفا، فجعل ينادي: يا بني فهر، يا بني عدي - لبطون قريش - حتى اجتمعوا، فجعل الرجل إذا لم يستطع أن يخرج أرسل رسولاً لينظر ما هو، فجاء أبو لهب وقريش، فقال: أرايتكم لو أخبرتكم أن خيلاً بالوادي تريد أن تغير عليكم أكنتم مصدقي؟ قالوا: نعم، ما جربنا عليك إلا صدقاً، قال: فإني لكم بين يدي عذاب شديد، فقال أبو لهب: تباً لك سائر اليوم، ألهذا جمعتنا؟ فنزلت: ﴿تَبَّتْ يَدَا أَبِي لَهَبٍ وَتَبَّ﴾"^(٣٨).

الراجح: رواية البخاري في سبب نزول سورة المسد؛ لأنها في الصحيح، والروايات الأخرى لم تسلم من الضعف، أو أنها روايات تفسيرية^(٣٩).

المطلب الثاني إيذاء أمية بن خلف:

قال ابن هشام: "وأمية بن خلف بن وهب بن حذافة بن جمح، كان إذا رأى رسول الله ﷺ همزه ولمزه، فأنزل الله تعالى فيه: ﴿وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ﴾^(١) الَّذِي جَمَعَ مَا لَا وَعَدَدَهُ^(٢)، يَحْسَبُ أَنَّ مَالَهُ أَخْلَدَهُ^(٣)، كَلَّا لَيُنْبَذَنَّ فِي الْحُطَمَةِ^(٤) وَمَا

أَدْرَكَ مَا لَحِطْمَةُ ۖ نَارُ اللَّهِ الْمَوْقَدَةُ ۖ الَّتِي تَطْلُعُ
عَلَى الْأَفْقَدَةِ ۖ إِنَّهَا عَلَيْهِمْ مُّوَصَّدَةٌ ۖ فِي عَمَدٍ مُمَدَّدَةٍ
﴿الهمزة: ١-٩﴾ [٣٩].

روايات سبب النزول ومناقشتها:

الأولى: ذكرها ابن هشام، وهي تنص على نزول سورة الهمزة كاملة، وعلى أنها أنزلت في أمية بن خلف، ولم يذكر لها سند.

الثانية: روى وكيع بسنده عن ابن عمر: "... وقيل له: نزلت هذه الآية في أصحاب محمد ﷺ ﴿وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ﴾؟ فقال ابن عمر: ما عنينا بها، وما عنينا بعشر القرآن" [٣٠].

الثالثة: روى ابن أبي الدنيا بسنده عن أبي الجوزاء قال: "قلت لابن عباس أخبرني من هذا الذي نذبه الله بالويل فقال ﴿وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ﴾؟ قال: هو المشاء بالنميمة، المفرق بين الإخوان، والمغري بين الجميع" [٣١]، وجواب ابن عباس هو من باب التفسير والتأويل، وليس سبباً لنزول الآية.

الرابعة: روى ابن أبي حاتم: "عن ابن إسحاق عن عثمان بن عمر قال: ما زلنا نسمع أن ﴿وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ﴾ ليست بمحاجة أحد، نزلت في جميل بن عامر، وعن السدي: قوله ﴿وَيْلٌ لِّكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ﴾ في الأخنس بن شريق" [٣٢].

الراجح: أنه لم يرد سبب نزول مباشر من طريق ثابت أو صحيح في نزول السورة كاملة كما ذكرها ابن هشام، أو الآية الأولى منها كما ذكر غيره، والمفسرون ذكروا أقوالاً مختلفة فيمن نزلت على التحديد، والصواب أن يقال: إن الله عم بالقول كل همزة لمزة لمن كانت تلك صفته.

المطلب الثالث إيذاء العاص بن وائل السهمي:

قال ابن هشام: "كان خباب بن الأرت صاحب رسول الله ﷺ قتيلاً بمكة يعمل السيوف، وكان قد باع العاص بن وائل سيوفاً عملها له، حتى كان له عليه مال، فجاءه يتقاضاه، فقال له: يا خباب، أليس يزعم محمد صاحبكم هذا الذي أنت على دينه أن في الجنة ما ابتغى أهلها من ذهب أو فضة أو ثياب أو خدم؟ قال خباب: بلى، قال: فأنظرنى إلى يوم القيامة يا خباب؛ حتى أرجع إلى تلك الدار فأقضيك هنالك حقك، فوالله لا تكون أنت وصاحبك يا خباب أثر عند الله مني، ولا أعظم حظاً في ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتَ الَّذِي كَفَرَ بِآيَاتِنَا وَقَالَ لَأُوتِينَ مَالًا وَوَلَدًا ۖ أَطْلَعَ الْغَيْبَ أَمْ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا ۖ﴾ [٣٣] كَلَّا سَنَكْتُبُ مَا يَقُولُ وَنَمُدُّهُ مِن الْعَذَابِ مَدًّا ۖ وَرَبُّهُ مَا يَقُولُ وَيَأْتِينَا فَرْدًا ۖ [مريم: ٧٧-٨٠] [٣٣].

روايات سبب النزول ومناقشتها:

الأولى: روى البخاري بسنده عن خباب قال: كنت قيناً في الجاهلية، وكان لي على العاص بن وائل دين، فأتيته أتقاضاه، قال: لا أعطيك حتى تكفر بمحمد ﷺ، فقلت: لا أكفر حتى يمينك الله ثم تبعث، قال: دعني حتى أموت وأبعث، فسأوتني مالاً وولداً فأقضيك، فنزلت: ﴿أَفَرَأَيْتَ الَّذِي كَفَرَ بِآيَاتِنَا وَقَالَ لَأُوتِيَنَّ مَالاً وَوَلَدًا ۗ أَطَّلَعَ الْغَيْبَ أَمِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا ۚ﴾^(٣٤).

الثانية: روى الواحدي عن الكلبي ومقاتل سبب النزول نفسه في هذه الآيات، لكن المتن يختلف عما في الصحاح، وبدون إسناد^(٣٥).

الثالثة: روى الطبري روايات في سبب النزول، ولكنها مرسلة عن التابعين، وذكر رواية لا تنص على أن الصحابي هو خباب، بل جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ وليس فيها تصريح باسم الصحابي.

الرابعة: روى ابن كثير بسنده نحو رواية الطبري^(٣٦).

الخامسة: ذكر الماوردي أنه اختلف فيمن نزلت هذه الآيات، على قولين: أحدهما في العاص بن وائل، والثاني في الوليد بن المغيرة، وهي أقوال لهم بدون ذكر الإسناد^(٣٧).

الراجح: هي رواية البخاري ومسلم، لأنها مدونة في الصحاح، والصحيح مقدم.

المطلب الرابع إيذاء أبي جهل:

قال ابن هشام: "ولقي أبو جهل بن هشام رسول الله ﷺ - فيما بلغني - فقال له: والله يا محمد، لنترك سب آلهتنا، أو لنسبن إلهك الذي تعبد، فأنزل الله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ۚ كَذَلِكَ زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُمْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [الأنعام: ١٠٨]، فذكر لي أن رسول الله ﷺ كف عن سب آلهتهم، وجعل يدعوهم إلى الله^(٣٨).

روايات سبب النزول ومناقشتها:

الأولى: روى الطبري بسنده عن ابن عباس: "قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ قال: قالوا: يا محمد، لتنتهين عن سب آلهتنا، أو لنهجون ربك، فنهاهم الله أن يسبوا أو ثأنهم، فیسبوا الله عدواً بغير علم^(٣٩).

وهذه الرواية مرسلة^(٤٠)، إلا أن محمد حسين الذهبي قال فيها: "هي أجود الطرق عنه، وفيها قال الإمام أحمد رحمه الله: إن بمصر صحيفة في التفسير رواها علي بن أبي طلحة، لو رحل رجل إلى مصر قاصداً ما كان كثيراً... ومسلم صاحب

الصحيح وأصحاب السنن جميعاً يحتجون بعلي بن أبي طلحة^(١).

الثانية: وروى الطبري أيضاً بسنده عن قتادة: "قوله: ﴿وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ كان المسلمون يسبون أوثان الكفار ، فيردون ذلك عليهم، فنهاهم الله أن يستسبوا لربهم، فإنهم قوم جهلة لا علم لهم بالله"^(٢)، وهذه الرواية شاهد للرواية الأولى.

الثالثة: وروى الطبري أيضاً بسنده عن السدي قال: " لما حضرت أبا طالب الموت، قالت قريش: انطلقوا بنا فلندخل على هذا الرجل، فلنأمره أن ينهى عنا ابن أخيه، فإننا نستحي أن نقتله بعد موته، فنقول العرب: كان يمنعه، فلما مات قتلوه، فانطلق أبو سفيان وأبو جهل والنضر بن الحارث وأمية وأبي ابنا خلف وعقبة بن أبي معيط وعمرو بن العاص والأسود بن البختري...، فدخلوا عليه، فقالوا: يا أبا طالب، أنت كبيرنا وسيدنا، وإن محمداً قد آذانا وأذى آلهتنا، فنحب أن تدعوه فتنهاه عن ذكر آلهتنا، ولندعه وإلهه، فدعاه ، فجاء نبي الله ﷺ، فقال له أبو طالب: هؤلاء قومك وبنو عمك، قال رسول الله ﷺ: ما تريدون؟ قالوا: نريد أن تدعنا وآلهتنا وندعك وإلهك، قال له أبو طالب: قد أنصفك قومك، فاقبل منهم ، فقال النبي ﷺ: رأيتم إن أعطيتكم هذا، هل أنتم معطي كلمة إن تكلمتم

بها ملكتم العرب، ودانت لكم العجم، وأدت لكم الخراج؟ قال أبو جهل: نعم وأبيك، لنعطيكها وعشر أمثالها، فما هي؟ قال: قولوا لا إله إلا الله، فأبوا واشمأزوا، قال أبو طالب: يا ابن أخي قل غيرها، فإن قومك قد فزعوا منها، قال: يا عم، ما أنا بالذي أقول غيرها، حتى يأتوني بالشمس فيضعوها في يدي، ولو أتوني بالشمس فوضعوها في يدي ما قلت غيرها، إرادة أن يؤيسهم، فغضبوا وقالوا: لتكفن عن شتمك آلهتنا، أو لنشتمنك ونشتم من يأمرك، فذلك قوله ﴿وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(٣).

الراجح: ليس للآية سبب نزول معين، كما ذكرها ابن هشام، ولم يصرح بقتل الرواية هو أم ابن إسحاق، وللأسباب التالية:

لأنها لم تذكر في متون الحديث، فلم يذكرها أحد من رواة الحديث، ولم يتكلموا في شأنها، بل ذكرت في كتب التفسير، كاستشهاد بالروايات في تفسير الآية.

ولأن الروايات غير مصرحة بسبب نزول فيها إلا واحدة، وهي عن معمر عن قتادة وهي مرسله، وتنص الروايات على أكثر من واحد من كفار قريش وليس أبا جهل وحده.

المطلب الخامس إيذاء النضر بن الحارث:

قال ابن هشام: "والنضر بن الحارث كان إذا جلس رسول الله ﷺ مجلساً، فدعا فيه إلى الله، وتلا فيه القرآن، وحذر فيه قريشاً ما أصاب الأمم الخالية، خلفه في مجلسه إذا قام، فحدثهم عن رستم الصنديد، وعن أسفنديار وملوك فارس، ثم يقول: والله ما محمد بأحسن حديثاً مني، وما حديثه إلا أساطير الأولين، اكتبها كما اكتبها، فأنزل الله فيه: ﴿وَقَالُوا أَأُطِيطِرُ الْأَوَّلِينَ﴾. اكتبها فنهى تُمَلِّ عَلَيْهِ بُكْرَةً وَأَصِيلًا ﴿قُلْ أَنْزَلَهُ الَّذِي يَعْلَمُ الْيُسْرَى وَالسَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ إِنَّهُ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الفرقان: ٥-٦]

ونزل فيه ﴿إِذَا تَنَزَّلَ عَلَيْهِ ءَايَتُنَا قَالَ أَسْطِيرُ الْأَوَّلِينَ﴾ [القلم: ١٥]، ونزل فيه ﴿وَيَلِّ لِكُلِّ أَفَّاكٍ أَثِيمٍ ﴿٧﴾ يَسْمَعُ ءَايَتِ اللَّهِ تَنَزَّلُ عَلَيْهِ ثُمَّ يَصُرُّ مُصْتَكَرًا كَأَن لَّمْ يَسْمَعْهَا فَبَشِيرُهُ عَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٨﴾ وَإِذَا عَلِمَ مِنْ ءَايَتِنَا شَيْئًا اتَّخَذَ هَاهُنَا أَوْلِيًا وَلَكِنَّكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾ [الحج: ٧-٩] ^(٤١).

روايات سبب النزول ومناقشتها:

لم يرد فيها إلا ما رواه الطبري بسنده عن ابن عباس نحو رواية ابن إسحاق، إلا أنه قال بعد أن ساق الرواية: "...فأنزل الله تبارك وتعالى في النضر ثماني آيات من القرآن... وكل ما ذكر فيه الأساطير في القرآن" ^(٤٢).

وذكر محمد حسين الذهبي أن طريقها جيد، وإسنادها حسن، وقد أخرج منها ابن جرير وابن أبي حاتم والطبراني كثيراً ^(٤٣). وبالنظر إلى عدم وجود روايات أخرى في سبب نزول هذه الآيات وقد حسنها الذهبي كما سبق تكون وذكر أن طريقها جيد فتكون هذه الرواية هي المعتمدة في سبب النزول والله أعلم؛ بغض النظر عن عدم وجود الرواية في متون كتب الحديث.

النضر وأذيته البالغة لرسول الله ﷺ، فلا ضير أن تكون هذه الآيات نزلت فيه خاصة. ورواية الطبري لم تحدد تلك الآيات الثمانية، مع العلم أن كلمة (أساطير) وردت في القرآن تسع مرات ^(٤٤)، والآيات التي وردت في رواية ابن هشام منها آيتان ليس فيها كلمة (أساطير).

المطلب السادس إيذاء الأخنس بن شريق:

قال ابن هشام: "والأخنس بن شريق، حليف بني زهرة، وكان من أشرف القوم، ومن يستمع منه، فكان يصيب من رسول الله ﷺ، ويرد عليه، فأنزل الله تعالى فيه: ﴿وَلَا تَطْعَمْ كُلَّ حَلَا فِي مَهِينٍ ﴿١٠﴾ هَمَّازٍ مَشَّاءٍ بِنَمِيمٍ ﴿١١﴾ مَنَّاعٍ لِلْخَيْرِ مُعْتَدٍ أَثِيمٍ ﴿١٢﴾ عُنْتَلٍ بِعَدْلِكَ رَنِيمٍ﴾ [القلم: ١٠-١٣] ^(٤٥).

إن الآيات التي في سورة القلم ليس لها سبب نزول محدد عند أصحاب هذا العلم، ولا عند

علماء الحديث، ولم تذكر في بطون كتبهم، ولا في تفسير القرآن العظيم لابن كثير المحدث. وبقية المفسرين أكثروا في تفسيرها، وبينوا معانيها وتأويلها، ثم اختلفوا فيمن نزلت تلك الآيات، وأوردوها على أقوال للسلف بدون أسانيد، قال القرطبي في تفسيره للآيات: "يعني الأخنس بن شريق، في قول الشعبي والسدي وابن إسحاق، وقيل: الأسود بن عبد يغوث، أو عبد الرحمن بن الأسود، وقيل: الوليد بن المغيرة، عرض على النبي ﷺ مالا، وحلف أن يعطيه إن رجع عن دينه، قاله مقاتل، وقال ابن عباس: هو أبو جهل بن هشام"^(٤٩).

وقال في بيان معنى (الزنيمة): "ومعظم المفسرين على أن هذا نزل في الوليد بن المغيرة...، ولا يعطي المسكين درهماً واحداً، فقيل: مناع للخير، وفيه نزل ﴿قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَىٰ إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَهُكُمُ إِلَهُ وَاحِدٌ فَاستقيموا إِلَيْهِ وَاسْتَغْفِرُوا لَهُمْ وَلِيْلَ الْمُشْرِكِينَ﴾^(٥٠) الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالزَّكَاةِ وَهُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ ﴿﴾ [فصلت: ٦-٧]، وقال محمد بن إسحاق: نزلت في الأخنس بن شريق، لأنه حليف ملحق في بني زهرة، فلذلك سمي زنيماً، وقال ابن عباس: في هذه الآية نعت، فلم يُعرف حتى قُتل فُعرف، وكان له زئمة في عنقه معلقة يُعرف بها"^(٥١).

وذكر البخاري أن قوله تعالى ﴿عُتِلَ بَعْدَ ذَلِكَ زَيْنِيرٌ﴾، كان في رجل من قريش له زئمة مثل زئمة الشاة^(٥٢)، واعتبر الطبري قوله ﴿مَشَاءَ بِمِيمٍ﴾ في الأخنس بن شريق^(٥٣).

المطلب السابع: أبي بن خلف وعقبة بن أبي معيط، وما أنزل الله فيهما:

قال ابن هشام: "وأبي بن خلف وعقبة بن أبي معيط كانا متصافين، حسنا ما بينهما، فكان عقبة قد جلس إلى رسول الله ﷺ وسمع منه، فبلغ ذلك أياً، فأتى عقبة فقال له: ألم يبلغني أنك جالست محمداً وسمعت منه؟! وجهي من وجهك حرام أن أكلمك - واستغلظ من اليمين - إن أنت جلست إليه أو سمعت منه، أو لم تأت فتتفل في وجهه، ففعل ذلك - عدو الله - عقبة بن أبي معيط - لعنه الله -، فأُنزل الله تعالى فيهما: ﴿وَيَوْمَ يَعَضُّ الظَّالِمُ عَلَى يَدَيْهِ يَقُولُ يَلَيْتَنِي أَخَذْتُ مَعَ الرَّسُولِ سَبِيلًا﴾^(٥٤) يَوَيْلَ لَيْتَنِي لَمْ أَخَذْ فَلَانًا حَلِيلًا^(٥٥) لَقَدْ أَضَلَّنِي عَنِ الذِّكْرِ بَعْدَ إِذْ جَاءَنِي وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِلْإِنْسَانِ خَذُولًا ﴿﴾ [الفرقان: ٢٧-٢٩]^(٥٦).

روايات سبب النزول ومناقشتها:

الأولى: قال السيوطي: "أخرج ابن مردويه وأبو نعيم في الدلائل، بسند صحيح من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس: أن أبا معيط كان يجلس مع النبي ﷺ، ثم ساق رواية ابن هشام،

نزول، لعدم ورود رواية صحيحة متصلة إلى صحابي، قال ابن كثير: "وسواء كان سبب نزولها في عقبة بن أبي معيط أو غيره من الأشياء، فإنها عامة في كل ظالم"^(٥٨).

المطلب الثامن تهكم المشركين بمن من الله عليهم، ونزول آيات في ذلك:

قال ابن هشام: "قال ابن إسحاق: وكان رسول الله ﷺ إذا جلس في المسجد - فجلس إليه المستضعفون من أصحابه: خباب وعمار وأبو فكيهة ياسر مولى صفوان بن أمية بن محرز وصهيب وأشباههم من المسلمين - هزئت بهم قريش، وقال بعضهم لبعض: هؤلاء أصحابه كما ترون، هؤلاء من الله عليهم من بيننا بالهدى والحق! لو كان ما جاء به محمد خيراً ما سبقنا هؤلاء إليه، وما خصهم الله به من دوننا! فأنزل الله تعالى فيهم ﴿وَلَا تَطْرُدِ الَّذِينَ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْغَدَاةِ وَالْعَشِيِّ يُرِيدُونَ وَجْهَهُ مَا عَلَيْكَ مِنْ حِسَابِهِمْ شَيْءٌ وَمِمَّا مِنْ حِسَابِكَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ فَنَظَرْدَهُمْ فَتَكُونُ مِنَ الظَّالِمِينَ﴾^(٥٩) وَكَذَلِكَ فَتَنَّا بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لِيَقُولُوا أَهَؤُلَاءِ مَنَّ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنْ بَيْنِنَا أَلَيْسَ اللَّهُ بِأَعْلَمَ بِالشَّاكِرِينَ﴾^(٦٠) وَإِذَا جَاءَكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ

وزاد فيها: أن النبي ﷺ وعده إن وجده خارج مكة أن يضرب عنقه صبراً، فلما كان يوم بدر أخذ رسول الله ﷺ أسيراً، في سبعين من قريش، ثم قتله، فأنزل الله فيه ﴿وَيَوْمَ يَعَضُ الظَّالِمُ عَلَى يَدَيْهِ﴾ إلى قوله ﴿وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِلْإِنْسَانِ خَذُولًا﴾ [الفرقان: ٢٧-٢٩]^(٦١)، وهذه الرواية تذكر أن الآيات نزلت بعد غزوة بدر، خلافاً لرواية ابن هشام.

قال الوادعي: "الحديث لم يتيسر لي الوقوف على سنده، ولكن في مصنف عبدالرزاق وتفسير ابن جرير قصة تشبهها، وهي مرسلة... ونحن الآن متوقفون في الحكم عليه؛ لأن السيوطي رحمه الله متساهل"^(٦٢).

الثانية: روى الطبري ثلاث روايات فيها، عن الشعبي وعن مقسم مولى ابن عباس وعن مجاهد، نحو رواية ابن هشام، ثم ذكر في تفسير الآيات أن (الظالم) هو عقبة، و(فلاناً خليلاً) هو أبي بن خلف^(٦٣).

الثالثة: روى الصنعاني والبلاذري والواحدي نحو رواية ابن هشام والطبري، بأسانيد كلها مرسلة^(٦٤).

الراجع: على الرغم من اقتصار الروايات السابقة كلها على هذين المسميين من أعداء الإسلام، وهما أبي بن خلف وعقبة بن أبي معيط، إلا أنه لا يمكن الجزم بأن للآية سبب

مِنْكُمْ سَوْءًا يَجْهَلُونَ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ
فَأَنَّهُ وَعَفُوٌّ رَحِيمٌ ﴿[الأنعام: ٥٢-٥٤]﴾^(٩٩).

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: روى مسلم بسنده عن سعد بن أبي
الأولى: رواية ابن إسحاق رواها البيهقي، إلا أنه
قال فيها: "عن أبي إسحاق"^(١٠٠).

الثانية: روى مسلم بسنده عن أنس قال: "بينما
رسول الله ﷺ ذات يوم بين أظهرنا، إذ أغفى
إغفاءة، ثم رفع رأسه مبتسماً، فقلنا: ما أضحكك
يا رسول الله، قال: أنزلت علي أنفاً سورة، فقراً:
﴿إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ﴾ فَصَلِّ لِرَبِّكَ
وَأَنْحَرْ ﴿إِنَّ شَانِئَكَ هُوَ الْأَبْتَرُ﴾ [الكوثر: ١-٣]
[، ثم قال: أتدرون ما الكوثر؟ قلنا: الله ورسوله
أعلم، قال: فإنه نهر وعدنيه ربي عز وجل، عليه
خير كثير، هو حوض ترد عليه أمي يوم القيامة،
آتيته عدد النجوم، فيختلج العبد منهم، فأقول:
رب، إنه من أمي، فيقول: ما تدري ما أحدثت
بعدك"^(١٠١).

الثالثة: روى ابن حبان بسنده عن ابن عباس
قال: "لما قدم كعب بن الأشرف مكة أتوه، فقالوا:
نحن أهل السقاية والسدانة"^(١٠٢)، وأنت سيد أهل
يثرب، فنحن خير أم هذا الصنبيير المنبت"^(١٠٣) من
قومه، يزعم أنه خير منا؟ فقال: أنتم خير منه،
فتزل على رسول الله ﷺ ﴿إِنَّ شَانِئَكَ هُوَ
الْأَبْتَرُ﴾، ونزلت ﴿الرَّتْرَ إِلَى الَّذِينَ أُوتُوا نَصِيبًا

مِّنَ الْكِتَابِ يُؤْمِنُونَ بِالْجَبِّ وَالظَّالْعُوتِ
وَيَقُولُونَ لِلَّذِينَ كَفَرُوا هَؤُلَاءِ أَهْدَى مِنَ الَّذِينَ
ءَامَنُوا سَبِيلًا﴾ [النساء: ٥١]^(٩٩).

الرابعة: روى الطبري بسنده عن عكرمة،
نحو رواية ابن حبان، وليس في الرواية آية سورة
الكوثر"^(١٠٠).

الترجيح بين الروايات: الرواية الأولى
للبيهقي ضعيفة مرسله، رواها بسنده لابن
إسحاق، ورواية ابن إسحاق أيضاً ضعيفة.
والروايتان الثانية والثالثة متعارضتان، رواية
مسلم التي لا شك بصحة سندها، وراية ابن
حبان التي صحح سندها ابن كثير وشعيب
الأرنؤوط، ولوقوع الإرسال في أحد طرق
الرواية لابن حبان، تنزل مرتبتها دون الرواية في
الصحيح، ولا تعتمد رواية لسبب النزول،
وعليه: فرواية مسلم هي الراجحة.

وسبب آخر لترجيح رواية مسلم هو: أن
سورة الكوثر مدنية، مع اختلافهم على مكيتها
ومدنيتهما بين العلماء، إلا أن رواية مسلم تزيل
هذا الاختلاف، قال السهيلي: "ويلزم على هذا
القول الأخير: أن تكون سورة الكوثر مدنية"^(١٠٤).

وهناك روايات كثيرة، منها ما هو مروي عن
الصحابه، ومنها ما هو مروي عن التابعين، تنص
على أن ما نزل منها في أشخاص، كان لهم دور
في محاربة الرسول ﷺ في مكة، أعرضت عن

ذكرها؛ لأنها لا تعتبر أسباب نزول، وإنما روايات تفسيرية.

المطلب العاشر مقالة الوليد وصحبه ونزول آية (وَلَقَدْ اسْتَهْزَيْ بِرُسُلٍ مِّن قَبْلِكَ):

قال ابن هشام: " قال ابن إسحاق: ومر رسول الله ﷺ - فيما بلغني - بالوليد بن المغيرة وأمية بن خلف، وبأبي جهل بن هشام، فهمزوه واستهزؤا به، فغاضه ذلك، فأنزل الله تعالى عليه في ذلك من أمرهم ﴿وَلَقَدْ اسْتَهْزَيْ بِرُسُلٍ مِّن قَبْلِكَ فَحَاقَ بِالَّذِينَ سَخِرُوا مِنْهُمْ مَا كَانُوا بِهِ يَسْتَهْزِئُونَ﴾ [الأنعام: ١٠] ^(٩٧).

روايات سبب النزول ومناقشتها

لم يرد فيها إلا رواية ابن إسحاق، ذكرها ابن أبي حاتم عنه ^(٩٨).

الراجح: الرواية التي تفرد فيها ابن إسحاق، وذكرها ابن أبي حاتم ضعيفة الإسناد، فيها سلمة بن الفضل، وهو ضعيف، وهي أيضاً مرسلة، لم يصرح ابن إسحاق بسند الرواية ^(٩٩). وعليه: فليس للآية سبب نزول.

المبحث الثاني: أسباب النزول في مناقشات

النبي ﷺ، ومحاورته لأهل مكة، وفي دعوته لهم.

المطلب الأول: مقالة ابن الزبيري وما أنزل الله في ذلك قال ابن هشام: " قال ابن إسحاق: ثم قام رسول الله ﷺ وأقبل عبدالله بن الزبيري السهمي حتى جلس، فقال الوليد بن المغيرة لعبد الله بن الزبيري: والله ما قام النضر بن الحارث

لابن عبدالمطلب آنفاً وما قعد، وقد زعم محمد أنا وما نعيد من آهتنا هذه حصب جهنم، فقال عبدالله بن الزبيري: أما والله لو وجدته لخصمته ، فسلوا محمداً: أكل ما من دون الله في جهنم مع من عبده؟ فنحن نعيد الملائكة، واليهود تعبد عزيزاً، والنصارى تعبد عيسى ابن مريم، فعجب الوليد ومن كان معه في المجلس من قول عبد الله بن الزبيري، ورأوا أنه قد احتج وخاصم، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: إن كل من أحب أن يعبد من دون الله فهو مع من عبده، إنهم إنما يعبدون الشياطين، ومن أمرتهم بعبادته، فأنزل الله تعالى عليه في ذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ سَبَقَتْ لَهُم مِّنَّا الْحُسْنَىٰ أُولَٰئِكَ عَنْهَا مُبْعَدُونَ ﴿٣١﴾ لَا يَسْمَعُونَ حَسِيسَهَا وَهُمْ فِي مَا أُشْتَهَتْ أَنفُسُهُمْ خَالِدُونَ﴾ [الأنبياء: ١٠١ - ١٠٢] ^(١٠٠).

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: روى الفاكهي بسنده عن ابن جريج قال: "دخل النبي ﷺ المسجد فطاف سبعا، وقريش جلوس بين باب بني مخزوم وباب بني جمح، فقال ﷺ بيده وأشار إلى أوثانهم: ﴿إِنَّكُمْ وَمَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِ اللَّهِ حَصَبُ جَهَنَّمَ أَنْتُمْ لَهَا وَرِدُونَ﴾ [الأنبياء: ٩٨]، ثم خرج ﷺ، فجاء ابن الزبيري، وإذا قريش تسبه، فقال: ما لكم؟ فقالوا: إن ابن أبي كبشة ^(١٠١) سبنا وسب أوثاننا،

فلما أن كان من العشي لقي ابن الزبيري ، فقال:
يا محمد أهي لنا ولأهتنا خاصة دون الأمم، أو
هي لجميع الأمم؟ قال: بل هي لكم ولجميع
الأمم، قال ابن الزبيري: خصمتك ورب
الكعبة، فإنك تثني على عيسى وأمه خيراً وقد
عُبد، فنزلت: ﴿لَهُمْ فِيهَا زَفِيرٌ وَهُمْ فِيهَا لَا
يَسْمَعُونَ﴾ [الزيت: سَبَقَتْ لَهُمْ مَتَا الْحُسُوِّ
أُولَئِكَ عَنْهَا مُبْعَدُونَ] [الأنبياء: ١٠٠ - ١٠١]

(٧٢)

الثانية: روى الإمام الطحاوي بسنده عن ابن
عباس نحو رواية ابن إسحاق والفاكهي^(٧٣)،
وينحوه روى الطبراني والواحدي عن ابن
عباس^(٧٤)، ورواه الحاكم وقال: "هذا حديث
صحيح الإسناد، ولم يخرجاه"^(٧٥)، يعني في
الصحيحين ، وذكره السيوطي^(٧٦).

الثالثة: روى أحمد بسنده عن ابن عباس قال:
"...إن رسول الله ﷺ قال لقريش: يا معشر
قريش، إنه ليس أحد يُعبد من دون الله فيه خير،
وقد علمت قريش أن النصراني تعبد عيسى ابن
مريم، فقالوا: يا محمد، أأنت تزعم أن عيسى
كان نبياً، وعبداً من عباد الله صالحاً، فلئن كنت
صادقاً فإن آلهتهم لكما تقولون، قال: فأنزل الله
عز وجل ﴿وَلَمَّا ضُرِبَ ابْنُ مَرْيَمَ مَثَلًا إِذَا قَوْمُكَ
مِنْهُ يُصَدُّونَ﴾ [الزخرف: ٥٧]^(٧٧)، وهذه الرواية
ليس فيها آيات سورة الأنبياء.

الراجح: أن تعدد الروايات عن ابن عباس،
وتعدد الطرق إليه، سبب في نزول الآيات
الكريمات، فرواية الطحاوي والطبراني والحاكم
صحيحة، وأما رواية الإمام أحمد فهي في آية
سورة الزخرف، وهي ليست محل موضوعنا .
**المطلب الثاني الوليد بن المغيرة وما أنزل الله تعالى
فيه:**

قال ابن هشام: " والوليد بن المغيرة، قال:
أينزل على محمد وأترك، وأنا كبير قريش
وسيدها؟! ويترك أبو مسعود عمرو بن عمير
الثقفي سيد ثقيف؟! ونحن عظيمي القريتين،
فأنزل الله تعالى فيه - فيما بلغني - ﴿وَقَالُوا لَوْلَا
نُزِّلَ هَذَا الْقُرْآنُ عَلَى رَجُلٍ مِّنَ الْفَرِيقَيْنِ عَظِيمٍ﴾^(٧٨) أَهْمُ
يَقْسِمُونَ رَحِمْتَ رَبِّكَ نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَّعِيشَتَهُمْ فِي
الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفَعَلْنَا بَعْضُهُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِّيَتَّخِذَ
بَعْضُهُمْ بَعْضًا سُلْحِيَّةً وَرَحِمْتَ رَبِّكَ خَيْرٌ مِّمَّا
يَجْحَمُونَ﴾ [الزخرف: ٣١ - ٣٢]^(٧٩).

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: ذكر العراقي رواية ابن إسحاق، ثم
قال: "ورواه أبو محمد بن أبي حاتم وابن مردويه
في تفسيريهما، من حديث ابن عباس، إلا أنهما
قالا: مسعود بن عمرو ، وفي رواية لابن مردويه:
حيب بن عمير الثقفي، وهو ضعيف (أي
الحديث)"^(٨٠).

رسول الله ﷺ: نعم، أنا أقول ذلك، يبعثه الله وإياك بعد ما تكونان هكذا، ثم يدخلك الله النار، فأنزل الله تعالى فيه ﴿أَوَلَمْ يَرِ الْأُنسُ أَنْ أَنَا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ﴾ [يس: ٧٧] ^(٨٢).

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: روى ابن أبي حاتم بسنده عن ابن عباس: أن العاص بن وائل أخذ عظماً من البطحاء ففته بيده، ثم قال لرسول الله ﷺ: أيجي الله هذا بعد ما أرى؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم، يميتك ثم يحْييك، ثم يدخلك جهنم، قال: ونزلت الآيات ﴿أَوَلَمْ يَرِ الْأُنسُ أَنَّ خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ﴾ [يس: ٧٧]، إلى آخر السورة ^(٨٣)، وهذه الرواية تبيّن أن الآيات التي نزلت في مقالة العاص، فيها زيادة عن رواية ابن إسحاق.

الثانية: روى الواحدي بسنده عن أبي مالك: "أن أبي بن خلف الجمحي جاء إلى رسول الله ﷺ بعظم حائل، ففته بين يديه ... ^(٨٤)"، نحو رواية ابن إسحاق وابن أبي حاتم.

الثالثة: روى الطبري بسنده عن ابن عباس نحوه، وذكر أنها نزلت في عبد الله بن أبي سلول، إلا أن سنده ضعيف جداً ^(٨٥)، قال ابن كثير: "وهذا منكر، لأن السورة مكية، وعبد الله بن أبي سلول إنما كان بالمدينة" ^(٨٦).

الثانية: روى ابن أبي حاتم بسنده عن قتادة قال: قال الوليد بن المغيرة: لو كان ما يقول محمد حقاً، أنزل علي هذا القرآن، أو على عروة بن مسعود الثقفي، فنزلت ﴿وَقَالُوا لَوْلَا نُزِّلَ هَذَا الْقُرْآنُ عَلَى رَجُلٍ مِنَ الْقَرْيَتَيْنِ عَظِيمٍ﴾ [الزخرف: ٣٦] ^(٨٠).

الثالثة: روى الطبري بسنده عن ابن عباس بأنه يعني بالعظيم: الوليد بن المغيرة القرشي، أو حبيب بن عمرو بن عمير الثقفي، وبالقريتين: مكة والطائف، وعن مجاهد أنهما: عتبة بن ربيعة وابن عبد يا ليل الثقفي، ومن طريق قتادة أنهما: الوليد بن المغيرة وعروة بن مسعود، ومن طريق السدي أنهما: الوليد بن المغيرة وكنانة بن عبد بن عمرو بن عمير، عظيم أهل الطائف ^(٨١).

الرابع: أنه ليس للآية سبب نزول؛ لاختلاف الأقوال وتعددتها عند المفسرين، ولأن من الروايات لا أصل له، أو ضعيف، ومعظمها مرسلة، ولا تنص على سبب نزول، وإنما تبين من هم المعنيون من القريتين، ولم يتطرق لها علماء الحديث.

المطلب الثالث أبي بن خلف وما أنزل الله فيه:

قال ابن هشام: "ومشى أبي بن خلف إلى رسول الله ﷺ بعظم بال قد ارفقت، فقال: يا محمد، أنت تزعم أن الله يبعث هذا بعد ما أرم، ثم فته في يده، ثم نفخه في الريح نحو رسول الله ﷺ، فقال

الراجح: أنها نزلت في العاص بن وائل، لما صح من إسناد الحاكم فيها، وضعف باقي الروايات.

المطلب الرابع الأسود والوليد وأميرة والعاص وسبب

□ **أنزل سورة ﴿قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾:**

قال ابن هشام: "واعترض رسول الله ﷺ، وهو يطوف بالكعبة - فيما بلغني - الأسود بن المطلب بن أسد والوليد بن المغيرة وأميرة بن خلف والعاص بن وائل، وكانوا ذوي أسنان في قومهم، فقالوا: يا محمد، هلم فلنعبد ما تعبد، وتعبد ما نعبد، فنشترك نحن وأنت في الأمر، فإن كان الذي تعبد خيراً مما نعبد كنا قد أخذنا بحظنا منه، وإن كان ما نعبد خيراً مما تعبد كنت قد أخذت بحظك منه، فأنزل الله تعالى فيهم ﴿قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ ١ لَا أَعْبُدُ مَا تَعْبُدُونَ ٢ وَلَا أَنْتُمْ عِبَادُونَ مَا أَعْبُدُ ٣ وَلَا أَنَا عَابِدٌ مَّا عَبَدْتُمْ ٤ وَلَا أَنْتُمْ عِبَادُونَ مَا أَعْبُدُ ٥ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ٦﴾ [الكافرون: ١-٦] ^(٨٧).

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: روى الطبري بسنده - وهو نفس سند ابن إسحاق - عن سعيد بن مينا مولى البخري نحوه ^(٨٨).

الثانية: روى الطبري أيضاً بسنده عن ابن عباس: "أن قريشاً وعدوا رسول الله ﷺ أن يعطوه مالاً فيكون أغنى رجل بمكة، ويزوجوه ما أراد من

النساء، ويطنوا عقبه، فقالوا له: هذا لك عندنا يا محمد، وكف عن شتم آلهتنا، فلا تذكرها بسوء، فإن لم تفعل فإننا نعرض عليك خصلة واحدة، فهي لك ولنا فيها صلاح، قال: ما هي؟ قالوا: تعبد آلهتنا سنة، السلات والعزى، ونعبد إلهك سنة، قال: حتى أنظر ما يأتي من عند ربي، فجاء الوحي من اللوح المحفوظ ﴿قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ السورة، وأنزل الله ﴿قُلْ فَغَيْرَ اللَّهِ تَأْمُرُونَنِي أَعْبُدُ أَيُّهَا الْجَاهِلُونَ﴾ [الزمر: ٦٤] ^(٨٩).

الثالثة: روى السيوطي من دون سند عن وهب نحو رواية ابن إسحاق ^(٩٠).

الراجح: أن الروايات التي وردت في سبب نزول السورة ضعيفة، إما في الإرسال، وإما في رجال السند، وإما في كونها غير مسندة، فلذلك يترجح أنه ليس لسورة الكافرون سبب نزول.

المطلب الخامس أبو جهل وما أنزل الله فيه:

قال ابن هشام: "وأبو جهل بن هشام، لما ذكر الله عز وجل شجرة الزقوم تخويفاً بها لهم، قال يا معشر قريش، هل تدرون ما شجرة الزقوم التي يخوفكم بها محمد؟ قالوا: لا، قال: عجوة يثرب بالزبد، والله لئن استمكننا منها لنترقمها ترقماً، فأنزل الله تعالى فيه ﴿إِنَّ شَجَرَتَ الزَّقُّومِ﴾ [الدخان: ٤٣]... قال ابن إسحاق: فأنزل الله تعالى فيه

﴿وَالشَّجَرَةَ الْمَلْعُونَةَ فِي الْقُرْآنِ وَنُحِفُهُمْ فَمَا يَزِيدُهُمْ إِلَّا طُغْيَانًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: ٦٠]^(٩١).

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: روى البيهقي بسنده عن ابن عباس نحو رواية ابن إسحاق^(٩٢).

الثانية: روى الطبري بسنده عن ابن عباس، قوله ﴿وَالشَّجَرَةَ الْمَلْعُونَةَ﴾، قال: "هي شجرة الزقوم، قال أبو جهل: أخوفني ابن أبي كبشة بشجرة الزقوم؟! ثم دعا بتمر وزبد، فجعل يقول: زمني، فأنزل الله تعالى ﴿طَلْعُهَا كَأَنَّهُ رُءُوسُ الشَّيَاطِينِ﴾ [الصافات: ٦٥]، وأنزل ﴿وَنُحِفُهُمْ فَمَا يَزِيدُهُمْ إِلَّا طُغْيَانًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: ٦٠]^(٩٣).

الثالثة: روى الإمام أحمد بسنده عن ابن عباس قال: "أسري بالنبي ﷺ إلى بيت المقدس، ثم جاء من ليلته، فحدثهم بمسيره وبعلامة بيت المقدس وبغيرهم، فقال ناس: قال حسن، نحن نصدق محمداً بما يقول؟ فارتدوا كفاراً، فضرب الله أعناقهم مع أبي جهل، وقال أبو جهل: يخوفنا محمد بشجرة الزقوم، هاتوا تمراً وزبداً، فترقموا... الحديث^(٩٤).

الرابعة: روى المقدسي بسنده عن ابن عباس، أنه كان يقول ﴿لَا يَسْمَعُونَ إِلَى الْمَلَأِ الْأَعْلَى وَيُقَذِّفُونَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ﴾ [الصافات: ٨]، قال: كانوا

يتسمعون فلا يسمعون، فلما نزلت ﴿إِنَّ شَجَرَةَ الزَّقُومِ ﴿١٦﴾ طَعَامُ الْأَثِيمِ﴾ [الدخان: ٤٣ - ٤٤]، دعا أبو جهل بالتمر والزبد، فقال: ترقموا، فأنزل الله ﴿إِنَّهَا شَجَرَةٌ تَخْرُجُ فِي أَصْلِ الْجَحِيمِ﴾ [الصافات: ٦٤]، قال تبارك وتعالى ﴿وَنُحِفُهُمْ فَمَا يَزِيدُهُمْ إِلَّا طُغْيَانًا كَبِيرًا﴾ [الإسراء: ٦٠]^(٩٥).

وهذه الرواية ذكرت أكثر من آية، وبينت تسلسل النزول في مقالات المشركين، وكان أبو جهل ضمن إحدى هذه المقالات.

الراجع: من الروايات الأربعة السابقة، نجد أن رواية الإمام أحمد أصح من غيرها، ولكنها لا تنص على سبب لنزول الآيات، التي ذكرها ابن إسحاق، والرواية الرابعة تؤكد ما أقول.

المطلب السادس ابن أم مكتوم ونزول سورة عبس: قال ابن هشام: "ووقف الوليد بن المغيرة من رسول الله ﷺ، ورسول الله ﷺ يكلمه، وقد طمع في إسلامه، فبينما هو في ذلك، إذ مر به ابن أم مكتوم الأعشى، فكلم رسول الله ﷺ، وجعل يستقرئه القرآن، فشق ذلك منه على رسول الله ﷺ حتى أضجره، وذلك أنه أشغله عما كان فيه من أمر الوليد، وما طمع فيه من إسلامه، فلما أكثر عليه انصرف عنه عابساً وتركه، فأنزل الله تعالى فيه ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّى ﴿١﴾ أَنْ جَاءَهُ الْأَعْمَى﴾ إلى قوله تعالى ﴿فِي صُحُفٍ مُّكَرَّمَةٍ ﴿٣٢﴾ مَرْفُوعَةٍ مُّطَهَّرَةٍ﴾ [عبس: ١ - ١٤]^(٩٦).

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: روى الترمذي بسنده عن عائشة قالت: "أنزل فيه ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّى﴾ في ابن أم مكتوم، أتى رسول الله ﷺ فجعل يقول: يا رسول الله أرشدني، وعند رسول الله ﷺ رجل من عظماء المشركين، فجعل رسول الله ﷺ يعرض عنه ويقبل على الآخر، ويقول: أترى بما أقول بأساً؟ فيقول: لا، ففي هذا أنزل" ^(٩٧)، والحديث لم يذكر الوليد.

الثانية: روى الطبري بسنده عن ابن عباس قوله ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّى﴾ أَنَّ جَاءَهُ الْأَعْمَى قال: "بيننا رسول الله ﷺ يناجي عتبة بن ربيعة وأبا جهل بن هشام والعباس بن عبد المطلب، وكان يتصدى لهم كثيراً، ويعرض عليهم أن يؤمنوا، فأقبل إليه رجل أعمى، يقال له عبد الله بن أم مكتوم ... "وساق الحديث ^(٩٨)، والحديث لم يذكر أيضاً الوليد.

الراجع: هي الرواية الأولى عن عائشة، التي لم تذكر اسم أي أحد من عظماء قريش، كما جاء في رواية ابن إسحاق، وكذا رواية الطبري.

المطلب السابع أمر وفد النصارى الذين أسلموا:

قال ابن هشام: "قال ابن إسحاق: ثم قدم على رسول الله ﷺ وهو بمكة عشرون رجلاً، أو قريب من ذلك من النصارى، حين بلغهم خبره من الحبشة، فوجدوه في المسجد، فجلسوا إليه وكلموه وسألوه، ورجال من قريش في أنديتهم

حول الكعبة، ... ، فلما سمعوا القرآن فاضت أعينهم الدمع، ثم استجابوا لله وآمنوا به وصدقوه، ... ، فلما قاموا عنه اعترضهم أبو جهل بن هشام في نفر من قريش، فقالوا لهم: خيكم الله من ركب! بعثكم من وراءكم من أهل دينكم ترتادون لهم لتأتوا بخبر الرجل، فلم تطمنن مجالسكم عنده حتى فارقت دينكم، وصدقتموه بما قال، ما نعلم ركباً أحق منكم - أو كما قالوا - فقالوا لهم: سلام عليكم، لا نجاهلكم، لنا ما نحن عليه، ولكم ما أنتم عليه، لم نأل أنفسنا خيراً، ويقال: إن نفر من النصارى من أهل نجران، فالله أعلم أي ذلك كان، فيقال - والله أعلم -: فيهم نزلت هؤلاء الآيات ﴿الَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِهِ هُمْ بِهِ يُؤْمِنُونَ﴾ ^(٩٩) وَإِذْ يُنَادِي عَلَيْهِمْ قَالُوا آمَنَّا بِهِ إِنَّهُ الْحَقُّ مِنْ رَبِّنَا إِنَّا كُنَّا مِنْ قَبْلِهِ مُسْلِمِينَ ^(١٠٠) أُولَئِكَ يُؤْتَوْنَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ بِمَا صَبَرُوا وَيَدْرُءُونَ بِالْحَسَنَةِ أَلَسَيِّئَةً وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ ^(١٠١) وَإِذْ أَسْمِعُوا لِلْعَوَاغِرِ صَوَاعِنَهُ وَقَالُوا لَنَّا أَعْمَلْنَا وَلَكُمْ أَعْمَلُكُمْ سَلَّمْ عَلَيْكُمْ لَا تَبْتَغِ الْجَاهِلِينَ ^(١٠٢) القصص: ٥٢-٥٥، قال ابن إسحاق: وقد سألت ابن شهاب الزهري عن هؤلاء الآيات فيمن أنزلن؟ فقال لي: ما أسمع من علمائنا أنهم أنزلن في النجاشي وأصحابه، والآية من سورة المائدة من قوله: ﴿ذَلِكَ يَأْتٍ مِنْهُمْ قِيسِيَيْنَ وَرُهَبَانًا وَأَنْهُمْ لَا

يَسْتَكْبِرُونَ ﴿إِلَى قَوْلِهِ﴾ ﴿ءَامَنَّا فَكَتُبْنَا مَعَ الشَّاهِدِينَ﴾ [المائدة: ٨٢ - ٨٣] ^(٩٩).

روايات سبب النزول ومناقشتها:

الأولى: روى الطبري بسنده عن سعيد بن جبير قوله ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ مِنْهُمْ قِسِيَسِينَ وَرُهَبَانًا﴾ قال: "هم رسل النجاشي الذين أرسل بإسلامه وإسلام قومه، كانوا سبعين رجلاً، اختارهم الخير فالحير، فدخلوا على رسول الله، فقرأ عليهم ﴿يَسْ وَالْقُرْآنِ الْحَكِيمِ﴾ [يس: ١ - ٢]، فبكوا وعرفوا الحق، فأنزل الله فيهم ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ مِنْهُمْ قِسِيَسِينَ وَرُهَبَانًا﴾ [المائدة: ٨٢] وأنزل فيهم ﴿الَّذِينَ ءَاتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِهِ هُمْ بِهِ يُؤْمِنُونَ﴾ إلى قوله ﴿وَأُولَئِكَ يُؤْتَوْنَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ بِمَا صَبَرُوا﴾ [القصص: ٥٢ - ٥٤] ^(١٠٠)، وهذه الرواية ذكرت أنهم سبعون رجلاً، وأنهم من الحبشة، خلافاً لرواية ابن إسحاق.

الثانية: روى الحاكم بسنده عن سلمان قال: "... ثم أتته (يعني الرسول ﷺ) فسلمت عليه، وقعدت بين يديه، فقلت: يا رسول الله، ما تقول في دين النصارى؟ قال: لا خير فيهم ولا في دينهم، فدخلني أمر عظيم...، فانصرفت وفي نفسي ما شاء الله، فأنزل الله عز وجل على النبي ﷺ ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ مِنْهُمْ قِسِيَسِينَ

وَرُهَبَانًا وَأَنَّهُمْ لَا يَسْتَكْبِرُونَ﴾ [المائدة: ٨٢] إلى آخر الآية ^(١٠١)، وهذه الرواية تبين أن الآيات نزلت في المدينة، فخير إسلام سلمان كان في المدينة بعد الهجرة.

الثالثة: روى ابن أبي حاتم بسنده عن مجاهد في قوله ﴿وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾ إلى قوله ﴿سَلَّمَ عَلَيْهِمْ لَانْتَبَغَى الْجَاهِلِينَ﴾ [القصص: ٥٥] قال: "أناس من اليهود أسلموا، وكان أناس من اليهود إذا مروا عليهم سبّوهم، فأنزل الله تبارك وتعالى فيهم هذه الآيات ^(١٠٢)، وهذه الرواية تنص على أن من نزلت فيهم أناس من اليهود، ولفظة (قسييسين) مختصة بالنصارى دون اليهود.

الراجح: جاءت الروايات متعددة، في أكثر من وجه، فيمن نزلت فيهم الآيات، وهذا الاختلاف في النازلة من الآيات في الروايات، أو في القصة الواحدة، قد يكون لها روايتان، تنص كل واحدة على نزول آية تختلف عما تنص عليها الأخرى.

إذن: هي روايات تفسيرية، وليست أسباب نزول، فضلاً عن ضعف رواية الطبري والحاكم، وإرسال رواية ابن أبي حاتم.

المطلب الثامن ادعاء المشركين على النبي ﷺ بتعليم (جبن) له وما أنزل الله في ذلك:

قال ابن هشام: "وكان رسول الله ﷺ - فيما بلغني - كثيراً ما يجلس عند المروة، إلى مبيعة غلام

المطلب التاسع مقالة زمعة وصحبه ونزول آية (وَقَالُوا لَوْلَا أُنْزِلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ):

قال ابن هشام: " قال ابن إسحاق: ودعا رسول الله ﷺ إلى الإسلام، وكلمهم فأبلغ إليهم، فقال له زمعة بن الأسود والنضر بن الحارث والأسود بن عبد يغوث وأبي بن خلف والعاص بن وائل: لو جعل معك يا محمد ملك يحدث عنك الناس ويرى معك! فأنزل الله تعالى في ذلك من قولهم ﴿وَقَالُوا لَوْلَا أُنْزِلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ وَلَوْ أَنزَلْنَا مَلَكَ لَفُضِيَ الْأَمْرُ ثُمَّ لَا يُنْظَرُونَ﴾ ٨ وَلَوْ جَعَلْنَاهُ مَلَكَ لَجَعَلْنَاهُ رَجُلًا وَلَلَبَسْنَا عَلَيْهِ مِمَّا يَلْبَسُونَ ﴿٩﴾ [الأنعام: ٨-٩] ١٠٧.

روايات سبب النزول ومناقشتها

الأولى: روى ابن أبي حاتم بسنده عن محمد بن إسحاق نحوه، وهي نفس رواية ابن إسحاق المذكورة في السيرة ١٠٨.

الثانية: قال الكلبي ومقاتل: " نزلت في النضر بن الحارث وعبد الله بن أمية ونوفل بن خويلد، قالوا: يا محمد لن نؤمن لك حتى تأتينا بكتاب من عند الله، ومعه أربعة من الملائكة يشهدون عليه أنه من عند الله، وأنتك رسول الله، فأنزل الله ﴿وَلَوْ نَزَّلْنَاهُ عَلَىٰ كُلِّ فَتْرَةٍ لَفُضِيَ الْأَمْرُ ثُمَّ لَا يُنْظَرُونَ﴾ [الأنعام: ٧] ١٠٩. ففي هذه الرواية طلب المشركون أن تنزل عليهم ملائكة، تشهد على ما يأتيهم الرسول ﷺ

نصراني يقال له: جبر، عبد لبني الحضرمي، فكانوا يقولون: والله ما يعلم محمداً كثيراً مما يأتي به إلا جبر النصراني غلام بني الحضرمي، فأنزل الله تعالى في ذلك من قولهم ﴿وَلَقَدْ نَعْلَمُ أَنَّهُمْ يَقُولُونَ إِنَّمَا يُعَلِّمُهُ بَشَرٌ لِّسَانُ الَّذِي يُلْحِدُونَ إِلَيْهِ أَعْجَىٰ وَهَذَا لِسَانُ عَرَبٍ مُّبِينٍ﴾ [النحل: ١٠٣] ١٠٢.

الروايات في سبب النزول ومناقشتها

ذكر الطبري فيها ستة أقوال فيمن يزعمون أنه يعلم النبي ﷺ القرآن، دون أن يرجح بينها، ثلاثة أقوال منها ليس فيها تصريح بسبب نزول الآية، وأما الأقوال الثلاثة الباقية فهي:

الأول: كان اسمه بلعام، وكان قيناً (أي حدادا) بمكة نصرانياً ١٠٤.

الثاني: كان اسمه جبر ١٠٥.

الثالث: كانا غلامين اسم أحدهما يسار والآخر جبر ١٠٦.

الراجح: الجمع بين الأقوال كما يلي: القول الثاني والثالث روايتهما صحيحة، واسم جبر النصراني موجود فيهما، وبذلك تخرج الأسماء الأخرى المختلف فيها، التي ذكرها المفسرون. ومع هذا: فلا تعتبر هذه الروايات سبباً لنزول الآية.

الهوامش:

(١) وهو غير ابن هشام النحوي (ت ٧٦١هـ) عبد الله بن يوسف بن أحمد، أبو محمد جمال الدين، كان له جهود في التفسير، وهو صاحب كتاب مغني الليب عن كتب الأعراب، انظر: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١هـ)، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر عيسى البابي الحلبي، ط ١ عام ١٩٦٤ م، ج ٢ ص ٦٨. ابن عماد الحنبلي، عبد الحلي بن أحمد بن محمد (ت ١٠٨٩هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، حققه محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط ١ عام ١٩٨٦ م، ج ٨ ص ٣٢٩.

(٢) انظر: الذهبي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان (ت ٧٤٨هـ)، سير أعلام النبلاء، دراسة وإشراف على تحقيق الكتاب وتخريج أحاديثه شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٣ عام ١٩٨٥ م، ج ١٠ ص ٤٢٨. الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد الدمشقي (ت ١٣٩٦هـ)، الأعلام، دار العلم للملايين، ط ١٥ عام ٢٠٠٢ م، ج ٤ ص ١٦٦.

(٣) القفطي، جمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف (ت ٦٤٦هـ)، إنباء الرواة على أنباء النحاة، المكتبة العصرية، بيروت، ط ١ عام ١٤٢٥ هـ، ج ٢ ص ٢١١.

(٤) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين (ت ٤٥٨هـ)، مناقب الشافعي، تحقيق: السيد أحمد صقر، مكتبة دار التراث، القاهرة، ط ١ عام ١٩٧٠ م، ج ٢ ص ٤٢٤٣.

(٥) انظر الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج ٧ ص ٣٥. وعين التمر: بلدة قرية من الأنبار، غربي الكوفة، بقربها موضع يقال له: شفاثا، منهما يجلب القسب والتمر إلى سائر البلاد، وهي على طرف البرية، وهي قديمة، افتتحها المسلمون في أيام أبي بكر على يد خالد بن الوليد في سنة (١٢) للهجرة، انظر:

من النبوة والكتاب، وذكرت الآية التي قبل الآيات في الرواية الأولى.

الراجح: أنه لا توجد روايات صحيحة في سبب نزول هذه الآيات الكريمات، وما ورد فيها إنما هو روايات تفسيرية، إذ ليس هناك نص صريح في سبب النزول.

الخاتمة:

بعد هذا العرض لأسباب النزول، التي ذكرها ابن هشام في كتابه السيرة، أخلص إلى النتائج الآتية:

١- إن لابن هشام باع كبير في علوم التفسير، ومنها علم أسباب النزول.

٢- ما ورد من أسباب نزول في هذه الفترة (من السنة الثالثة إلى العاشرة للبعثة) عند ابن هشام، أعطى السيرة النبوية الأهمية والجدلية.

٣- لم يهتم ابن هشام كثيراً بالإسناد في روايات سبب النزول، وذلك لمنهجه التاريخي في عرض أحداث السيرة النبوية، فتجد كثيراً من روايات سبب النزول غير صحيحة (لأن شروط مرويات المغازي تختلف عن غيرها ففيها تساهل سبق بيان تحليله في البحث).

٤- لا يمنع القول بعدم صحة أسانيد روايات أسباب النزول من الأخذ بها في مجال التفسير، والاستفادة منها في مجال الدرس والعظة.

الحموي، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي (ت ٦٢٦ هـ)، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، ط ٢ عام ١٩٩٥ م، ج ٤ ص ١٧٧

٦) انظر: الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت (ت ٤٦٣ هـ)، تاريخ بغداد وذيوله، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ عام ١٤١٧ هـ، ج ١ ص ٢٣٣. وانظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٧ ص ٥٥.

٧) الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٧ ص ٣٥

٨) أبو زرعة الدمشقي، عبد الرحمن بن عمرو بن عبد الله المشهور بأبي زرعة الدمشقي الملقب بشيخ الشباب (ت ٢٨١ هـ)، تاريخ أبي زرعة الدمشقي، رواية أبي الميمون بن راشد، دراسة وتحقيق شكر الله نعمة الله القوجاني (أصل الكتاب رسالة ماجستير بكلية الآداب، بغداد)، مجمع اللغة العربية، دمشق، ص ٥٣٧. وانظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٧ ص ٣٦-٣٧. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله، ج ١ ص ٢٣٤-٢٣٥.

٩) ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي (ت ٢٣٠ هـ)، الطبقات الكبرى، تحقيق زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط ٢ عام ١٤٠٨ هـ، ص ٤٠١-٤٠٢.

١٠) الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله، ج ١ ص ٢٣٤-٢٣٦.

١١) انظر: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله، ج ١ ص ٢٣٨. الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٧ ص ٥١.

١٢) الجوزجاني، أبو إسحاق إبراهيم بن يعقوب بن إسحاق (ت ٢٥٩ هـ)، أحوال الرجال، تحقيق صبحي البصري السامرائي، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة عام ١٤٠٥ هـ، ص ١٣٦. وانظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٧ ص ٥٤. الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله، ج ١ ص ٢٤٧.

١٣) انظر: الخطيب البغدادي، تاريخ بغداد وذيوله، ج ١ ص ٢٤٢.

١٤) انظر: الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان (٧٤٨ هـ)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق محمد علي الجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، ط ١ عام ١٩٦٣ م، ج ٣ ص ٤٧٠.

١٥) انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٧ ص ٣٩.

١٦) الجرجاني، أبو أحمد بن علي (ت ٣٦٥ هـ)، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، شارك في تحقيقه عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط ١ عام ١٩٩٧ م، ج ٧ ص ٢٧٠.

١٧) انظر: البري، هائل ماضي هلال، ابن هشام ومنهجه في السيرة، المجلة الأردنية للتاريخ والآثار، المجلد ٥، العدد ٣، عام ٢٠١١ م، ص ٢٦.

١٨) ابن هشام، أبو محمد جمال الدين عبد الملك بن هشام بن أيوب الحميري المعافري (ت ٢١٨ هـ)، السيرة النبوية، تحقيق مصطفى السقا وإبراهيم الأبياري وعبد الحفيظ الشبلي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط ٢ عام ١٩٥٥ م، ج ١ ص ٣٥١.

١٩) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي الخسروجدي الخرساني (ت ٤٥٨ هـ)، دلائل النبوة ومعرفة أصحاب الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ عام ١٤٠٥ هـ، ج ٢ ص ١٨٣.

٢٠) في السند عطية بن سعد وهو ضعيف الحديث، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٥ ص ٣٢٥. الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ١ ص ٥٠٣.

٢١) الحاكم النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن البيع (ت ٤٠٥ هـ)، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ عام ١٩٩٠ م، كتاب التفسير، باب تفسير سورة الضحى، ج ٢ ص ٥٧٣.

(٢٢) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ)، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وأيامه (صحيح البخاري)**، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، شرح وتعليق مصطفى ديب البغا، دار طوق النجاة، ط ١ عام ١٤٢٢ هـ، كتاب التفسير، باب (وامراته حمالة الحطب)، حديث رقم ٤٦٩٠، ج ٦ ص ١٨٠.

(٢٣) البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد (ت ٥١٦ هـ)، **شرح السنة**، تحقيق شعيب الأناؤوط ومحمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، ط ٢ عام ١٩٨٣ م، ج ١٢ ص ٢٢٢.

(٢٤) الأصبهاني، أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد (ت ٤٣٠ هـ)، **دلائل النبوة**، تحقيق محمد رواش قلعة جي وعبد البر عباس، دار النفائس، بيروت، ط ٢ عام ١٩٨٦ م، ص ٢٧٨.

(٢٥) في السند: داوود بن الحصين وهو منكر الحديث، وخارجة بن عبد الله ومحمد بن عمر وهما ضعيفان، انظر: الذهبي، **سير أعلام النبلاء**، ج ٤ ص ٤٨. الذهبي، **ميزان الاعتدال**، ج ١ ص ٦٢٥ و ج ٢ ص ٥.

(٢٦) السهيلي، أبو القاسم عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد (ت ٥٨١ هـ)، **الروض الأنف في شرح السيرة النبوية لابن هشام**، تحقيق عمر عبد السلام السامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١ عام ٢٠٠٠ م، ج ٣ ص ١٧٥.

(٢٧) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب تفسر القرآن، باب (وأندر عشرتك الأقرين)، حديث رقم ٤٧٧٠، ج ٦ ص ١١١. وانظر: الواحدي، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد (ت ٤٦٨ هـ)، **أسباب نزول القرآن**، تحقيق كمال بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ عام ١٤١١ هـ، ص ٤٩٨.

(٢٨) الروايات التفسيرية: هي ما اعتبرها العلماء تفسيراً للنص وليس سبباً في النزول.

(٢٩) ابن هشام، **السيرة النبوية**، ج ١ ص ٣٥٦.

(٣٠) الرؤاسي، وكيع بن الجراح (ت ١٩٧ هـ)، **الزهد**، أرقام هذه النشرة تتفق مع طبعة مكتبة دار المدينة المنورة المشكولة نسخة جامع السنة، حديث رقم ٤٤٩. وذكرها ابن أبي حاتم في تفسيره وفي سندها جهالة حيث يقول (سمعت شيخاً يكنى أبا داوود)، انظر: ابن أبي حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس التميمي (ت ٣٢٧ هـ)، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، ط ٣ عام ١٤١٩ هـ، ج ١٠ ص ٣٤٦٣.

(٣١) ابن أبي الدنيا، أبو بكر عبد الله بن محمد بن عبيد البغداد (ت ٢٨١ هـ)، **الصمت وآداب اللسان**، تحقيق أبو إسحاق الحويني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١ عام ١٤١٠ هـ، ص ١٥٧. وفي سندها جهالة حيث يقول (عن شيخ من أهل البصرة)، وإبراهيم بن عبد الرحمن له مناكير، انظر: الذهبي، **شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان (ت ٧٤٨ هـ)**، **تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام**، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط ١ عام ٢٠٠٣ م، ج ٥ ص ٥٢٠. وانظر: الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد (ت ٣١٠ هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري)**، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط ١ عام ٢٠٠٠ م، ج ٢٤ ص ٥٩٧.

(٣٢) ابن أبي حاتم، **تفسير القرآن العظيم**، ج ١٠ ص ٣٤٦٣. وانظر: ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر الدمشقي (ت ٧٧٤ هـ)، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط ٢ عام ١٩٩٩ م، ج ٨ ص ٤٨١.

(٣٣) ابن هشام، **السيرة النبوية**، ج ١ ص ٣٥٧.

(٣٤) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب البيوع، باب ذكر القين والحداد، حديث رقم ٢٠٩١، ج ٣ ص ٦٠. وانظر: النيسابوري، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري (ت ٢٦١ هـ).

٥) ، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (صحيح مسلم) ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، حديث رقم ٢٧٩٥. الترمذي، أبو عيسى محمد بن سعيد بن سورة (ت ٢٧٩ هـ) ، الجامع الكبير (سنن الترمذي) ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، طبعة عام ١٩٩٨ م، حديث رقم ٣١٦٢. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (ت ٣٠٣ هـ) ، السنن الكبرى (سنن النسائي) ، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١ عام ٢٠٠١ م، حديث رقم ١١٢٦٠.

٣٥) انظر: الواحدي: أسباب نزول القرآن، ص ٣٠٢. والكلبي ومقاتل عند علماء الحديث من المتروكين، وطريق الكلبي من أوهى الطرق، انظر: السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت ٩١١ هـ) ، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، ج ٨ ص ٧٠٠. وانظر أيضاً: الذهبي، محمد السيد حسين (ت ١٣٩٨ هـ) ، التفسير والمفسرون، مكتبة وهبة، القاهرة، دون طبعة، ج ١ ص ٦١.

٣٦) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٥ ص ٢٦٠.

٣٧) الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد البغدادي (ت ٤٥٠ هـ) ، النكت والعيون ، تحقيق السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية، بيروت ، دون طبعة، ج ٣ ص ٣٨٧.

٣٨) ابن هشام ، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٥٧.

٣٩) الطبري، تفسير الطبري، ج ١٢ ص ٣٣ وانظر: الحميدان، عصام بن عبد المحسن ، الصحيح من أسباب النزول، دار الذخائر مؤسسة الريان، ط ١ عام ١٩٩٩ م، ص ٢٢١.

٤٠) انظر: الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ٣ ص ١٤٣.

٤١) الذهبي، التفسير والمفسرون، ج ١ ص ٥٩.

٤٢) الطبري، تفسير الطبري، ج ١٢ ص ٣٣.

٤٣) الطبري، تفسير الطبري، ج ١٢ ص ٣٤. والسدي مختلف فيه، قال فيه يحيى القطان: لا بأس فيه، وقال أحمد: ثقة، وقال ابن معين: في حديثه ضعف، وقال أبو حاتم: لا يحتج به، انظر: الذهبي، التفسير والمفسرون، ج ٢ ص ١٩. الذهبي: ميزان الاعتدال، ج ١ ص ٢٣٦. وفي سنده أسباط بن نصر، وهو مختلف فيه أيضاً، انظر: الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ١ ص ١٧٥.

٤٤) ابن هشام ، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٥٨.

٤٥) الطبري، تفسير الطبري ، ج ١٩ ص ٢٣٨. وفي السند يونس بن بكير وهو مختلف فيه، قال أبو داود فيه: ليس بحجة عندي، وقال ابن معين: ثقة، إلا أنه مرجع يتبع السلطان، والأكثر على تضعيفه، انظر: الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ٤ ص ٤٧٧.

٤٦) انظر: الذهبي ، التفسير والمفسرون، ج ١ ص ٦٠.

٤٧) انظر: عبد الباقي، محمد فؤاد، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، دار الحديث، القاهرة، طبعة عام ٢٠٠١ م، ص ٤٣٠.

٤٨) ابن هشام ، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٦٠.

٤٩) القرطبي، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري (ت ٦٧١ هـ) ، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم إطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط ٢ عام ١٩٦٤ م، ج ١٨ ص ٢٣١.

٥٠) المرجع السابق، ج ١٨ ص ٢٣٥.

٥١) انظر: البخاري، صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب (عتل بعد ذلك زعيم) ، حديث رقم ٤٩١٧، ج ٦ ص ١٥٩.

٥٢) انظر: الطبري، تفسير الطبري، ج ٢٣ ص ٥٣٥.

٥٣) ابن هشام ، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٦١.

٥٤) انظر: السيوطي، الدر المنثور، ج ٦ ص ٢٥٠. وانظر: الأصبهاني، دلائل النبوة، ص ٤٧٠.

معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١ عام ١٩٨٠ م، ج ٣٢ ص ١٢٢. الزركلي، الأعلام، ج ٨ ص ١٨٢. الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ١ ص ١١٢.

٦١ - مسلم، صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب حجة من قال البسملة آية من أول كل سورة سوى براءة، حديث رقم ٤٠٠، ج ١ ص ٢٠٠. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه وأبو داود في السنن، انظر: ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم (ت ٢٣٥ هـ)، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١ عام ١٤٠٩ هـ، ج ٦ ص ٣٤٠. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت)، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، مع الكتاب تعليقات كمال يوسف الحوت، الأحاديث مزبلة بأحكام الألباني عليها، دار الفكر، ج ٢ ص ٦٥٠، وحكم عليه الألباني بأنه حسن.

٦٢) السقاية هي: حمل الماء للناس، والسدانة: هي خدمة الكعبة، انظر: ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الأنصاري (ت ٧١١ هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ٢ عام ١٤١٤ هـ، مادة سقى. سدن.

٦٣) الصنير تصغير صنير، وهي النخلة الدقيقة الأسفل الضعيفة، والنبتر هو المقطوع الذي لا أصل له، انظر: الحربي، أبو إسحاق إبراهيم بن إسحاق (ت ٢٨٥ هـ)، غريب الحديث، تحقيق سليمان إبراهيم محمد العايد، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ط ١ عام ١٤٠٥ هـ، ص ٤٣٥.

٦٤) ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي (ت ٣٥٤)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان (صحيح ابن حبان)، ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت ٧٣٩ هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١ عام ١٩٨٨ م،

٥٥) الوادعي، أبو عبد الرحمن مقبل بن هادي (ت ١٤٢٢ هـ)، الصحيح المسند من أسباب النزول، مكتبة صنعاء الأثرية، ط ٢ عام ٢٠٠٤ م، ص ١٧٣. وانظر: السقاف، علوي بن عبد القادر، تخريج أحاديث وآثار كتاب في ظلال القرآن لسيد قطب، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط ٢ عام ١٩٩٥ م، ص ٣٢٨.

٥٦) انظر: الطبري، تفسير الطبري، ج ١٩ ص ٢٦٢ - ٢٦٣. وهذه الروايات كلها مرسلة.

٥٧) انظر: الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام اليماني (ت ٢١١ هـ)، المصنف، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي في الهند، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢ عام ١٤٠٣ هـ، ج ٥ ص ٣٥٥. البلاذري، أحمد بن يحيى بن جابر (ت ٢٧٩ هـ)، جمل أنساب الأشراف، تحقيق سهيل زكار ورياض الزركلي، دار الفكر، بيروت، ط ١ عام ١٩٩٦ م، ج ١ ص ١٣٧. الواحدي: أسباب نزول القرآن، ص ٣٠٩.

٥٨) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٦ ص ١٠٨.

٥٩) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٩٣.

٦٠) انظر: البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين (ت ٤٥٨ هـ)، البعث والنشور، تحقيق الشيخ عامر أحمد حيدر، مركز الخدمات والأبحاث الثقافية، لبنان، ط ١ عام ١٩٨٦ م، ص ١١٥. وقع عند البيهقي خطأ هنا، فهو ابن إسحاق وليس أبو إسحاق، ومحقق الكتاب لم يحقق فيها، وجاء في سير إعلام النبلاء أن يونس بن بكير: "حدث عن...، ومحمد بن إسحاق، فأكثر عنه"، وتبعت كنية (أبو إسحاق) في كل من حدث عنه يونس بن بكير فلم أجده، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٩ ص ٢٤٦. والرواية مرسلة، وفيها يونس بن بكير وهو مختلف فيه والأكثرون على تضعيفه، انظر: المزي، أبو محمد يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف (ت ٧٤٢ هـ)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق بشار عواد

ج ١٤ ص ٥٣٤ . قال محقق الكتاب شعيب : "إسناده صحيح على شرط الصحيح".

(٦٥)نظر : الطبري ، تفسير الطبري ، ج ٢٤ ص ٦٥٧ . قال الوادعي : "الراجح إرساله كما ذكر في تفسير ابن كثير" ، الوادعي ، الصحيح المسند من أسباب النزول ، ص ٧٦ .

(٦٦)السهيلي ، الروض الأنف ، ج ٣ ص ٢٤٣ .

(٦٧)ابن هشام ، السيرة النبوية ، ج ١ ص ٣٦٣ .

(٦٨)نظر: ابن أبي حاتم ، تفسير ابن أبي حاتم ، ج ٤ ص ١٢٦٧ .

(٦٩) انظر : الذهبي ، ميزان الاعتدال ، ج ٤ ص ٢١١ .

(٧٠)ابن هشام ، السيرة النبوية ، ج ١ ص ٣٥٩ .

(٧١) كان المشركون ينسبون النبي صلى الله عليه وسلم إلى أبي كبشة ، وهو رجل من خزاعة ، خالف قريشاً في عبادة الأوثان ، وعبد الشعري العبور ، فلما خالفهم النبي صلى الله عليه وسلم في عبادة الأوثان شبهوه به ، وقيل : إنه كان جد النبي صلى الله عليه وسلم من قبل أمه ، فأرادوا أنه نزع الشبه إليه ، انظر : ابن الأثير ، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الشيباني (ت ٦٠٦هـ) ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي ، المكتبة العلمية ، بيروت ، طبعة عام ١٩٧٩ م ، ج ٤ ص ١٤٤ .

(٧٢) الفاكهي ، أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس المكي (ت ٢٧٢هـ) ، أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه ، تحقيق عبد الملك عبد الله دهيش ، دار خضر ، بيروت ، ط ٢ عام ١٤١٤ هـ ، ج ٢ ص ١٦٩ .

(٧٣)نظر: الطحاوي ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة المصري (ت ٣٢١هـ) ، شرح مشكل الآثار ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، ط ١ عام ١٩٩٤ م ، ج ٣ ص ١٥ و ١٨ .

(٧٤) نظر : الطبراني ، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب

(ت ٣٦٠هـ) ، المعجم الكبير ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، ط ٢ دون عام ، ج ١٢ ص ١٥٣ . الواحدي ، أسباب النزول ، ص ٣٠٥ .

(٧٥)الحاكم ، المستدرک على الصحيحين ، ج ٢ ص ٤١٦ .

(٧٦) انظر : السيوطي ، الدر المنثور ، ج ٥ ص ٦٧٩ .

(٧٧)ابن حنبل ، أبو عبد الله أحمد بن محمد الشيباني (ت ٢٤١هـ) ، مسند أحمد ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، دار الحديث ، القاهرة ، ط ١ عام ١٩٩٥ م ، حديث رقم ٢٩٢١ ، ج ٣ ص ٢٨٣ .

(٧٨) ابن هشام ، السيرة النبوية ، ج ١ ص ٣٦١ .

(٧٩) العراقي ، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين (ت ٨٠٦هـ) ، المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار (مطبوع بهامش إحياء علوم الدين) ، دار ابن حزم ، بيروت ، ط ١ عام ٢٠٠٥ م ، ص ١٠٩٢ . وانظر : السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي (ت ٧٧١هـ) ، أحاديث الإحياء التي لا أصل لها (هو جزء من كتاب طبقات الشافعية الكبرى) ، تحقيق محمود الطناحي وعبد الفتاح حلو ، دار الهجر ، دون طبعة ، ص ٤٠ . الفاكهي ، أخبار مكة ، ج ٣ ص ١٩١ .

(٨٠) ابن أبي حاتم ، تفسير ابن أبي حاتم ، ج ١٠ ص ٣٢٨٢ . وهو مرسل ، انظر : ابن حجر ، أحمد بن علي العسقلاني

(ت ٨٥٢هـ) ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، رقم كته وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي ، أخرجه وصححه وأشرف على طبعه محب الدين الخطيب ، علق عليه عبد العزيز بن باز ، دار المعرفة ، بيروت ، طبعة عام ١٣٧٩ هـ ، ج ٦ ص ٣١٥ .

١٩٣. ابن سعد، الطبقات الكبرى، ج ١ ص ٢٩٨ .
الذهبي، تاريخ الإسلام، ج ٣ ص ٣٨ . البخاري، أبو عبد
الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦ هـ)، التاريخ الكبير،
حواشي محمود خليل، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد
الدكن، دون طبعة، ج ٣ ص ١٧ .

٩٣) الطبري، تفسير الطبري، ج ١٧ ص ٤٨٤ . وهذه
الرواية ضعيفة، لأنها من طريق العوفيين.

٩٤) انظر: الإمام أحمد، المسند، حديث رقم، ٣٥٤٦، ج ٥
ص ٤٧٦، وذكره أبو يعلى، وقال في آخره: إسناده صحيح،
انظر: أبو يعلى، أحمد بن علي الموصلي (ت ٣٠٧ هـ)،
مسند أبي يعلى الموصلي، تحقيق حسين سليم أسد، دار
المأمون للتراث، دمشق، ط ١ عام ١٩٨٤ م، ج ٥ ص
١٠٨ . وروى النسائي نحوه، وقال: إسناده صحيح، انظر:
النسائي، السنن الكبرى، حديث رقم ١١٢١٩، ج ١٠ ص
١٤٧ . وصححه ابن كثير، انظر: ابن كثير، تفسير القرآن
العظيم، ج ٥ ص ٢٨ .

٩٥) المقدسي، ضياء الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد
(ت ٦٤٣ هـ)، الأحاديث المختارة أو المستخرج من
الأحاديث المختارة عما لم يخرج به البخاري ومسلم في
صحيحهما، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، دار
خضر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط ٣ عام ٢٠٠٠ م
، ج ١٣ ص ٨٦ . وهو صحيح الإسناد، انظر: الذهبي،
ميزان الاعتدال، ج ٤ ص ١٩٦ .

٩٦) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٦٣ .
٩٧) الترمذي، سنن الترمذي، ج ٥ ص ٢٨٩ . قال عنه
الترمذي: هذا حديث غريب . ورواه مالك في الموطأ، وأبو
يعلى في المسند بسند صحيح، والحاكم في المستدرک، وقال:
"هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، انظر:
مالك، مالك بن أنس المدني (ت ١٧٩ هـ)، الموطأ، صححه
ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار

٨١) انظر: الطبري، تفسير الطبري، ج ٢١ ص ٥٩٢ -
٥٩٤ . وسند هذه الطرق ضعيف، جاءت من طريق
العوفيين، وقد مر سابقاً.

٨٢) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٦٢ .

٨٣) ابن أبي حاتم، تفسير ابن أبي حاتم، ج ١٠ ص ٣٢٠٢
وأخرجه الحاكم من طريق عمرو بن عون، وقال: "حديث
صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه"، الحاكم،
المستدرک على الصحيحين، ج ٢ ص ٤٦٦ . وانظر: الهلالي
وأك نصر سليم بن عيد ومحمد بن موسى، الاستيعاب في بيان
الأسباب، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية
السعودية، ط ١ عام ١٤٢٥ هـ، ج ٣ ص ١٥٥ . الطبري،
تفسير الطبري، ج ٢٠ ص ٥٥٤ . السيوطي، الدر المنثور، ج
٧ ص ٧٤ . وهي رواية مرسل.

٨٤) الواحدي، أسباب نزول القرآن، ص ٣٦٥ . وهي
رواية مرسل.

٨٥) الطبري، تفسير الطبري، ج ٢٠ ص ٥٥٤ .

٨٦) ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج ٦ ص ٥٩٤ .

٨٧) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٦٢ .

٨٨) الطبري، تفسير الطبري، ج ٢٤ ص ٦٦٢ . وسنده
ضعيف، لأنه مرسل، انظر: الهلالي وأك نصر، الاستيعاب
في بيان الأسباب، ج ٣ ص ٥٧١ .

٨٩) الطبري، تفسير الطبري، ج ٢٤ ص ٦٦٢ . وإسناده
ضعيف، فيها أبو خلف وهو منكر الحديث ليس بثقة، انظر:
الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ٢ ص ٤٧٠ .

٩٠) انظر: السيوطي، الدر المنثور، ج ٨ ص ٦٥٥ . وهي
ضعيفة لإرسالها.

٩١) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٦٣ .

٩٢) انظر: البيهقي، البعث والنشور، وهذه الرواية ضعيفة،
فيها حكيم بن حكيم، وهو لا يحتج بحديثه، ولا يُعرف حاله،
انظر: المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج ٧ ص

معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ عام ١٤١٥ هـ،
ج ٤ ص ٣٤٨.

(١٠٥) وهو نفس سند ابن إسحاق، عن عبد الله بن كثير،
صححها الألباني، انظر: الألباني، محمد ناصر (ت
١٤٢٠ هـ)، صحيح السيرة النبوية، المكتبة الإسلامية، عمان
الأردن، ط ١ دون عام، ص ٢١٨.

(١٠٦) انظر: الطبري، تفسير الطبري، ج ١٧ ص ٢٩٨ -
٣٠١. وذكر هذا القول الواحدي ومجاهد في تفسيره والبيهقي
، انظر: الواحدي، أسباب نزول القرآن، ص ٢٢٥.

المخزومي، مجاهد بن جبر المكي (ت ١٠٤ هـ)، تفسير
مجاهد، تحقيق محمد عبد السلام أبو النيل، دار الفكر
الإسلامي الحديثة، مصر، ط ١ عام ١٩٨٩ م، ص ٤٢٦.
البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي الخسروجدي (ت ٤٥٨ هـ)،

الشعب، حققه وراجع نصوصه وخرج أحاديثه عبد
العلي عبد الحميد حامد، أشرف على تحقيقه وتخرجه أحاديثه
مختار أحمد الندوي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالتعاون مع
الدار السلفية بيومباي بالهند، ط ١ عام ٢٠٠٣ م، ج ١ ص
٢٩١. وسند هذا القول قال فيه الوادعي: رجاله رجال
الصحيح، وصححه سننه ابن حجر، انظر: الوادعي،
الصحيح المسند في أسباب النزول، ص ١٤٠. ابن حجر،
الإصابة في تمييز الصحابة، ج ٤ ص ٣٤٨. وانظر: ابن أبي
حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد التميمي (ت ٣٢٧ هـ)
، الجرح والتعديل، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد
الدكن الهند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١ عام
١٩٥٢ م، ج ٥ ص ٣٣٢.

(١٠٧) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٩٥.

(١٠٨) انظر: ابن أبي حاتم، تفسير ابن أبي حاتم، ج ٤ ص
١٢٦٥، وفي سننه سلمة بن الفضل وهو ضعيف، والرواية
مرسلة، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٩ ص ٥٠.
الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ٢ ص ١٩٢. الدارقطني، أبو

إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة عام ١٩٨٥ م، ج ١
ص ٢٠٣. أبو يعلى، مسند أبي يعلى الموصلي، ج ٨ ص
٢٦١. الحاكم، المستدرک، ج ٢ ص ٥٥٨. الوادعي،
الصحيح المسند من أسباب النزول، ص ٢٥٦.

(٩٨) انظر: الطبري، تفسير الطبري، ج ٢٤ ص ١٠٣. قال
ابن كثير: "فيه غرابة ونكارة، وقد تكلم في إسناده"، انظر: ابن
كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٨ ص ٣٢٠.

(٩٩) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٩١.

(١٠٠) الطبري، تفسير الطبري، ج ١٠ ص ٥٠٥. وفي
إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف، سعى الحفظ، انظر:
الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ٣ ص ٣٩٣. وقال ابن كثير إن
هذه الرواية فيها نظر، انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم،
ج ٣ ص ١٦٦.

(١٠١) الحاكم، المستدرک، ج ٣ ص ٦٩٢. وقصة سلمان
الفارسي طويلة، وسندنا ضعيف، ذكرها البيهقي بسند
ضعيف أيضاً، انظر: البيهقي، دلائل النبوة، ج ٢ ص ٨٢.
وانظر: البكري، أبو عبد الله مغلطاي بن قليج (ت ٧٦٢ هـ)،
إكمال تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق أبو عبد
الرحمن عادل بن محمد وأبو محمد أسامة بن إبراهيم، مكتبة
الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط ١ عام ٢٠٠١ م، ج ٩
ص ٣٥٠.

(١٠٢) ابن أبي حاتم، تفسير ابن أبي حاتم، ج ٩ ص ٢٩٩٢
وهو ضعيف لإرساله، وفيه عيب الله بن موسى، قال عنه أبو
داود: كان شيعياً محترقاً، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء،
ج ٩ ص ٥٥٥.

(١٠٣) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ١ ص ٣٩٣.

(١٠٤) في السند مسلم بن عبد الله الملائي لم أجده له ترجمة، وإن
كان هو مسلم بن كيسان الملائي فهو ضعيف، انظر: ابن
حجر، أحمد بن علي العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ)، الإصابة في
تمييز الصحابة، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد

الحسن علي بن عمر بن أحمد (ت ٣٨٥ هـ)، المؤلف والمختلف، تحقيق موفق بن عبد الله بن عبد القادر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١ عام ١٩٨٦ م، ج ٢ ص ١١٠٣.

١٠٩ (البغوي، محيي السنة أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد (ت ٥١٠ هـ)، معالم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي)، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١ عام ١٤٢٠ هـ، ج ٢ ص ١١٠. وسند الكلبي ومقاتل ضعيف وواهي. انظر: الذهبي، ميزان الاعتدال، ج ٢ ص ٢٢٥.

الجدید فی التحدید الإقليمى لمسؤولية الناقل البحري الدولي وفقاً لأحكام قواعد روتردام دراسة مقارنة مع الاتفاقيات الدولية والقانونين المصري والأردني

د. محمد محمود خليل *

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/١٢/٢ م

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٤/١٦ م

الملخص

عالج هذا البحث الجديد في التحديد الإقليمي لمسؤولية الناقل البحري الدولي في قواعد روتردام دراسة مقارنة مع الاتفاقيات الدولية والقانونين المصري والأردني في مبحثين: يتناول المبحث الأول نطاق تطبيق الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل من حيث الزمن، أما المبحث الثاني يعرض نطاق تطبيق الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري من حيث الإقليم.

وتوصل الباحث إلى حقيقة مهمة هي إن قواعد روتردام ليست إلا اتفاقية دولية للنقل البحري، ولم تضيف أكثر من أنها تولت تنظيم أحكام النقل السابق أو اللاحق للنقل البحري الذي ينشأ بمناسبة عقد نقل مختلط، الأمر الذي يمكن أن يترتب عليه نقل متعدد الوسائط، كما توصل إلى أن لتفادي مشكلة التنازع ما بين اتفاقية روتردام واتفاقيات النقل الأخرى فقد أوردت نصوص مرنة تسمح بنفاذ الاتفاقيات الأخرى.

الكلمات المفتاحية: النقل البحري للبضائع، الناقل البحري، قواعد روتردام، النقل متعدد الوسائط، مسؤولية الناقل البحري، قواعد هامبورج.

* باحث، تخصص قانون تجاري بحري، جامعة القاهرة.

What is new in the regional determination of the responsibility of the international shipping carrier according to the provisions of the Rotterdam rules is a comparative study with international agreements and Egyptian and Jordanian laws

Dr. Mohamed Mahmoud Khalil

Abstract

This new research in the regional determination of the liability of the international maritime carrier in the Rotterdam Rules dealt with a comparative study with international conventions and Egyptian and Jordanian law in two parts: the first deals with the scope of application of the legal provisions of carrier liability in terms of time; the second introduces the scope of application of the legal provisions of carrier liability Where the territory.

The research found an important fact that the Rotterdam Rules are only an international maritime transport convention, and it is no more than that it has regulated the provisions of the previous or subsequent carriage of maritime transport created on the occasion of a mixed transport contract, which could result in multimodal transport, That in order to avoid the conflict between the Rotterdam Convention and other transport conventions, flexible texts were introduced allowing for the entry into force of other conventions.

Keywords on the subject: shipping of goods, sea carrier, Rotterdam rules, multimodal transport, liability of sea carrier, rules of Hamburg..

المقدمة:

ومتوازن دون إفراط في زيادة أعباء الناقلين، أو
تفريط في حماية الشاحنين، تشريع دولي عصري
لنقل البحري يجاري الثورة المتجددة للحاويات
ونهضة تكنولوجيا المعلومات^(١)، تشريع يرسى
دعائم الاستقرار في المعاملات التجارية بين الأمم،

إن التطور المذهل في ميدان نقل التجارة
الدولية مجرا يحتاج إلى أن يواكبه تطور مماثل في
التشريع البحري الدولي الموحد، تشريع ينظم
العلاقات القانونية بين طرفي عقد النقل البحري
للبضائع، وهم: الشاحنون والناقلون بشكل عادل

ويعمل على إزالة العوائق القانونية أمام تدفق التجارة الدولية^(٣).

وجاءت المبادأة عندما فكرت اللجنة البحرية الدولية (C.M.I) في إدخال تعديلات جديدة على معاهدة بروكسل المعدلة (قواعد لاهاي فسيي)، إلا أن الرأي الغالب في أروقة اللجنة إنجاز نحو بلورة اتفاقية جديدة تحكم عقود نقل البضائع كليا أو جزئيا بطريق البحر^(٤). وفي نفس الوقت استشعرت الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الحاجة الملحة إلى قواعد قانونية دولية مستحدثة وموحدة تعوض أصحاب البضائع وشركات الملاحة والنقل عموما عن عدم وجود نظام قانوني عالمي ملزم^(٥)، يدعم ويحكم عقود النقل البحري التي يمكن أن تشمل نقل بوسائط أخرى^(٦) مثل: النقل البري أو الجوي أو النهري، وهو ما اصطلاح على تسميته: النقل البحري كليا أو جزئيا. الأمر الذي تنعكس آثاره على إزالة المشاكل القانونية أمام تدفق التجارة الدولية وتؤدي دورا جوهريا في تعزيز التبادل الدولي، وفي قيام تعاون اقتصادي عالمي بين جميع الدول.

وهكذا استعانت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي باللجنة البحرية الدولية (C.M.I) التي أعدت مشروعا أوليا للاتفاقية، ومن ثم فقد تلفقت هيئة الأونسترال مشروع اللجنة البحرية الدولية، وعهدت به إلى فريق عام^(٧).

وبعد مضي عشر سنوات تقريبا من نفاذ اتفاقية هامبورج، وبالتحديد في إبريل/ نيسان عام (٢٠٠٢)، بدأ الفريق العامل المكلف من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مناقشة بشأن إعداد مسودة الاتفاقية الجديدة التي تحكم عقود النقل الدولي للبضائع بالبحر كليا أو جزئيا بدعوى إيجاد قانون معاصر وموحد يكفل النقل الحديث بالحاويات من الباب إلى الباب بما يشمل مرحلة نقل بحري داخل منظومة نقل دولي، دون أن يكون قاصرا على نقل البضائع من ميناء إلى ميناء آخر، مع السماح باستعمال سجلات النقل الإلكتروني.

وفي عام (٢٠٠٨) وبعد سنوات من المداولات، انتهت الأعمال المتعلقة بإعداد نص مشروع اتفاقية بشأن عقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا، واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة مشروع النص النهائي، بصيغته التي وافقت عليها لجنة (الأونسترال) يوم ١١ كانون الأول/ ديسمبر ٢٠٠٨، وأصدرت تفويضا خاصا بفتح باب التوقيع لجميع الدول عليها في مدينة روتردام/ هولندا.

مشكلة البحث:

تتمحور مشكلة البحث من حيث أن قواعد روتردام قد وسعت من مدة مسؤولية الناقل البحري لتشمل النقل الدولي ما بين مكان دخول البضاعة في حراسة الناقل حتى ميناء الشحن على

خطة البحث:

سنتناول في هذا البحث دراسة النطاق الإقليمي لمسؤولية الناقل البحري وفقا لأحكام قواعد روتردام من خلال تقسيمه إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول: نطاق تطبيق الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري من حيث الزمن، ونتناول في المبحث الثاني: نطاق تطبيق الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري من حيث الاقليم.

المبحث الأول

نطاق تطبيق الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل

من حيث الزمن^(١)

كان المبدأ الذي يسود الاتفاقيات الدولية المعنية بالنقل البحري هو امتداد مسؤولية الناقل للفترة الواقعة بين اللحظة التي يتم فيها شحن البضائع على وسيلة النقل إلى اللحظة التي يتم إفراغها منها، أي: إنها تقتصر على فترة النقل فقط دون أن تشمل العمليات التي يتم فيها تحضير البضائع للشحن أو العمليات التي تعقب إفراغها في مقصدها النهائي حتى وصولها إلى المرسل إليه.

فقد أقرت اتفاقية بروكسل الخاصة بسندات الشحن هذا المبدأ وأطلقت عليه معيار من الشبكة إلى الشبكة فمسؤولية الناقل تشمل الفترة الواقعة بين شحن البضائع وحتى الوقت الذي تفرغ فيه من السفينة، أي: إنها قصرت المسؤولية على الفترة التي تستغرقها الرحلة البحرية فقط^(٢) والتي

ظهر السفينة الناقلة، وكذلك مرحلة النقل ما بين ميناء التفريغ ومكان التسليم النهائي للبضاعة، وهاتان المرحلتان يمكن تنفيذهما بطبيعة الحال عن طريق السكك الحديدية أو الطرق البرية أو الممرات النهرية أو جوا، ومن ثم فإن إجمالي رحلة النقل هذه تعد من قبيل النقل من الباب إلى الباب أو نقلا متعدد الوسائط الذي يدخل ضمن نطاق تطبيق قواعد روتردام، إلا أن امتداد تطبيق قواعد روتردام على عملية النقل الدولي متعدد الوسائط والمتكونة على الأقل من محطة بحرية دولية قد يهدد الاتفاقيات الدولية المعنية بالنقل الدولي للبضائع مما يثير مشكلة التنازع.

أهداف البحث:

يهدف الباحث من إعداد هذه الدراسة إلى الوقوف على أحداث نقاط التجديد التي جاءت بها قواعد روتردام باعتبارها الاتفاقية البحرية الأكثر حداثة. ووضع الاكاديمي والباحث والمختص بالشأن البحري أمام المفاهيم والحلول التي وضعتها لحل مشكلات النقل متعدد الوسائط للبضائع.

منهجية البحث:

اقتضت منا دراسة موضوع بحثنا هذا الاعتماد على منهجية وظفنا من خلالها ثلاث مناهج مختلفة (التاريخي، التحليلي المقارن، الوصفي).

تنطبق منذ بدء عملية الشحن وحتى انتهاء عملية التفريغ، ولم تأت البروتوكولات المعدلة للاتفاقية بشمة تعديل فيما يتعلق بفترة مسؤولية الناقل البحري وإنما ظلت تلك الفترة على نحو ما ورد باتفاقية بروكسل لسنة (١٩٢٤)^(٩). ومثله مثل اتفاقية بروكسل، فقد حدد المشرع البحري الأردني، النطاق الزمني للأحكام القانونية النازمة لمسؤولية الناقل البحري^(١٠) بالفترة الممتدة من حين شحن البضائع على متن السفينة، وحتى تفريغها في المحل المقصود وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٢١١) بحري أردني بقولها: "لا تطبق أحكام هذا الجزء إلا على النقل البحري القاضي بتسليم وثائق شحن، ومن حين شحن البضائع على متن السفينة حتى تفريغها في المحل المقصود..."

وتطبيقاً للنص السابق، فإن الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل لا تشمل إلا المرحلة البحرية فقط من وقت شحن البضاعة حتى تفريغها في المحل المقصود^(١١) أما المراحل السابقة على شحن البضاعة على متن السفينة واللاحقة على تفريغها في المحل المقصود، فهي غير مشمولة ضمن إطار الأحكام القانونية للمسؤولية، فلا تسري هذه الأحكام على المرحلة السابقة على الشحن، والتي تبدأ من وقت تسليم البضاعة إلى الناقل حتى بدء شحنها على السفينة، كما لا تسري أيضاً على المرحلة اللاحقة للتفريغ، أي: منذ إنزال البضاعة من السفينة حتى يتم تسليمها للمرسل إليه^(١٢).

وعليه؛ فإن المشرع البحري الأردني لم يأخذ بمبدأ وحدة عقد النقل البحري، وإنما حصر نطاق تطبيق قانون التجارة البحرية الأردني على المرحلة البحرية من النقل من حين شحن البضائع على السفينة حتى لحظة تفريغها منها. لذلك، كان هذا القانون موضع انتقاد لما يثيره من صعوبات في التطبيق^(١٣)، إذ لا يمكن في بعض الأحيان تحديد الوقت الدقيق لحصول الشحن أو التفريغ، وبخاصة بالنسبة للسوائل التي يتم شحنها بالأنابيب، أو الخزائيم أو عن طريق وضعها على صنادل^(١٤). وعلى ذلك فإنني أقترح إعادة النظر في نص المادة ٢١١ بحري أردني وذلك بتوسيع النطاق الزمني لمسؤولية الناقل، وبخاصة وأن الزمن قد تجاوز هذا النص المنقول عن المادة (م/١هـ) من اتفاقية بروكسل في ظل تطور وسائل النقل البحري.

ومع تطور أساليب النقل البحري، ظهرت مساوئ المعيار السابق لتحديد فترة المسؤولية، فحركة البضائع المشحونة في الحاويات مثلاً تتطلب المرور بمراحل سابقة على الشحن للوصول إلى وسيلة النقل: (الشاحنة، السفينة، القطار)، ومراحل لاحقة على عملية التفريغ في إطار إيصالها إلى المرسل إليه، لهذا السبب عمدت بعض الاتفاقيات الدولية إلى مواكبة هذا التطور عن طريق تعديل النصوص التي تحدد فترة

مسؤولية الناقل وإدخال ما يعرف بمفهوم العهدة، وهو ما أخذت به اتفاقية هامبورج بموجب المادة (م/٤ ف١) منها حيث قررت إن مدة مسؤولية الناقل البحري تمتد لتشمل البضائع طالما هي في عهدة الناقل في ميناء الشحن وأثناء النقل وفي ميناء التفريغ، مما لا يترك مجالاً للشك في إنها تطبق على المدة التي تسبق الشحن، وتعقب التفريغ في ميناء الوصول.

وقد تأثر المشرع البحري المصري في قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بقواعد هامبورج (م/٤) فيما يتعلق بتحديد النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري عن هلاك البضائع أو تلفها حيث نجد إن المادة (١/٢٢٧) تنص في هذا الصدد على أنه: "يضمن الناقل هلاك البضائع وتلفها إذا حدث الهلاك أو التلف في المدة بين تسلم الناقل البضائع في ميناء الشحن، وبين قيامه بتسليمها إلى صاحب الحق في تسلمها..."

وتطبيقاً للنص السابق، حدد النطاق الزمني لمسؤولية الناقل في الفترة التي تكون فيها البضائع في حراسة الناقل وهي تبدأ من تسليمها إلى الناقل في ميناء الشحن، وتنتهي بتسليمها لصاحب الحق فيها في ميناء التفريغ. أما قبل هذه الفترة أو بعدها فتسرى على مسؤولية الناقل القواعد العامة، ويجوز الاتفاق بشأنها على شروط الإعفاء من المسؤولية تطبيقاً للحرية التعاقدية.

على أنه ليس معنى أن قانون التجارة البحرية قد أتى بأحكام خاصة تسرى على مسؤولية الناقل البحري خلال المدة من استلامه البضائع في ميناء الشحن إلى حين تسليمها في ميناء التفريغ وأن المرحلة السابقة لهذه الفترة وتلك اللاحقة لها تسرى بخصوص مسؤولية الناقل عنها أحكام القواعد العامة أن ثمة تقسيماً لعقد النقل البحري، إذ لا زالت للعقد المذكور وحدته في ظل قانون التجارة البحرية رغم وجود نظامان قانونيان للمسؤولية يسري كل نظام منهما على نطاق محدد من العقد^(١٥).

وإن كانت المادة ٢٢٧/ ف١ من قانون التجارة البحرية المصري وكذلك المادة (م/٤ ف١) من اتفاقية هامبورج قد وسعا قليلاً من النطاق الزمني لمسؤولية الناقل لتشمل المدة التي يكون خلالها الناقل مسؤولاً عن البضائع من: (ميناء التحميل إلى ميناء التفريغ)، فإن تحديد النطاق الزمني على النحو السابق يقصر المدة المشمولة بالمسؤولية على منطقة الميناء بالفترة الواقعة من ميناء التحميل إلى ميناء الوصول؛ فلم تغط أياً من الأنشطة التي تقع خارج منطقة الميناء.

ونتيجة للتطور الحاصل للنقل بواسطة الحاويات، فقد أصبح من الشائع كثيراً بالنسبة للناقل أن ينقل البضاعة من مكان التصدير إلى الوجهة النهائية أي: نقل من الباب إلى الباب (نقل

متعدد الوسائط)، بحيث يتم نقل البضاعة من مكان الاستلام إلى مكان التسليم، فلم يعد يقتصر النقل على المرحلة البحرية فقط، حيث أصبح تطبيق مبدأ (من الميناء إلى الميناء) يمثل أسلوباً قديماً لأن مثل هذه التطبيق يفصل عملية النقل إلى فترة مشمولة بمسؤولية الناقل، وفترة أخرى غير مشمولة وهذا من شأنه أن يخلق فجوات بين أنظمة المسؤولية الملزومة والمطبقة على الناقل البحري، فقد باتت الحاجة ملحة إلى وجود نظام مسؤولية واحد يغطي كامل مدة عملية النقل متجاوز المدة المحصورة من ميناء التحميل إلى ميناء التفريغ.

وإزاء التطور الحاصل في النقل البحري، واستجابة لثورة الحاويات وسعت اتفاقية روتردام فترة عقد النقل البحري لتكون من مكان الاستلام إلى مكان التسليم، حيث نصت المادة (١٢) منها على أنه:

"١- تبدأ مدة مسؤولية الناقل بشأن البضائع بمقتضى هذه الاتفاقية عندما يتسلم الناقل أو أي طرف منفذ البضائع بغرض نقلها، وتنتهي عندما تسلم البضائع.

٢- (أ)- قانون مكان التسليم أو لوائحه تقضي بأن يسلم الناقل البضائع إلى سلطة ما أو إلى طرف ثالث آخر يمكن للناقل أن يتسلم البضائع منه، تبدأ مدة مسؤولية الناقل عندما يتسلم البضائع من تلك السلطة أو الطرف الثالث الآخر.

(ب)- إذا كان قانون مكان التسليم أو لوائحه تقضي بأن يسلم الناقل البضائع إلى سلطة ما أو إلى طرف ثالث آخر يمكن للمرسل إليه أن يتسلم البضائع منه، تنتهي مدة مسؤولية الناقل عندما يسلم البضائع إلى تلك السلطة أو الطرف الثالث الآخر.

٣- لأغراض تحديد مدة مسؤولية الناقل يجوز للطرفين أن يتفقا على وقت ومكان تسلم البضائع وتسليمها، ولكن يكون أي حكم في عقد النقل باطلاً عندما ينص على:

أ. أن يكون وقت تسلم البضائع لاحقاً لبدء تحميلها الأولى بمقتضى عقد النقل، أو

ب. أن يكون وقت تسليم البضائع سابقاً لإتمام تفريغها النهائي بمقتضى عقد النقل."

ومن خلال النص السابق يمكننا أن نستخلص الأحكام القانونية التالية:

أولاً: معيار تسلم الناقل أو الطرف المنفذ للبضاعة:

تساوي اتفاقية روتردام بين تسلم البضاعة من الناقل نفسه أو من أي شخص ينوب عنه أو يتصرف باسمه وذلك تسهلاً للتعامل التجاري البحري.

والمقصود بتسليم الناقل أو الطرف المنفذ للبضاعة حيازة البضاعة حيازة فعلية تمكنه من فحص البضاعة والتحقق من مطابقتها للبيانات المقدمة من قبل الشاحن.

ويعتبر تسلم البضاعة وحيازتها عملاً مادياً يترتب عليه آثار قانونية في غاية الأهمية، سواء من حيث بدء نفاذ الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري أو من حيث حق الشاحن بالمطالبة بإصدار مستند نقل أو الوثائق المماثلة (سجل النقل الإلكتروني).

ثانياً: بدء المسؤولية وانتهائها (من مكان الاستلام إلى مكان التسليم):

لم تقتصر اتفاقية روتردام أحكامها على النقل الواقع ضمن الرحلة البحرية، إنما تشمل أيضاً عمليات النقل الجاري في وسائط متعددة إذا ما كانت إحدى مراحل النقل مرحلة بحرية، وهذا أمر لا ريب فيه على اعتبار أن هذه الاتفاقية معنونة: "بفقود النقل الدولي عن طريق البحر كلياً أو جزئياً".

وهكذا، فإن النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري وفقاً لقواعد روتردام، لم يعد يقتصر على تلك المرحلة التي تنقضي بين ميناء الشحن وميناء التفريغ، بل يشمل بالإضافة إلى ذلك المراحل السابقة على تسلم البضاعة في ميناء الشحن واللاحقة لتسليمها في ميناء التفريغ ما دامت البضاعة في عهدة الناقل سواء في مكان التسلم أو في مكان التسليم، وحتى قيام الناقل بتسليمها في المكان الأخير.

ومسؤولية الناقل البحري وفقاً للتنظيم القانوني السابق، تشمل المدة التي تكون فيها البضائع في عهدة الناقل البحري خارج ميناء الشحن والمدة اللاحقة لميناء التفريغ، حيث تدخل هذه المدة ضمن نطاق الأحكام القانونية لقواعد روتردام^(٦٧)، فقد يتعهد الناقل البحري في بعض الحالات بنقل البضاعة من مكان خارج ميناء التحميل كمستودعات الشاحن أو مصنع البائع وإيصالها إلى ميناء الشحن عن طريق السكك الحديدية أو عن طريق الممرات المائية الداخلية أو عن طريق البر، كما قد يحدث العكس، في حالة تعهد الناقل البحري بنقل البضاعة من ميناء التفريغ بغير طريق البحر إلى مستودعات المرسل إليه أو مصنعه الكائن خارج الميناء الأخير حيث تدخل مثل هذه الاتفاقيات ضمن نطاق تطبيق أحكام المسؤولية.

ثالثاً: الحالات التي يتحقق فيها تسلم البضاعة والحالات التي يتحقق فيها تسليم البضاعة:

حددت قواعد روتردام الحالات التي يعتبر فيها الناقل أو الطرف المنفذ قد تسلم البضائع في مكان الاستلام والحالات التي تتحقق فيها عملية التسليم، على نحو يتصف بالدقة والوضوح بعيداً عن الغموض في المصطلحات والركاكة في التعبير وذلك على النحو الآتي:

(أ) - يعد الناقل أو الطرف المنفذ قد تسلم البضائع، اعتباراً من الوقت الذي يتلقى فيه الناقل أو الطرف المنفذ البضائع في مكان التسليم وفقاً لما يلي:

١. اعتباراً من تاريخ تسليم الناقل أو الطرف المنفذ البضاعة من الشاحن أو أي شخص ينوب عنه، حيث تساوي الاتفاقية هنا بين تسلم الناقل للبضاعة من الشاحن نفسه أو من أي شخص ينوب عنه أو يتصرف باسمه، وذلك تسهيلاً للتعامل التجاري البحري. وتتفق قواعد روتردام بهذا الاتجاه مع قواعد هامبورج وذلك بموجب (م/٤ ف/٢، أ، ١) حيث قضت بأن: البضائع تعد في عهدة الناقل البحري، اعتباراً من تاريخ تسليم الناقل البضاعة من الشاحن أو أي شخص ينوب عنه، كما يتفق هذا الاتجاه مع ما قضت به المادة (م/٢٢٧ ف/١) من قانون التجارة البحرية المصري. بينما لم يغط قانون التجارة البحرية الأردني هذه المرحلة من النقل، فقد حصر نطاق تطبيق الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري على نحو ما ذكرنا سابقاً منذ بدء عملية الشحن فقط، أما المراحل السابقة على الشحن فهي غير مشمولة ضمن إطار الأحكام القانونية للمسؤولية فلا تسري هذه الأحكام على المرحلة السابقة على الشحن، والتي تبدأ من وقت تسلم البضاعة إلى الناقل حتى بدء شحنها على السفينة وهذا يشكل نقصاً في التشريع يتعين تداركه.

٢. اعتباراً من تاريخ تسلم الناقل أو الطرف المنفذ البضاعة من سلطة أو طرف ثالث توجب القوانين أو اللوائح السارية في مكان التسليم، تسليم البضاعة لها لغايات تسليمها. وتشابه قواعد روتردام بهذا الخصوص مع قواعد هامبورج وذلك بموجب (م/٤ ف/٢، أ، ٢) منها حيث قضت بأن: البضائع تعد في عهدة الناقل البحري، اعتباراً من تاريخ تسلم الناقل البحري البضاعة من سلطة أو طرف ثالث توجب القوانين أو اللوائح السارية في ميناء الشحن، تسليم البضاعة لها لغايات شحنها. والتنظيم القانوني السابق الذي جاءت به قواعد هامبورج يتوافق مع التشريعات الوطنية التي غالباً ما توجب على الشاحن تسليم البضاعة إلى سلطة معينة سواء أكانت حكومية أو خاصة تتولى عمليات شحن البضاعة على متن السفينة، حيث تحتكر القيام بهذه العمليات بموجب القوانين والأنظمة السارية في ميناء الشحن^(٧) وبالتالي لا تخضع المدة التي تكون فيها البضاعة لدى سلطة أو طرف ثالث للأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري، إذ ليس من العدل أن يسأل الناقل عن أخطاء لم يرتكبها ولم يكن سبباً في ارتكابها وبخاصة وأن الناقل لا يملك الحرية في اختيار الجهة التي تتولى عملية الشحن، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها بأنه: "إن مؤسسة الموانئ هي المسؤولة بالضمان عن أي ضرر يلحق بالبضائع

أثناء عملية الشحن التي تتولاها المؤسسة بحكم وظيفتها بموجب المادة الرابعة^(٨)

وبخلاف التنظيم القانوني السابق، فإن عملية الاستلام وفقاً لأحكام القانون البحري المصري تختلف عما رأينا في ظل أحكام كل من قواعد روتردام وقواعد هامبورج حيث إن الناقل يتسلم البضاعة من الشاحن نفسه، أو من الشخص الذي ينوب عنه، فهذا القانون لا يميز للشاحن تسليم البضاعة لغير الناقل أو الشخص المفوض من قبله.

(ب)- وهكذا، فإن مدة مسؤولية الناقل البحري تبدأ من تاريخ دخول البضاعة في عهدة الناقل أو الطرف المنفذ في مكان الاستلام على النحو السابق وتستمر أثناء النقل وحتى قيام الناقل أو الطرف المنفذ بتسليمها وفقاً لما يلي:

١. بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه صاحب الحق في استلامها: وهو الأصل الواجب الاتباع من الناقل باعتبار المرسل إليه صاحب الحق المباشر في تسليم البضاعة مما يمكنه من المحافظة على حقوقه واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك إن كان لها مقتضى. وتتفق قواعد روتردام بهذا الخصوص مع كل من قواعد هامبورج بموجب (م٤/ف٢/ب، ١) وقانون التجارة البحرية المصري بموجب (م٢٢٧/ف١). بينما لم يغط قانون التجارة البحرية الأردني هذه المرحلة من النقل، فلا تسري

الأحكام القانونية للمسؤولية بموجب المادة (٢١١) بحري أردني على المرحلة اللاحقة للتفريغ.

٢. تسليم البضاعة إلى سلطة أو طرف ثالث توجب القوانين أو الأنظمة السارية في مكان التسليم، تسليم البضاعة له لغايات تسليمها: وبالتالي فإن التسليم يتحقق بموجب هذه الفقرة بمجرد تسليم البضاعة لتلك السلطة أو ذلك الطرف. وتتشابه قواعد روتردام بهذا الخصوص مع قواعد هامبورج بموجب (م٤/ف٢/ب، ٢). بخلاف قانون التجارة البحرية المصري، فهذا القانون لا يميز للناقل تسليم البضاعة إلا لصاحب الحق في استلامها، وصاحب الحق إما أن يكون المرسل إليه المسمى في سند الشحن غير القابل للتداول، أو حامل السند القابل للتداول، فمسؤولية الناقل لا تنقضي بتسليم البضائع إلى السلطة الجمركية، بل تستمر ولا تنتهي إلا بالتسليم الفعلي للمرسل إليه، وهو ما يحسب ضمن إيجابيات هذا القانون. وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية في جلسة الخميس الموافق ٢٣/٤/٢٠١٥ بأن: التزام الناقل البحري هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم البضاعة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أياً كانت الطريقة المتفق عليها في العقد لهذا التسليم وإن عقد النقل لا ينقضي ولا تنتهي معه مسؤولية الناقل البحري، إلا بتسليم البضاعة المشحونة إلى

المرسل إليه أو نائبه تسليماً فعلياً بالمقدار والحالة التي وصفت بها في سند الشحن، بحيث تنتقل إليه حيازتها ويتمكن من فحصها والتحقق من حالتها ومقدارها^(١٩).

رابعاً: مدة مسؤولية الناقل تعتمد على حرية الإرادة في حدود معينة:

بعد أن حددت قواعد روتردام مدة مسؤولية الناقل على نحو ما تقدم، تابعت (م١٢) في البند الثالث منها بأنه: يجوز للطرفين (أي: الناقل والشاحن) أن يتفقا على وقت ومكان تسليم البضائع وتسليمها، لكن قيد إرادة الأطراف في هذا الاتفاق بقيدين يعتبران من محاسن هذه الاتفاقية وهما:

- أ. ألا يكون وقت تسليم الناقل البضاعة لا حقاً لبدء تحميلها الأولى بمقتضى عقد النقل.
- ب. وألا يكون وقت تسليم البضاعة إلى المرسل إليه سابقاً لإتمام تفريغها النهائي بمقتضى عقد النقل^(٢٠).

لذلك فإنه من الممكن لأطراف عقد النقل البحري الاتفاق وفق النقل التقليدي بالملء المحددة من ميناء التحميل إلى ميناء التفريغ والذي بموجبه يسلم الشاحن البضائع في ساحة الحاويات في ميناء التحميل إلى الناقل، ويقوم الناقل بتفريغها في ساحة الحاويات في ميناء التفريغ ويكون الناقل مسؤولاً بالملء المحدد عن النقل بين ساحتي الحاويات المخصصة للتحميل والتفريغ، وفي هذا

السياق نجد إن استلام البضائع في ساحة حاويات التحميل قد حصل قبل عملية التحميل الأولى للبضائع وإن التسليم قد حصل بعد عملية التفريغ النهائي للبضائع وذلك وفقاً لعقد النقل.

ونرى اقتضاء اشتراط هذين القيدتين يعود إلى ما لمسه واضعو الاتفاقية من تحايل أحد أطراف العقد (الناقل عادة) في ظل أحكام اتفاقية هامبورج بإدراج بند في عقد النقل يحدد مدة استلام الناقل للبضائع بعد تحميلها الأولى، أو أن يكون وقت تسليم البضائع إلى المرسل إليه سابقاً لإتمام تفريغها النهائي، فكان هذا الشرط دارجاً لأنه كان لصالح الناقلين، فكان الناقل يتفق مع الشاحن على وقت التسليم الفعلي للمرسل إليه ويكون ذلك الوقت سابقاً لإتمام التفريغ الفعلي، أي: والبضائع مازالت موجودة في عنابر السفينة.

وجاء الشرط (ب) مطابقاً تماماً لأحكام كل من محكمة التمييز الأردنية^(٢١) ومحكمة النقض المصرية^(٢٢)، التي تواترت أحكامهما خلال العقدين الأخيرين من القرن الماضي فيما يتعلق بوقت التسليم الفعلي للبضاعة، والتي تقضي في مجملها بأنه: لا يعد تسليم البضاعة مجرد وضعها تحت تصرف المستلم وهي لازالت في عنابر السفينة^(٢٣). وبخلاف التنظيم القانوني والقضائي السابق فإن اتفاقية هامبورج كانت تسمح بهذا التصرف المتناقض حيث تنص (م٤) منها على أن: وقت تسليم البضائع يكون في إحدى

الحالات التالية: إما بتسليمها إلى المرسل إليه، وإما بوضعها تحت تصرف المرسل إليه وفقاً للعقد في الحالات التي لا يتسلم فيها المرسل إليه البضائع من الناقل، فهذه الحالة الأخيرة قد تؤدي إلى إبراء الناقل من المسؤولية دون أن يكون ثمة تسليم فعلي للبضائع إلى المرسل إليه^(٣٤).

وهذا ما حاولت تفاديه اتفاقية روتردام، حيث أكدت على عدم جواز الاتفاق على أن يكون تسليم الناقل للبضائع سابقاً لإتمام تفريغها الفعلي. ولذلك يمكن القول: إن (م ١٢/ف ٣) من اتفاقية روتردام تأتي بحكم أكثر عدالة من اتفاقية هامبورج لصالح الشاحنين وبشكل يتمشى مع أحكام قضاء القضاة المصري وكذا قضاء التمييز الأردني.

المبحث الثاني نطاق تطبيق الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري من حيث الإقليم:

حددت قواعد روتردام النطاق الجغرافي الذي يقيد فيه تطبيق أحكامها دون أن يتعداه أو يتجاوزه، حيث نصت في المادة الخامسة منها على أنه: "١ - رهنا بأحكام المادة ٦، تنطبق هذه الاتفاقية على عقود النقل التي يكون فيها مكان التسليم ومكان التسليم واقعين في دولتين مختلفتين، ويكون فيها ميناء التحميل في عملية النقل البحري وميناء التفريغ في عملية النقل البحري واقعين في دولتين مختلفتين، إذا كان أي من الأماكن التالية، يقع، وفقاً لعقد النقل، في دولة متعاقدة:

أ- مكان التسليم، أو

ب- ميناء التحميل، أو

ج- مكان التسليم، أو

د- ميناء التفريغ.

٢- تنطبق هذه الاتفاقية دون اعتبار لجنسية السفينة أو الناقل أو الأطراف المنفذة أو الشاحن أو المرسل إليه أو أي أطراف أخرى ذات مصلحة". وفيما يلي نبين الأحكام القانونية المستخلصة من النص أعلاه والأحكام المتصلة بها.

المطلب الأول: المجال الجغرافي لنطاق تطبيق اتفاقية روتردام.

وهو الذي ينظمه البند الأول من المادة الخامسة من اتفاقية روتردام، وفقاً لهذا البند، فإن الشروط الواجب توافرها لتطبيق اتفاقية روتردام جغرافياً تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: أن يكون النقل واقعاً بين مكانين أو بين موانئ دولتين مختلفتين.

تشير المادة الخامسة فقرة أولى بوضوح تام إلى خيار النقل من الباب إلى الباب أو النقل متعدد الوسائط، من خلال رسم نطاق التطبيق العام لقواعد روتردام، بقولها: إن هذه القواعد تنطبق على عقود النقل التي يكون فيها مكان استلام الناقل للبضاعة ومكان تسليمه لها، واقعين في دولتين مختلفتين، ومعنى ذلك إن قواعد روتردام لا تنطبق إلا إذا كان النقل دولياً. وبمعنى آخر:

يشترط في النقل الخاضع لأحكام اتفاقية روتردام أن يكون نقلاً دولياً، وفي تحديد معنى الدولية أخذت اتفاقية روتردام بالمعيار الموضوعي (الإقليمي) وليس بالمعيار الشخصي ومفهوم المعيار الموضوعي بأن النقل يكون دولياً متى كان المكان الذي عهد فيه بالبضاعة إلى الناقل لنقلها والمكان الذي ينبغي تسليم البضاعة فيه لصاحب الحق في ذلك يقعان في أراضي دولتين مختلفتين. فمعيار الدولية المعتمد يتمثل في انتقال البضاعة من بلد إلى آخر مما يترتب عليه استبعاد النقل البحري الوطني الذي يتم بين موانئ الدولة الواحدة، بما فيها الدول الاتحادية أو الكنفدرالية من نطاق تطبيق قواعد روتردام، حتى وإن كان هذا النقل يخرج عن نطاق الملاحاة الساحلية^(٣٥)، إلا أن ذلك لا يمنع الدولة من تطبيق قواعد روتردام على النقل الداخلي بين موانئها باعتبارها قانوناً داخلياً مما يؤدي إلى توحيد القواعد التي تحكم عقد النقل البحري على الصعيدين الدولي والداخلي.

وإذا كانت الدولة التي ترغب في الانضمام إلى قواعد روتردام من الدول الفدرالية متعددة الأقاليم ذات النظم القانونية المختلفة المتعلقة بالنقل البحري، جاز لها أن تعلن وقت الانضمام إلى قواعد روتردام حصر تطبيق أحكام هذه القواعد بإقليم أو أكثر من أقاليمها، ويجوز لها في أي وقت أن تعدل إعلانها هذا بإعلان آخر. وفي حالة حصر تطبيق هذه القواعد بإقليم أو أكثر، فإن

المكان الواقع في إقليم لا تسري فيه هذه القواعد يعتبر كما لو كان واقعاً في دولة غير منضمة. وإذا لم تعلن الدولة حصر تطبيق القواعد المذكورة بإقليم واحد أو أكثر من أقاليمها، فإن حكم هذه القواعد يسري في جميع أقاليمها^(٣٦) وعلى الدولة المنضمة إلى الاتفاقية، أن تعلن صراحة، وفقاً لنص المادة (٧٤) منها، قبولها بقواعد الولاية القضائية وقواعد التحكيم المنصوص عليها في الاتفاقية المذكورة، وأن يتم هذا الإعلان كتابة وقت الانضمام للاتفاقية، وأن يبلغ إلى وديع الاتفاقية في الأمم المتحدة، وبخلافه لا تكون الدولة المنضمة ملزمة بتلك القواعد وإنما يصير في ذلك إلى أحكام قانونها الوطني. ونحن نرى: إن مثل هذا الإعلان يجب أن يشار إليه في مادة من مواد قانون التصديق على الاتفاقية والانضمام إليها، لأن من شأن هذا الإعلان أن يعدل نصوص قانونها الوطني فيما يتعلق بالمحاكم ذات الاختصاص المكاني والتحكيم، حيث إن القانون لا يعدل إلا بقانون. كما يجب إن أرادت سحب هذا الإعلان فيما بعد، أن يتم ذلك بقانون يعدل من قانون تصديق الاتفاقية.

الفرع الثاني: تعدد وسائل النقل على أن يتم جزء منها بطريق البحر.

كان لاستخدام الحاويات في بداية النصف الثاني من القرن العشرين مع التقدم الفني والتكنولوجي الذي طرأ على وسائل النقل

والاتصالات الأثر المباشر في دخول النقل البحري الدولي للبضائع عصر تعدد الوسائط ، ولما كبت تلك التطورات لم تقتصر اتفاقية روتردام أحكامها على النقل الدولي ضمن الرحلة البحرية فحسب وإنما تشمل أيضا عمليات النقل الجاري في وسائط متعددة بشرط أن تشمل على الأقل على واسطة بحرية دولية^(٧٧)، وهو ما يطلق عليه بالنقل المتتابع المختلط.

وتعدد وسائط النقل الداخلة ضمن حلقات النقل المتتابع المختلط إما أن يكون نقلا بسيطا للبضائع من وسيلة نقل إلى أخرى كما في حالة نقل البضائع من شاحنة إلى سفينة أو يكون أكثر تعقيدا وذلك عندما تنقل إحدى وسائط النقل البضاعة التي تحملها على وسيلة نقل أخرى، كما في حالة نقل الشاحنة أو عربة القطار على سفينة معينة^(٧٨)، وهذه المسألة ليست بالبساطة التي تبدو عليها، وذلك لأن وسائط النقل وإن كانت ثابتة فإن وسائل النقل ليست كذلك، فقد حدثت تطورات كبيرة في هذا المجال جعلت من مسألة تحديد وجود البضاعة صعب فظهرت العديد من الوسائل التي أدت إلى تعدد وسائط النقل عند نقل البضائع، فهناك مثلا خدمات سفن اللاش (L.a.s.h)^(٧٩) والسفن حاملة الصنادل حيث يتم رص البضاعة داخل الصنادل التي يجري شحنها داخل السفينة الأم^(٨٠) غير أنه لا يتعين على السفينة

الأم أن تدخل إلى الميناء، بل يمكن أن تنتظر خارجه وتنزل الصنادل إلى البحر لكي تتابع الرحلة داخل الأنهار أو البحيرات الداخلية حتى نقطة الوصول النهائية.

وامتداد تطبيق قواعد روتردام على عملية النقل الدولي متعدد الوسائط والمتكونة على الأقل من محطة بحرية دولية قد يهدد الاتفاقيات الدولية المعنية بالنقل الدولي للبضائع مما يثير مشكلة التنازع بمعنى إمكانية أن تدعى أحكام متنوعة لأكثر من اتفاقية دولية على حكم عملية النقل، فينشأ بينهما التنازع.

وفيما يلي نتناول بيان كيف قامت اتفاقية روتردام بتفادي مشكلة التنازع مع اتفاقيات النقل الدولي للبضائع من خلال فقرتين: نتناول في الفقرة الأولى: بيان العلاقة بين اتفاقية روتردام والصكوك الأخرى ذات الصلة بالنقل الدولي للبضائع بحرا، ونتناول في الفقرة الثانية: بيان العلاقة بين اتفاقية روتردام والصكوك ذات الصلة باتفاقيات النقل غير البحري.

أولا - العلاقة ما بين اتفاقية روتردام والصكوك الأخرى ذات الصلة بالنقل الدولي للبضائع بحرا:

لما كان موضوع اتفاقية روتردام يتطابق مع موضوع الاتفاقيات القائمة ذات الصلة بالنقل الدولي للبضائع بحرا، فإن نفاذ مشروع الاتفاقية

فيما بين أطراف مشروع الاتفاقية لا يتوافق مع نفاذ الاتفاقيات الأخرى فيما بين الأطراف نفسها. لذلك كان من الواجب أن يدرج في الأحكام الختامية لمشروع الاتفاقية حكما يلزم الدولة التي تنوي أن تصبح طرفا في مشروع الاتفاقية بالانسحاب من بعض المعاهدات المسماة المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع بحرا والتي قد تكون طرفا فيها^(٣)، وعليه فقد أوجبت اتفاقية روتردام على الدولة التي تصدق أو تنضم إليها أن تنسحب في الوقت نفسه من عضوية الاتفاقيات البحرية السابقة أي: اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤ وتعديلاتها أو اتفاقية هامبورج ١٩٧٨ عن طريق إخطار الوديع وذلك بموجب (م٨٩) من قواعد روتردام حيث نصت على أنه:

"١- تقوم الدولة التي تصدق على هذه الاتفاقية أو تقبلها أو تقرها أو تنضم إليها، وتكون طرفا في الاتفاقية الدولية لتوحيد قواعد قانونية معينة متعلقة بسندات الشحن، الموقع في بروكسل في ٢٥ آب/ أغسطس ١٩٢٤، أو في البروتوكول الموقع في بروكسل في ٢٣ شباط/ فبراير ١٩٦٨ لتعديل الاتفاقية الدولية لتوحيد قواعد قانونية معينة متعلقة بسندات الشحن، أو في البروتوكول الموقع في بروكسل في ٢١ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٧٩ لتعديل الاتفاقية الدولية لتوحيد قواعد قانونية معينة متعلقة بسندات الشحن، بصيغتها المعدلة بموجب البروتوكول التعديلي المبرم في ٢٣

شباط/ فبراير ١٩٦٨، بالانسحاب في الوقت نفسه من تلك الاتفاقية ومن البروتوكول الملحق بها أو البروتوكولين الملحقين بها اللذين هي طرف في أي منهما، بإبلاغ حكومة بلجيكا بذلك، مع إعلان إن ذلك الانسحاب سيسري مفعوله ابتداء من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية فيما يخص تلك الدولة.

٢- تقوم الدولة التي تصدق على هذه الاتفاقية أو تقبلها أو تقرها أو تنضم إليها وتكون طرفا في اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع، الموقع في هامبورغ في ٣١ آذار/ مارس ١٩٧٨، بالانسحاب في الوقت نفسه من تلك الاتفاقية بإبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بذلك، مع إعلان إن ذلك الانسحاب سيسري مفعوله ابتداء من تاريخ نفاذ هذه الاتفاقية فيما يخص تلك الدولة.

وتطبيقا لمضمون المادة (٨٩) من هذه القواعد، إذا كانت الدولة الراغبة في الانضمام إليها، طرفا في الاتفاقية الدولية لتوحيد قواعد قانونية متعلقة بسندات الشحن (معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ - قواعد لاهاي) بصيغتها المعدلة بالبروتوكول المبرم سنة ١٩٦٨ وسنة ١٩٧٩، أو طرفا في اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع المبرم سنة ١٩٧٨ (قواعد هامبورج)، فعليها أن تقوم بالانسحاب في الوقت نفسه من تلك الاتفاقيات وإبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بذلك. ولا يكون

انضمامها إلى قواعد روتردام أو قبولها أو الإقرار بها من جانب الدول الأطراف في الاتفاقيات المذكورة نافذاً، إلا بعد أن يصبح الانسحاب من تلك الاتفاقيات ساري المفعول.

ويستدل من ذلك: إن الدول الأطراف في معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ قواعد لاهاي، أو اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٧٨ قواعد هامبورج تكون بالخيار بين الاستمرار بانضمامها لأي من تلك الاتفاقيات أو بالانسحاب منها والانضمام إلى اتفاقية روتردام لسنة ٢٠٠٨. كما إن الدول التي لم تنضم لأي من قواعد لاهاي أو قواعد هامبورج، تكون بالخيار بين الاستمرار في تطبيق قانونها الوطني أو الانضمام إلى قواعد روتردام.

ولما كان الهدف المنشود من إصدار اتفاقية روتردام، هو توحيد أحكام النقل الدولي للبضائع بحراً بوجه خاص في اتفاقية واحدة تتسم بالحدثة وينضم إليها كافة أو معظم الدول، لذلك يخشى البعض من الاحتمال الذي ينضم فيه عدد محدود من الدول إلى اتفاقية روتردام بما يكفي بالكاد لدخولها حيز النفاذ الدولي، لكن دون أن تحظى بقبول دولي عام، فما هي الصورة التي سوف تبدو عليها أحكام النقل البحري الدولي في ظل وجود اتفاقيات دولية لهذا الغرض؟

بكل أسف سوف يزداد تشرذم الدول فبعد أن كانت الدول منقسمة بين عضوية اتفاقيتين دوليتين

وهي اتفاقية بروكسل واتفاقية هامبورج سوف تصبح دول العالم البحري منقسمة بين عضوية ثلاث اتفاقيات رئيسية مما يضيع معه التوحيد القانوني لقواعد النقل البحري الدولي ولا تكون الاتفاقية الجديدة إلا أداة لمزيد من التشتت في أحكام التشريعات الدولية للنقل البحري وهذا ما نأمل ألا يحدث على الإطلاق.

ثانياً- العلاقة ما بين اتفاقية روتردام والصكوك ذات الصلة باتفاقيات النقل غير البحري:

لتفادي مشكلة التنازع ما بين اتفاقية روتردام والاتفاقيات الأخرى المعنية بالنقل الدولي للبضائع، فقد وضعت اتفاقية روتردام حلولاً متكاملة لها وذلك واضح من نصوص المادتين (٢٦م) بعنوان: (النقل السابق أو اللاحق للنقل البحري) و(٨٢م) بعنوان (الاتفاقيات الدولية التي تحكم نقل البضائع بوسائط نقل أخرى) وهو ما سنتناوله تباعاً.

(١)-النقل السابق أو اللاحق للنقل البحري:

قد تشمل عملية النقل مراحل متعددة، تبدأ بنقل بري أو نهري أو جوي، ثم نقل بحري وتنتهي بنقل بري أو نهري أو جوي. ويتم تنفيذها بسند شحن مباشر يغطي جميع مراحل النقل المذكورة، ويقوم بالتنفيذ إلى جانب الناقل المتعاقد الذي يبرم عقد النقل مع الشاحن، ناقلون

متعددون يكلفون من قبل الناقل المتعاقد بتنفيذ النقل الفعلي في المراحل المتعددة.

ومن الجديد في اتفاقية روتردام تنظيمها للنقل السابق أو اللاحق للنقل البحري، وهو ما يعرف بالنقل متعدد الوسائط الذي يتخلله رحلة بحرية^(٣١) فقد نصت المادة (٢٦) من اتفاقية روتردام على أنه: "عند حدوث هلاك أو تلف للبضائع أو وقوع حادث أو ظرف سبب تأخر في تسليمها، اثناء مدة مسؤولية الناقل ولكن قبل تحميلها على السفينة فحسب أو بعد تفريغها من السفينة فحسب، لا تكون لأحكام هذه الاتفاقية غلبة على ما يتضمنه صك دولي آخر من أحكام، وقت حدوث الهلاك أو التلف أو وقوع الحادث أو الظرف المسبب للتأخر:

أ- كان من شأنها أن تنطبق، بمقتضى أحكام ذلك الصك الدولي، على كل الأنشطة التي يضطلع بها الناقل أو أي منها لو كان الشاحن قد أبرم عقدا منفصلا ومباشرا مع الناقل فيما يتعلق بذات مرحلة النقل التي حدث فيها هلاك البضائع أو تلفها أو وقع فيها الحادث أو الظرف المسبب للتأخير في تسليمها.

ب- وتنص بالتحديد على مسؤولية الناقل أو على الحد من مسؤوليته أو على الوقت المتاح لرفع الدعوى،

ج- ولا يمكن الخروج عن التعاقد، سواء كليا أو لما هو في غير مصلحة الشاحن بمقتضى ذلك الصك".

وتطبيقا للنص السابق، تسري اتفاقية روتردام على عقد النقل الدولي منذ استلام الناقل للبضائع في مكان الاستلام، سواء ميناء بحري أو بري أو جوي أو نهري، حتى تسليمها في نهاية الرحلة، سواء ميناء بحري أو بري أو جوي أو نهري، وأيا كانت وسيلة النقل، طالما أن هناك جزء قد تم بالبحر، فإذا أصيبت البضائع بفقد أو تلف أو تأخر وصولها للمكان المتفق عليه يلتزم الناقل بتعويض أصحاب الحق في البضائع عن الضرر الذي أصابهم، إلا أن قواعد المسؤولية تختلف حسبما وقع الضرر في المرحلة البحرية أم قبلها أو بعدها، فإذا وقع الضرر في المرحلة البحرية تسري القواعد المنصوص عليها باتفاقية روتردام. أما إذا كان الضرر قد تحقق قبل شحن البضائع بالسفينة أو بعد تفريغها منها، فنص المادة سابقة الذكر بأنه "عند حدوث هلاك أو تلف للبضائع أو وقوع حادث أو ظرف يسبب تأخيرا في تسليمها، اثناء مدة مسؤولية الناقل ولكن قبل تحميلها على السفينة فحسب أو بعد تفريغها من السفينة فحسب، لا تكون لأحكام هذه الاتفاقية غلبة على ما يتضمنه اتفاقية دولية أخرى من أحكام، وقت حدوث الهلاك أو التلف أو وقوع الحادث أو الظرف المسبب للتأخير.

ويلاحظ بأن الحادث يمكن أن يحدث وقت وقوعه، أو أن يحدث ويستمر خلال فترة من الوقت، ووفقاً لهذه المادة من الضروري إن هذا الوقت يسبق الشحن ويلي التفريغ، فإذا بدأ الضرر مثلاً قبل الشحن وتفاقم بعد ذلك، أو بدأ على متن السفينة وازداد بعد التفريغ، كحالة البضائع المشحونة في حاويات مبردة إذا توقفت أجهزة التبريد قبل شحنها أو قبل تفريغها من السفينة، فلا تنطبق عليها المادة ٢٦ ويظل الناقل مسؤولاً عنها وفقاً لاتفاقية روتردام، واشترطت اتفاقية روتردام لعدم انطباق أحكامها على المرحلة غير البحرية عدة شروط:

١. وجود اتفاقية دولية أخرى تتضمن أحكاماً تتعلق بمسؤولية الناقل وقت حدوث الهلاك أو التلف أو وقوع الحادث المسبب للتأخير، وكان من شأن هذه الأحكام أن تنطبق على الأنشطة التي يضطلع بها الناقل أو أي منها لو كان الشاحن قد أبرم عقداً منفصلاً ومباشراً مع الناقل فيما يتعلق بذات مرحلة النقل التي حدث فيها الهلاك أو التلف أو وقع الحادث أو الظرف المسبب في تأخير تسليمها. ففي حالة نقل البضائع عن طريق واسطة أخرى غير البحرية، وكان هذا النقل سابقاً أو لاحقاً للرحلة البحرية، ويخضع لاتفاقية دولية أمرة، فإن أحكام هذه الاتفاقية تكون لها السيادة على أحكام قواعد روتردام، إذا أمكن تحديد موقع

حدوث الهلاك أو التلف أو الظرف المسبب للتأخير في أي من أجزاء النقل غير البحرية، سواء السابقة أو اللاحقة للنقل البحري، فإذا حدث الهلاك أو التلف أو التأخير على سبيل المثال خلال نقل بري في أوروبا بالشاحنات يسبق أو يلحق الرحلة البحرية، فإن أحكام اتفاقية النقل البري (CMR) تكون هي الواجبة التطبيق خلال هذه الرحلة البرية وذلك إذا كان في إطار النقل الدولي، فعلى سبيل المثال: لو أن المرحلة الأخيرة من النقل والتي حدث الضرر خلالها هي من جنوة حيث أفرغت من السفينة ميلانو فإن هذا الشرط لن يتحقق طالما أن اتفاقية النقل الدولي للبضائع بالبر (C.M.R) تنطبق فقط على عقد النقل الدولي، إلا أنها سوف تنطبق لو كانت الرحلة من جنوة لزيورخ، لأن هذا النقل دولي^(٣٢).

٢. أن تتضمن الاتفاقية الدولية الأخرى أحكاماً تتعلق بمسؤولية الناقل أو الحد من المسؤولية أو بالوقت المتاح لرفع الدعوى.

٣. أن تتضمن أحكاماً تمنع الاتفاق على ما يخالفها سواء كلياً أو لما هو في غير مصلحة الشاحن بمقتضى تلك الاتفاقية. فإذا كانت الاتفاقية الأخرى تغير من قواعد المسؤولية كأن تتطلب من أصحاب الحق في البضائع إثبات خطأ الناقل أو تحديد المسؤولية بمبلغ أقل من المبلغ المحدد بقواعد روتردام^(٣٣) أو يقلل من المدة التي يجوز فيها

لصاحب الحق في البضائع رفع دعواه على الناقل لا تطبق هذه الاتفاقية.

ولا شك أن مثل هذا الاتجاه التشريعي للاتفاقية الجديدة، من شأنه أن يضعف التوحيد القانوني الدولي، نظرا لسماحة للاتفاقيات الدولية للنقل أحادي الوسائط بأن تسود على نصوص قواعد روتردام في حالات معينة، ولكن على ما يبدو فإن سند واضعي الاتفاقية في ذلك هو الضرورات العملية^(٣١)، فإذا كان الحل الأمثل لتحقيق مبدأ وحدة التشريع الدولي للنقل الدولي متعدد الوسائط، هو بسط نطاق تطبيق أحكام قواعد روتردام على كل مدة مسؤولية الناقل الموحدة، بصرف النظر عن مكان حدوث الهلاك أو التلف أو التأخير، وسواء أكان في البحر أو الجو أو على البر، غير أن هذا الحل قد يثير التنازع بين أحكام اتفاقية روتردام وغيرها من اتفاقيات النقل الأخرى، مثل: اتفاقية النقل على الطرق البرية CMR واتفاقية النقل بالسكك الحديدية CIM-COTIF واتفاقية مونتريال الخاصة بالنقل الجوي، واتفاقية بودابست الخاصة بنقل البضائع في الممرات الملاحية الداخلية CMNI لذلك من أجل تفادي حدوث مثل هذا التنازع المحتمل في الاتفاقيات، أو على الأقل التقليل من آثاره قدر الإمكان، فإن المادة ٢٦ من قواعد روتردام تقرر: إنه عند حدوث هلاك أو تلف للبضاعة، أو وقوع حادث أو ظرف بسبب تأخيرا في تسليمها، أثناء

مدة التزام الناقل ولكن قبل تحميلها على السفينة فحسب، أو بعد تفريغها من السفينة فحسب، لا تكون لأحكام هذه الاتفاقية السيادة على ما تتضمنه اتفاقية دولية أخرى من أحكام. وبالرجوع إلى الاتفاقيات البحرية السابقة، نجد: إن اتفاقية بروكسل لم تتضمن نصوصا في معالجة النقل متعدد الوسائط، بل انحصر حكم قواعدها بعملية النقل البحري، فقط، فنصت الفقرة (هـ) من المادة الأولى منها على: إن نقل البضائع ينسحب إلى الوقت الذي ينقضي بين شحن البضائع في السفينة وبين تفريغها منها. فلا تسري نصوص الاتفاقية على المرحلة السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ، فيجوز لأطراف عقد النقل البحري الاتفاق بشأنها على ما يشاءون من شروط.

وبناء عليه، فإن عقد النقل البحري في ظل اتفاقية بروكسل سنة ١٩٢٤ وتعديلاتها يمكن أن تتسع رحابته لكي تشمل العمليات السابقة على الشحن أو اللاحقة للتفريغ بقوة العلاقة العقدية بين طرفي عقد النقل البحري، بحيث تكون هذه العمليات كلا لا يتجزأ تسري عليه شروط سند الشحن، وهذا ما يعرف بمبدأ وحدة عقد النقل البحري^(٣٢) وتبعاً، لذلك إذا طلب المرسل إليه من الناقل، أن يتولى توجيه البضاعة بعد تفريغها في ميناء الوصول إلى مخازن المرسل إليه خارج الميناء،

وقبل الناقل بذلك، فإن قيامه بهذه العملية يعتبر امتدادا لعقد النقل البحري ذاته. وكل ما ذهبت إليه اتفاقية بروكسل هو: إيجاد قواعد ملزمة للمرحلة البحرية فقط، تاركة تنظيم المرحلة السابقة لها أو اللاحقة لها لأحكام القواعد العامة وللأطراف أنفسهم الاتفاق عليها. وهكذا يتضح لنا: إن النقل متعدد الوسائط يعد ممكنا في ظل اتفاقية بروكسل ١٩٢٤ وتعديلاتها إذا ما تم الاتفاق عليه تطبيقا لمبدأ وحدة عقد النقل البحري.

وتعرضت اتفاقية هامبورج لموضوع النقل متعدد الوسائط بصورة غير مباشرة إذا اعتبرت هذه القواعد النقل متعدد الوسائط نقلا بحريا مشمولاً بأحكامها، فجاء في الفقرة السادسة من المادة الأولى منها بأن عقد النقل بحرا أي عقد يتعهد الناقل بموجبه نظير دفع أجرة، بنقل بضائع بحرا من ميناء إلى آخر. ومع ذلك، فإن العقد الذي يشمل على نقل بحري ونقل بوسيلة أخرى يعتبر عقد نقل بحري لأغراض هذه الاتفاقية. ومعنى ذلك: إن قواعد هامبورج تتصور إمكانية أن يشمل عقد النقل البحري الخاضع لها على نقل بوسيلة أخرى مثل الشاحنة أو القطار أو الطائرة أو المركب بالإضافة إلى الوسيلة البحرية، إلا أن أحكام الاتفاقية لا تنطبق إلا على الجزء البحري من عملية النقل.

أما قواعد روتردام، فقد أوردت في (م٢٦) على نحو ما ذكرنا حلا وسطا بين عدم ورود ذكر لعقد النقل متعدد الوسائط في اتفاقية بروكسل وبين اعتبار قواعد هامبورج هذا النوع من النقل نقلا بحريا خاضعا لأحكامها، فقضت بأنه إذا امتد عقد النقل البحري لتغطية عملية النقل السابقة لتحميل البضاعة على السفينة وعملية النقل اللاحقة لتفريغها من السفينة، فلا يكون لهذه القواعد، أي: قواعد روتردام، الغلبة في التطبيق، بل يصير إلى القواعد الدولية التي تحكم أنشطة الناقل لو كان الشاحن قد أبرم عقدا منفصلا ومباشرا مع الناقل فيما يتعلق بذات المرحلة التي حدث فيها هلاك البضائع أو تلفها أو وقع الحادث أو الظرف المسبب للتأخير. ويتم بموجب تلك القواعد الدولية، تحديد مسؤولية الناقل أو الحد منها أو تقادم الدعوى على الناقل المتعلقة بذلك الحادث، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك في غير مصلحة الشاحن.

ويلاحظ كذلك بشكل خاص: إن قواعد روتردام لا تنطبق إلا على النقل متعدد الوسائط الذي يشمل على رحلة بحرية دولية كشرط أساسي، أما عقود النقل متعدد الوسائط الأخرى التي لا يدخل فيها النقل البحري الدولي، فلا تدخل في نطاق تطبيق الاتفاقية، ولا شك أن هذا الوضع القانوني الذي تخلفه قواعد روتردام يشكل

قصورا وعجزا وفراغا تشريعيا دوليا في أحكام النقل متعدد الوسائط ، وبدلا من هذا الانزلاق الذي قامت به قواعد روتردام كان الأولى أن نبعث الروح في اتفاقية الأمم المتحدة للنقل متعدد الوسائط لسنة ١٩٨٠ بدلا من المحاولة التي أقدمت عليها قواعد روتردام لتنظيم أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط.

(ب)- الاتفاقيات الدولية التي تحكم نقل البضائع بوسائط نقل أخرى:

إن دراسة مشكلة التنازع ما بين اتفاقية روتردام والاتفاقيات الأخرى المعنية بالنقل الدولي للبضائع لن تكتمل صورتها إلا من خلال الإشارة إلى المادة ٨٢ باعتبارها مكملية ومفسرة للأحكام الواردة في المادة ٢٦ المشار إليها سابقا فقد نصت (م٨٢) من اتفاقية روتردام على أنه: ليس في هذه الاتفاقية ما يمس انطباق أي من الاتفاقيات الدولية التالية النافذة وقت بدء نفاذ هذه الاتفاقية التي تنظم مسؤولية الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها بما في ذلك أي تعديل مقبل لتلك الاتفاقيات:

(أ) أي اتفاقية تحكم نقل البضائع جوا، متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها، تنطبق على أي جزء من عقد النقل؛ أو.

(ب) أي اتفاقية تحكم نقل البضائع الطرقي، متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها تنطبق

على نقل البضائع التي تظل محملة على عربة شحن طرفي منقولة على متن سفينة، أو.

(ج) أي اتفاقية تحكم نقل البضائع بالسكك الحديدية متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها، تنطبق على نقل البضائع بحرا كجزء مكمل لنقلها بالسكك الحديدية، أو.

(د) أي اتفاقية تحكم نقل البضائع عن طريق المجاري المائية الداخلية، متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها، تنطبق على نقل البضائع دون إعادة شحن، سواء عن طريق المجاري المائية الداخلية أو عن طريق البحر.

وتطبيقا للنص السابق، فإن جميع المسائل التي لا تحكمها قواعد روتردام يصير في حالة النقل متعدد الوسائط إلى تطبيق الاتفاقيات الدولية التي تنظم مسؤولية الناقل:

١. في حالة نقل البضائع جوا، متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها تنطبق على أي جزء من عقد النقل.

٢. في حالة نقل البضائع برا، متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها تنطبق على نقل البضائع التي تظل محملة على شاحنة برية منقولة على متن السفينة.

٣. في حالة نقل البضائع بالسكك الحديدية، متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها تنطبق على نقل البضائع بحرا كجزء مكمل لنقلها بالسكك الحديدية.

٤. في حالة نقل البضائع نهرا، متى كانت تلك الاتفاقية، وفقا لأحكامها تنطبق على نقل البضائع دون إعادة شحنها بحرا.

فإذا كانت مرحلة النقل الجوي أو البري أو النهري التي ترتبط بمرحلة النقل البحري تخضع لاتفاقية دولية خاصة بها، وكانت دولة أطراف النقل المذكورة منضمة إلى تلك الاتفاقية، فتكون لها الغلبة في التطبيق على المراحل المذكورة.

وهكذا جاءت المادة ٨٢ من قواعد روتردام مقررّة في ديباجتها كمبدأ عام، إنه ليس في هذه القواعد ما يمس انطباق أي من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالنقل أحادي الوسائط، والتي تكون سارية وقت بدء دخول قواعد روتردام في حيز النفاذ، معطية بذلك السيادة لنصوص أي من هذه الاتفاقيات على نصوص قواعد روتردام ذاتها، إذا كانت تلك الاتفاقية وفقا لأحكامها واجبة التطبيق على جزء من عقد النقل.

والهدف المقصود من المادة ٨٢ من قواعد روتردام هو: العمل على تفادي تنازع بين نصوص اتفاقيات النقل أحادي الوسائط غير البحرية، وبين نصوص اتفاقية روتردام في حالة اقتران النقل غير البحري في عقد النقل البحري، لذلك يمكن القول: إن المادة ٨٢ ليست إلا جزءا مكملًا للمادة ٢٦، ومن ثم فإن المادتين يشكلان

كلا واحدا، والقصد منه تنظيم قواعد النقل غير البحري السابق أو اللاحق للنقل البحري. وأهم ما يلاحظ على مضمون المادة ٨٢، بأنه يتبع سياسية إعطاء الأولوية أو السيادة لنصوص الاتفاقية الدولية الواجبة التطبيق في شأن النقل غير البحري، على نصوص قواعد روتردام لتفادي التنازع بين نصوص الاتفاقيتين.

ولعل أقل هذه الاتفاقيات اهتماما بالنظام القانوني للنقل الدولي متعدد الوسائط هي: الاتفاقيات الدولية الخاصة بنقل البضائع بطريق البحر: فلا اتفاقية بروكسل ولا البروتوكول المعدل لها يتحدثان عن النقل متعدد الوسائط.

ولا يختلف حكم قواعد روتردام كثيرا عن حكم قواعد هامبورج في تكييف عقد النقل متعدد الوسائط الذي يتم بسند شحن مباشر، بكونه عقد نقل بحري. إلا أن قواعد هامبورج، قد حصرت تطبيق الأحكام الواردة فيها، وفقا لمضمون عبارة الفقرة السادسة من المادة الأولى منها، بمرحلة النقل البحري فقط، فجاء نصها بأن العقد الذي يشتمل على نقل بحري ونقل بوسيلة أخرى يعتبر عقد نقل بحري لأغراض هذه الاتفاقية "بالقدر الذي يتعلق فيه النقل البحري"، ومن الملاحظ إن هذا النص لا يضع قواعد خاصة بالنقل متعدد الوسائط بل على العكس يمكننا القول: إنه يحجبها، فالهدف من هذا النص

هو تطبيق قواعد هامبورج على المرحلة البحرية التي تشكل جزء من النقل متعدد الوسائط، أي: إنه يقوم بتجزئة النقل متعدد الوسائط بدلا من توحيده.

بينما يستفاد من حكم المادة (٢٦) و (٨٢) من قواعد روتردام عدم استبعاد مراحل النقل غير البحري من أحكامها إلا في حالة وجود اتفاقية دولية تحكم أنشطة الناقل في تلك المراحل.

وليس من شك بأن الإحالة إلى الاتفاقيات الدولية غير البحرية في مواطن كثيرة، يجعل من العسير الوقوف على الأحكام القانونية التي تعالج نظام النقل الدولي متعدد الوسائط، وكان من الضروري وضع تقنين موحد شامل لهذا النظام يقضي على هذا التشتت ويحقق التناسق الواجب توافره في هذا النظام، بدلا من تطبيق اتفاقيات مبعثرة صدرت في فترات زمنية مختلفة.

وإن كان يسجل لاتفاقية روتردام الجراءة في مقارنة هذا النوع من النقل، إلا أن كانت أفضل لو تم معالجته بتوضيح وتفصيل أكبر أو على الأقل معالجة هذا النقل في اتفاقية دولية خاصة به، أو تعديل أحكام اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالنقل متعدد الوسائط لسنة ١٩٨٠ وحث الدول على الانضمام إليها.

فإذا كان هناك إمكانية في ظل الوضع الحالي لتطبيق الاتفاقيات الأخرى (أحادية الوسائط) بطريق غير مباشر على علاقة الشاحن بمتعهد

النقل فإن هذه الإمكانية سوف تستبعد إذا تم تعديل اتفاقية جنيف للنقل الدولي متعدد الوسائط، حيث إن تعديلها من وجهة نظرنا سوف يعطي الاتفاقية رونقا جديدا يمكنها من الحصول على أصوات كافية، ومن ثم دخولها حيز النفاذ الدولي وبالتالي سد الفراغ التشريعي الذي يعاني منه النظام القانوني للنقل متعدد الوسائط للبضائع على الصعيد الدولي.

الفرع الثالث: توافر إحدى الحالات التي حددتها (م/٥ ف١).

وفقا لـ (م/٥ ف١) من اتفاقية روتردام، فلا يقتصر انطباق الاتفاقية على عقود النقل البحري، بل يشمل أيضا جزء من عقود النقل متعدد الوسائط، حيث يشترط لتطبيق قواعد روتردام على عقود النقل بالإضافة إلى شرط الدولية وأن يكون النقل بحريا ولو بصورة جزئية، أن تتوافر إحدى الحالات التي حددتها (م/٥ ف١) بالبند من (أ-د).

أولا- أن يكون مكان الاستلام أو مكان التسليم المذكور في عقد النقل البحري، واقعا في دولة متعاقدة: ويقصد بمكان التسليم أو مكان التسليم أي: مكان يمكن أن يتسلم فيه الناقل البضائع أو يسلمها فيه لأصحاب الحق في تسليمها وذلك أيا كانت وسيلة النقل، فقد يكون المكان الذي يوجد به الشاحن أو المرسل إليه ميناء بري أو ميناء جوي أو ميناء نهري. فإذا كان النقل

سوريا فرضاً من الدول المنضمة إلى هذه الاتفاقية ومرحلة النقل البحري المطلوب كان من مرفأ طرابلس إلى ميناء قبرص، فإن أحكام الاتفاقية تنطبق على هذا العقد (على افتراض انطباق باقي شروط الاتفاقية) باعتبار أن سوريا منضمة إلى الاتفاقية ومكان تسلم البضائع يقع فيها بحسب العقد.

ولا شك في أن القواعد المنظمة للنطاق الإقليمي لاتفاقية روتردام على النحو السابق بيانه يعطي الاتفاقية وأحكامها قوة دفع ذات أهمية كبيرة عند بدء تطبيقها، حيث تتيح المجال أمام قواعدنا لنشر ظلالها على قدر كبير من عمليات النقل البحري، لا بين أطرافها فحسب، بل بين الدول غير الأطراف أيضاً، وبالتالي فإن واضعي الاتفاقية قد سعوا إلى توسيع نطاق تطبيقها لتطبق على أكبر قدر ممكن من عمليات النقل البحري، الأمر الذي يعطي الاتفاقية قوة دفع نحو نفاذ أحكامها.

وإذا نظرنا إلى معيار دولية عقد النقل البحري للبضائع في اتفاقية روتردام، لوجدنا إن هذا المعيار يختلف تماماً عن معيار الدولية في اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤ والبروتوكول المعدل لها ١٩٦٨، واتفاقية هامبورج، فلا يوجد ثمة ارتباط بين عقد النقل وسند الشحن. حيث تنص المادة ١٠ من اتفاقية بروكسل ١٩٢٤ على أن: تسري أحكام هذه الاتفاقية على كل سند شحن يعمل في

إحدى الدول المتعاقدة. ومن ثم فإن صدور أي سند شحن في أية دولة متعاقدة، من شأنه أن يضفي الصفة الدولية على عقد النقل البحري للبضائع^(٣). إلا أن هذه المادة قد تم تعديلها في البروتوكول الصادر عام ١٩٦٨ حيث أصبحت تنص على أن: تسري أحكام هذه الاتفاقية على كل سند شحن يرتبط بنقل البضائع بين موانئ تقع في دولتين مختلفتين إذا: كان النقل من ميناء يقع في دولة متعاقدة؛ أو إذا كان سند الشحن صادر في دولة متعاقدة....".

وتطبيقاً لذلك، فإن العقد يعد دولياً طبقاً لأحكام اتفاقية بروكسل المعدلة بروتوكول ١٩٦٨ متى تم نقل بضائع بين موانئ تابعة لدولتين مختلفتين، وذلك إذا صدر سند الشحن في دولة متعاقدة. فالتعديل إذن أخذ بالمعيار الموضوعي لتحديد المقصود بالنقل الدولي، فالعبرة باختلاف دولتي الشحن والتفريغ، بصرف النظر عما إذا كانت هاتان الدولتان متعاقديتين أو غير متعاقديتين، إلا أنه يتعين توافر أحد شرطين:

١. أن يصدر سند الشحن في دولة متعاقدة.

٢. أن يبدأ النقل من ميناء دولة متعاقدة.

وإذا اتجهنا إلى اتفاقية هامبورج ١٩٧٨ نجد إن المادة ٢ فقرة (د) من ذات الاتفاقية تنص على أن: تسري أحكام هذه الاتفاقية على جميع عقود النقل البحري بين دولتين مختلفتين إذا: د- كان صدور سند شحن، أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل

البحري قد تم في دولة متعاقدة". فإذا افترضنا بأن ميناء الشحن أو ميناء التفريغ لا يقع في دولة متعاقدة، وكان سند الشحن أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحري قد صدر في دولة متعاقدة، كان العقد دولياً طبقاً لأحكام اتفاقية هامبورج، ولكن إذا نظرنا إلى معيار دولية عقد النقل البحري للبضائع في ظل اتفاقية روتردام لوجودنا إنه لا يوجد ثمة ارتباط بين دولية عقد النقل البحري للبضائع، ومكان صدور مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني. فلم يعد لمكان صدور الوثائق أي أهمية خصوصاً في عصر التجارة الإلكترونية.

ثالثاً- اعتماد شرط بارامونت في عقد النقل البحري للبضائع :

بالرجوع إلى المادة العاشرة من قواعد لاهاي فسي لسنة ١٩٦٨، وكذلك الفقرة هـ) من المادة الثانية من اتفاقية هامبورج، نجد إن تلك القواعد قد وسعت من نطاق سريانها، حيث أجازت لطرفي عقد النقل البحري أن يتفقا على إخضاع تلك العملية لأحكام القواعد، حتى ولو لم تتوافر شروط سريانها عليهما. وذلك بإضافة ما يعرف بشرط بارامونت إلى سند الشحن.

وقد اقرت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها هذا الشرط فقضت بأنه: "متى كان البند الأول من سند الشحن قد تضمن الاتفاق

على إعمال شرط بارامونت، فإن مفاد ذلك إن الطرفين اتفقا على تطبيق معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن^(٣٧) وقضت أيضاً بأن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يجوز لطرفي عقد النقل إذا كان سند الشحن لا يخضع لمعاهدة بروكسل الدولية لسندات الشحن لسنة ١٩٢٤ طبقاً للشروط التي أوردتها المادة العاشرة منها أن يتفق على خضوعه لها وتطبيق أحكامها عليه بتضمينه شرط بارامونت^(٣٨).

وأخذ قضاء محكمة التمييز الأردنية بالاتجاه ذاته فقد قضت بأنه: "ما دام لم يصدر نظام يحدد المبلغ الواجب ضمانه عن كل طرد أو وحدة من البضائع المشحونة بالطريق البحري، ولم يشمل سند الشحن على تحديد لذلك المبلغ، بل اتفق الفريقان المتعاقدان على تطبيق نصوص اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤، فإن مثل هذا الاتفاق لا يخالف النظام العام أو الأخلاق العامة، وليس ممنوعاً بنص خاص ويلزم العاقدین على اعتبار أنه يشكل جزءاً من شروط العقد عملاً بالمادة ١٧٤/١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية^(٣٩).

ولم يرد نص مماثل في الفصل الثاني من قواعد روتردام الخاص بنطاق التطبيق، يجيز الاتفاق على تطبيقها على عقود النقل غير الخاضعة لأحكامها، إلا أن هذا الجواز يستفاد ضمناً من نص الفقرة

ب من المادة ٧٦ منها الواردة في الفصل ١٥ الخاص بالتحكيم والتي وردت فيه عبارة: "إدراج الطرفين طوعا هذه الاتفاقية في عقد نقل غير خاضع لها..."

واعتماد شرط بارامونت في عقد النقل مسألة متروكة لاتفاق إرادة طرفي العقد إذ القواعد العامة تحيز لطرفي العقد الاتفاق على إخضاع العقد المبرم بينهما لحكم قانون أجنبي وقواعد روتردام هي بحكم القانون الأجنبي بالنسبة للدول التي لم تصادق بقانون على الانضمام إليها. إلا أنه ينبغي التمييز هنا ما بين نفاذ الاتفاقية بمقتضى هذه الحالة وما بين نفاذ الاتفاقية بتوافر إحدى الحالات التي حددتها (م/٥/١) بالبند من (أ-د)، ففي حالة نفاذ الاتفاقية طبقا (م/٥/١)، فإن الاتفاقية ستطبق كمسألة قانون، بينما طبقا للفقرة ب من المادة ٧٦ فإن الاتفاقية ستطبق كمسألة تعاقدية. وأهمية هذا التمييز تكمن في الواقع في أنه في حالة قيام تعارض بين شرط في عقد النقل والاتفاقية فإن الاتفاقية تسود عندما تكون مطبقة بقوة القانون بحكم قوتها استنادا إلى قوة نفاذها. في حين أنه عندما تكون الاتفاقية قد أدرجت في عقد النقل كمسألة تعاقدية فإنها تعامل كشرط في العقد مثل بقية الشروط^(٤٠)

المطلب الثاني: الأشخاص الذين تنطبق عليهم اتفاقية روتردام:

لما كان الهدف المرجو من اتفاقية روتردام هو العمل على توحيد القواعد الخاصة بعقود النقل البحري للبضائع وتحديد الأحكام القانونية لمسؤولية الناقل البحري جاء نص (م/٥/٢) من الاتفاقية المبحوثة متوافقا مع هذه الغاية حيث قرر النص سريان الاتفاقية دون اعتبار لجنسية أطراف عملية النقل البحري سواء جنسية السفينة أو الناقل أو الأطراف المنفذة أو الشاحن، أو المرسل إليه، أو أي طرف آخر من أطراف عملية النقل، ودون اعتبار لكون عقد النقل يغطي عملية النقل البحري فقط أو يغطي عملية نقل ذات مراحل متعددة بموجب سند شحن مباشر، أو لكون العقد اعتياديا يتعلق بعملية نقل مفردة، أم عقدا كليا ينصب على نقل كمية محدودة من البضائع في سلسلة من عمليات نقل تنفذ خلال فترة معينة يتفق عليها. إلا أن هذا القواعد المذكورة لا تطبق:

١. على مشارطات الإيجار في النقل الملاحى المنتظم وغير المنتظم: ويقصد بمشارطات الإيجار: استخدام سفينة بموجب عقد يلتزم بمقتضاه صاحب السفينة المؤجر بأن يضع تحت تصرف المستأجر سفينة معينة أو جزء منها لمدة محددة (التأجير بالمدة) أو للقيام برحلة أو رحلات معينة (التأجير بالرحلة).

٢. على عقود استخدام السفينة أو استخدام حيز منها سواء في النقل الملاحى المنتظم أو غير المنتظم، غير أنها تطبق في النقل الملاحى غير

المنتظم إذا كانت السفينة مستخدمة لنقل البضائع بموجب سندات الشحن.

ففيما يخص النقل البحري المنتظم، تنص الاتفاقية على عدم انطباقها على مشارطات إيجار السفن والعقود المتعلقة باستخدام سفينة بكاملها أو حيز عليها، وذلك لتساوي أطراف العقد في القوة من حيث إمكانية مناقشة شروط العقد، فهم ليسوا بحاجة للحماية التي توفرها الاتفاقية للشاحنين الذين يطلبون من الناقل نقل بضائعهم من مكان لآخر. وبالتالي فإن عدم تطبيق الاتفاقية على النقل بمشارطة إيجار جاء بسبب تمتع المستأجرين بحرية واسعة في مناقشة شروط المشارطة وعدم وجود طرف قوي مسيطر وطرف ضعيف يخشى عليه، على عكس الحال في النقل بمستندات النقل.

ومع ذلك، يجوز الاتفاق بين الناقل والمرسل إليه أو أي طرف آخر لا يعتبر طرفاً أصلياً في عقد النقل أو في مشارطات الإيجار، على تطبيق هذه القواعد على أي عقد مستبعد من حكمها، غير أن مثل هذا الاتفاق يعتبر كأن لم يكن إذا تم بين الناقل والشاحن، أو بين طرفي مشارطات الإيجار. ويلاحظ أن الحكم السالف هو ذات ما تنص عليه قواعد هامبورج بموجب (م ٢/ف ٣)، وكذلك المادة (م ٢٢٧/ف ٢، ب) من قانون التجارة البحرية المصري. والمادة (م ٢١١) من قانون التجارة البحرية الأردني.

أما فيما يتعلق بالنقل الملاحى غير المنتظم تنطبق الاتفاقية عندما لا تكون هناك مشارطة إيجار أو عقد آخر بين الطرفين لاستخدام سفينة أو أي حيز عليها. ويقصد بذلك أن يتم النقل بموجب عقد نقل أي: أن يتضح من شروط العقد بأن الشاحن يطلب نقل بضائع معينة ولا يقصد استئجار السفينة أو جزء منها، ويجب في هذه الحالة أن يصدر مستند نقل أو سجل نقل إلكتروني حيث نكون أمام عقد نقل بالمعنى الدقيق، ومن أبرز الأمثلة على هذا النوع من العقود الاتفاقيات التي تبرم بين الأطراف في تجارة السيارات حيث يجلب عدد من الشاحنين سياراتهم المعدة للنقل إلى ميناء التحميل، ويتم شحن السيارات على ظهر السفينة ثم تغادر إلى ميناء التفريغ وبينما يكون مسار الرحلة ثابتاً فإن الجدول لا يكون كذلك، وتستخدم مستندات نقل لتنظيم عملية النقل هذه^(٤١).

الخلاصة:

استهدف هذا البحث دراسة الجديد في تحديد النطاق الإقليمي لمسؤولية الناقل البحري الدولي مع أحداث الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، وهي اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع بالبحر كلياً أو جزئياً المسماه اختصاراً (قواعد روتردام)، وتناولنا هذا الموضوع مستعرضين آراء الفقهاء وأحكام القضاء بهذا الخصوص.

ومن حصيللة هذه الدراسة تتضح لنا حقيقة مهمة هي: إن قواعد روتردام ليست إلا اتفاقية دولية للنقل البحري، ولم تضاف أكثر من أنها تولت تنظيم أحكام النقل السابق أو اللاحق للنقل البحري الذي ينشأ بمناسبة عقد نقل مختلط، الأمر الذي يمكن أن يترتب عليه نقل متعدد الوسائط.

إلا أن امتداد تطبيق قواعد روتردام على عملية النقل الدولي متعدد الوسائط والمتكونة على الأقل من محطة بحرية دولية قد يهدد الاتفاقيات الدولية المعنية بالنقل الدولي للبضائع مما يثير مشكلة التنازع. بمعنى: إمكانية أن تتداعى أحكام متنوعة لأكثر من اتفاقية دولية على حكم عملية النقل، فينشأ بينهما التنازع.

وبطبيعة الحال فإن التنازع لا يقع ابتداء، إلا إذا خضع عقد النقل لولاية أكثر من اتفاقية دولية مع اختلاف الأحكام بين هذه الاتفاقيات، وسوف تزداد مشكلة التنازع تعقيدا إذا جاءت اتفاقية روتردام بنصوص أمرة في شأن عقد النقل متعدد الوسائط مختلفة من حيث شروط انطباقها عن أحكام اتفاقيات النقل الحالية.

ولذلك ومن أجل تفادي هذا التنازع المحتمل قضت بأنه إذا امتد عقد النقل البحري لتغطية عملية النقل السابقة لتحميل البضاعة على السفينة وعملية النقل اللاحقة لتفريغها من السفينة، فلا يكون لهذه القواعد، أي: قواعد روتردام، الغلبة في التطبيق، بل يصير إلى القواعد الدولية التي تحكم

أنشطة الناقل لو كان الشاحن قد أبرم عقدا منفصلا ومباشرا مع الناقل فيما يتعلق بذات المرحلة التي حدث فيها هلاك البضائع أو تلفها أو وقع الحادث أو الظرف المسبب للتأخير. ويتم بموجب تلك القواعد الدولية، تحديد مسؤولية الناقل أو الحد منها أو تقادم الدعوى على الناقل المتعلقة بذلك الحادث، ولا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك في غير مصلحة الشاحن.

نتائج الدراسة:

١. لم تقتصر اتفاقية روتردام أحكامها على النقل الواقع ضمن الرحلة البحرية، إنما تشمل أيضا، عمليات النقل الجاري في وسائط متعددة إذا كانت إحدى مراحل النقل مرحلة بحرية دولية.

٢. إذا ما نظرنا لمدة التزام الناقل المنطبقة عليها اتفاقية روتردام (أو النطاق الزمني لمسؤولية الناقل)، فقد قد تم توسيعها مقارنة مع اتفاقي بروكسل وهامبورج وكذا القانونين المصري والأردني، ففي اتفاقية بروكسل وكذا (القانون الأردني)، فقد تم تحديد هذه الفترة من الوقت الذي يمضي بين شحن البضائع في السفينة وبين تفريغها، وأنت اتفاقية هامبورج وكذا (القانون المصري)، فوسعت قليلا من هذه المدة بحيث أصبحت تشمل المدة التي تكون فيها البضائع في عهدة الناقل في ميناء الشحن وأثناء النقل وفي ميناء التفريغ، إلا أن اتفاقية روتردام وسعت أكثر فأكثر مدة النقل التي يتحمل فيها الناقل المسؤولية وتطبق

قواعد الاتفاقية عليها، فقد نصت على أن مدة مسؤولية الناقل تبدأ عندما يتسلم الناقل أو أي طرف منفذ البضائع، بغرض نقلها، وتنتهي عند تسليم البضائع.

٣. أجازت اتفاقية روتردام للطرفين أي الناقل والشاحن أن يتفقا على وقت ومكان تسليم البضائع وتسليمها، لكن قيدت إرادة الأطراف في هذا الاتفاق بقيدن يعتبران من محاسن هذه الاتفاقية وهما: ألا يكون وقت تسليم الناقل للبضاعة لاحقاً لبدء تحميلها الأولى بمقتضى عقد النقل، وألا يكون وقت تسليم البضاعة إلى المرسل إليه سابقاً لإتمام تفريغها النهائي بمقتضى عقد النقل.

٤. بالرغم من اتفاقية روتردام قد استمدت معظم أحكامها من اتفاقية هامبورج إلا أنها وفي الوقت ذاته استحدثت طابعين لتحديد نطاقها الجغرافي وهما مكان الاستلام ومكان التسليم، فلم يعد يقتصر النقل البحري الدولي على أن يكون بين دولتين مختلفتين ووقوع ميناء الشحن أو ميناء التفريغ في إحدى الدول المتعاقدة، إنما بالاضافة إلى ذلك تنطبق الاتفاقية إذا كان مكان الاستلام أو مكان التسليم في إحدى الدول المتعاقدة.

٥. إذا نظرنا إلى معيار دولية عقد النقل البحري للبضائع في اتفاقية روتردام، لوجدنا إن هذا المعيار يختلف تماماً عن معيار الدولية في اتفاقية بروكسل

١٩٢٤ والبروتوكول المعدل لها ١٩٦٨، واتفاقية هامبورج، فلا يوجد ثمة ارتباط بين دولية عقد النقل البحري للبضائع، ومكان صدور مستند النقل، حيث أنه لم يعد لمكان صدور الوثائق أي أهمية خصوصاً في عصر التجارة الالكترونية.

التوصيات:

١. وفقاً للمادة ٨٢ من قواعد روتردام لا تعطى الأولوية إلا للاتفاقيات الدولية المعنية بقانون النقل الدولي للبضائع أحادية الوسائط (براً بواسطة القطار أو الشاحنات، المجاري المائية الداخلية، جواً)، والتي تكون نافذة بالفعل وقت بدء نفاذ هذه الاتفاقية، ولما كانت أحكام هذه الاتفاقية قد وضعت لمواكبة النقل البحري الحديث، فإننا نرى من الأفضل إفساح المجال للبروتوكولات التي ستوضع في المستقبل من أجل تعديل الاتفاقيات القائمة، وكذلك للاتفاقيات الجديدة المتعلقة بنقل البضائع برأ، وفي المجاري المائية الداخلية، وجواً، والاتفاقيات المتعلقة بعقود النقل المتعدد الوسائط، وعليه، فإننا نقترح حذف عبارة النافذة وقت بدء نفاذ هذه الاتفاقية من المادة ٨٢.

٢. العمل على توسيع النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري، في قانون التجارة البحرية الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢، ليشمل لحظة استلام الناقل للبضاعة في ميناء الشحن حتى لحظة تفريغها في ميناء التفريغ حماية للشاحنين، خاصة إذا ما أخذنا

النقل الدولي متعدد الوسائل لسنة (١٩٨٠)، مجلة الحقوق الكويتية، الكويت، السنة الثامنة العدد الثالث، سبتمبر ١٩٨٤، ص ٥.

(٤) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، استعراض النقل البحري عام ١٩٩٤، الفقرة ١٠٧، ص ١٠٨.

(٥) لطفي الشاذلي، القانون التونسي المتعلق بالنقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع القانون عدد ٢١ لسنة ١٩٩٨ المؤرخ في ١١ مارس ١٩٩٨ من منظور مقارنة مع قواعد روتردام لسنة ٢٠٠٩ ومشروع اتفاقية النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع في المشرق العربي، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، جامعة الدول العربية، العدد ٤٠، ٢٠١٠، ص ٣.

(Philippe Delebecque, Le projet CNUD CI Suite et fin de marchandises entièrement ou partiellement par mer après la session de Vienne de November ٢٠٠٦, Revue D.M.F Avril ٢٠٠٧, P.٢٩١)

(٧) السيد أحمد أمام خليل القصيفي، السياسات التشريعية المتبعة في العالم العربي إزاء القواعد الحاكمة للنقل البحري الدولي للبضائع، المؤتمر العربي الثالث للقانون التجاري البحري بعنوان المنظور العربي الأوروبي لتوحيد قانون النقل البحري للبضائع في ضوء قواعد روتردام، الأكاديمية العربية للعلوم والنقل البحري، الاسكندرية، سبتمبر ٢٠٠٩.

(٨) الطعن رقم ٤٥٢ سنة ٤٢ ق جلسة ٢٠/٦/١٩٧٧ س ٢٨، ص ١٤٥٢، الطعن رقم ١٢٤ سنة ٢٥ ق جلسة ٢١/٢/١٩٦٠ س ١١ ص ١٣٧، د. أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، بند ٢٩٢، ص ٢٩٩ وما بعدها.

(٩) (Su Tong – jiang, Wang Peng. Carrier's liability under international maritime conventions and the uncitral Draft convention on contracts for the International carriage of goods wholly or Partly, Qingdao Ocean Shipping Mariners College, Qingdao ٢٦٦٠٧١, Chino. School of

بعين الاعتبار مركز الأردن البحري، باعتبارها دولة شاحنة وليست ناقلة.

٣. إضافة فقرة جيدة للمادة ٢١١ من قانون التجارة البحرية الأردني تنص على أنه: (ب- بصرف النظر عما ورد في الفقرة أ من هذه المادة يجوز للناقل والشاحن أن يتفقا على وقت ومكان تسلم البضائع وتسليمها، بشروط:

١. ألا يكون وقت تسلم الناقل البضاعة لاحقاً لبدء تحميلها الأولى بمقتضى عقد النقل.

٢. وألا يكون وقت تسليم البضاعة إلى المرسل إليه سابقاً لإتمام تفريغها النهائي بمقتضى عقد النقل).

الهوامش:

١) (Erling Selvig / The influence of the Hamburg Rules on the work for a convention on international multi modal transport – Seminar about the bill of lading convention, New York, November ٢٩/٣٠، ١٩٧٨, Lloyd's of London Press.P.٣; R.Loewe /back Round of the Draft agreement on mixed transportation in international Goods Traffic- C.T. Seminar ١٩٧٥.P.٤; FAGHFOURI, "International Regulation of Liability for Multimodal Transport" <http://www.immta.org>

٢) Adib A- Jadir /International Shipping and the developing countries some- main issues – January ١٩٧٨, Jou, of A.M.T.A, Vol.٣, No. ٢. P.٥٣

(٣) أحمد عبد المنصف محمود، اتفاقية النقل متعدد الوسائط للبضائع، مجلة الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الاسكندرية، مجلد ٨ عدد ١٥، يوليو ١٩٨٢، ص ١؛ عبد القادر حسين العطير، اتفاقية الأمم المتحدة حول

(١٨) تمييز حقوق رقم ١٢٠/٨٦، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٨٨، ص ٩٤٦، تمييز حقوق رقم ١٠٥٧/١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٩٣، ص ٦٤.

(١٩) قرار محكمة النقض المصرية جلسة الخميس الموافق ٢٣ ابريل سنة ٢٠١٥، الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٧٠ القضائية تجاري، وذات الحكم صدر لذات المحكمة بالطعن رقم ٧٤٨٠ لسنة ٧٧ ق جلسة الثلاثاء الموافق ٢٣ من ديسمبر سنة ٢٠١٤ بحري، وكذلك الطعن رقم ١٢٩٨٣ لسنة ٧٥ القضائية، ٢٧٧١ لسنة ٧٧ القضائية جلسة الثلاثاء الموافق ١٠ يونيو سنة ٢٠٠٨

(٢٠) (Alcantara Gonzalez, and others, Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules, Cuadernos de derecho transnacional, Madrid, ٢٠١٠. Available online at: □

(٢١) تمييز حقوق رقم ٩٢١١٣١٧، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٩٣، ص ٢٠٨١، تمييز حقوق رقم ٨٢/٩، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٨٢، ص ٧٣٧، تمييز حقوق رقم ٨٩٨٨٥، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٩٠، ص ٢٢٩٠. تمييز حقوق رقم ٩١١٣٦٩، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٩٣، ص ٢٠٢٠، تمييز حقوق رقم ٩١١٣٦٩، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٩٣، ص ٢٠٢٠، تمييز حقوق رقم ٣١٤٨/٢٠٠١، منشورات مركز عدالة، تاريخ ٢٠٠٢/١١/٧؛ تمييز حقوق ١٩٧/٢٠٠٨، منشورات مركز عدالة، بتاريخ ٢٠٠٨/١٠/١٢، تمييز حقوق رقم ٣١٤٨/٢٠٠١، منشورات مركز عدالة، تاريخ ٢٠٠٢/١١/٧، تمييز حقوق رقم ٩٢١٩٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣، ص ٢٠٢٩، تمييز حقوق رقم ٩٧١٩٤٣، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٨، ص ٢٠٨٥، تمييز حقوق رقم ٩٢١١٤٨، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٣، ص ٢٠٧٤.

(٢٢) الطعن رقم ٢٥٣ سنة ٣٢ ق جلسة ١٥/١٢/١٩٦٦ س ١٧ ص ١٩٢٦؛ الطعن رقم ٤٥٢ سنة ٤٢ ق جلسة ٢٠/٦/١٩٧٧ س ٢٨ ص ١٤٥٢؛ الطعن رقم ٥٧٧ سنة

Management, Xian Jiaotong University, Xian ٧١٠٠٤٩, Recived ١١ October ٢٠٠٨ ; accepted ٣ November ٢٠٠٩, P.٣٤٦

(١٠) لافي درادكة، النطاق الزمني لمسؤولية الناقل البحري، بحث منشور بمجلة المنارة، المجلد ١٣، العدد ٩. فياض القضاة أحكام مسؤولية الناقل البحري، دراسة مقارنة بين قانون التجارة البحرية الأردني واتفاقية هامبورغ، بحث منشور بمجلة دراسات، الجامعة الأردنية، العدد ٢٦، المجلد ١، ١٩٩٩.

(١١) تمييز حقوق رقم ٨٣/٦١٠، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٨٤، ص ٩٩٧؛ تمييز حقوق رقم ٤٣٣/٨٥، مجلة نقابة المحامين الأردنية لسنة ١٩٨٧، ص ٩٠٣.

(١٢) تمييز حقوق ٨٣/٣٤٩ صفحة ٤٨٢، سنة ١٩٨٣. مشار إليه لدى جمال مدغمش، مجموعة اجتهادات محكمة التمييز الأردنية، مكتبة الجامعة الأردنية، ٢٠٠٢، ص ١٥

(١٣) محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مسؤولية الناقل البحري في اتفاقية هامبورج دراسة مقارنة مع اتفاقية بروكسل وقانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٩.

(١٤) هاشم رمضان الجزائري، متى يعتبر الناقل البحري قد تسلم البضاعة في عقد النقل البحري للبضائع دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية للنقل البحري والقانونين العراقي والكويتي، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، السنة العاشرة، العدد الأول، جمادى الأول ١٤٠٦ هجري/ مارس ١٩٨٦، ص ١٤٢.

(١٥) كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٢١.

(١٦) (Diamond, AThe Rotterdam Rules, Lloyd's Maritime and Commerical Law Quarterly, L.M.C.L.Q. ٤٤٥, ٢٠٠٩.P.٤٤٧.

(١٧) المادة (٤/أ) من قانون مؤسسة الموانئ الأردني رقم (٣٦) لسنة (١٩٨٥).

المتعاقلة إعلاناً بمقتضى الفقرة ١ من هذه المادة، سرت هذه الاتفاقية على جميع الوحدات الإقليمية لتلك الدولة (٢٧) بخلاف اتفاقية النقل الدولي متعدد الوسائط، وقد جاء هذا الاستثناء بناءً على رغبة الناقلين الجويين

David A.Glass and Chris Cashmore – Introduction to the Law Carriage of Goods- Chapter ٦, Sweet and Maxwell ١٩٨٩, P. ٢١٤

٢٨) (HANCOCK, Christopher Q C, "Multimodal transport under the Convention", In: D Rhidian Thomas (editor), "A New Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules", pp. ٣٤-٥١, Lawtext Publishing Limited, Witney, ٢٠٠٩; Baatz, Y. DeBattista, C. Lorenzon, F. Sterdy, A Staniland, H. Tsimplis, M. The Rotterdam Rules, a practical annotation, ٢٠٠٩, Informa., p: ١٥.

(٢٩) سفن اللاش: في هذا النوع من السفن يتم نقل البضائع وهي مشحونة داخل الصنادل أو الجناثب، د. حسن الشريف، شحن السفن، الأصول والقواعد الفنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٤٠.

(٣٠) الوثائق الرسمية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الثامنة عشرة للفرق العاملة الثالث، العلاقة باتفاقيات أخرى، A/cn.٩/wgIII/wp.٧٨، الفقرة ٣

(٣١) (Iara Costa Conrado, Multimodal Aspect of the Rotterdam Rules: a critical analysis of the liability of the M.T.O, Master's Programme in Maritime Law, Faculty of law, Lund University, spring, ٢٠١١. P. ١٩.

(٣٢) مصطفى محمد أحمد رجب، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ١٠١.

(٣٣) وتطبيقاً لذلك فإنه يتعين على الدول التي ترغب بالانضمام أو قبول أو التصديق على اتفاقية روتردام أن تتخذ إجراءات الانضمام إلى اتفاقيات النقل الأخرى ذلك لأن حدود مسؤولية الناقل في اتفاقية روتردام على الرغم من ارتفاع قيمتها مقارنة مع الاتفاقيات البحرية السابقة إلا أنها تعتبر صغيرة القيمة مقارنة بمحدود مسؤولية الناقل طبقاً لاتفاقيات النقل الأخرى غير البحرية. ينظر: د. فاروق ملش، هل حقاً تنظم قواعد روتردام لسنة ٢٠٠٨ أحكام النقل

٥٠ ق جلسة ٢٦/٤/١٩٨٤؛ الطعن رقم ٢٥٥ سنة ٥٢ ق جلسة ٩/٢/١٩٨٧ س ٣٨ ع ١ ص ٢٢٢؛ الطعن رقم ٢٠٥٢ سنة ٥٢ ق جلسة ٣٠/١١/١٩٨٧؛ الطعن رقم ٢١٤٧ سنة ٥٣ ق جلسة ٢٦/١٢/١٩٨٨؛ الطعن رقم ٣٨٨ سنة ٤٦ ق جلسة ١٧/٣/١٩٨٠ س ٣١ ص ٨٣٢؛ انقلا عن: د. أحمد حسني، قضاء النقض البحري طبعة ٢٠٠٧، مرجع سابق، بند ٢٤٥، ص ٢٥٨ - ص ٢٦١.

(٢٣) فاروق ملش، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود نقل البضائع الدولي بالبحر كلياً أو جزئياً لسنة ٢٠٠٨ الحسنات والإيجابيات القانونية، منشور عبر شبكة الانترنت عبر الموقع التالي:

www.arabfcs.org/db_bin/doc_pdf_٤٤٩.pdf

(٢٤) محمد بهجت عبد الله أمين قايد، مسؤولية الناقل البحري، مرجع سابق، ص ٣٧ - ص ٣٩ (٢٥) محمد بهجت عبد الله أمين قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦/٢٠٠٧، بند ٢٣٨، ص ١٨٥.

(٢٦) وفقاً لنص المادة ٩٢ من اتفاقية روتردام فإذا كان للدولة المتعاقلة وحدتان إقليميتان أو أكثر تطبق فيها نظم قانونية مختلفة فيما يتعلق بالمسائل التي تتناولها هذه الاتفاقية، جاز لها أن تعلن، وقت التوقيع أو التصديق أو القبول أو الإقرار أو الانضمام، أن هذه الاتفاقية تسري على جميع وحداتها الإقليمية أو على واحدة أو أكثر من تلك الوحدات فحسب، ويجوز لها في أي وقت أن تعدل إعلانها بإصدار إعلان آخر. وتضيف الفقرة ٢ بأنه يبلغ الوديع بهذه الإعلانات، وتذكر فيها صراحة الوحدات الإقليمية التي تسري عليها هذه الاتفاقية. وتقر الفقرة ٣ بأنه، إذا كانت الدولة المتعاقلة قد أعلنت، بمقتضى هذه المادة، أن هذه الاتفاقية تسري على واحدة أو أكثر من وحداتها الإقليمية ولكن لا تسري عليها جميعاً، فإن المكان الواقع في وحدة إقليمية لا تسري عليها هذه الاتفاقية لا يعتبر واقعا في دولة متعاقلة لأغراض هذه الاتفاقية. وتنص =الفقرة ٤ على أنه إذا لم تصدر الدولة

(٣٨) الطعن رقم ١٤٩٧ سنة ٥٥ ق جلسة ١٩/٧/١٩٩٣، الطعن رقم ١١٩٤ سنة ٦٠ ق جلسة ٢٤/١٢/٢٠٠١، د. أحمد حسني، قضاء النقض البحري طبعة ٢٠٠٧، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

(٣٩) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٩٨٢/٦٩٧ هيئة خماسية تاريخ ٢٧/١١/١٩٨٢ المنشور على الصفحة ٢٣٧ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١/١/١٩٨٣.

(٤٠) د. أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٤٥. Tomotaka Fujita / Rotterdam Rules: Scope of Application an Freedom of Contract / The ٣rd Arab

الدولي متعدد الوسائط للبضائع، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد ١٢، ٢٠١٢، ص ٧٦٠.

(٣٤) إزاء سماح الاتفاقية بإمكان امتداد مسؤولية الناقل لكي تغطي النقل بوسائط أخرى غير البحرية، سواء قبل شحن البضاعة على السفينة أو بعد تفريغها منها، فقد أثار القلق حول احتمال حدوث التنازع بين نصوص الاتفاقية الجديدة ونصوص الاتفاقيات الأخرى التي تحكم وسائط النقل غير البحرية ومن ثم فقد ترائى لواضعي الاتفاقية إدخال ضوابط ومحددات خاصة على نظام المسؤولية الشبكية الذي انتهجته الاتفاقية، يجعله قاصراً على موضوعات معينة هي مسؤولية الناقل أو الحد من المسؤولية أو مدة انقضاء الدعوى، ولذلك فقد عرف بنظام المسؤولية الشبكية المحدودة. وقيل أن اتباع مبدأ المسؤولية الشبكية المحدودة قد قصد منه تقديم وسيلة عملية لإمكان كسب أكثر ما يمكن من الدعم الدولي للاتفاقية الجديدة د. فاروق ملش، هل حقاً تنظم قواعد روتردام لسنة ٢٠٠٨ أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع، مرجع سابق، ص ٧٥٧.

(٣٥) فاروق ملش، هل حقاً تنظم قواعد روتردام أحكام النقل متعدد الوسائط للبضائع، مرجع سابق، ص ٧٤١ (٣٦) إيمان محمد عبد الرضا الزجراوي، النظام القانوني لمستند النقل البحري للبضائع وتسوية النزاعات فيه، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٧، ص ١٢.

(٣٧) الطعن رقم ٣٠٣ سنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦ س ١٧ ص ١٠٥٠، نقض ٣٠/٤/١٩٧٥ س ٢٦ ص ٨٩٠، نقض ١٧/٣/١٩٨٠ س ٣١ ص ٨٣٢، نقض ٢١/١٢/١٩٨٧ س ٣٨ ص ١١٥٢، الطعن رقم ٨٢٢ سنة ٥٣ ق جلسة ٣١/١٠/١٩٨٨، الطعن رقم ٣٥ سنة ٥٥ ق جلسة ٧/٥/١٩٩٠، الطعن رقم ١٢١٢ سنة ٥٣ ق جلسة ١٩/٣/١٩٩٠. د. أحمد حسني، قضاء النقض البحري طبعة ٢٠٠٧، مرجع سابق، بند ٢٨١، ص ٢٨٨ وما بعدها.

أساس المسؤولية عن الفعل الضار

بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني (دراسة فقهية مقارنة)

أ. د. محمد عواد عايد السكر**

إسراء مصطفى محمد بني مصطفى *

تاريخ قبول البحث: ٢٠١٩/١٢/١٧ م

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩ / ١١ / ١ م

الملخص

تناولت هذه الدراسة أساس المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، وذلك وفق تطبيقات فقهية ونصوص قانونية مدرجة في أنموذج لقرار محكمة التمييز الأردنية تين ذلك.

اتبعت في هذه الدراسة المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وكذلك المنهج الاستقرائي والتحليلي وذلك بجمع المعلومات وتتبعاً من كتب الأم نهاية بالمنهج النقدي الذي يتوافق وروح التشريع الإسلامي.

توصلت هذه الدراسة إلى:

أولاً: بيان أساس التضمنين عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي وما يترتب عليه من مسؤولية.

ثانياً: إظهار الأساس القانوني للفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) في القانون المدني الأردني.

ثالثاً: عرض أوجه الاختلاف والاتفاق بين الفقه والقانون المدني في بناء المسؤولية على الضرر لا الخطأ.

رابعاً: إدراج أمثلة فقهية حول تضمين المسؤول الذي أوقع الضرر مع تطبيق لمحكمة التمييز الأردنية وفق النصوص القانونية.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية عن الفعل الضار، الضمان، القانون المدني الأردني، التعويض.

* طالبة دكتوراه، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

** أستاذ دكتور قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

The study's savior Thebasis of responsibility for the harmful act between Islamic jurisprudence and Jordanian civil law

Israa Mustafa Bani Mustafa

Prof. Muhammad Awad Al-Sukkar

Abstract

The basis of responsibility for the harmful act between Islamic jurisprudence and Jordanian civil law: A comparative jurisprudential study

This study dealt with the basis of liability for the harmful act between Islamic jurisprudence and ... Jordanian civil law, in accordance with the applications of jurisprudence and legal texts included in the decisions of the Jordanian Court of Cassation indicating this.

This study found:

First: To indicate the basis of incurring the harmful act in Islamic jurisprudence and the responsibility it entails.

Second: To show the legal basis of the harmful act (liability) in Jordanian civil law.

Third: Presenting the differences and agreements between jurisprudence and civil law in building responsibility on damage rather than mistake.

Fourth: Listing jurisprudential examples on the incurrence of the responsible who caused the damage with applications of the Jordanian Court of Cassation in accordance with the legal provisions.

Keywords: Liability for harmful act, incurrence, Jordanian civil law, compensation.

المقدمة:

فالإنسان - من حيث المبدأ - حر في تصرفاته

وأفعاله ولكن هذه الحرية قد تصطدم بحاجز منيع وهو الإضرار بالغير الذي هو أساس ومنشأ المسؤولية عن الفعل الضار والتعسف في استعمال الحق، وعلى ذلك فإن هذه الحرية تتقيد بحدود قد يفرضها الشرع (الدين) أو الأخلاق أو القانون.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا خاتم الأنبياء هدىً ورحمة للعالمين سيدنا محمد سيد المرسلين، وعلى صحبه أجمعين و من تبعه بإحسان إلى يوم الدين و بعد...

١. ما حقيقة مفهوم المسؤولية عن الفعل الضار بالفقه الإسلامي و القانون المدني الأردني؟
٢. هل وجد خلاف بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الأردني حول أساس المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)؟
٣. ما الضمانات المترتبة على الفعل الضار و أثر ذلك في التطبيقات الفقهية و القانونية؟

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان التالي:

١. المقصود بالمسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي و القانون المدني الأردني.
٢. تحرير محل الخلاف بين الفقه و القانون فيما يتعلق بأساس المسؤولية عن الفعل (المسؤولية التقصيرية) سواء أكانت قائمة على الخطأ أم الضرر.
٣. بيان أنواع الضمانات المترتبة على الفعل الضار مع إظهار تطبيقات فقهية و قانونية وفق نصوص القانون المدني الأردني.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في تمكين طلاب العلم بصورة عامة و العلم الشرعي والقانوني بصورة خاصة في البحث عن هذا الموضوع وهو أساس المسؤولية عن الفعل الضار بصورة مستقلة، وذلك لإزالة اللبس الحاصل لدى الفقه و القضاء بطريقة مقارنة وعرض أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما مع ذكر نماذج مطبقة بصورة عملية، وعلى ذلك

وتعد المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) من أكثر الموضوعات أهمية في الفقه والقانون وأجدد بالبحث و الدراسة لارتباطها الوثيق بالحياة العملية و المعاملات بين الناس. لذلك نجد فقهاء الشريعة الإسلامية نجحوا في مسعاهم في الوصول الى أسس لبناء المسؤولية عن الفعل الضار على أساس موضوعي و هو الضرر لا الخطأ بتحمل تبعية الفعل الضار، بهدف تمكين المتضرر من الحصول على التعويض العادل عما لحقه من ضرر.

ولا سيما الناحية المقابلة في القانون المدني الأردني فقد ثار خلاف حول أساس المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، و انتهى بالأخذ بالنظرية الموضوعية التي توقع المسؤولية على غير المميز والقاصرين، و لكن استثناء على ذلك فإنه يضمن أولياءهم و غيرهم من المكلفين بالرقابة عليهم الذي هو أساس و مبني على فكرة العدالة ونصت عليه المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني "كل إضرار بالغير يلزم فاعله و لو كان غير مميز".

مشكلة الدراسة:

تحاول الدراسة أن تحيب عن ما هو أساس المسؤولية عن الفعل الضار بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الاردني؟ ويتفرع عنه الأسئلة التالية:

فقد جاء هذا البحث ليكون عوناً لطلاب العلم الباحثين في هذا المجال لقلة الدراسات فيه خاصة المقارنة بالقانون الوضعي.

منهج البحث:

١. المنهج المقارن: مقارنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني من الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن الفعل الضار وأثره على الضمان.

٢. المنهج التحليلي: استنباط الأحكام بما يتناسب مع الوقائع المستجدة في وقتنا الحاضر.

٣. المنهج الاستقرائي: أي تتبع المعلومات وجمعها من كتب الأم التي تتحدث عن هذا الموضوع.

٤. المنهج النقدي: نقد القانون و صياغة النتائج و التوصيات بما يتوافق مع روح التشريع الإسلامي.

الدراسات السابقة:

في الحقيقة لم أقف على دراسة شرعية تناولت الموضوع بشكل تفصيلي في الفقه الإسلامي المقارن كما أرغب بطرحه، ولأن كلاً من الدراسات القانونية و الشرعية التي تحدثت عن موضوع الضمان و لم تُفرد البحث في موضوع أساس المسؤولية، فقد كانت هذه الفكرة متناثرة بين ثنايا الكتب الفقهية إلا أنها لم تصغ بشكل مستقل أو مقارن بالقوانين الوضعية. فوجب الاعتماد في تقديمهم للضمان أن يكون حسب الظروف و الملابسات عند إنزال الأحكام على

الوقائع مع الاسترشاد بالأصول العامة للشريعة الإسلامية و القواعد الكلية الفقهية المستجدة من استقراء الأحكام الشرعية.

وهناك عدة دراسات ذكرت الموضوع بصورة عامة غير مقارنة، و من أهم تلك الدراسات:

أولاً: - اللصاصمة، عبد العزيز (٢٠٠٧)، فعل الضرر و أثره في المسؤولية التقصيرية، جامعة مؤتة، رسالة ماجستير في القانون الخاص.

قام الباحث بالبحث في أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني و بيان فعل الضرر و أثره على المسؤولية. تتفق هذه الرسالة مع دراستي في بيان أساس المسؤولية عن الفعل الضار و تختلف عما أقصده في بحثه من عدة وجوه وهي: -

١. التوسع في تناول إشكاليات أوجه الاختلاف و الاتفاق بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الأردني بصورة مقارنة.

٢. العناية ببيان الاجتهادات الفقهية و القضائية وفق نصوص تشريعية صادرة بموجب محكمة التمييز الأردنية.

ثانياً: الجماعين، خليل عود (٢٠٠٨)، الأساس القانوني للمسؤولية عن الفعل الضار بين نصوص القانون المدني و قضاء محكمة التمييز الأردنية، جامعة عمان العربية للدراسات

الإسلامية، رسالة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص.

١. عُتيت هذه الدراسة بالأساس القانوني عن الفعل الضار بين نصوص القانون المدني الأردني و قرارات محكمة التمييز الأردنية مع التعريض للتشريعات الأخرى منها القانون المدني الفرنسي والمصري.

٢. إن أساس المسؤولية عن الفعل الضار يمكن أن يكون قائم على الخطأ المفترض الذي هو أساس فكرة الضمان.

توافقت هذه الدراسة مع ما أقصده من بحثي في أساس المسؤولية عن الفعل الضار لكن تختلف عن دراستي في:

١. أنها أهملت الجانب الشرعي بصورة كبيرة وذلك و بتأثر الشخص الذي أوقع الضرر بالظروف المحيطة.

٢. بيان أنواع الضمانات في الفقه الإسلامي؛ منها ما هو راجع لالتزام الشارع نفسه أو الإنسان و منها ما هو راجع إلى التعويض المادي، مع عرض آراء الفقهاء في ذلك.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة الدراسة أن تكون من مقدمة، و ثلاثة مباحث، وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الضار بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

المطلب الأول: المسؤولية لغةً.

المطلب الثاني: المسؤولية اصطلاحاً.

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: مفهوم المسؤولية في القانون المدني الأردني.

المبحث الثاني: أساس التضمنين في الفقه الإسلامي و ما يترتب عليه من مسؤولية.

المطلب الأول: أساس المسؤولية عن الفعل الضار بموجب التعريف المادي.

المطلب الثاني: أنواع الضمانات في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: أساس المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) في القانون المدني الأردني.

المطلب الأول: الأساس القانوني في المسؤولية عن الفعل الضار .

المطلب الثاني: أساس المسؤولية عن الفعل الضار وفق نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني.

المطلب الثالث: أتموزج لقرار محكمة التمييز الأردنية عن الفعل الضار.

خاتمة: تين أهم النتائج التي توصلت إليها في الدراسة و بعض التوصيات.

المبحث الأول: المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني

إن مبادئ الأخلاق تبني السمو بالنفس البشرية للتمسك بالمثل العليا، نحو إقامة العلاقات

في مختلف المجالات بين الأفراد على أسس من العدالة، وتحقيقاً لخير الإنسانية وسعادة المجتمع^(١) والأصل أن كل إنسان مسؤول عن فعله، فإذا أضر بغيره فالضمان يكون في ماله، لقوله تعالى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وقوله تعالى ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [فاطر: ١٨] وقد ذكر صاحب البدائع "لو أئلف الصبي أو المجنون شيئاً فضمامه في مالهما"^(٢)

وقد قسمت المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية لغة واصطلاحاً.

إن دراسة مفهوم المسؤولية أمر في غاية الأهمية لما له من اثر كبير في بيان المركز الذي يركز عليه مفهوم المسؤولية وبيان الركن أو العنصر الذي يعتبر أساساً للمسؤولية.

الفرع الأول: المسؤولية لغة

يقصد بالمسؤولية لغة: المساءلة أي أن يكون الشخص مسؤولاً، وتأتي بمحض السؤال أي الطلب والاستفهام^(٣) والاستقصاء بالسؤال^(٤) وسأله الشيء وسأله عن الشيء (سؤالاً) و (مسألة)^(٥)، وقد قال تعالى ﴿سَأَلَ سَائِلٌ بِعَذَابٍ وَاقِعٍ﴾ [المعارج: ١] سأله كذا، وعن كذا، وبكذا، بمعنى، سؤالاً وسأله ومسألةً وتسألأ وسأله. ويقال: سال يسأل، كخاف يخاف.^(٦)

وقد يأتي معنى المسؤولية لغة على المسألة على الفعل و المحاسبة عليه^(٧)، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ

السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: ٣٦] وجاء في حديث النبي ﷺ: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"^(٨) أي حافظ مؤتمن تأتي من الرعاية والحفظ.

والمسؤولية هنا هي حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتعتبر التزام من الشخص عما يصدر عنه قولاً أو عملاً، أو التزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير (قانوناً).^(٩)

المطلب الثاني المسؤولية اصطلاحاً:

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية في الفقه الإسلامي:

لقد ظهر لي بعد البحث أن الفقهاء المسلمين لم يستخدموا في أبحاثهم مصطلح المسؤولية، وهذا إشارة إلى انه مصطلح حديث لم يتداوله فقهاء الشريعة الإسلامية بالمعنى المراد حديثاً .

ف نجد أن المعنى الاصطلاحي للمسؤولية في كثير من جزئياته لا يخرج عن المعنى اللغوي في المسألة والمحاسبة على فعل ضار غير مشروع بمعنى انه أمر تبعية للفعل الضار، ولكنهم استعملوا لفظ المسؤولية في معاني أدق في الدلالة للتعبير عن معنى كلمة المسؤولية، مثل كلمة ضمان وهي أساس المسؤولية أو التضمنين أو التغيريم^(١٠)

الفرع الثاني: مفهوم المسؤولية في القانون المدني الأردني:

لم يعرف علماء القانون لفظ المسؤولية ضمن النصوص القانونية لأنه لفظ مستحدث، فالمسؤولية بمعناها العام استخدمت بتعبير لفظ الضمان^(١٤) وقد ذكرت في تعاريف عدة منها:

* حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه^(١٥).

* أو هي تحمل عاقبة الفعل الذي قام به الإنسان^(١٦)

* أو أنها الالتزام بعمل الجزء الذي ترتبه القواعد والتشريعات في حالة إثبات فعل يشكل خرقاً أو مخالفة لإحكامها^(١٧).

والواضح من التعاريف وان اختلفت في جزء من مضمونها أو مبنائها إلا أنها تتركز على علة المساءلة عن الفعل الذي يخالف فيه الفاعل الواجب المكلف به، فهو مسؤول بالضرورة ومكلف بمراعاة أفعاله في حدود عدم الإضرار بالغير.

الخلاصة:

خلاصة الأمر مما سبق أن كلمة المسؤولية التي تعارف الناس عليها واستعملها سواء القانونيين أو فقهاء الشريعة الإسلامية واتفقوا على استعمالها في الدلالة على المتفق عليه بينهم هو المؤاخذه على فعل أدى إلى الإضرار بالغير ورتب عليه المشرع مسؤولية وهي الضمان.

لكن ذلك لم يمنع الفقهاء المعاصرين من تعريف المسؤولية وذلك لمواكبة شيوع استعمالها على ألسنة القانونيين.

فعرّفها عبدالقادر عوده: "هي أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة الذي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها"^(١٨)

أو أنها "حالة يكون فيها الإنسان صالحاً للمؤاخذه على أعماله وملزماً بتبعاتها المختلفة"^(١٩)

وعرفها الدكتور احمد بن عبد العزيز "إنها أهلية الشخص أن يكون مطالباً شرعاً بامثال المأمورات، واجتناب المنهيات، ومحاسباً عليها"^(٢٠)

و أرى أن ذلك التعريف يعتريه النقد والنقص لما تم ذكره سابقاً من أن كل إنسان مسؤول عن تصرفاته ولو كان غير مميز استناداً إلى قاعدة كل إضرار بالغير يلزم صاحبه ولو كان غير مميز.

وترى الباحثة أن المسؤولية:

هي تحمل التبعة التي تترتب على الفعل الضار الصادرة من المسؤول وهي أما أن تكون تعويضاً مالياً أو جزاء أو عقوبة.

فهو تعريف جامع مانع يجمع القول والفعل الصادر من المسؤول سواء أكانت الآثار دينوية أو أخروية، رتبها الشارع من تعويض مالي أو عقوبة أو جزاء على معصية.

فلا مانع من استعمالها في المضمون ذاته لأنه لا مشاحة في الاصطلاح.

المبحث الثاني أساس التضمن في الفقه الإسلامي وما يترتب عليه من مسؤولية:

إن عبارة التضمن في الفقه الإسلامي تقابلها كلمة المسؤولية في القانون الوضعي التي تكون في حالة وقوع الضرر^(٨٨)، فالضرر لا بد أن يكون ناتجاً عن الفعل الضار بوجود رابطة سببية وهي العلاقة السببية^(٨٩)

و التضمن هو التعويض المدني المحض و هو إما أن يكون^(٩٠):

١ - ضمان العقد وهي المسؤولية العقدية.

٢ - أو ضمان الفعل وهذه هي المسؤولية التصديرية وهي لا تكون إلا في الجرائم التي تقع على مال.

لقد بذل فقهاء الشريعة الإسلامية جهداً ضخماً في سبيل وضع نظام المسؤولية على أساس موضوعي يهدف إلى تمكين المضرور من الحصول على تعويض الضرر الذي أصابه، فالقاعدة هي "أن من أثلّف شيئاً كان ضامناً له"^(٩١)، فغاية الفقه الإسلامي هي تعويض المتضرر في أي حقل من حقول المسؤولية، الذي هو غرضه الرئيس في الوصول إلى محو الضرر وإزالته بتلافي الإضرار^(٩٢)، ومثال ذلك: كما لو انقلب نائم على متاع وكسره وجب عليه الضمان ولو أن طفلاً ابن يوم انقلب على مال إنسان فأثلّفه ضمن ما

أثلّف، وكذلك لو أن دابة يركبها إنسان داست على شيء فأثلّفته عد الرّاكب أنه أثلّف الشيء مباشرة وضمن^(٩٣).

فالناظر في الفقه الإسلامي يرى أنه لا يأخذ بفكرة الخطأ في التصرفات الفعلية لان الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علّة وسبباً للتضمن، فإذا وُجدت العلة ترتب المعلول^(٩٤)، فالمسؤولية التي هي أساسها فكرة التضمن تتوافق والنظرية الموضوعية للمسؤولية باقتراب مفهوم التضمن من نظرية التبعية، المؤدي إلى أن الضمان في الفقه الإسلامي سواء كان الجنائية على النفس أو الجنائية على المال يقوم على أساس تحمل التبعية^(٩٥)

وبناءً على ما سبق يرجع الضمان في المسؤولية عن الفعل الضار إما أن يكون تعويض مادي (مالي) أو أن يكون بموجب العقوبة، فالتضمن أو الضمان هو الإلزام أو الالتزام بقيمة المتلفات و نحوها^(٩٦).

المطلب الأول أساس المسؤولية عن الفعل الضار بموجب التعويض المادي إما أن يكون^(٩٧)

أ- ما هو راجع إلى إلزام الشارع أو إلزام الإنسان نفسه. (وهو أساس المسؤولية بموجب العقوبة) ومثاله ضمان النفس أو المال:

١ - ضمان النفس تجتمع فيه الدية في القتل الخطأ أو العمد أو شبه العمد في حال العفو أو الصلح، كما في ديات المنافع والأعضاء ويقابل هذا الضمان في القانون ما يسمى بالمسؤولية

الجزائية فالعقوبات في الفقه الإسلامي التي يبنى عليها أساس المسؤولية هي الحدود والقصاص والتعزير.

- اما الحدود: فهي عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى^(٢٨)

- والقصاص: عقوبة مقدرة حقاً للأفراد^(٢٩)

- والتعزير: عقوبة غير مقدرة عن كل معصية ليس فيها حد أو قصاص^(٣٠)

الضمان في هذه الحالات على المتعدي و من ماله استناداً إلى القاعدة الفقهية "الغرم بالغنم"^(٣١) و ما يكون فيه إعتداء على النفس أو الأعضاء أو يكون بالجرّح مما يستوجب القصاص إن أمكن، و على هذا الأساس تكون عليه الدية و لا يدفعها هو بل تدفعها العاقلة و هم العاقلة من ذوي قرابته، فتحمل التبعة التي يكون معها الشخص محاسباً على ما يفعل و يُوجب أن يكون الفعل الصادر عنه منسوباً إليه نفسياً و مادياً^(٣٢)

وترى الباحثة انه:

* يوجد تدخل كبير و معقد و عدم وضوح في تقسيم المسؤوليات الثلاث.

* عدم التفريق في الوصف الشرعي لكل قسم.

* عدم تقنين المسؤوليات في موضوعاتها و أمثلتها.

٢- أما ضمان المال بالمثل أو بالقيمة يشمل المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية^(٣٣)

لم يقتصر الفقه الإسلامي على تحديد نطاق المسؤولية بل امتد إلى المحاولة في وضع أساس موضوعي للمسؤولية يهدف إلى تمكين المتضرر من الحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابه.

فالمسؤولية تنقسم إلى:

أ . المسؤولية المترتبة على الجناية على النفس.

ب . والمسؤولية المترتبة على الاعتداء الواقع على الأموال^(٣٤).

فكلاهما ضمان وهو التزام في ذمة الغير و قد يأتي بمعنى الكفالة^(٣٥).

ويختلف مفهوم الضمان تبعاً لاختلاف المذاهب:-

- الحنفية^(٣٦): يعتبرون الضمان ضم الذمة إلى ذمة بنفس أو دين أو عين.

- المالكية^(٣٧) قالوا: الضمان و الكفالة بمعنى واحد، وهو أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون سواء أكان شغل الذمة متوقفاً على شيء أو لم يكن.

- الشافعية^(٣٨): قالوا: الضمان في الشرع يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمون.

- الحنابلة^(٣٩): إن الضمان هو التزام ما وجب على الغير مع بقاءه على المضمون.

ب- ما يرجع الضمان به إلى التعويض المالي، فهذا القسم يشمل جميع أنواع المسؤولية سواء

الارش^(٤٤) المقدر سواء في الأطراف أو الشجاج أو الجراح.

أرى في ذلك وجوب مقابلة الجاني بتقيض قصده كما ورد في ضمان الأموات في المثليات لأنه محدد شرعاً "إناء بإناء، وطعام بطعام"^(٤٥) فهو ضمان المثلي بمثله، كعقوبة القاتل، لمورثه بجرمانه من الميراث، وكذلك الموصى له الذي قتل الموصي ببطلان الوصية وحرمانه على الأرجح^(٤٦).

٢. الضمان غير المقدر (غير المضبوط): أي التعويض غير المقدر شرعاً الذي تدخل فيه اجتهادات الأئمة بحسب المصالح التي لم تأت بها الشريعة بقاعدة عامة كالتعويض المالي أو التعزيز وكذلك حكومة العدل التي يترك تقدير التعويض فيها إلى الخبراء في حالة الجراح التي ليس لها أرش^(٤٧).

أما فيما يتعلق باستقرار الضمان عدمه (تحوله) فهو ليس معرض بيان وشرح إلا بإيجاز:

الضمان المستقر (الثابت): هو الذي يلزم فيه الفاعل بالتعويض عن ضرر ناتج عن فعله دون الحق في الرجوع بما دفعه عن احد كما في ضمان الغاصب وهلاك الشيء المغصوب وكذلك الأجير المشترك^(٤٨).

وقد اختلف الفقهاء في ضمانه كما يلي:

أ) ذهب المالكية^(٤٩) والصاحبان^(٥٠) ومتأخروا الحنفية (على الراجح من قولهم) إلى: انه يضمن ما

أكانت مدنية أم جزائية، فهو إما ضمان كلي أو جزئي، بالنظر إلى مقداره وإما أن يكون ضمان مقدر أو غير مقدر بالنظر إلى تقدير الشارع له^(٥١).

المطلب الثاني أنواع الضمانات في الفقه الاسلامي:
أولاً: الضمان بالنظر الى مقداره:

١- **الضمان الكلي:** هو الالتزام الكامل بدفع قيمة الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً أو جزئياً بدرجة فاحشة^(٥٢)

ترى الباحثة أن المقصود به هنا المسؤولية الكاملة وهي أصل وقوع ضرر بان يتحمل الفاعل ضمان التلف الذي أوقعه بأن يكون شبيهاً بالتلف التام.

٢- **الضمان الجزئي:** هو الالتزام الجزئي بدفع قيمة النقصان اليسير^(٥٣)

وهذا الضمان المذكور هو موضع بحثي في الرسالة هو اشتراك المضرور في إحداث الضرر وأثره على التعويض، الذي هو خلاف الأصل فلا يلتزم الفاعل بالضمان الكامل (الكلي) لان المضرور (الذي وقع عليه الضرر) هو الذي ساهم في وقوعه وبالتالي لا يرجع إلا بقدر الضرر الذي أحدثه.

ثانياً: الضمان بالنظر الى تقدير الشارع:

١. **الضمان المقدر بحكم الشرع:** وهو ما حدده الشارع بإتلافه مقدارا معيناً من الأموال^(٥٤) مثل الدية الكاملة هي مائة من الإبل، وكذلك

يهلك في يده ولو بغير تعدٍ أو تقصير منه، باستثناء حصول قوة قاهرة أدت إلى الهلاك وخارجة عن إرادته كحرق أو غرق عام.

ب) الحنفية^(٦١): أن يد الأجير المشترك فيما يمكن الاحتراز عنه في عمله و قيد بالهلاك ليحترز عن الخطأ فإن اخطأ كان ضامناً.

أما الضمان المتغير (التحول): وهو التعويض الذي ينتقل من شخص إلى آخر له علاقة بوقوع الضرر من قريب أو بعيد، فيكون له الحق بالرجوع عليه بما دفعه ويلتزم بالتعويض وقد ينتقل إلى ورثة الفاعل الذي أوقع الضرر كغاصب الغاصب^(٦٢) ووديعة الوديعة وغيرها.

وترى الباحثة أنه خلافاً للأصل العام للضمان لأن الأصل أن كل إنسان مسؤول عن تصرفاته وأنه لا تزر وازرة وزر أخرى، ولكن استثني من الأصل العام وجود التعدي.

الأصل أن الشريعة الإسلامية تأبى أن يسأل الإنسان عن ضرر لا يد له في إحداثه^(٦٣)، فحيث لا ضرر لا ضمان^(٦٤) وأن الضمان الناشئ عن الأضرار التي تحدثها الأشياء في الفقه الإسلامي لا يتميز عن الضمان الناشئ عن الفعل الشخصي، حيث يكون الشخص ضامناً لما ينجم عن فعله من ضرر مباشرة أو تسبباً سواء أحدث الضرر بشخصه أم بواسطة ما يستعمله من حيوان أو جهاذ، فالشيء ليس سوى آلة في يد الشخص يستعمله و يتصرف به كما يشاء، وقد ينشأ عن

هذا الشيء ضرر للغير، فيضمن صاحب اليد على الشيء الضرر حسب موقفه من كيفية حدوث الضرر وما إذا كان مباشرة في إحداثه أو متسبباً فيضمن في الحالة الأولى على كل حال، و لا يضمن في الحالة الثانية إلا بالتعدي أو التعمد أو التقصير نصاً لقاعدة "المباشر ضامن وإن لم يتعد و المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً"^(٦٥).

من خلال الاستقراء للمسائل المطروحة في الفقه الإسلامي تقول الباحثة أن القاعدة العامة و الفكرة السائدة فيه، والتي لا تأخذ بفكرة الخطأ بل تجعل الضمان علة و سبباً للتضمنين، و غايته تعويض المتضرر و غرضه الرئيس هو الوصول إلى محو الضرر و إزالته، فمن أتلف مال غيره فهو له ضامن، فلا يفرق فيه بين كون المتلف عالماً بفعله أم جاهلاً به ما دام يعد متلفاً، لأن الضمان من الخطابات الوضعية التي لا تقيد بعلم أو جهل و لا يبلوغ أو صغر، فضمن الأمين عند تعديه أو تقصيره يتحقق بهما كونه متلفاً^(٦٦).

لقد تحدثنا بإيجاز عن أساس المسؤولية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي سواء ما يرجع إلى إلزام الشارع أو إلزام الإنسان نفسه أو ما يرجع فيه الضمان إلى التعويض المالي الذي هو نظيره في القانون المدني المسؤولية المدنية سواء (عقدية أم تقصيرية) و المسؤولية الجزائية و تحليل البحث في هذا الموضوع بصورة مستقلة في الفقه الإسلامي لطلاب العلم الشرعي لضرورة توضيق الشق بين

الحصول على التعويض العادل عن الضرر الذي لحق به.

وعلى ذلك فإن غلبة الأساس الموضوعي دال على انحياز الفقه الإسلامي للاتجاه الديني والأخلاقي والاجتماعي واعتناقه للمبادئ التي تنادي بالعدالة الشرعية، وتأيي أن يصاب شخص بضرر وظلم حتى تقوم بتعويضه التعويض العادل^(٥٨).

وكذلك نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا لإيجاب الضمان الخطأ (خطأ الفاعل) بالمعنى المعروف قانونياً، وفيه وجب لإقامة المسؤولية سواء المدنية (عقدية أم تقصيرية) أو جزائية وقوع الضرر أي فعل أدى إلى نتيجة فيها إضرار بالغير من خلال رابطة السببية وإلا فلا.

وبناءً على ذلك فإن شريعتنا الغراء إكتفت بمباشرة الفعل الضار لقيام المسؤولية وإيجاب التعويض العادل عن عمل غير مشروع أو بالتعدي في حالة التسبب، فقد أثبت الفقه الإسلامي نقطة الارتكاز التي أخذ بها كقاعدة عامة من أن أساس المسؤولية هي تحمل تبعة الفعل الضار بالنسبة للأعمال الشخصية غير المشروعة.

المبحث الثالث أساس المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني:

المسؤولية هي نقطة الارتكاز في القانون المدني بل بالقوانين بأسرها، فإلى ما تقضي به المراجع في

الشرعيين و طلاب علم القانون، علماً أن هذا التقسيم استمدته فقهاء الشريعة الإسلامية من القانون وأن هذا التعيين أساسه قانوني وإن كان مستمداً من جذور و أصول شرعية^(٥٩) فمن الضرورة التنويه إلى أن الفقه الإسلامي لم يعرف المسؤولية عن فعل الغير كما في القانون الوضعي، وإنما أساس التضمن عن الفعل الضار سواء ما كان راجعاً إلى إلزام الشارع له أو إلزام الإنسان لنفسه (أخلاقيات المسلم و العدالة والتعاون الاجتماعي). أو ما كان يرجع الضمان فيه عن إيقاع الضرر بالغير^(٦٠)

و خلاصة الأمر فإن الباحثة ترى:

إن الشريعة الإسلامية تنظر للمسؤولية من الزاوية الموضوعية فتؤسسها على عنصر الضرر دون الأخذ بفكرة الخطأ و قد جاء فيهما من المبادئ ما لم يتهياً لهذا العالم معرفته و الوصول إليه بعد قرون طويلة، وأن قواعد الشريعة الإسلامية لها من الثبات والاستقرار ما يحفظ صلاحيتها لكل زمان و مكان.

ففي نهاية المطاف فإن الفقهاء بذلوا جهداً عظيماً في بناء النظرة الموضوعية و أساسها في مباشرة الفعل الضار، فقد نجحوا في مسعاهم هذا، فجاءت المسؤولية عن الفعل الضار قائمة على أساس موضوعي بهدف تمكين المتضرر من

كل أمر سواء كان ذلك في القانون العام أم في القانون الخاص، وأنها باتت مركز الحساسية من كافة النظم القانونية^(٩٩)، وأن المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع باعتبارها منشئة لواقعة قانونية فإنها مصدر هام من مصادر الالتزام، ومع هذا لا تزال على الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المذكورة أعلاه فهي محور بحثي في المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)^(١٠٠)، وصولاً إلى أن المسؤولية هي ركن من الأركان المهمة في القانون المدني فهي محور رئيسي من محاوره و محك السياسة التشريعية و مرآة الأيديولوجية الاجتماعية لحماية المتضررين مما لا تكفي أحكام المسؤولية غير العقدية لإصلاح الضرر الذي لحق بهم و رعاية للمواطنين و رفع الظلم عنهم، و أن الأخذ بقاعدة الضرر كأساس للمسؤولية الموضوعية بصورة مطلقة تكفل لكل فرد في الحصول على حقه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه هنا لا يكون - برأي الباحثة - إصلاحاً للضرر مقصوداً لذاته وإنما يتعين إعتباره مجرد وسيلة لحماية أهداف اجتماعية واقتصادية

معينة^(١٠١)

المطلب الأول الأساس القانوني للمسؤولية عن الفعل الضار.

الأساس القانوني هو السبب الذي يدعو إلى قيام الالتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير أو هو الأسباب التي من أجلها يضع القانون عبء

التعويض عن الضرر الذي وقع على عاتق شخص بعينه^(١٠٢)

تري الباحثة أن المسؤولية المدنية هي الالتزام بتعويض الضرر و هو أساس المسؤولية الذي يختلف عن مصدرها، فمصدر المسؤولية هو القاعدة التي تقرر مبدأ التعويض، فهي لا تخرج عن الإرادة والقانون (أي إرادة المشرع بنص القانون) إما بشكل مباشر أو غير مباشر كما في الالتزامات الناشئة عن العقد^(١٠٣).

ولقد ثار خلاف بين فقهاء القانون والشرعية حول الأساس القانوني للمسؤولية التقصيرية، هل هو الخطأ أم الضرر؟

ليان ذلك نذكر أنه ظهر نظريتان لبيان الأساس القانوني للمسؤولية، وهي النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية التي أخذت بها الشريعة الإسلامية كما ذكرنا سابقاً في المطلب الأول للبحث.

فإذا أخذنا بالنظرية الشخصية (الذاتية) نقول أن أساس المسؤولية هو (الخطأ المفترض) لا الضرر أما إذا أخذنا بالنظرية الموضوعية فيكون أساس المسؤولية التقصيرية للفعل الضار هو الضرر (الإضرار) لا الخطأ^(١٠٤).

النظرية الشخصية (نظرية الخطأ) الأصل العام فيها إنها قائمة على الإخلال بالسلوك بأنه لا ينسب إلى فاعلة إلا إذا كان مميزاً (شرط توافر التمييز) لأن الخطأ سواء أكان عمدياً أم بطريق

الإهمال فهو محور النظرية الشخصية كما يقال "لا مسؤولية بدون خطأ" سواء أكان الخطأ واجب الإنشاء أم مفترض^(٩٥).

وترى الباحثة في الواقع أن فكرة الخطأ نسبية تتأثر بالظروف والبيئة المحيطة بها وذلك لصلتها الوثيقة بالأخلاق، وتطبيقاً لا يمكن الأخذ بهذه النظرية لوجود قاعدة شرعية ونص قانوني مفاده أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز، فهو مسؤول و يتحمل تبعية فعله من يكون قائماً على ولايته من ماله أو من مال وليه.

وبالنظر إلى ما سبق فإننا نجد اتفاقاً عند العلماء على أن الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني مع وجود الإدراك بهذا الخلل، ويترتب عليه أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي، سواء في غايته أو الالتزام ببذل العناية (عدم الإهمال أو التقصير) وأن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائماً بذل عناية بعدم الإهمال أو التقصير، وذلك بأن يكون الشخص على يقظة وتبصر حتى لا يؤدي إلى الإضرار بالغير^(٩٦).

بينما ترى الباحثة أن هذه النظرية قائمة على ركنين مادي وهو التعدي ومعنوي وهو الإدراك لتحقيق الخطأ.

أما النظرية الحديثة وهي النظرية الموضوعية التي هي قائمة على أساس الضرر لقيام المسؤولية

عن الفعل الضار دون الخطأ، فهي يشمل عديم الإدراك ولو كان هو المضرور نفسه، الذي أسهم في وقوع الضرر وهو صلب البحث في هذه الرسالة هو إشراك المضرور في إحداث الضرر وأثره على التعويض، فيؤدي إلى توزيع المسؤولية بينه وبين الشخص الذي أحدث الضرر وهو خلاف الأصل العام الذي يقوم على تحمل تبعه الضرر على فاعل الضرر فقط^(٩٧).

لعلاج مسألة عدم التمييز وجب تصنيف نطاق مبدأ الإدراك الذي هو شرط لقيام الخطأ حتى تكون المسؤولية عن الفعل الضار قائمة على أساس مبدأ تحمل التبعية والأساس فيها أن الغنم بالغرم^(٩٨).

وهذا الذي أخذ به الفقه الإسلامي حيث ذهب إلى أن الأصل عدم تضمين عديم التمييز والقاصرين، ولكن استثناء يضمن الأولياء وغيرهم من المكلفين بالرقابة، لأن الفقه الإسلامي يعرض عن أي ضرر وقع من أي فرد يخضع للرقابة وأساس ذلك مبني على التضامن وفكرة العدالة^(٩٩).

والذي أخذ به المشرع الأردني في المادة (٢٧٨) في القانون المدني هو: "إذا أُلّف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره ألزمه الضمان في ماله"

ونصت المادة (٢٨٨) من القانون المدني الأردني كذلك على^(٧٠):

"١. لا يسأل أحد عن فعل غيره ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر:

أ- من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية.....

ب- من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار، قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها، ولمن أدى الضمان أن يرجع بما دفع، على المحكوم عليه به .

وقد رأى المشرع الأردني أنه مع الالتزام بما قرره الفقه الإسلامي، يمكن إذا كان الفاعل غير مليء تلافي النتائج المترتبة على وضعه المالي بتحويل المحكمة سلطة تقديرية في أن تلزم الفاعل بأداء الضمان المحكوم به^(٧١).

المطلب الثاني أساس المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني:

إن اختلاف الآراء الفقهية والتشريعية في أساس المسؤولية عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية) كثيرة ومع ذلك انعقد الإجماع على ضرورة توافر عنصرين هما الضرر ورابطة السببية

بين الفعل والنتيجة، وهما ثابتان في المسؤولية التقصيرية ولكن في الواقع هنالك عنصر مفقود وجب توافره في المسؤولية التقصيرية وهو التعدي الإضرار^(٧٢).

لقد قام المشرع الأردني بوضع قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية في المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني: والتي تنص على أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر، وجاء في المذكرة الإيضاحية "أن هذه تستظهر في عبارة موجزه حكم المسؤولية عن الفعل الضار في عناصره الثلاثة فترتب الإلزام بالتعويض على كل (كل إضرار) والإضرار يستلزم الفعل أو عدم الفعل الذي ينشأ عنه الضرر فلا بد من توافر الفعل أو عدم توافره (إيجاباً أو سلباً) والضرر ثم علاقة السببية بينهما^(٧٣).

فالإضرار هو مجاوزة الحد الواجب الوقوف، أو التقصير عن الحد الواجب لوصول إليه بالفعل أو الإمتناع، مما يترتب عليه ضرر^(٧٤)، ومثال ذلك لو سلم أحد ولده إلى سباح ليعلمه السباحة فغرق الولد كان السباح مسؤولاً وسبب ذلك أنه تسلم الولد ليحتاط في حفظه، فغرقه دليل على التقصير وعدم المحافظة الواجبة، أو التفريط في الانتباه المطلوب^(٧٥).

فالإضرار هو منطاط المسؤولية المدنية ولو صدر من غير مميز، و التعدي هو مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز، أي تجاوز ما ينبغي أن يقتصر عليه

عليها:.....
.....، الدعوى الابتدائية الحقوقية رقم
(٢٠١٥/٦٤٥) لدى محكمة بداية حقوق.....
بتاريخ ٢٠١٥/١٢/١٠.

موضوعها: مطالبة بالتعويض عن أضرار
ونقصان قيمة أرض وما عليها من أبنية وأشجار
ومقدراً دعواه بمبلغ (.....) دينار لغايات الرسوم.
على سند من القول:-

١. يملك المدعي قطعة الأرض رقم (.....) من حوض رقم (....) عينة - الفحيص مقام عليها أبنية ومزروع فيها عشرات من الأشجار وتقع بالقرب من مصانع ومقالع المدعى عليها وعلى مسافة قريبة منها.

المطلب الثالث أنموذج لقرار محكمة التمييز الأردنية في المسؤولية عن الفعل الضار:

٢. يتطاير الغبار الإسمتي والغازات والعوادم المشبعة بالأحماض من أفران ومحامص ومحاجر الشركة المدعى عليها بالإضافة إلى الغبار والأتربة المتصاعدة من أكوام الرمل والتراب المكشوفة ومن الأقطشة المكشوفة الناقلة لهذه المواد ومن حركة نقل السيارات والآليات من وإلى المحاجر التي تخرج منها المواد الخام اللازمة لصناعة الإسمنت ويسقط هذا الغبار الإسمتي وغيره من العوادم والأتربة على أرض المدعي وما عليها من أبنية وإنشاءات وأشجار مما جعلها غير صالحة للسكن وأنقص من قيمتها الشرائية لأن معظم الغبار المتساقط عليها يحمل ذرات إسمنتية تلتصق

المجلد الثامن، العدد الأول، رمضان ١٤٤٢هـ/نيسان ٢٠٢١م

بالسطوح والبيوت إضافة إلى ما تسببه من خطر على الصحة الخاصة والعامة كما أن أفران ومحامص المدعى عليها تصدر يومياً ضجيجاً عالياً ومزعجاً يجعل الحياة في عقار المدعي وما عليه صعبة ومزعجة وتقوم المدعى عليها باستمرار بإجراء تفجيرات لاستخراج المواد الخام وتفتيت الصخور بالقرب من أرض المدعي أدت إلى تشققات في الأبنية المقامة عليها.

٣. لقد أثبتت التقارير الفنية المنظمة من قبل جهات مختصة مدى خطورة الغبار والأتربة المتصاعدة والمتطايرة من أفران ومحامص ومحاجر الشركة المدعى عليها التي تسقط على المنطقة المحيطة بالمصنع بما فيه قطعة الأرض موضوع الدعوى كما أثبتت هذه التقارير مدى خطورة الضجيج المزعج والتفجيرات المتواصلة التي ألحقت ضرراً جسيماً بالمدعي لا يمكن جبره وأدى بالتالي إلى نقصان قيمة قطعة الأرض وما عليها من إنشاءات بالإضافة إلى الأضرار الصحية والبيئية والنفسية التي تلحق به نتيجة لما ذكر.

٤. لقد اطلعت لجنة فنية شكلتها المؤسسة العامة لحماية البيئة في الأردن خلال اجتماعات عقدتها في الأعوام الماضية على تقارير وافية قدمتها جهات مختصة حول الأضرار البيئية المختلفة والملوثات التي تتج عن مصانع الإسمنت في الفحيص وعلى ما يتوفر لدى هذه المصانع من

أجهزه تحتوي على مصادر إشعاعية حية تلوث البيئة المحيطة بهذا المصنع.

٥. لقد أثبتت جميع الكشوفات وتقارير الخبرة الفنية التي أجرتها هيئات محكمة بداية السلط ومحكمة استئناف عمان أن هناك أضراراً تلحق بالمناطق المجاورة لمصانع الإسمنت في الفحيص وبساكنها وبالمنشآت الموجودة عليها وأن هذه الأضرار ناتجة عن التشغيل الخاطيء والمضر لآلات ومصانع المدعى عليها.

٦. إن تغيير المكونات الطبيعية والكيميائية والبيولوجية للبيئة المحيطة بأرض المدعي وما عليها أثرت على المدعي وعلى نوعية حياته.

٧. بتاريخ..... وجه وزير البيئة إنذاراً إلى الشركة المدعى عليها لتصويب أوضاعها البيئية وإزالة المخالفات التي ترتكبها أثناء قيامها بعملية تصنيع الإسمنت.

٨. محكمتكم صاحبة الاختصاص لرؤية هذه الدعوى.

باشرت محكمة بداية حقوق السلط نظر الدعوى وإذا استكملت إجراءات التقاضي في نظرها وعلى النحو الوارد بمحاضرها، أصدرت بتاريخ..... قرارها الوجاهي رقم (٢٠١٥/٦٤٥) المتضمن: إلزام المدعى عليها بأن تدفع للمدعي مبلغ (٤٠٥٢٢) ديناراً والفائدة القانونية على هذا المبلغ تسري من تاريخ المطالبة وحتى السداد التام

وتضمنها الرسوم والمصاريف ومبلغ ألف (١٠٠٠) دينار أتعاب محاماة.

لم يلقَ القرار الابتدائي المشار إليه قبولاً من المدعى عليها فطعن وكيلها فيه استئنافاً بتاريخ..... حيث نظرت محكمة استئناف حقوق عمان الطعن الاستئنافي مرافعة، وإذ استكملت إجراءات التقاضي في نظرها وعلى النحو الوارد بمحضرها أصدرت بتاريخ..... قرارها الوجاهي رقم (٢٥١٢٠/٢٠١٧) المتضمن: رد الاستئناف موضوعاً وتأيد الحكم المستأنف وتضمن المستأنفة (المدعى عليها) الرسوم والمصاريف عن هذه المرحلة ومبلغ خمسمئة (٥٠٠) دينار أتعاب محاماة عن المرحلة ذاتها من مرحلتي التقاضي.

لم يلقَ القرار الاستئنافي المشار إليه قبولاً من المستأنفة (المدعى عليها) فطعن وكيلها فيه تمييزاً للأسباب التي أوردها بلائحة الطعن المقدمة منه بتاريخ..... ضمن المدة القانونية وتبلغ وكيل المطعون ضده (المدعى) لائحة الطعن بتاريخ..... ولم يتقدم بلائحة جوابية على لائحة هذا الطعن.

ورداً على أسباب الطعن التمييزي:

وعن الأسباب (أولاً وثانياً وسادساً وسابعاً وثامناً وعاشراً والحادي عشر والثاني عشر) من أسباب الطعن التمييزي التي ينصب الطعن فيها

على تخطئة محكمة الاستئناف بعدم الأخذ بعين الاعتبار في قرارها المطعون فيه أن خطوط الإنتاج في المصنع العائد ملكيته للمدعى عليها متوقفة عن العمل منذ تاريخ..... بكافة نشاطاتها كما هو ثابت من تقرير الكشف المستعجل في الطلب رقم (.....) وكذلك بعدم الأخذ بما ورد وجاء في تقرير الكشف المستعجل في الطلب رقم (.....) الذي يبين عدم وجود أي أضرار و/أو انبعاثات ناتجة عن مصنع المدعى عليها وأخيراً الطعن في تقرير الخبرة المعتمد في القرار المطعون فيه رغم مخالفته للأصول والقانون ورداً على هذه الأسباب نجد أن محكمة الاستئناف أجرت كشفاً وخبرة على قطعة الأرض موضوع الدعوى بمعرفة ثلاثة خبراء ليس من بينهم مهندس مختص في مجال البيئة حيث لا يوجد من أوراق الدعوى ما يثبت إلى أن الخبير المنتخب كخبير بيئة من المختصين والعاملين في مجال البيئة وخلافاً لما استقر عليه قضاء محكمة التمييز على أن يكون من بين الخبراء خبير بيئة أو أكثر بالإضافة إلى التخصصات الأخرى هذا من جهة.

أما من جهة أخرى نجد أنه لا يوجد في أوراق الدعوى ما يشير إلى أن الخبراء قد تسلموا صورة عن تقرير الكشف المستعجل في الطلب رقم (.....) وكذلك عن تقرير الكشف المستعجل في الطلب رقم (.....) وما يدل على ذلك أن

محكمة الاستئناف وفي إفهامها للخبراء المهمة الموكلة إليهم القيام بها لم تقم بإفهام الخبراء الاستئناس بتقرير الكشف المستعجل المذكورين والمشار إليهما كما هو ثابت من محضر الكشف على قطعة الأرض وكان على المحكمة تسليم الخبراء صورة عن هذين التقريرين وإفهامهم الاستئناس بما ورد وجاء فيهما في تقرير خبرتهم والوقوف على تفاصيلهما وتطبيقهما على أرض الواقع وبيان فيما إذا كانت أعمال الشركة المدعى عليها في مصنعها ومقالعها متوقعة عن العمل كلياً أو جزئياً وبالتالي ثبوت الضرر الناتج عن أعمال المدعى عليها من عدمه وأن الأسس التي أشار إليها الخبراء في تقرير خبرتهم لا تصلح لوحدها أساساً لثبوت الضرر الناتج عن أعمال المدعى عليها والتعويض عنه على فرض ثبوت الضرر وكان على محكمة الاستئناف وأثناء إجراءات الكشف والخبرة على قطعة الأرض موضوع الدعوى أن يشتمل ذلك الكشف على مصنع المدعى عليها ومقالعها للثبوت من ممارسة المدعى عليها لأعمالها في مصنعها ومقالعها الكائنة بمنطقة الفحيص الأمر الذي لا يصلح معه تقرير الخبرة لبناء حكم عليه وكان على محكمة الاستئناف إجراء كشف وخبرة جديدين على قطعة الأرض موضوع الدعوى بما في ذلك مصنع المدعى عليها ومقالعها في منطقة الفحيص وبمعرفة خبراء أكثر عدد ودراية ومعرفة من بينهم خبيرين أو أكثر من

ذوي الاختصاص في مجال البيئة وتقديم ما يثبت اختصاصهم بهذا المجال وذلك بالإضافة إلى التخصصات الأخرى في مجال الخبرة وعلى أن تراعي المحكمة والخبراء ذلك وكل ما تقدم في أعمال الكشف والخبرة وكذلك موقع قطعة الأرض من مصنع المدعى عليها ومقالعها والمسافة الفاصلة فيما بينها وبين قطعة الأرض وبيان إن كانت المدعى عليها متوقعة عن ممارسة أعمالها في مصنعها ومقالعها وفي حال إن كان توقعها جزئياً بيان نسبة ذلك وأثره في إحداث الضرر لقطعة الأرض موضوع الدعوى والكشف والخبرة وعلى أن يلتزم الخبراء وعلى فرض الثبوت بوجود الضرر بالمعادلة التي أقرتها محكمة التمييز بقراريها رقمي (.....) وكذلك مراعاة تاريخ إقامة الأبنية والمنشآت وأعمار الأشجار إن وجدت واستبعاد ما هو مقام منها أو مغروس بعد إقامة الدعوى وعلى أن تمارس محكمة الاستئناف واجب الإشراف والرقابة الفعلية على أعمال الخبرة في اختيار الخبراء في حال إن ترك الوكيلان أمر انتخابهم لها ولأن إجراء الخبرة بمعرفة خبراء أكثر عدداً ليس المقصود فيه إجراء شكلياً فقط يكرر الخبراء عبارات بعضهم البعض بل يجب مراعاة الجدية والمهنية في الخبرة والبحث ومدى اطلاع ومعرفة كل خبير معرفة ذاتية ومهنية بأمور الخبرة وعلى أن تراعي المحكمة وفي إجراءاتها أحكام المادتين (.....) من قانون أصول

المسؤولية دون النظر إلى توافر الأهلية من عدمها متأثراً بالفقه الإسلامي^(٨١)

وفي نهاية المطاف ترى الباحثة أن يبقى أساس المسؤولية المدنية في القانون المدني الأردني هو الضرر وليس الخطأ خلافاً للقوانين العربية متأثراً بالفقه الحنفي الذي جعل أساس المسؤولية مبني على الضرر باستقراء المادة (٢٥٦) من ذات القانون، فوجد أنه دليل ضمني على صحة ما نقول وهو إقامة المسؤولية على غير المميز، باستخدامه لكلمة "الإضرار" كانت مقصودة و معتمد لتشمل الخطأ والإهمال وأي نوع آخر، وعلى ذلك أي قرار قضائي أو رأي اجتهادي يقيم المسؤولية على أساس الخطأ يغالط أحكام القانون المدني الأردني.

فالناظر في هذه المادة (٢٥٦) يجد أنها أقرت حكماً عاماً يقتضي بأن عديم التمييز يعد مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها الفاعل في كل الأحوال سواء أكان مباشراً أو متعدياً، وتكون مسؤوليته مسؤولية أصلية من ماله الخاص أو من المكلف برعايته والرقابة عليه قانوناً أو إتفاقاً وذلك تأصيلاً لقواعد الفقه الإسلامي في جبر الضرر لا معاقبة الفاعل.

الخاتمة (النتائج والتوصيات) أ.النتائج:

١. اتفق الفقهاء والمسلمون وعلماء القانون الوضعي على استعمال كلمة المسؤولية التي

لحاكمات المدنية وتعديلاته وعلى أن يكون الإفصاح عن الحيدة والاستقلالية وفق مقتضى المادة (٣/٨٣) من المادتين المذكورتين واضحاً وجلياً وإذا ما كان أحد أطراف الدعوى شخصاً معنوياً أن تكون الحيدة والاستقلالية وبالإضافة لوكالاته عن ماله وممثليه والقائمين على إدارته ولما لم تفعل محكمة الاستئناف كل ذلك وما تقدم فيكون معه قرارها المطعون فيه مستوجباً النقض لورود هذه الأسباب من أسباب الطعن التمييزي عليه.

لهذا وتأسيساً على ما تقدم ودون الحاجة للرد على باقي أسباب الطعن التمييزي نقرر نقض الحكم المطعون فيه وإعادة الأوراق إلى مصدرها للسير في الدعوى حسب الأصول في ضوء ما بيناه في ردنا على أسباب الطعن سالفة الإشارة ولردنا عليها وإجراء المقتضى القانوني.

قراراً صدر بتاريخ ٧ شوال سنة ١٤٤٠هـ الموافق ٢٠١٩/٦/١٠م

استناداً إلى نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني، ترى الباحثة أنه يتضح تقرير المبدأ العام للمسؤولية عن الفعل الضار كأساس لمساءلة الشخص عن الضرر الذي أوقعه، أنه لا يأخذ بفكرة الخطأ سواء توافر فيها العنصر المادي (التعدي) والعنصر المعنوي (الإدراك والتمييز)، بل اكتفي بوقوع الفعل الضار (الإضرار) لقيام

تعارف عليها الناس في الدلالة على المضمون وهي المؤاخذه على فعل أدى إلى الإضرار بالغير ورتب عليه المشرع مسؤولية وهي الضمان، وأنه لا مشاحة في الاصطلاح.

٢. أن فقهاء الشريعة الإسلامية بذلوا جهداً عظيماً في بناء النظرة الموضوعية وأساسها في مباشرة الفعل الضار، وأنهم نجحوا في مسعاها، فجاءت المسؤولية عن الفعل الضار قائمة على أساس موضوعي بهدف تمكين المتضرر من الحصول على التعويض العادل عن الضرر الذي لحق به.

٣. اتفق الفقه والقانون على أن مناط المسؤولية عن الفعل الضار (أساسها) قائم على أساس الضرر لا الخطأ متأثراً بالنظرية الحديثة (النظرية الموضوعية)، لتشمل عديم الإدراك (عديم التمييز) وفق نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني في كل الأحوال سواء بالمباشرة أو بالتسبب الذي هو خلاف الأصل الذي يقوم على تحمل تبعة الضرر على الفاعل نفسه فقط متأثراً بالفقه الإسلامي.

بدالتوصيات:

بناءً على ما تم التوصل إليه من نتائج أوصي الباحثين بإجراء العديد من البحوث المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني حول موضوع أساس المسؤولية عن الفعل الضار، لبناء قواعد علمية جديدة لدى الباحثين الآخرين، وذلك رغبة في الجمع بين التخصصين ولو بصورة

بسيطة وإلى جانب ذلك السعي في تقريب شقي الخلاف بين الباحثين في الشريعة والقانون، وإثبات أن بإمكان طالب الشريعة أن يلم بالقانون وكذلك العكس.

الهوامش:

- (١) البكري، عبد الباقي، المدخل لدراسة القانون و الشريعة الإسلامية، (نظرية القاعدة الموضوعية و القاعدة الشرعية)، مطبعة الأدب، د. ط، ١٩٧٤، ج (٢)، ص (١٥٦)
- (٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (٢)، ١٩٨٢م، ج (٧)، ص (١٧١). البغدادي، غياث الدين، أبو محمد بن غانم، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، د. ط، د. ت، ص (١٥٦). مجلة الأحكام العدلية، مادة (٩١٦)، متضمنة نفس المعنى.
- (٣) ابن منظور، جمال الدين الانصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط (٣)، ج ١٣، ص (٣٣٨)
- (٤) الرازي، احمد بن فارس القزويني (ت: ٣٩٥ هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م، ج (٢)، ص (٨٣)
- (٥) الرازي، زين الدين أبو عبد الله بن عبد القادر، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية - بيروت، ط (٥)، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩م، ج ١، ص (١٤٠)
- (٦) الفيروز آباري، محمد الدين أبو طاهر (ت: ٨١٧ هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط (٨)، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، ج ١، ص (١٠١٢).
- (٧) ابن منظور، لسان العرب، فصل السراء، ج (١٤)، ص (٣٢٩)، مرجع سابق.

(١٥) انظر: مرقص، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، د.د. ط(٥)، ١٩٩٢م، مجلد ٢ (الفعل الضار والمسؤولية المدنية)، ج ٢، ص (٧١٣-٧١٥). موسى، محمود سليمان، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، ط ١، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ١٩٨٥م، ص (١٨).

(١٦) الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج (١)، ص (١٢). (١٧) أنظر: مصباح، علي إبراهيم، المسؤولية المدنية لنتج الدوام، منشورات زين الحقوقية، د.ط، بيروت، ص (٢). السلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة والنشر، ط ٢، ١٩٨٧م، ص (٢٨٢).

(١٨) فالضرر هو فعل الواحد و الضرر فعل الاثنين، وفي ذلك ورد في القرآن الكريم

أ- "غير مضار" سورة النساء، آية (١٢)

ب- "وما هم بضارين من أحد" سورة البقرة، آية (١٠٢)

ج- "وليس بضارهم شيء إلا يأذن الله" سورة المجادلة، آية (١٠)

د- "غير أولي الضرر" سورة النساء، آية (٩٥)

- أنظر: القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري دار الكتاب العربي، د.ط، د.ت، بيروت، ج ٦، ص (٤١٣)، ج ٧، ص (١٥٥)

(١٩) أنظر: الحمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، د.ط، ١٩٦٣ م ص (١٨٠). * وأرى أن الأضرار المتولدة عن الفعل الضار ثلاثة أنواع:

أ- الأضرار المباشرة التي يتصل منها الفعل بالضرر مباشرة.

ب- الأضرار غير المباشرة المتصلة بالجرم إتصلاً ظاهراً.

ج- الأضرار غير المباشرة البعيدة

(٢٠) أنظر: السهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط (٢)، ١٩٩٨م، ج (١)، ص (٥٢) وما بعدها.

(٤) البخاري، محمد بن إسماعيل المغيرة، ت (٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح، دار الشعب، رقم الحديث (٢٥٥٤)، باب بدء الوحي، ط (١)، القاهرة، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧م، ج (٢)، ص (٦).

(٩) انظر: مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد البخار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، د.ط، ج ١، ص (٤١١). هارون، نبيل عبد السلام، المعجم الوجيز لالفاظ القرآن الكريم، وزارة التربية والتعليم، د.ط، ١٩٩٣م، ص (٣).

(١٠) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٦٧، (مرجع سابق). الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل، حاشية الدر المختار، د.ط، د.د، مصر، ١٢٣١ هـ، ج (٤)، ص (٩٥). الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير، د.ط، دار المعارف، ج (٣)، ص (٥٨٧).

(١١) عوده، عبد القادر، التشريع الجنائي مقارناً بالقانون الوضعي، المكتبة التوفيقية، دار التوفيقية للنشر، مصر، ج (١)، ص (٣٩٠).

(١٢) الحميد، صالح بن عبد الله، موسوعة نظرية النعيم في مكارم أخلاق الرسول (صلى الله عليه وسلم)، ط (١)، دار الوسيلة للنشر والتوزيع، ١٤١٨ هـ، ص (٢٤٠٠). السديو، إبراهيم فاضل يوسف، مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوانات والجمادات، مكتبة الأقصى، د.ط، ١٩٨٣م، ص (٨).

(١٣) الحلبي، أحمد بن عبد العزيز، المسؤولية الخلقية والجزاء عليها، مكتبة الرشيد، ط (١)، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٤م، ص (٧١).

(١٤) الذنون، حسين علي، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة تايمل للطباعة والنشر، د.ط، ١٩٩١م، ج ١، ص (١٢)، فقد استعمل الفقهاء الفرنسيون كلمة الضمان في فترة من الفترات للدلالة على المسؤولية العقدية تمييزاً لها عن المسؤولية التقصيرية.

محمد، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المظن، دار الفكر للطباعة والنشر، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ج (٤)، ص (١٤٢).

(٢٩) أنظر: الجرجاني، الشرف، التعريفات، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ص (١٧٦). العيني، بدر الدين، النباية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، ج ٦، ص (٧٧).

(٣٠) أنظر: العدوي، علي الصعدي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، د. ط، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج ٢، ص (٢٦٣). عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، ج ١، ص (٧٨ - ٨٠)، مرجع سابق.

(٣١) الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفقه، ط ١، دمشق، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، باب منهج البحث، ج ١، ص ١٥.

(٣٢) أنظر: أبو زهرة، محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، د. ط، د. ت، ص (٤٧٦) وما بعدها.

(٣٣) أنظر: الحموي، أحمد بن محمد (ت ١٠٩٨)، غمز عيون (البصائر في شرح كتاب الاشياء والنظائر)، دار الكتب العلمية، دار الباز، ط (١)، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ج (٢)، ص (٣١٠). فخر الدين، الزيلعي (٧٤٣)، تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الاميرية، القاهرة، ط (١)، ١٣١٣م، ج ٥، ص (٢٢٣). ابن رشد، أبو الوليد محمد، المقدمات المهمات، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط (١)، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ج ١٥، ص (٤٣٣). الغزالي، ابو حامد بن محمد، الوسيط، دار السلام، ط ١، القاهرة، ١٩٨٤م، ج ٣، ص (٣٩٥).

(٣٤) أنظر: الصافي، علي السيد عبد الكريم، الضمان في الفقه الإسلامي (أسبابه ومجالاته في العقود) دراسة مقارنة، مطبعة الآداب، ١٩٧٤ - ١٩٧٥م، ص (٣٢) وما بعدها.

(٢١) اللطيف، عبد الرحمن صالح، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط ١، ١٤٣٢هـ، ٢٠١٣م، ج ١، ص ٤٢٤.

(٢٢) أنظر: محمد، سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي المقارن، جامعة القاهرة، د. ط، دار الكتاب العربي، ١٩٦٤م، ص (٢٧٦).

(٢٣) أنظر: محمد، أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، مطبعة الخيرية، ط ١، مصر، ١٣٠٨هـ، (١٥٤). السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ص (٥٦)، مرجع سابق.

(٢٤) الحنيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، المكتبة الفنية الحديثة، معهد البحوث والدراسات العربية، د. ط، ١٩٧١م، ص (٦٨).

(٢٥) أنظر: منها، فخري رشيد، أساس المسؤولية التقصيرية و مسؤولية عديم التمييز (دراسة فقهية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٧٤م، ص (١٠١).

(٢٦) أنظر: إبراهيم محمد طه، التأويل بين ضوابط الأصوليين قراءات المعاصرين، رسالة ماجستير، جماعة القدس، الباب الأول ١٥/٧/٢٠٠١م، ج ١، ص (١٤٥).

(٢٧) أنظر: التفتازاني، سعد الدين مسعود، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، د. ط، د. ت، ج ٢، ص (٣١٥ - ٣٢٣). ابن الشاط، أبي القاسم قاسم بن عبد الله، الفروق (أنوار البرواق في أنواع الفروق)، دار الكتب العلمية، د. ط، ١٩٧١م، ج ١، ص (٢٥٦). الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص (١٦٨). فراج، أحمد حسين، أصول الفقه الإسلامي، د. ط، بيروت، ٢٠٠٤م، ص (٤٠٥، ٤١٠).

(٢٨) أنظر: المرغاني، علي بن أبي بكر برهان الدين، الهداية في شرح البداية المبتدي، تحقيق: نعيم اشرف نور محمد، دار القرآن، ط ١، ١٤١٧م، ج ٢، ص (٩٤). البكري، عثمان بن

- السنهوري، مصادر الحق، ج (١)، ص (٤٦)، مرجع سابق.
- (٣٥) معنى الكفالة بقرينة الآية الكريمة "و كفلها زكريا آية (٣٧)، من سورة آل عمران، و بذلك قد تكون الكفالة بالنفس أو الضمان بالمال.
- (٣٦) الرومي، محمد بن محمد بن محمود جمال الدين الرومي، ت: (٧٨٦ هـ)، العناية و شرح الهداية، دار الفكر، د.ط، د. ت، ج (٧)، ص (٢٢١).
- (٣٧) الطرابلسي، شمس الدين أبو عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، مطبعة خاصة، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م، ج (٧)، ص (٣٣).
- (٣٨) الماوردي، أبو الحسن البصري البغدادي، كتاب الحاوي الكبير، دار الفكر، د.ط بيروت، د.ت، باب كتاب الضمان، ج (٦)، ص (٩٤٥).
- (٣٩) ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، د. ط، د.ت، ج (٤)، ص (٢٥٩).
- (٤٠) انظر: الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان، ص ٥٧ وما بعدها، مرجع سابق.
- (٤١) انظر: ابن غاث، غياث الدين أبو محمد البغدادي، مجمع الضمانات، ص ١٤٦، مرجع سابق.
- (٤٢) انظر: نظام، الفتوى الهندية، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، د.ط، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ج ٦، ص (٢٤). البغوي، الحسين بن مسعود، بن محمد الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل احمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، د.د، ط ١، ١٤١٨ - ١٩٩٧ م، ج (٣)، ص (٢٧٣). ابن عبد الرحمن، أبو الشيخ الجليل عبد الله محمد، دار الكتب العلمية، د.ط، ١٩٩٥ م، ج ١، ص (٢٠٨) الزحيلي، وهبه، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، دار الفكر، د.ط، ١٩٨٢ م، ص (١٣٣ - ١٣٤).
- (٤٣) انظر: ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م، ج (٢)، ص (١٠٣).
- (٤٤) الارش: دية الجراحات وعوض الجنابة التي ليس فيها مقدر، وفي ذلك الفرق بين الحد و التعزير، فالتعزير والارش هي من العقوبات غير المقدرة ويترك تقديرها للقاضي أو الحاكم أما الدية فهي مقدرة شرعاً. انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، ط (٢)، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م، ج (٦)، ص (٥٧٣).
- (٤٥) الترمذي، السنن، باب ما جاء في من يكسر له الشيء ما يحكم له من مثل الكاسر، رقم الحديث (١٣٥٩) تحقيق: بشار معروف، دار العرب الإسلامية، بيروت، ١٩٩٨، ج ٢، ص ٣٢.
- (٤٦) انظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ص ٣٧، مرجع سابق.
- (٤٧) انظر: ابن جزى، أبو القاسم محمد بن احمد بن عبد الله، القوانين الفقهية، د.ط، د.ت، ص (٢١٦). ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والاسانيد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د.ط، ١٤١٢ هـ ج (١٨)، ص (٢٢٤). ابن قدامة، أبو محمد موفق بن عبد الله، الكافي في فقه الإمام احمد، دار الكتب العلمية، ط (١)، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ج (٣)، ص (٤٠٣). الدوري، قحطان عبد الرحمن، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ناشرون، ط (٣)، ١٤٣٩ هـ - ٢٠١٨ م، ص (٢٦٧ - ٢٧١).
- (٤٨) الأجبر المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس أو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالصباغ والصانع و الخباز وغيرها، انظر: عمر بن مازة البخاري، ابو المعالي برهان الدين محمود بن احمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب

سابق. السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، ج (٦)، ص (١٣٨) / (١٤٩ - ١٥١). وبحسب ما ذكره الدكتور الزرقا: أن المسؤولية التقصيرية عند القانونيين مبنية على أساس الخطأ وهي تقصير من الواقع منه عمداً كان أو مخطئاً، فإذا أدى بهذا غيره أو ألحق به الضرر يتحمل المسؤولية قانوناً، وإلزام يجبر هذا الضرر بالطريقة التي يعينها القانون، وهذه المسؤولية تقابل في القانون المسؤولية العقدية التي تنص على من يخل بتنفيذ الالتزاماته التي يارادته. انظر: الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار و الضمان فيه (دراسة و صياغة قانونية موصلة على نصوص الشريعة الإسلامية)، الجامعة الاردنية، دار القلم، ط (١)، ١٩٨٨، م، ص (٦٠ - ٦١).

وترى الباحثة أن تكييف المسؤولية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، هي مسؤولية مدنية كل منهما مستقل عن الآخر إلا في حالات معينة، فالأصح هو عدم قول مسؤولية تقصيرية و إنما هي المسؤولية عن الفعل الضار أما العقدية فقد يترتب مسؤولية سواء قصر أم لم يقصر.

(٥٧) انظر: الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص (٢١٠ - ٢١٣)، القاضي، منير، ملتقى البحرين في شرح موجز للقانون المدني، د. ط، مطبعة العاني، ١٩٥٢م، ج (٢)، ص (٣٣٣). حسين، سيد عبدالله علي، المقارنات التشريعية بين التشريع الإسلامي و القوانين الوضعية المدنية، دار السلام، ط ١، (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م)، ج (٢)، ص (٢٦٧ - ٢٧٢).

(٥٨) انظر: محمد، سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي المقارن، ص ٢٨٠، مرجع سابق.

(٥٩) أنظر: جمعة، عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، الكتاب الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، د. ط، ١٩٧٧ م، القاهرة، ج (١)، ص (٥).

العلمية، ط ١، بيروت، لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م، ج (٧)، ص (٥٨٦).

(٤٩) انظر: راشد البكري المالكي، أبو عبد الله، لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، د. ط ١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ج (١)، ص (٢٧٥). الزحيلي، وهبة، الضمان في الفقه الاسلامي، ص (١٣٧).

(٥٠) انظر: البغدادي، مجمع الضمانات، ص (٥٠)، مرجع سابق.

(٥١) أنظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، دار الكتاب الإسلامية، ط (٢)، د. ت، ج (٨)، ص (٣١).

(٥٢) انظر: العز بن عبد السلام، أبو محمد بن الحسين السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط ١، القاهرة، ١٤١ هـ - ١٩٩١ م، ج (٢)، ص (١٣). ابن مفلح، شمس الدين، الفروع وتصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط ١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ج (٣)، ص (٣٨٦). الراجعي، عبد الكريم، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الفكر، د. ط، د. ت، ج (٥)، ص (٤٠٩).

(٥٣) أنظر الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، ص (٢٤١)، مرجع سابق.

(٥٤) أنظر: البغدادي، مجمع الضمانات، ص (١٤٦). الحمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص (١٧٤). ملوكي، أياد، المسؤولية عن الأشياء و تطبيقاتها على الأشخاص المعنوية، ص (٧٦)، مرجع سابق.

(٥٥) أنظر الصافي، علي السيد عبد الحكيم، الضمان في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، ص (١٣١)، مرجع سابق.

(٥٦) أنظر: الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان (أحكام المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي)، ص (٢٣٤)، مرجع

- (٦٠) أنظر: الملوكي، أباد عبد الجبار، المسؤولية عن الأشياء و تطبيقاتها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص، مطبعة بابل، د.ط، بغداد، ١٩٨٠م، ص (٩).
- (٦١) أنظر: العطار، محمد كاظم، نحو قانون مدني عربي، منشورات وزارة الثقافة، د. ط، م١٩٧٨، ص (٦١٥ - ٦٢٣).
- (٦٢) أنظر: الرفاعي، أشرف عبد الحميد، النظام العام و القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في العلاقات ذات العنصر الأجنبي (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، د.ط، ١٩٨٥م، ص (٣٦٣).
- (٦٣) أنظر: الفضل، منذر، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية)، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦م ج (١)، ص (٣٣٤) وما بعدها.
- زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ط (٣)، ١٩٧٨م، ص (٤٠١).
- (٦٤) أنظر: السنهاوري، مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني، ص (٧٩٨)، مرجع سابق.
- (٦٥) أنظر: السنهاوري، المرجع نفسه، ص (٩٠٥).
- (٦٦) أنظر: الخفيف، علي، الضمان بالفقه الإسلامي، ص (٥٧-٦٠)، مرجع سابق.
- (٦٧) أنظر: السنهاوري، عبد الرزاق، مصادر الالتزام في القانون المدني، ج (١)، ص (٨٧٠)، مرجع سابق.
- (٦٨) أنظر: الدسوقي، إبراهيم أبو الليل، التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية، دار الفكر، د.ط، د.ت، ص (٢١٤).
- (٦٩) أنظر: الصدى، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دار النهضة العربية، د.ط، ١٩٩٢م، ص (١٨٩).
- (٧٠) المادة (٢٨٨)، القانون المدني الأردني، رقم (٤٣)، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، لسنة ١٩٧٦.
- (٧١) نقابة المحامين، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، د.ط، المكتب الفني، ٢٠٠٠م، ج ١، ص (٣١٦).
- الحيارى، أحمد إبراهيم، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، ط ١، عمان، ٢٠٠٣، ص (٤٨-٥٠). بشار ملكاوي، فيصل العمري، مصادر الالتزام، باب الفعل الضار، دار وائل، للطباعة والنشر ط ١، ٢٠٠٦م، ص (١٠٩-١١٢).
- (٧٢) أنظر: سوار، محمد وحيد الدين، النظرية العامة لالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط، ١٩٨٣م، ص (١٣).
- (٧٣) نقابة المحامين، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج (١)، ص (٢٨٨).
- (٧٤) المذكرة الإيضاحية، المرجع نفسه، ج (١)، ص (٢٨٩).
- (٧٥) الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج (٢)، ص (١٤٩).
- (٧٦) أنظر نقابة المحامين، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الفصل الثالث، الفرع الأول، ص (٢٧٦٠).
- (٧٧) نقابة المحامين، المذكرة الإيضاحية، ص (٢٩٠)، المرجع نفسه.
- (٧٨) أنظر الحمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، ص (١٩٧)، مرجع سابق.
- (٧٩) يشترط المالكية حتى يسأل الشخص عن الضرر الذي أحدثه بفعله أن يكون (١) متعلداً - (٢) مميزاً، أنظر: الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي، دار الفكر، د.ط، د.ت، ج (٣)، ص (٤٢٠).
- (٨٠) محكمة التمييز الأردنية حكم رقم (٢٠١٩/١٠١١)، موقع قسطاس، لعام ٢٠١٩.
- (٨١) أنظر: عجاج، طلال، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، المؤسسة الحديثة للكتاب، د.ط، ٢٠٠٣م ص (١٨). أنظر:

أحكام تصرفات الإمام في الجهاد والعلاقات الدولية

د. محمود هارون النوافلة *

نوح محمد الفضول **

تاريخ وصول البحث: ٢٠١٩/٩/٧ م

تاريخ قبول البحث: ٢٠٢٠/١/٢١ م

الملخص

تناولت الدراسة أحكام تصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية، وبيان حدود وضوابط هذه الأحكام المنضبطة بقواعد الشرع ومقاصد الشريعة، في الوقت الذي تتسارع فيه الأحداث على الساحة العربية والإسلامية، وينادى بتطبيق أنظمة الحكم وفق الشريعة الإسلامية، في ظل ما يسمى الربيع العربي، وفي الوقت الذي تتنادى الشعوب مطالبة بحقوق وواجبات، وإصلاح وتغييرات، أدت إلى اختلاف آراء، وانقسامات بين أبناء البلد الأمر الذي يستلزم بيان حلول الشريعة فيما يجب للإمام على رعيته من حقوق، وما يجب عليه من واجبات، في بابي الجهاد والعلاقات الدولية.

وخلصت الدراسة إلى أن الغاية من الجهاد في سبيل الله هي من أجل إعلاء كلمته، والذود عن حرمة الإسلام والوطن، ونشر رسالة الإسلام في بقاع العالم، وأن الاستعانة بالمشركون في حالة الحرب والعلاقات الدولية متروكة لاجتهاد الإمام المسلم منوطة بتحقيق مصلحة الإسلام والمسلمين، وأن المن على الأسرى متروك تقديره للإمام المسلم بما يحقق مصلحة الإسلام والمسلمين، وكذلك فداء الأسرى ومفاداتهم منوطة بهذا الأمر.

وأوصت الدراسة بضرورة إعادة قراءة واقعية لقضايا المجتمع الإسلامي المعاصر، وحاجة متصددو العمل الإسلامي وعلماء الشريعة الإسلامية وأئمة المساجد إلى نظرة تأملية وواقعية في قضايا المجتمع الإسلامي المعاصر، والعمل على إظهار الهدف الرئيس من الجهاد وإقامة العلاقات الدولية بين الدول، ومراعاة المصلحة العامة قبل صياغة الشعارات وتحديث الخطاب الإسلامي وفهم الآخر، وضرورة الرجوع إلى نصوص الوحيين وهدي السلف الصالح، واستمداد الأحكام الشرعية العملية المتعلقة بالجهاد والعلاقات الدولية في مناحي الحياة المختلفة، ونبذ المناهج المتحرقة المضللة.

الكلمات المفتاحية: أحكام، تصرفات، الإمام، الجهاد، العلاقات الدولية.

* استاذ مساعد، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الحسين بن طلال.

** مدرس، المركز الثقافي للإسلامي بالجامعة الأردنية.

The Provisions of the Imam's Actions in Jihad and International Relations

Dr. Mahmoud haroon alnawafleh

Dr.Nooh Mohammad Al-Fodool

Abstract

The study dealt with the provisions of the Imam's actions in the subjects of jihad and international relations, and the demarcation of the limits and controls of these provisions that are regulated by the rules of Sharia and the purposes of Sharia, at a time when events on the Arab and Islamic scene accelerate, and calls for the application of systems of governance in accordance with Islamic Sharia, in light of the so-called "Arab Spring", At a time when the people are calling for demands for rights and duties, reform and changes, which led to differing opinions and divisions between the people of the country, which necessitates clarifying the limits of the Shari'a regarding the rights and duties of the Imam in his parish, in the chapters of jihad and international relations..

The study concluded that the purpose of jihad for the sake of God is to uphold God's word, defend His sanctities of Islam and the homeland, and spread the message of Islam throughout the world, and that seeking the help of polytheists in the event of war and international relations is left to the Muslim Imam's decision, which is expected to be based on achieving the benefits of Islam and Muslims, and that releasing the prisoners are left to the assessment of the Muslim Imam. The study recommended the necessity of a realistic re-reading of the issues of contemporary Islamic society, the need of leaders of Islamic work, Islamic scholars and imams of mosques to consider a realistic and contemplative view of contemporary Islamic society issues, and work to show the main goal of jihad and the establishment of international relations between countries, and taking into account the public interest before drafting slogans and updating Islamic discourse and understanding the other, and the need to refer to the texts of the revelations and guidance of the righteous predecessors, and to draw practical legal provisions related to jihad and international relations in different aspects of life, and reject misleading and perverted approaches

Keywords: judgments, behavior, Imam, jihad, international relations.

المبحث الأول:

المقدمة وأدبيات الدراسة وإطارها النظري:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد: تميزت الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع في طرحها لأحكام الشارع فيما يتعلق

بتصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية في المنهجية والتطبيق والحيادية والانصاف والعدالة، بعيداً عن التطرف والغلو، أو ردود الأفعال المتسارعة في المواقف بصورة عامة. فإن رعاية شؤون الخلق والمتمثلة في حماية دينهم وسياسة دنياهم من أهم الأمور وأجلها وأعظمها

أثراً في تنظيم شؤون الدولة، وحفظ أمنها واستقرارها، وبها تنظم أمور الناس، والتي فيها معاشهم، وحفظ دينهم وعصمة أمرهم والحفاظ على معتقداتهم الدينية النابعة من تعاليم الشريعة الإسلامية والجهاد والعلاقات الدولية باب من أبواب العلم والدين في العمل على تحقيق مصالح الأمة في العاجل والآجل والدنيا والآخرة ولذا فقد أهتم العلماء والباحثين في مصنفاتهم وبجائهم فذكروا مسائل الجهاد والعلاقات الدولية وفرعها وتأصيلها، وهذه المسائل تشكل جانباً مهماً من جوانب السياسة الشرعية والتي تشكل في الغالب أفعلاً وأجراءات نحو الإصلاح بمفهومه الشامل.

ولما كان الإمام هو المسؤول عن رعاية شؤون العباد في دنياهم، وحماية دينهم، كان لا بد من اهتمامه بجوانب مهمة تتعلق في هذه المهمة العظيمة كتوجيه اهتمامه بالجهاد الذي يعد ذروة سنن الإسلام، وبه يحفظ الدين، وينشر نور الإسلام في بقاع المعمورة، وبه يدفع العدوان، ويرفع الظلم عن المظلومين، ويحكم شرع الله في الأرض، فينتشر العدل، ويسود الأمن، والأمان والرخاء؛ ولما كان للجهاد- الذي يعد أحد وسائل الاهتمام بالعلاقات الدولية وتوثيقها ومراعاتها- في رعاية مصالح الخلق كان على الإمام أن يوازن في تصرفاته المتعلقة بهذا الجانب فيقدر ما لا يصلح لها، وما لا يصلح لها وفق المعطيات والمحددات والظروف والمتغيرات؛ ولما كان لهذا

الموضوع من أهمية لا تخفى على أحد خاصة في هذا العصر الذي اختلطت فيه المفاهيم المتعلقة بالجهاد والعلاقات الدولية، وتبدلت فيه أوضاع الأمة، وازدادت فيها التحديات والأخطار التي تواجهها، جاءت هذه الدراسة لبيان أحكام تصرفات الإمام في الجهاد والعلاقات الدولية والتي من خلالها تنظم أمور الدولة والحكم.

إن الجهاد في سبيل الله من أعلى المنازل وأسمائها بعد الإيمان بالله تعالى، ولن تجد نظاماً دينياً، أو دينياً أهتم بشأن الجهاد واستنفاذ الأمة وحشدتها صفواً واحداً للدفاع بكل قواها عن الحق- كما تجد في دين الإسلام وتعاليمه، والجهاد ضروري لبقاء الأمة الإسلامية أمة قوية مرهوبة الجانب بعيدة عن أطماع الطامعين، والحاقلين، كما أن الجهاد بالنفس دليل قاطع على إيمان المسلم ومبادرته إلى ما يحبه الله ويرضاه.

فالأمة الإسلامية تحتاج إلى من يحفظ لها هويتها، ويحمي لها قيمها، ومبادئها، ويرعى مقدراتها، ويحفظ حرمة شعائرها، ويهيئ مواطنيها لتحمل مسؤولياتهم، والقيام بدورهم كمسلمين صالحين، ومؤمنين موحدين كما تحتاج الأمة إلى من يعيد لها ثقافتها بنفسها، ويربطها بربها، ويجدد فيها أمر دينها كل ذلك وغيره يتحقق من خلال قيام الإمام بواجبه تجاه من يقوم برعايتهم والاهتمام بهم، ولا شك أن موضوع دراسة أحكام تصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية؛ للحفاظ على

أمن الدولة واستقرارها من الموضوعات الهامة التي يجب أن نوليها عناية كبيرة، لا سيما في هذا الوقت العصيب الذي تزايدت فيه أنواع العنف والتطرف والغلو والاضطرابات والثورات والتراعات وتعددت، وسببها هو البعد عن تعاليم الشريعة الإسلامية، وكما نعلم فإن الإسلام حرم العنف والغلظة والشدة في التوجيه والتعبير، وأمر بالولاء والالتقاء لله ولدينه؛ ونظراً لأهمية الحديث عن أحكام تصرفات الامام في الجهاد والعلاقات الدولية في هذه الأيام التي اختلطت فيها المفاهيم، وحرار المجتمع في كيفية توظيفها في حياتهم العملية، والتثبت من مصدرها الشرعي، خاصة في المجتمعات الآمنة المستقرة التي تنعم بالأمن والاستقرار التي تؤدي إلى دفع عجلة التقدم والإنتاج والازدهار في المجتمع في المرحلة الراهنة التي تمر بها البلدان العربية، وما انطوت عليه من أحداث أعقبت الحركات الشعبية والربيع العربي في البلدان العربية، والتي سعت إلى تحقيق جملة من الأهداف، ونرجو أن نكون قد وفقنا في تجلية جوانب مهمة في هذا الموضوع.

المطلب الأول مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في الاجابة عن التساؤلات التالية:

١. ما مفهوم الجهاد والعلاقات الدولية؟
٢. ما هي الاحكام المتعلقة بتصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية؟

٣. هل ترك الشارع الحكيم مساحة واسعة لإعمال الإمام رأيه الحر في تصرفاته تجاه أمتة في بابي الجهاد والعلاقات الدولية؟

٤. هل لتصرفات الإمام السياسية أهمية يمكن أن تبحت ويسبر غور أحكامها وتحديد ضوابط الأحكام المتعلقة بها في بابي الجهاد والعلاقات الدولية، والتي تشكل جوانب مهمة من جوانب السياسة الشرعية في عصرنا الحاضر؟

المطلب الثاني أهمية الدراسة ومسوغاتها:

تنبع أهمية الدراسة من طبيعة الموضوع الذي تتناوله، حيث يُعد الكشف عن الاحكام المتعلقة بتصرفات الامام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية من المواضيع الغنية بالبحث والثمرات التي سيجنيها الناس من خلال اقامة وضبط أمور الجهاد والعلاقات الدولية بيد الإمام وتحت إشرافه ورقابته، والتي تحقق بمجملها الأمن والاستقرار للبلاد والمجتمع، ولعل أهمية الدراسة تبرز في النقاط التالية:

١. بيان أهمية الوعي الشرعي والسياسي عند الإمام للواقع المعاصر في بابي الجهاد والعلاقات الدولية؛ للحفاظ على أمن المجتمع واستقراره وخصوصاً أن الأمة الإسلامية اليوم تعيش مرحلة حساسة وخطيرة لاسيما بعد ثورات الربيع العربي التي لا نزال نعيش تداعياتها، وللحفاظ على ضرورات المجتمع الخمس وكلياته الشريعة

المطلب الثالث أهداف الدراسة:

تتركز أهداف الدراسة في النقاط التالية:

١. التعرف على الأحكام المتعلقة بتصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية.
٢. بيان أهمية الوعي الشرعي والسياسي عند الإمام للواقع وطبيعة الظروف المتعلقة بطبيعة العصر ومتغيراته المتسارعة.
٣. الكشف عن حقيقة المصلحة المفهومها الأصولي وتمييزها عن المعاني الأصولية الأخرى.
٤. تهدف الدراسة إلى إزالة الغموض واللبس في كثير من المفاهيم المغلوطة فيما يخص بابي الجهاد والعلاقات الدولية، وحقيقة العلاقة بينهما، وبيان موقف الإسلام الحقيقي في الوقوف عند النهج والمقاصد والغايات في كل ما يتصل بالأمور التي هي محل التغيير والتطور والمتعلقة بأحكام تصرفات الامام في بابي لجهاد والعلاقات الدولية والتي تشكل ببعيدها السياسي والشرعي تجسيدا وتعبرا للشرعية الإسلامية السمحة.

المطلب الرابع أسئلة الدراسة:

- يمكن صياغة أسئلة الدراسة في الإجابة عن التساؤل العام الرئيس التالي:
- ما هي الأحكام المتعلقة بتصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية، وهل هناك تصرفات متروكة لرأي الإمام واختياره وفقه في هذه الأبواب؟
- ويتفرع عن هذا التساؤل عدة أسئلة فرعية منها:

الكبرى الضرورية التي لا يعيش الإنسان بدون الحفاظ عليها.

٢. التأكيد على دور الإمام في حراسة الدين وسياسة أمور المسلمين، وكف أيدي المعتدين، وانصاف المظلومين، بأخذ الحقوق من مواضعها، ووضعها جمعاً وتصرفاً في مواضعها فإن بذلك صلاح البلاد، حفظ أمنهم، وقطع مراد الفساد، والتأكيد على أن الإسلام يشكل عقيدة المسلمين ونظامهم في شتى جوانب الحياة، ويجب عليهم الخضوع لأحكامه والانقياد له، والرضا به، ففيه صلاح حال الناس في دنياهم وأخراهم.

٣. كون الدراسة تقوم بإيضاح بالأحكام المتعلقة بتصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية في الشريعة الإسلامية، ودور الفقه الإسلامي في هذا الموضوع، وبيان ما يترتب من عدم تطبيق أحكام الله على الراعي والرعية، ومسير المستبدين في العالم الإسلامي والعربي، وتحالفها عن الركب علمياً واقتصادياً؛ بسبب حكماها الفاسدين، فحاول الباحثان مراعاة الوقائع في بيان الأحكام الشرعية ، من أجل محاولة الرجوع بالأمة إلى العصور المفضلة، وتحرير المسائل والقضايا المتعلقة في هذا المضمار، ولعل كل هذه الأسباب هي التي دفعت الباحثان لبحث ودراسة هذا الموضوع، الذي يُعد خطوة يجب أن يوليها الباحثون ومراكز الأبحاث جل اهتمامهم.

١. ما المفهوم اللغوي والاصطلاحي للجهاد، وما أنواعه، وما هو دور الإمام فيه؟

٢. ما المفهوم اللغوي والاصطلاحي للعلاقات الدولية؟

٣. هل يوجد تعارض بين الأدلة الشرعية وتصرفات الإمام المناط بها مصلحة بصورة عامة؟

المطلب الخامس الدراسات السابقة:

لقد كانت الدراسات السابقة بمثابة الدراسات الاستطلاعية للباحث، حيث تعرف من خلالها على المنطلقات النظرية لتلك الدراسات، وأساليب المعالجة المنهجية التي تمت بها، وكذلك النتائج التي توصلت إليها للاستفادة منها في الأطر النظرية والمنهجية، وتفسير النتائج للدراسة ومقارنتها بما خلصت إليه هذه الدراسات من نتائج وتوصيات.

وقد تناولت الدراسات السابقة موضوع قيام الدولة الإسلامية وضرورة تولية الإمام ليقوم بتسيير الحكم، وسياسية الدين، وحراسة الدين، ودور الإمام في الحث على الجهاد وبناء العلاقات الدولية، ويمكن القول بأن الدراسات السابقة كل منهما يكمل الأخرى، وعلى حد اطلاع الباحثين فلم نجد دراسة تناولت أحكام تصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية بالبحث والدراسة المتعمقة، وهذه الأحكام لا شك أن معرفتها أمر مهم؛ ونظراً لقلّة الدراسات التي تناولت هذه المسألة، بدأ لنا أن نكتب في هذا المجال، فجاءت

هذه الدراسة لتسد ثغرة في هذا المجال، ولتضيف لبنة إلى لبنات السابقين في هذا المجال، وعلى الرغم من استفادة الدراسة الحالية من الدراسات السابقة واشتراكها معها في مجال الاهتمام برعاية شؤون الدولة من قبل الإمام، إلا أنها تختلف عن هذه الدراسات من حيث: أن الدراسة الحالية غير معنية بما ركزت عليه الدراسات السابقة من بحث في تولية الإمام للحكم، وأدلة ذلك، وطرق التولية وما يتعلق بإدارة وتسيير شؤون الدولة في الجوانب الاقتصادية والإدارية، وإنما تسعى هذه الدراسة إلى رصد أهم الأحكام المتعلقة بتصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية؛ للحفاظ على الأمن والاستقرار في المجتمعات العربية في ظل المتغيرات العالمية المعاصرة، وانعكاساتها على أفراد المجتمع دون استثناء؛ محاولة لاستكشاف أثر الانفتاح الثقافي والعولمة الذي باتت معالمها واضحة لدى فئات المجتمع المختلفة، ومن هذه الدراسات: اذكر على سبيل المثال لا الحصر:

١. القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالجهاد والعلاقات الدولية، لـ منى محمد عرابي رسالة ماجستير في جامعة اليرموك، وقد هدفت هذه الدراسة إلى إبراز القواعد الفقهية المتعلقة بالجهاد والعلاقات الدولية، فلم تركز على أحكام تصرفات الإمام في هذا المجال، وهي تتعلق باستقصاء هذه القواعد الفقهية ولم تبرز الأحكام

المتعلقة بتصرفات الامام في هذا المجال، ويمكن الاستفادة من هذه الدراسة بالاطلاع والمقارنة والاضافات.

٢. تصرفات الامام المنوطة بالمصلحة في باب الجهاد رسالة ماجستير لويس محمد فوزي، وهذه الدراسة تتعلق بجانب المصلحة في تصرفات الإمام في باب الجهاد ولم تربط بين هذا الجانب والعلاقات الدولية للعلاقة المهمة بينهما، غير أن هذه الدراسات لا تعنى ببيان أحكام تصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية بصورة عامة تحتاج إلى دراسة مركزة ومستفيضة، وهو مجال رحب وخصب للبحث العلمي والدراسة المستفيضة، فالفرق بين الدراسات السابقة وهذه الدراسة، أن هذه الدراسة تبرز الأحكام العامة الشرعية المتعلقة بتصرفات الإمام في الجهاد وتقوم ببيان العلاقة بينها وبين العلاقات الدولية.

المطلب السادس المنهجية المتبعة في هذه الدراسة وخطتها:

اتبعت الدراسة نوعين من أنواع مناهج البحث العلمي وهما: المنهج الاستقرائي والوصفي، أما المنهج الاستقرائي من خلال استقراء الاحكام الفقهية المتعلقة بتصرفات الامام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية، والربط بين الجهاد والعلاقات الدولية وبيان دور الامام في متابعة ذلك الواجب والمسؤولية الملقاة على عاتقه في ادارة شؤون الدولة، وقد تم عرض العديد من

الآراء الفقهية للمذاهب الفقهية في هذه المسألة من مظانها الأصلية في هذه الدراسة، وقد قسمت هذه الدراسة إلى مقدمة وثلاث مباحث وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث الأول: المقدمة التي تحتوي على أدبيات الدراسة وإطارها النظري، وتشمل المطلب الأول: مشكلة الدراسة، المطلب الثاني: أهميتها ومبرراتها، والمطلب الثالث: أهميتها، والمطلب الرابع: أسئلتها، والمطلب الخامس: الدراسات السابقة والمطلب السادس: المنهجية المتبعة في تناولها وخطتها، والمبحث الثاني: المفاهيم والمصطلحات المتعلقة بالدراسة، وتشتمل على المطلب الأول: مفهوم الجهاد لغة واصطلاحاً، والمطلب الثاني: مفهوم العلاقات الدولية لغة واصطلاحاً، والمبحث الثالث: تطبيقات على تصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية ويشتمل على المطلب الأول: حكم الاستعانة بالمشاركين والمطلب الثاني: تصرفات الإمام واختياره في آيات الأسرى، والمطلب الثالث: حكم المن على الأسرى، والمطلب الرابع: حكم فداء الأسرى ومفاداتهم، ثم خُتمت بخاتمة أودعها الباحثان أهم النتائج والتوصيات التي خلصا إليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الثاني: المفاهيم والمصطلحات المتعلقة بالدراسة.

المطلب الأول مفهوم الجهاد لغة واصطلاحاً:

الجهاد لغة: مصدر الفعل الرباعي: جاهد، على وزن "فعال" بمعنى "المفاعلة" من طرفين، مثل الخصام بمعنى المخاصمة مصدر "خاصم"، والجدال بمعنى المجادلة، مصدر "جادل" والفعل الثلاثي للكلمة هو "جهد"^(١).

والجُهد: الشيء القليل يعيش به المُقل على جهد العيش، وفي التزليل العزيز: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ﴾ [التوبة: ٧٩] والجهْد: بالفتح المشقة، والجهْد بالضم الطاقة، وفيه الجهاد استفراغ ما في الوسع والطاقة من قول، أو فعل^(٢).

والجهاد: بالكسر القتال مع العدو، كالمجاهدة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ﴾ [الحج: ٧٨]، يقال جاهد العدو مجاهدةً وجهاداً: قاتله، والجهاد: محاربة الأعداء، وحقيقة الجهاد: استفراغ الوسع والجهْد فيما لا يُرتضى وهو ثلاثة: أضرب: مجاهدة العدو الظاهر، والشيطان، والنفس؛ وتدخل الثلاثة في قوله تعالى: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ﴾ [الحج: ٧٨] ومن خلال ما سبق وبالنظر والتدبر في المعاجم اللغوية يرى الباحث أن الجهاد يأتي لمعان أهمها اثنان:

الأول: بذل الوسع والمجهود مطلقاً، والمبالغة في ذلك، سواء كان الجهد قولاً أو فعلاً.

الثاني: محاربة الأعداء؛ يقال: جاهد العدو مجاهدة وجهاداً إذا قاتله، وجاهد في سبيل الله.

المعنى الشرعي للجهاد: فرقت الآيات القرآنية بين استعمال كلمة جهاد بمعنى القتال، وبين استعمالها فيما هو أعم من ذلك، فقد استعملت كلمة الجهاد بمعنى مجاهدة النفس وحملها على الطاعة في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ جَاهِدُوا فِيْنَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ

الْمُحْسِنِينَ﴾ [العنكبوت: ٦٩]، وبمعنى بذل القوة، أو الكفاءة ولم تكن بمعنى القتال في قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا وَإِنْ جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا

إِلَىٰ مَرْجِعِكَ فَإِنْ يُكَفِّرْ بَمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [العنكبوت: ٨]، وبمعنى القتال بتقديم النفس، أو المال في سبيل الله في قوله تعالى: ﴿تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَنُحْيِيَنَّكَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكَ وَأَنْفُسِكَ ذَلِكَ خَيْرٌ لِّكَ إِنْ كُنْتَ تَعْمَلُونَ﴾ [الصف: ١١] ويمكن القول بأن كلمة جهاد يراد في الإسلام أحد معانٍ ثلاثة: جهاد النفس، وجهاد اللسان، وجهاد العدو.

ولفظ الجهاد نقله الشرع في الكتاب والسنة من معناه اللغوي العام - كما سبق - وقصره على معنى خاص هو "بذل الوسع في القتال في سبيل

الله، مباشرة، أو معاونة بمال، أو رأي، أو تكثير سواد، أو غير ذلك^(٣).

ومعنى الجهاد في الآيات المكية التي نزلت قبل تشريع الجهاد كان مختلفاً عن معنى الآيات التي نزلت في المدينة بعد تشريع الجهاد والإذن بالقتال. وأما آية الجهاد في سورة النحل المكية فقد تضمنت ذكر الهجرة، مما يدل على أنها آية مدنية ضمن سورة مكية، وهذا ما ذكره المفسرون^(٤)، والآية هي قوله تعالى: ﴿ثُمَّ إِنَّ رَبَّكَ لِلَّذِينَ هَاجَرُوا مِنَّا بَعْدَ مَا قُتِلُوا نَمَّ جَهْدُوا وَصَبَرُوا إِنَّ رَبَّكَ مِنْ بَعْدِهَا غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النحل: ١١٠]، وأما مادة الجهاد في الآيات المدنية بلغت (٢٦) كلمة^(٥).

وأكثرها يدل دلالة واضحة على معنى القتال، فمن ذلك في سورة النساء قوله تعالى: ﴿عَبْرَ أُولَى الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَأْمُرُهُمْ وَأَنْفُسُهُمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحَسَنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٩٥] وواضح في هذه الآية كون الجهاد بمعنى الخروج للقتال، وتفضيله على القعود، ومن ذلك في سورة التوبة قوله تعالى: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ

ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [التوبة: ٤١].

والأمر بالجهاد بعد الأمر بالنفر - الذي هو الخروج - يعني أن الجهاد هو القتال. ومن السنة النبوية جاء لفظ الجهاد بهذا المعنى الشرعي أيضاً، وهو القتال، فمن ذلك: حديث أبي هريرة قال: قالوا: يا رسول الله، أخبرنا بعمل يعدل الجهاد في سبيل الله؟ قال رسول الله: لا تطيقونه، قالوا يا رسول الله: أخبرنا فلعلنا أن نطبقه قال: "مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله، لا يفتر من صيام ولا صدقة حتى يرجع المجاهد إلى أهله^(٦)."

وواضح من سياق الحديث أن السؤال كان عن المجاهد - بمعنى المقاتل في سبيل الله خاصة - والجواب دل على هذا المعنى أيضاً بقوله: حتى يرجع المجاهد إلى أهله؛ أي: يرجع من القتال. وفي كتب السنة عشرات الأحاديث التي تُذكر فيها مادة الجهاد بمعنى القتال.

ويتضح من خلال هذه النصوص الشرعية وكثير مثلاً أن الشرع نقل لفظ الجهاد من المعنى اللغوي العام إلى معنى خاص وهو القتال في سبيل الله^(٧). التعريف الاصطلاحي للجهاد عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

تعريف الحنفية:

عرفه الكاساني بقوله: الجهاد في عرف الشرع يستعمل في بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله عز وجل بالنفس والمال واللسان، أو غير ذلك، أو المبالغة في ذلك^(٨).

وعرفه ابن الكمال: بأنه بذل الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة أو معاونة بمال أو رأي، أو تكثير سواد، أو غير ذلك^(٩).

فالجهاد شرعاً عند الحنفية يستعمل في بذل الوسع في أسباب الجهاد وأنواعه من ضرب للعدو، ومعاونته على ذلك بالمال أو الرأي أو تكثير جماعة المسلمين أو غير ذلك كمداداة الجرحى وتهيئة المطاعم والمشارب وخدمة المجاهدين^(١٠).

تعريف المالكية:

قال ابن عرفة: الجهاد قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله أو حضور له (أي القتال) أو دخوله أرضه (أي أرض الكافر) له (أي للقتال)^(١١).

وعرفه ابن عبدالسلام: "هو إتعاب النفس في مقاتلة العدو بالسيف"^(١٢).

وورد في حاشية العدوي في تعريف الجهاد: بأنه قتال مسلم كافراً غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله، أو حضوره له، (أي للقتال)، أو دخول أرضه، (أي أرض الكافر) له، (أي للقتال).

فالجهاد عند المالكية إذا أطلق لا يُراد به إلا

مقاتلة العدو بالسيف لإعلاء كلمة الله ﷻ.

تعريف الشافعية:

عرفه الشيرازي في المذهب: أن الجهاد هو القتال^(١٣) وعرفه الباحوري بقوله: الجهاد أي القتال في سبيل الله لإقامة الدين، وهذا هو الجهاد الأصغر^(١٤).

فالشافعية كما هو الظاهر من أقوالهم متفقون على أن القتال ليس مقصود الجهاد الأول، بل إن دخول الكفار في الإسلام وقبولهم الدعوة، أو نزولهم على دفع الجزية أولى من القتال.

تعريف الحنابلة:

عرفه الفتوحي في منتهى الإيرادات بقوله: الجهاد قتال الكفار^(١٥)، وكذا عرفه الحجاوي المقدسي في الإقناع بأنه قتال الكفار^(١٦).

وعرفه ابن قدامة بأنه القتال وبذل الوسع لإعلاء كلمة الله تعالى^(١٧). وفي المغني يقول: "ويقاتل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون؛ لأن الدعوة قد بلغتهم، ويدعى عبدة الأوثان قبل أن يجاروا.

ومن خلال ما سبق يتبين بأن التعريفات السابقة للجهاد خاصة عند الحنفية والمالكية يدل على أن للجهاد معنيين: الأول عام: وهو تعريف الحنفية، والثاني خاص، وهو تعريف المالكية لقصر المالكية في تعريف الجهاد على القتال، وأما الشافعية فيرون أن الجهاد شرع من أجل خدمة الإسلام وتبليغ دعوة الإسلام لكافة الناس وإزالة كل العراقيل التي تحول دون السماح لإقامة دين

المطلب الثاني مفهوم العلاقات الدولية لغة واصطلاحاً:

اختلف الباحثون والمهتمون بعلم العلاقات الدولية في تحديد مفهوم خاص للعلاقات الدولية، وكل واحد يعرف العلاقات الدولية من وجهة نظره أو من خلال النقول المتعددة عن الغربيين الذين اهتموا بدراسة علم العلاقات الدولية.

وسنذكر عدة تعاريف للعلاقات الدولية:

لغةً: مصدر علق: الارتباط، الأمر المشترك بين

شيئين^(١٨).

اصطلاحاً:

١. عرفها الدكتور علاء أبو عامر بقوله: "علاقات سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية وأيديولوجية وعسكرية على مستوى الدول ومجموعات الدول والمنظمات الدولية والمنظمات الحكومية وغير الحكومية والشعوب التي تناضل من أجل الحرية"^(١٩).

ويرى فريدريك هارتمان بأن مصطلح العلاقات الدولية: "يشمل كل الاتصالات بين الدول، وكل حركات الشعوب، والسلع والأفكار عبر الحدود الوطنية"^(٢٠).

وحينما نتحدث عن العلاقات الدولية فإننا غالباً ما نقصد العلاقات بين الدول لأنها هي التي تصنع القرارات المؤثرة على الحرب والسلام، وهذا هو الجانب الذي نعنى به في هذه الدراسة.

الله وتبليغه للناس، ومن أجل الدفاع عن الحرمات من أرض وعرض ومال، وأما الحنابلة يوافقون غيرهم من الفقهاء بضرورة الدعوة قبل القتال لمن لم تبلغه.

ويتبين أيضاً بأن الغاية من الجهاد هي إعلاء كلمة الله تعالى، وتكون ابتداءً بالطرق السلمية بالدعوة الصحيحة لدين الله بالحكمة والموعظة الحسنة، وأن الغرض منه رد كل عدوان عن دولة الإسلام ورعاياها، والعمل على إزالة العوائق والعقبات التي يضعها الأعداء في طريق المسلمين.

وقد اتفقت التعاريف السابقة للجهاد على أنه بذل الوسع والطاقة في محاربة أعداء الإسلام، سواء كان ذلك بالقتال المباشر لهم، أو من خلال معونة بمال، أو رأي، أو تكتير سواد، أو غير ذلك؛ لإعلاء كلمة الله، وفي سبيل الله، وإن اختلفت هذه التعاريف في كثرتها مع تقاربها في الأفكار والمعاني والغايات، وتفاوتها في الألفاظ وعدم معارضة بعضها البعض، بل يكمل بعضها بعضاً، وتحتل مدلولاً واحداً يدل على أن الغاية من الجهد هي إعلاء كلمة الله، ونشر رسالة الإسلام، والدفاع عنها وعن المسلمين وبلادهم، والجهاد يتطلب وجود مقومات يقوم عليها إما بالقتال المباشر، وإما بالمال، وإما بالرأي، وإما بالتشجيع والتحفيز ورفع المعنوية.

قال أول مرة: تؤمن بالله ورسوله؟ قال: نعم، فقال له: فانطلق^(٣٤).

ج. ما رواه الإمام أحمد عن خبيب بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده قال: أتيت النبي وهو يريد غزواً أنا ورجل من قومي ولم نسلم، فقلنا إنا نستحي أن يشهد قومنا مشهداً لا نشهده معهم، فقال: أسلمتما؟ قلنا: لا، فقال: إنا لا نستعين بالمشركون على المشركين، فأسلمنا، وشهدنا معه^(٣٥).

وجه الدلالة من الحديثين: أن في هذين الحديثين نفيّاً صريحاً للاستعانة بعموم المشركين، لأن لفظ مشرك نكرة في سياق نفي، ولفظ المشركين في الحديث الثاني جمع معرف بأداة الاستغراق فيفيد العموم، ولم يقبل منهم النبي ﷺ الاستعانة في القتال مع شدة رغبتهم فيه حتى أسلموا.

د. أن الكافر لا يؤمن مكره وغدره لخبث طويته، والحرب تقتضي المناصحة، والكافر ليس من أهله^(٣٦).

وقد نوقش الدليلان الأول والثاني بأنهما لا يدلان على عدم جواز الاستعانة بالمشركون، وإنما كان رد النبي ﷺ لمن ردهم لأنه تفرس فيهم الرغبة في الإسلام، فردهم رجاء أن يسلموا وقد صدق الله ظنه^(٣٧). وقد رد أصحاب هذا القول هذه المناقشة بأن الحديثين عامان في المنع من الاستعانة بمن طلب الإعانة وغيره^(٣٨).

وجاء في المغني لابن قدامة: "ولا يستعان بمشرك، وبهذا قال ابن المنذر والجوزجاني وجماعة من أهل العلم^(٣٩)".

أدلة الاتجاه الثاني المجيزون:

١. حديث عائشة رضي الله عنها، في قصة استئجار الرسول ﷺ عبد الله بن أريقط الديلي الليثي، ليدله على الطريق في هجرته إلى المدينة، وكان مشركاً على دين قومه، قال البخاري: "باب استئجار المشركين عند الضرورة، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام... عن عائشة رضي الله عنها: "استأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل ثم من بني عبد بن عدي، هادياً خريتا.... وهو على دين كفار قريش، فأمناه فدفعنا إليه راحلتيهما، ووعدها غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحتيهما صبيحة ليال ثلاث، فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الديلي فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل^(٤٠)".

وجه الدلالة أن رسول الله في أحلك الظروف في سبيل تخفية أعين الكفار عن الرسول وأبو بكر استعان بأحد المشركين للضرورة، فكان ذلك دليلاً على جواز الاستعانة بالمشركون في حالة الحرب للضرورة وليس الحكم عاماً، وإذا كان المشرك حسن الرأي في المسلمين وغلب على الظن أمانته وحفظه للعهد، ودعت الحاجة إلى ذلك فيجوز، ويؤكد على ذلك قول الشافعي: "إن

كان الكافر حسن الرأي في المسلمين ودعت الحاجة إلى الاستعانة به استعين به، وإلا فيكره^(٣١).
٢. عن ابن عمر: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز وكان رسول الله ﷺ لما ظهر على خير أراد إخراج اليهود منها وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله ﷺ وللمسلمين وأراد إخراج اليهود منها فسألت اليهود رسول الله ﷺ ليقرهم بها أن يكفوا عملها ولهم نصف الثمر فقال لهم رسول الله ﷺ تتركهم بها على ذلك ما شئنا فقروا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء^(٣٢).

ووجه الدلالة في هذا الحديث واضحة من خلال قوله تتركهم بها على ذلك ما شئنا فقوله "ما شئنا" نص صريح بأن الأمر يعود إلى الإمام في هذا الشأن وما يراه من مصلحة الأمة.

٣. استعارة الرسول ﷺ، أدرع صفوان بن أمية، كما حديث جابر الطويل في قصة غزوة حنين: "...بعث رسول الله ﷺ إلى صفوان بن أمية، فسأله أدرعا، مائة درع وما يصلحها من عدتها، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: (بل هي مضمونة حتى نؤديها إليك) ثم خرج رسول الله ﷺ سائرا^(٣٣).

وجه الدلالة في هذا الحديث واضحة من خلال استعارة رسول الله ﷺ من صفوان بن أمية درعا للدفاع عن نفسه، ثم بعد ما استفاد منه ارجه له فكان هذا الدرع استعارة مضمونة، وهذا مما يدل

على جواز الاستعانة بالمشركون في حال الحرب.
٤. عن شهاب قال: "غزا رسول الله ﷺ، غزوة الفتح فتح مكة، ثم خرج رسول الله ﷺ بمن معه المسلمين، فاقتلوا بجنين فنصر الله دينه والمسلمين، وأعطى رسول الله ﷺ، يومئذ صفوان بن أمية مائة من النعم ثم مائة ثم مائة، قال ابن شهاب: حدثني سعيد بن المسيب، أن صفوان قال: والله لقد أعطاني رسول الله ﷺ ما أعطاني، وإنه لأبغض الناس إلي، فما برح يعطيني حتى إنه لأحب الناس إلي".

وجه الدلالة فيه أن رسول الله ﷺ أعطى صفوان بن أمية وهو مشرك مائة من النعم ثم مائة ثم مائة؛ لأنه استعان به في الحرب فأعطاه درعه.

٥. ما رواه الإمام الشافعي وأبو يوسف عن الحسن بن عمار عن الحكم بن معتمد بن عباس قال: استعان رسول الله ﷺ بيهود بني قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم^(٣٤).

ووجه الدلالة في هذا الحديث أنه ﷺ استعان بيهود بني قينقاع، وفيه دلالة على جواز الاستعانة بالمشركون في حالة الحرب، وهذا الأمر مرتبط بتحقيق مصلحة الإسلام والمسلمين وهي منوطة بتصرفات الإمام المسلم، وقد جاء في شرح السير الكبير ما يؤكد ذلك فقال: "ولا بأس بأن يستعين المسلمون بأهل الشرك على أهل الشرك إذا كان

حكم الإسلام هو الظاهر عليهم؛ لأن رسول الله استعان بيهود بني قينقاع على يهود بني قريظة^(٣٥).
٦. ما رواه أبو داود عن ذي مجبر قال: سمعت رسول الله يقول "ستصالحون الروم صلحاً تغزون أنتم وهم عدواً من ورائكم فأخبر^(٣٦) بأن المسلمين سيحصل فيهم تعاون مع الروم، وإخباره صدق لا شك فيه، ولم يذكر ما يدل على أنه ممنوع^(٣٦).

وجه الدلالة في هذا الحديث واضحة في مصالحة الروم صلحاً من أجل تحقيق منفعة الإسلام والمسلمين وهذا هو هدف الاستعانة بالمشركون، وهذا الأمر متروك لتقدير الإمام المسلم وفق طبيعة الزمان وتغيراته ومستجداته.
٧. هناك حوادث أخرى اشتهرت عند أهل السير تفيد الاستعانة بهم، منها:

أن قرمان خرج مع رسول الله ﷺ وهو مشرك فقتل ثلاثة من بني عبد الدار حملة لواء المشركين حتى قال رسول الله: إن الله ليأزر هذا الدين بالرجل الفاجر، ومنها أن خزاعة خرجت مع النبي ﷺ على قريش عام فتح مكة، ومنها أن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أمية دروعاً وأشياء أخرى يستعان بها في الحرب، وكان صفوان في ذلك الوقت مشركاً^(٣٧).

وقد أجابوا عن الاستدلال حديث عائشة وحديث خبيب رضي الله عنهما بأنهما منسوخان، لأن المنع من الاستعانة كان في أول

الأمر ثم استعان بهم النبي ﷺ في غزوة خيبر سنة ست من الهجرة فتكون ناسخة لما قبلها.
وهذا الأمر ليس على الغالب فإن خشى على المسلمين من عدوهم فلا يستعان بالمشركون، وقد رد النبي ﷺ يهود بني قينقاع، لخوفه أن يغدروا بالمسلمين إذا توفرت لهم الفرصة، فقال السرخسي: "وإنما كره ذلك؛ لأنه كان معه سبعمائة من يهود بني قينقاع ممن حلفائه فخشي أن يكونوا على المسلمين إذا أحسوا بهم زلة قدم فلهمنا ردهم"^(٣٨).

الترجيح:

وبالنظر في الأدلة فإن الباحثان يريان أن الاتجاه القائل بجواز الاستعانة بالمشركون اعتمدوا في استدلالهم على جواز الاستعانة بالمشركون في حال الحرب والعلاقات الدولية باستعانة رسول الله ﷺ بصفوان بن أمية يوم حنين وهو مشرك، ثم استعانتهم ﷺ بيهود بني قينقاع وهذه الأحاديث أخرجهما أبو داود في المراسيل، وأخرجها الترمذي عن الزهري مراسلاً ومعلوم أن مراسيل الزهري ضعيفة، وقال الذهبي: كان الزهري خطاء، وفي مراسيله شبه تدليس^(٣٩)، وقال يحيى بن معين: مراسيل الزهري ليست بشيء، ومثله قال الشافعي، والحديث ضعيف لضعف الحسن بن عماره^(٤٠).

وأما الاستدلال باستعانة رسول الله ﷺ بصفوان بن أمية فقد جمع بينه وبين بعض أحاديث المنع طائفة من العلماء فقالوا: "أن المشرك الذي رده

النبي ﷺ يوم بدر قد تفرس فيه الرغبة في الإسلام فردّه رجاء أن يسلم فصدق ظنه، أو أن الاستعانة كانت ممنوعة فرخص فيها، فاستعان عليه الصلاة والسلام بصفوان يوم حنين^(١)، وهذا يقاس عليه الجواز في كل الحالات.

وأما حديث صفوان فهو في غير محل النزاع، لأن ما فيه أن النبي ﷺ استعان بالسلاح والكلام في الاستعانة بالرجال والفرق واضح^(٢). وبعد عرض أدلة الفريقين ومن خلال هذه المناقشة، فالذي يظهر أن أدلة المجيزين لا تنهض للاستدلال فضلاً عن كونها تعارض أدلة المنع، ولو صح أن النبي ﷺ استعان بأحدٍ من المشركين لأمكن أن نجعله مخصوصاً من عموم المنع.

والظاهر من الأدلة عدم جواز الاستعانة بمن كان مشركاً مطلقاً لما في قوله ﷺ: إنا لا نستعين بالمشركين من العموم وكذلك قوله: أنا لا أستعين بمشرك، ولا يصلح مرسل الزهري لمعارضة ذلك لما تقدم من أن مراسيل الزهري ضعيفة، ويؤيد هذا قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وقد أخرج الشيخان عن البراء قال: "جاء رجل مقنع بالحديد، فقال: يا رسول الله أقاتل أو أسلم؟ قال: أسلم ثم قاتل، فأسلم ثم قاتل، فقال: عمل قليلاً وأجر كثيراً"^(٣).

ولأن إعمال الدليلين خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر فالتوفيق والجمع بين الأدلة أولى من القول بالنسخ لذلك فقد وفق بعض أهل العلم من المحدثين وغيرهم للجمع والتوفيق بين هذه الأحاديث ومن هؤلاء الذين حاولوا التوفيق ابن حجر في كتابه (فتح الباري) حيث يقول تعليقاً على حديث (إن الله يؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر، ما نصه "وقال المهلب وغيره، لا يعارض هذا قوله ﷺ لا نستعين بمشرك) لأنه إما خاص بذلك الوقت، وإما أن يكون المراد به الفاجر غير المشرك، وأجاب الشافعي عن حديث (لا نستعين بمشرك) أنه منسوخ، وكان خاصاً بالمعركة التي ورد فيها، وحجة النسخ عنده شهود صفوان بن أمية حيناً مع النبي وهو مشرك"^(٤).

ويوفق ابن حجر بين الحديثين فيقول: والذي يظهر أن المراد بالفاجر أعم من أن يكون كافراً، أو فاسقاً، ولا يعارضه قوله إنا لا نستعين بمشرك لأنه محمول على من كان يظهر الكفر، أو هو منسوخ^(٥).

وقد ذكر النووي في شرحه على مسلم أن الشافعي جمع بين حديث صفوان وقوله لا نستعين بمشرك ما نصه "إن كان الكافر حسن الرأي في المسلمين، ودعت الحاجة إلى الاستعانة به استعين وإلا فكره، وحمل الحديثين على هذين

الحالين^(٧٦)، واشترط الشافعي شروطاً للاستعانة، وهذا معناه أن الأمر مردّه إلى أن الرأي فيه للإمام. ومن جهة تخصيص منع المشرك من القتال رجاء إسلامه لحمله على الإسلام، وتخصيص منع المشرك من القتال بحالة ما إذا رأى الإمام ذلك، فهذا تخصيص يحتاج إلى دليل يدل عليه لأن نص المنع (لا أستعين بمشرك) عام غير مخصص بالحالتين المذكورتين وتخصيص العام بلا مخصص لا يجوز، وقد يُجاب عنه بأن ثبوت مشروعية الاستعانة بالمشرك في القتال يدل على هذا التخصيص جمعاً بين الدليلين^(٧٧).

وقد حاول الدكتور محمد هيكمل الجمع بين الأحاديث المتعارضة في باب الاستعانة بالمشرك، فقال: والذي أراه في رفع الإشكال عما يبدو من تعارض بين تلك النصوص هو أن قوله ﷺ لا أستعين بمشرك ليس من باب النهي عن الاستعانة بالمشركين مطلقاً، فيكون النهي على هذا تماماً على اعتبار أن النهي هنا يُعطى معنى النهي عن تلك الاستعانة ولو جاء بعد ذلك ما يدل على مشروعية هذه الاستعانة، فلا ينبغي تفسيرها على أنها نسخ للنهي السابق أو تخصيص لذلك النهي العام بالمعاني التي تفهم من الحالات التي وردت فيها مشروعية تلك الاستعانة.

وإنما هذا النص لا أستعين بمشرك وما شاكله: إنما هو إخبار من النبي ﷺ عن نفسه أنه يختار في الوقت الذي قال فيه هذا القول -أحد الأمرين المباحين

له؛ إذ هو مباح له أن يستعين بالمشركين في حربه مع العدو كما هو مباح له أن لا يستعين بهم، يتبع في ذلك ما يرى فيه المصلحة، وكونه ﷺ استعان مرة، كما في حنين مثلاً ورفض الاستعانة مرة كما في بدر مثلاً^(٧٨)، دليل على أن الأمر على الإباحة، وأما كونه عبر عن اختياره لرفض الاستعانة بقوله لا أستعين وما شاكل ذلك، فإن مثل هذا التعبير لا يدل على أنه ليس له الرجوع إلى الاستعانة متى شاء، إذ مثل هذا الأسلوب (لا أفعل) ليس بالضرورة أن يدل على أنه لا ينبغي لقاتله أن يعيد النظر فيما قال، أو اختار من قبل وإلا كان تناقضاً مع نفسه، بل يجوز للإنسان أن يقول عن أمر ما (لا أفعله) ثم يعود إذا أراد فيفعله ما دام ذلك الأمر من المباحات، وإذا ورد مثل هذا الأسلوب عن النبي ﷺ كأن ينفي عن نفسه قول شيء ما ثم يعود فيفعله بعد ذلك، فإن التفسير القريب لهذا الفعل بعد النفي هو أن ذلك الفعل إنما هو على الإباحة، وعلى هذا فقد اختار النبي ﷺ أولاً أن لا يفعل وعبر عن هذا الاختيار بقوله (لا أفعل) ثم اختار ثانية أن يفعل ما سبق أن امتنع عن فعله، وعبر عن ذلك بممارسة الفعل عملياً^(٧٩).

وجمع الدكتور هيكمل بين أحاديث هذا الباب فيه إعمال لجميع الأحاديث وهو أن الأمر في غايته يعود إلى الإمام فيما يرى فيه من المصلحة من إشراك المشرك والفاجر وغيرهما في القتال لأننا في وقت قد نحتاج إلى الاستعانة ووقت آخر

المطلب الثاني حكم المن على الأسرى:

اختلف العلماء والمفسرون في الآيات التي جاءت بشأن الأسرى هل هي منسوخة أم محكمة؟ كما اختلفوا في أحكام الأسرى تبعاً لاختلافهم في إحكام ونسخ الآيات التي تتحدث عن الأسرى بين المن والفداء والقتل والاسترقاق، على اتجاهات مختلفة.

وسنبحث في هذه المسألة أحكام الأسير بعد أسرهِ من حيث المن عليه، أو الفداء بمال أو نفس أو قتله أو رقه بين جواز ذلك ومنعه من حيث نسخ هذه الأحكام وبقاؤها ومن حيث نسخ آيات الأسرى وإحكامها.

الأسير: لغة من الأسر، وهو الحبس والشد والأخذ والخلق، فيقال: أسير البول، بفتح الهمزة وكسر السين، إذا احتبس ومصدره "الأسر" بضم الهمزة وسكون السين. والإسار: القيد الذي يؤسر به، ومنه أيضاً الحبل الذي يُشد به الكتف، ولذلك سمي المأخوذ في الحرب أسيراً لأنه كان يُشد به، ثم أطلق عليه ذلك وإن لم يُشد^(٥١).

والأسير: الأخيد، وكل محبوس في قَد أو سجن^(٥٢)، وقوله تعالى: ﴿وَيُطْعَمُونَ أَطْعَامَ عَلَىٰ حَيْثُ مَسْكِنَتِهِمْ وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان: ٨]، قال فيه مجاهد: الأسير المسجون، والجمع أسراء وأسارى بضم الهمزة وأسرى^(٥٣).

لا نحتاج فيه إلى الاستعانة بهم، وهذا خلاف الأصل، فالأصل أن المسلمين لديهم اكتفاء ذاتي بأنفسهم عن غيرهم، فإذا أحوجتهم الضرورات من ضعف العدة أو قلة العدد إلى الاستعانة بغيرهم، فعليهم أن يراعوا ما اشترطه الفقهاء في باب الاستعانة بالمشرك بأن يكونوا أتباعاً وخداماً، فلا يكونون في موضع القيادة، وأن يكون المستعان به حسن الرأي في المسلمين، وأن يكون من يُستعان بهم مخالفين في المعتقد للعدو الذي يحاربه المسلمون ويستعينون به عليهم، وهذه الشروط مما يؤكد أن الاستعانة بخلاف الأصل^(٥٤).

وأما الأحاديث التي استدلت بها القائلون بعدم الجواز فهي أدلة صحيحة سليمة خالية من التعارض، وعليه فلا ينبغي الاستعانة بالمشركين في الحرب والعلاقات الدولية إلا في حالة الضرورة التي تظهر للإمام المسلم، والمصلحة المرجوة من ذلك، وفي حدود معينة، وبشروط معينة، وهذا ما يؤكد قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ [المائدة: ٥١] وعليه فإن الباحثان يرجحان عدم جواز الاستعانة بالمشركين إلا في حالة الضرورة وهي متروكة لاجتهاد الإمام المسلم، وتقديره لمصلحة الإسلام والمسلمين.

ولا يكاد يخرج الفقهاء لفظ الأسير عما ورد في التعريف اللغوي له، فهم في النهاية يتفقون على مدلول واحد لأسير الحرب.

الأسير اصطلاحاً: هو من يقع في يد قوم بينهم وبين قومه عداوة يتوقع منها قيام الحرب المسلحة^(٥٤).

ويعرفون: بأنهم الرجال المقاتلون من الكفار إذا ظفر المسلمون بأسرهم أحياء^(٥٥).

والأسير قد يكون بغير قتال، مثل أن تلقي السفينة شخصاً من الكفار إلى ساحل بلاد المسلمين، أو يضل أحدهم الطريق أو يؤخذ بجيلة^(٥٦). وسواء وقع الأسير في الأسر بقتال أو بجيلة أو بغير ذلك، فالأسير من كان تحت يد عدوه.

المن لغة: الإنعام واصطناع صنيعه، ومن عليه مناً: أحسن وأنهم، وهو القطع بفتح الميم وشد النون عتق وتخلية سبيل^(٥٧).

المن اصطلاحاً: هو تخلية سبيل الأسير وإطلاق سراحه إلى بلاده بغير شيء يؤخذ منه^(٥٨).

نسخ المن بالقتل: اختلف الفقهاء في الأسير بين جواز قتله والمن عليه على اتجاهين مختلفين بناءً على اختلافهم في نسخ المن بقتل الأسير.

الاتجاه الأول: وهم جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية والحنابلة، والحسن البصري، وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير وغيرهم، ورجحه الشوكاني وقال: هو قول الجمهور^(٥٩)، ويرى هذا

الاتجاه جواز المن على الأسرى، وعدم نسخه بالقتل، واستدلوا بالأدلة التالية:

١ - قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْبَتْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا أَوْثَاقَهُمْ فَمِنْ أَمَّا بَعْدُ وَمِمَّا فِدَاءً حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد: ٤] ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى خير المسلمين في مصير الأسرى بعد شد الوثاق بين أمرين: المن والفداء، ومن المعلوم أن التخيير لا يكون إلا بين أمرين جائزين، فدل ذلك على جواز المن.

٢ - من رسول الله ﷺ على ثمامة بن أثال الحنفي، بعد أن جاءت به حيل النبي ﷺ وربط ثلاثاً في المسجد^(٦٠).

٣ - ما أخرجه البخاري عن جبير بن مطعم، أن النبي قال في أسرى بدر: لو كان المطعم بن عدي حياً ثم كلمني في هؤلاء التني لتركتهن له^(٦١)، أي لأطلقتهن له بغير فداء (وهو المن).

ووجه الدلالة في الحديثين كما يقول ابن بطال: وجه الاحتجاج بالحديث أنه عليه السلام لا يجوز في حقه أن يجبر بشيء لو وقع لفعله وهو غير جائز، فدل على أن للإمام أن يمن على الأسرى بغير فداء خلافاً لمن منع ذلك^(٦٢).

ويقول ابن الهمام الحنفي: "ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام، أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم، وصدقه واجب، وهو بأن يكون المن جائزاً، فقد أخبر بأنه يطلقهم لو سألهم،

والإطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه إلا ما هو جائز شرعاً^(٧٦)، وهذا القول يدل على جواز المن على الأسرى، وهو يخالف المشهور عن الحنفية.

ومما يقوي هذا الدليل كثرة الأمثلة على عدد الأسرى الذين من عليهم الرسول ﷺ في السيرة النبوية، ومنها: المن على أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت النبي ﷺ وكان من أسرى المشركين في بدر^(٧٧)، وجه الدلالة في هذا الحديث واضحة فلو لم يكن إطلاق الأسرى بغير مقابل جائزاً لما طلبه رسول الله ﷺ من أصحابه وأقرهم على فعله.

ومن أطلق سراحهم من أسرى بدر بغير فداء المطلب بن حنطب من بني غزوم وصيفي بن أبي رفاعة^(٧٨)، ومن النبي ﷺ أيضاً على ثمامة بن أثال سيد أهل اليمامة^(٧٩)، وقد من رسول الله ﷺ على الأسرى يوم الحديبية^(٨٠)

المن على أبي عزة الشاعر الجمحي، فقد وقع في الأسرى في غزة بدر، فذكر للنبي ﷺ أظن له بناتاً وسأله أن يتصدق به عليهن، ففعل النبي ﷺ، واشترط أبو عزة على نفسه أن لا يجارب النبي ﷺ بعدها أبداً، لكنه عاد فحارب في غزة أحد فأسروقتل^(٨١)، وقد من رسول الله ﷺ على أهل مكة يوم الفتح^(٨٢)، كما من رسول الله ﷺ على الاعرابي الذي سل عليه السيف وأراد قتله، فعن جابر

رضي الله عنه أنه غزى مع رسول الله ﷺ قبل نجد، فلما قتل رسول الله ﷺ، قتل معه، فأدركتهم القائلة في واد كثير العضاة، فنزل رسول الله ﷺ وتفرق الناس في العضاة يستظلون في الشجر، ونزل رسول الله ﷺ تحت سمررة، فعلق بها سيفه، ونمنا نومة، فإذا رسول الله ﷺ يدعو فجئناه، فإذا عنده أعرابي جالس فقال: إن هذا اخترط علي سيفي وأنا نائم، فاستيقظت وهو في يده صلتاً، قال: من يمتك مني؟ قلت: الله - ثلاثاً، فيها هو ذا جالس، ثم لم يعاقبه ﷺ، بل خلى سبيله، فجاء إلى قومه فقال: جئكم من عند خير الناس^(٨٣)

الاتجاه الثاني: وهم جمهور الحنفية وقتادة وابن جريح والسدي والضحاك، وهو قول عمر بن الخطاب، ونقل عن مجاهد وعطاء^(٨٤)، وقاله كثير من الكوفيين وهو المشهور من مذهب أبي حنيفة^(٨٥).

استدل هذا الفريق الذي يرى حرمة المن على الأسرى بالأدلة التالية: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَسْلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَأَحْصُرُوهُمْ وَأَقْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ إِن تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [التوبة: ٥] ووجه الدلالة: عموم الآية يقتضي وجوب قتل كل

كافر أسيراً كان أم مقاتلاً، وذلك يقتضي عدم جواز المنّ على الأسرى^(٧٣).

وقوله تعالى: ﴿قَتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩]، فهاتان الآيتان بعمومهما نسختا قوله تعالى في المنّ على الأسرى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، وسورة محمد ﷺ نزل من القرآن في هذا الشأن، وهي ناسخة لما قبلها^(٧٤)، أن المنّ على الأسرى فيه إبطال لحق الغانمين، وهو لا يجوز وبالمن يتمكن الأسير من أن يعود حرباً على المسلمين، وتقوية عدوهم عليهم، وذلك لا يحل^(٧٥)، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن المنّ على الأسرى لا يجوز، وقالوا يحرم المنّ على الأسرى وهو أن نطلقهم مجاناً، وقد نسخ المنّ والفداء المذكوران في سورة محمد ﷺ المكية بآية السيف التي نزلت في سورة براءة وهي آخر سورة نزلت^(٧٦).

ولأن مبنى الخلاف على نسخ الآيات من سورة محمد ﷺ فإننا سنبحث في دليل النسخ، وهو المراد في هذا المبحث دون التعرض لأدلة الفريقين الأخرى، إذ المقصود هو البحث في دليل النسخ وعدمه.

الآيات التي ورد فيها المنّ على الأسرى ومفاداتهم هي قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَثْخَتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوُثَاقَ فَمَا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤] وفي هذه الآية فإن الله سبحانه وتعالى

يأمر المؤمنين بأوامر يعتدلونها في حروبهم مع العدو (فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب، أي: إذا واجهتموهم فاحصروهم حصراً بالسيوف حتى إذا اثختموهم)، أي: أهلكتموهم قتلاً (فشدوا الوثاق): أي الأسارى الذين تأسروهم ثم أنتم بعد انقضاء الحرب، وانفصال المعركة تخيرون في أسرهم: إن شئتم منتهم عليهم فأطلقتم أسرارهم مجاناً، وإن شئتم فاديتموهم بمال تأخذونه منهم وتشارطونهم عليه، وهذا هو الذي ينبغي على المسلمين أن يعتدلوه في حروبهم مع العدو^(٧٧).

ومن السنة النبوية عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: "لما كان يوم بدر، وجيء بالأسرى، قال رسول الله ﷺ: "لا ينفلتن منهم أحد، إلا بفداء، أو ضرب عنق"^(٧٨).

وجه الدلالة في هذا الحديث قال الشوكاني: "قوله لا ينفلتن، أي لا يخرج من الأسر أحد إلا بأحد الأمرين، إما الفداء، أو القتل، وفيه مستمسك لمن قال إنه لا يجوز المنّ بغير فداء"^(٧٩).

واستدلوا من المعقول بأنه لا يصح المنّ؛ لأن الأسير يرجع إلى المنعة، فيصير حرباً علينا، وفي ذلك إضرار بالمسلمين وتقوية للمشركين، فلا يجوز تماماً كرد السلاح إليهم^(٨٠).

وبالأسر ثبت حق الغانمين، فلا يجوز إبطال ذلك الحق بغير عوض (المنّ) كسائر الأموال المتقومة^(٨١).

ولو أراد الإمام إبطال حق الغائبين عن الأسير بأن يخص به أحدهم، لم يكن ذلك له، فإذا أراد إبطال حق الجميع بالمنّ أولى أن يكون ممنوعاً^(٨٢).

وقد استدلل محمد بن الحسن على جواز المنّ على بعض الأسرى بالنظر لمصلحة المسلمين التي تتحقق بهذا المنّ بأدلة من السنة والقياس، فمن السنة أن رسول الله منّ على ثمانية بن أثال الحنفي، واشترط عليه أن يقطع الميرة عن أهل مكة، ففعل حتى قحطوا^(٨٣).

ومن القياس أن للإمام أن يمن على الرقاب تبعاً للأراضي؛ لأن فيه منفعة للمسلمين من حيث الجزية والخراج، فدل ذلك على أنه يجوز المنّ المجرد على بعض الأسرى عند وجود منفعة تعود على المسلمين بالنفع العام^(٨٤).

مناقشة أدلة كل من الفريقين:

الاعتراضات على أدلة الحنفية ومن وافقهم:

١- استدلالهم بقوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُكَانَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، على وجوب قتل الأسرى، وبالتالي عدم جواز المنّ يعترض عليه بالآتي:

أ. قال ابن العربي: "قوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُكَانَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، لا حجة فيه على وجوب القتل، فقد قال الله تعالى: ﴿وَحَدُّوهُمْ وَأَحْصُرُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، فأمر بالأخذ كما أمر

بالقتل، فإن قيل: أمر بالأخذ للقتل، قلنا: أو للمنّ والفداء، وقد عضدت السنة ذلك كله"^(٨٥).

ب. قال ابن الهمام الحنفي: "قد يقال إن ذلك، قوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُكَانَ﴾ [التوبة: ٥]، في حق الأسرى، بدليل جواز الاسترقاق، فيه يعلم أن القتل المأمور به حتماً في حق غيرهم"^(٨٦).

ج. عموم الآية مخصوص منه الذمي والمستأمن، وجواز المنّ تبعاً للأرض، فالأول والثاني بالنص، والثالث بفعل عمر وموافقة الصحابة^(٨٧)، فجائز أن يخص منها كذلك عدم قتل الأسير بالمنّ عليه.

٢- الاستدلال بحديث عبد الله بن مسعود اعترض عليه الشوكاني فقال: "غاية ما في الحديث أنه يدل بمفهومه الحصر على عدم جواز ذلك المنّ؛ لأنه لم يذكر في الحديث، وقوله تعالى: ﴿فَأَمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِنَّا فَعْدُ﴾ [محمد: ٤]، يدل بمنطوقه على الجواز، يؤيده ما تقدم من منّه ﷺ على ثمانية بن أثال وغيرهم^(٨٨).

٣- استدلالهم بالمعقول:

أ. قالوا: في المنّ على الأسرى إضرار بالمسلمين، وهذا يعترض عليه: بأن الأصل الذي يختار الإمام على ضوئه المنّ، هو تحقيق مصلحة المسلمين، فلا يمن إلا إذا ترجح لديه منفعة متيقنة للمسلمين.

ب. قولهم: لا يجوز المنّ لأن فيه إبطال حق الغائبين، وهذا يعترض عليه بأن للإمام أن يقتل الأسرى بالمصلحة، وفيه إبطال حق الغائبين، وقد

قال الحنفية بجوازه، بل بوجوبه، فالقول بالمنّ بناء على المصلحة واجب أيضاً، وقولهم: ليس للإمام أن يخص بالأسير أحد الغانمين؛ لأنه بذلك ييطل حق البقية، فليس له المنّ؛ لأنه ييطل حق الجميع، وهذا يعترض عليه بأن المنّ يراعى فيه تحقيق مصلحة عامة للإسلام، وللمسلمين، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية راعت تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. والرد على دليل الحنفية الثاني وهو قولهم إن في المنّ على الأسير إيصال لحق الغانمين وتمكينه من أن يعود حرباً على المسلمين، فإن هذا القول لا حجة فيه إذ لا يصح القياس في مقابلة النص، وقد ثبت المنّ بالنص عن الرسول ﷺ^(٩٠).

اعتراضات الحنفية على أدلة الجمهور:

١ - استدلل الجمهور بقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، على جواز المنّ، ووجه الحنفية عدة اعتراضات على ذلك:
أ. فقلوا: أنها منسوخة بقوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]، لبأن سورة التوبة والتي تظهر البراءة من المشركين من آخر ما نزل، فتكون أحكامها ناسخة لما سبق.

ويرد على هذا الاعتراض: بأن النسخ غير مسلم به، فقد قال الطبري: الصواب من القول عندنا في ذلك، أن قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، محكمة غير منسوخة، وذلك أن

صفة الناسخ والمنسوخ أنه ما لم يجز اجتماع حكميهما في حال واحدة، أو قامت الحجة بأن أحدهما ناسخ الآخر، وغير مستنكر أن يكون جعل الخيار في المنّ والفداء والقتل إلى رسول الله وإلى القائمين بعده بأمر الأمة^(٩١).

وقال ابن العربي: التحقيق الصحيح أنها محكمة في الأمر بالقتال «، ثم قال في موضع آخر: إن شروط النسخ معدومة فيها، من المعارضة وتحصيل المتقدم من المتأخر^(٩٢).

وقال القرطبي: "وقد استحسنت النحاس القول بعدم النسخ، وقال: الآيتان محكمتان معمول بهما؛ لأن النسخ إنما يكون بشيء قاطع، فإن أمكن العمل بالآيتين فلا معنى للقول بالنسخ^(٩٣).

وقد عدد السيوطي الآيات المنسوخة في القرآن الكريم فبلغت اثنتين وعشرين آية، ليس منها قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، وأشار إلى خلاف في نسخ بعض تلك الآيات ثم صحح أن مجموع الآيات المنسوخة عشرون آية، وقال: لا يصح دعوى النسخ في غيرها^(٩٤).

وقال الحافظ ابن حجر: "قال أبو عبيد: لا نسخ في شيء من هذه الآيات بل هي حكمة، وذلك أن النبي عمل بما دلت عليه كلها في جميع أحكامه^(٩٥).

ب. أنها خاصة بقوم معينين وليست في كل الأسرى، وفي ذلك يقول محمد بن الحسن

الشياني: "إن الآية ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُوكَ﴾ [التوبة: ٥]، كانت في مشركي العرب، وهم لا يؤسرون (لعله أراد لا يسترقون) حيث قال الحنفية: لا يسترق مشركو العرب، فليس في المنّ عليهم إبطال حق ثابت للمسلمين، ونحن نقول به فيهم، وفي المرتدين^(٩٥)، ويرد على هذا التخصيص بقول الكمال بن الهمام: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُوكَ﴾ [التوبة: ٥]، قد يقال أن ذلك في حق غير الأسرى، بدليل جواز الاسترقاق- للأسرى- فيه يعلم أن القتل المأمور به في الآية، حتما في حق غيرهم^(٩٦).

وقد أشار ابن قدامة في المغني بهذا المعنى فقال: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُوكَ﴾ [التوبة: ٥]، عام، لا ينسخ به الخاص، ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُوكَ﴾ [التوبة: ٥]، بل يتزل على ما عدا الخصوص، ولهذا لم يحرموا استرقاقه، فكذا لا يحرم المنّ على الأسير^(٩٧).

وقد عضد الجمهور رأيهم بحالات من المنّ في السيرة النبوية فقد منّ النبي ﷺ على ثمامة بن أثال وأبي عزة الشاعر، وأبي العاص بن الربيع، وقال في أسارى بدر: لو كان مطعم بن عدي حياً ثم سألتني في هؤلاء التتّى لأطلقتهم له^(٩٨)، وفادى يوم بدر رجلاً برجلين وهذه قصص عمت واشتهرت وفعلها النبي ﷺ مرات، وهو دليل على جوازها، ولأن كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح في بعض الأسرى فإن منهم من له قوة ونكاية في المسلمين ويقاؤه ضرر عليهم فقتله

أصلح، ومنهم الضعيف الذي له مال كثير فقداؤه أصلح، ومنهم من هو حسن الرأي في المسلمين يرجى إسلامه بالمنّ عليه أو معونته للمسلمين بتخليص أسراهم والدفع عنهم، فالمنّ عليه أصلح، ومنهم من يتفجع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه أصلح كالنساء والصبيان، والإمام أعلم بالمصلحة فيبغي أن يفوض إليه ذلك^(٩٩).

٢- استدلل الجمهور بالمنّ على أبي عزة الشاعر الجمحي، فقال الحنفية: هذا منسوخ أيضاً «بالآية ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُوكَ﴾ [التوبة: ٥]، حيث ورد في شرح السير الكبير: "ألا ترى أظنه لما وقع يوم أحد أسيراً، وطلب من رسول الله أن يمنّ عليه، أبى، وقال: لا تحدث العرب بأني خدعت محمداً مرتين، ثم أمر به فقتل"^(١٠٠).

يرد على هذا الاعتراض من ناحيتين:

الأولى: سبب قتل أبي عزة يوم أسر في غزاة أحد، أنه عاهد رسول الله عندما منّ عليه في غزاة بدر ألا يقاتله أبداً، فعاد فقاتل في غزاة أحد، فقتله، فسبب القتل ليس نسخ المنّ، وإنما نقض العهد^(١٠١).

الثانية: قوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الشُّرُوكَ﴾ [التوبة: ٥]، هي آخر ما نزل، وقتل أبي عزة كان في أحد قبل نزول سورة التوبة بسنوات، فكيف تؤخذ منها الأحكام قبل نزولها.

٣- استدلل الجمهور بحديث جابر بن عبد الله في الأعرابي الذي سلّ سيفه على رسول الله، ثم منّ

عليه ولم يعاقبه، قال الحنفية: "تأويل ذلك أنه حين سقط السيف من يده وتبين له الحق أسلم، فلهذا لم يعاقبه النبي ﷺ، أو إنما تمكن منه النبي ﷺ بتأييد إلهي لا بقوة المسلمين، فرأى أن يمن عليه رجاء أن يسلم" (١٠٦).

ويجيب على ذلك: بأن دعوى إسلام الأعرابي، والمنّ عليه بسبب ذلك ليس في الحديث ما يدل على ذلك، وأما دعوى المنّ عليه بسبب التمكن منه بتأييد إلهي، فإن التأييد الإلهي مشهود في غزوة بدر واحد، وفي أغلب أحيانه ﷺ، ومع ذلك فقد صح أنه ﷺ قتل بعض أسرى بدر ومنّ على بعضهم، فلا يصلح التأييد الإلهي لأن يكون علة في المنّ على الأسرى.

وقد رد جمهور الحنفية على بعض هذه الأدلة من السيرة النبوية بالتعليقات التي لا تصلح دليلاً، فقالوا: بأن ما جاء من المنّ على بعض الأسرى كأبي عزة الشاعر، وأبي العاص بن الربيع يوم بدر، وأهل خيبر، فذلك كان قبل انتساخ حكم المنّ، أو لإهمال كون ذلك قد حدث في مقابلة الجزية وصيرورتهم إلى ذمة، وفي شأن أسارى بدر فقد تكلفوا القول: إن الرسول ﷺ إنما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحي فعوقب عليه بقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُم مِّنْ عَذَابٍ عَظِيمٍ﴾ [الأنفال: ٦٨]، حتى قال ﷺ: لو أنزل الله من السماء ناراً ما نحي إلا عمر" (١٠٧).

ويدل عليه قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُفْخِنَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧].

ويرد على هذا الدليل الذي استدلل به الحنفية على رأيهم: بأنه آية المنّ محكمة وغير منسوخة كما اعتمد ذلك جمهور العلماء والمفسرون، وذلك لإمكانية الجمع لما روي عن ابن عباس ﷺ في قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُفْخِنَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧]، وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل، فلما كثروا واشتد سلطانهم أمر سبحانه وتعالى في الأسارى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، فجعل سبحانه وتعالى للنبي والمؤمنين في أمر الأسارى بالخيار، إن شاءوا قتلوه، وإن شاؤوا استعبدوهم، وأن شاؤوا فادوهم" (١٠٨)، والذي يفهم من كلام ابن عباس هو المقيّد والمطلق بين الآيتين، وإمكانية الجمع بين الآيتين قائمة على أنهما محكمتان، فتحمل آية ﴿فَأَقْضُوا الشَّرِيفِينَ﴾ على الأمر بالقتال عند العدوان، وتقتصر آية ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، على حالة ما بعد الانتهاء من الحرب، ووقوع بعض أفراد العدو في الأسر، وبذلك تبقى آية محمد محكمة تدل على جواز المنّ وهو قول الأكثرين من العلماء" (١٠٩).

ويجيب عن آية ﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِّنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُم مِّنْ عَذَابٍ عَظِيمٍ﴾ [الأنفال: ٦٨]، أن العتاب

لم يكن في إصابة الغنائم لقوله تعالى ﴿لَمَسْكُكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ﴾ ولم يقل فيما عرضتهم وأشرتم^(١٠٦)، والصواب أن هذه الآية معاتبة للمصحابة أو لبعض الصحابة لإشارتهم على الرسول ﷺ بالفداء أو المن ولا مانع من أن تحمل كلمة (أخذتم) في الآية السابقة على فيما أخذتم به من الرأي فكانت النتيجة أنكم تريدون عرض الحياة الدنيا بالمن والفداء على الأسرى.

الترجيح:

بعد النظر في أدلة الفريقين، والطعون الموجهة إلى كل منها، والردود عليها، فإن الذي يتبين ويترجح للباحثين قوة أدلة الجمهور، وسلامتها من المعارضة، والتي منها ما أخرجه البخاري عن جبير بن مطعم، أن النبي قال في أسارى بدر: لو كان المطعم بن عدي حياً ثم كلمني في هؤلاء لنتى لتركهم له^(١٠٧)، أي لأطلقهم له بغير فداء (وهو المن)، ووجه الاحتجاج في الحديث: أن النبي ﷺ لا يجوز في حقه أن يخبر عن شيء لو وقع لفعله وهو غير جائز، فدل على أن للإمام أن يمن على الأسرى بغير فداء، خلافاً لمن منع ذلك^(١٠٨)، ومما يقوي هذا الدليل كثرة الأمثلة على عدد الأسرى الذين من عليهم الرسول ﷺ في السيرة النبوية، ومنها: المن على أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت النبي ﷺ وكان من أسرى المشركين في بدر^(١٠٩)، ومن أطلق سراحهم من

أسرى بدر بغير فداء المطلب بن حنطب من بني مخزوم وصيفي بن أبي رفاعه^(١١٠)، ومن النبي ﷺ أيضاً على ثمامة بن أثال سيد أهل اليمامة^(١١١). ويظهر ضعف أدلة الحنفية، وقوة الطعون والاعتراضات الموجهة لتلك الأدلة؛ لذا فالقول الراجح في هذه المسألة هو قول الجمهور، الذي يمكن الإمام العادل من المن على الأسرى بما يحقق مصلحة الإسلام والمسلمين.

المطلب الثالث حكم فداء الأسرى ومفاداتهم:

الفداء لغة: بالكسر والمد والفتح مع القصر، فكاك الأسير فداه من الأسر فداء وفدى استنقذه منه بمال، والفدية: اسم ذلك المال، والمفاداة بين اثنين، يقال: فداه إذا أطلقه وأخذ فديته^(١١٢). الفداء اصطلاحاً: تبادل الأسرى أو إطلاق سراحهم على عوض^(١١٣).

اختلف الفقهاء في فداء الأسرى ومفاداتهم بين قائل بنسخ آية المفاداة في سورة محمد ﷺ ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدَ وَفَادَةٍ حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوَّارَهَا﴾ [محمد: ٤] وبين قائل بإحكام هذه الآية على اتجاهاين.

الاتجاه الأول: وهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والحسن البصري وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير، ويرى أصحاب هذا القول جواز المفاداة في الأسرى وإحكام آية سورة محمد^(١١٤).

الاتجاه الثاني: وهم جمهور الحنفية ومذهبهم أنهم لا يجيزون الفداء بمال، أما بالأسرى فيجوز عند الصحابين، وأبو حنيفة يمنع ذلك في أظهر الروايتين عنه وهو مشهور مذهب الحنفية^(١١٥).

أدلة الاتجاه الأول:

١- من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّىٰ إِذَا أَخْنَمْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَانَ فِئَامًا مِّنَ بَعْدِ وَإِنَّمَا فِدَاءٌ حَتَّىٰ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوَّارَهَا﴾ [محمد: ٤]، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى خير الإمام المسلم في مصير الأسرى بين المن والفداء، فدل ذلك على جواز كل منهما.

٢- ما استدلل به أصحاب هذا الاتجاه من أمثلة للمنع على الأسرى في عهد النبي ﷺ:

ما أخرجه البخاري عن جبير بن مطعم، أن النبي قال في أسارى بدر: "لو كان المطعم بن عدي حياً ثم كلمني في هؤلاء التسئ لتركتهم"^(١١٦)، أي لأطلقتهم له بغير فداء (وهو المن)، ووجه الاستدلال في الحديث: أن النبي ﷺ لا يجوز في حقه أن يخبر عن شيء لو وقع لفعله وهو غير جائز، فدل على أن للإمام أن يمن على الأسرى بغير فداء، خلافاً لمن منع ذلك^(١١٧).

ومما يقوى هذا الدليل كثرة الأمثلة على عدد الأسرى الذين من عليهم الرسول ﷺ في السيرة النبوية، ومنها: المن على أبي العاص بن الربيع

زوج زينب بنت النبي ﷺ وكان من أسرى المشركين في بدر^(١١٨).

ومن أطلق سراحهم من أسرى بدر بغير فداء المطلب بن حنطب من بني مخزوم وصيفي بن أبي رفاعة^(١١٩)، ومن النبي ﷺ أيضاً على ثمامة بن أثال سيد أهل اليمامة^(١٢٠).

كما استدللوا بالقياس على جواز مفادة الأسرى بمال من كراع، أو سلاح^(١٢١)، وبالقياس على جواز الاسترقاق، فكما أن للإمام المسلم استرقاق الأسرى لمنفعة الإسلام والمسلمين، والمنفعة متحققة في تخليص أسرى المسلمين من أيدي الكفار وهي أظهر^(١٢٢).

كما استدللوا بالمعقول في أن قتال من تطلقه من أسرى الكفار ضدنا في المستقبل محتمل، ولكن خلاص أسرى المسلمين منهم بالمفاداة محقق، وفي عودة المسلم إلى أهله ودينه عون لنا نحن المسلمون^(١٢٣)، كما أن تخليص أسرى المسلمين من أيدي المشركين واجب، ولا يتوصل إلى ذلك إلا بطريق المفاداة، وليس في هذا أكبر من ترك قتل أسرى المشركين، وذلك جائز لمنعة المسلمين، كما أن في تخليص المسلم من أسر الكفار أولى من قتل الكافر والانتفاع به^(١٢٤).

أدلة الاتجاه الثاني من الحنفية:

أ. من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الشَّرِيعَةَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وقوله تعالى: ﴿

وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ
الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ فَإِنَّ آتَتْهُمُ الْغَالِبُ فَإِنَّ اللَّهَ يَمَّا
يَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٣٩﴾ [الأنفال: ٣٩] وقوله تعالى:
﴿فَاصْرَبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ وَاصْرَبُوا مِنْهُمْ كُلَّ
بَنَانٍ﴾ [الأنفال: ١٢]، ووجه الدلالة في هذه
الآيات واضحة في أنه يجب قتل المشركين كافة
وهذا يمنع ردهم بالمفاداة، وفي هذا لا يجوز ترك
الفرض مع التمكن من إقامته بحال^(١٢٥).

ويقول الكاساني في ذلك الأمر: "إن قتل
المشركين فرض بهذه الآيات، فلا يجوز تركه إلا لما
شرع له إقامة الفرض وهو التوصل إلى الإسلام
لأنه لا يكون تركاً له معنى، وهذا لا يحصل
بالمفاداة، ويحصل بالذمة والاسترقاق"^(١٢٦).

كما يؤكد محمد بن الحسن على ذلك فيقول:
"إن الأسرى صاروا مقهورين في أيدينا، فكانوا من
أهل درانا، فتكون المفاداة لهم بمنزلة المفاداة لأهل
الذمة، وذلك لا يجوز إذا لم يرضه أهل الذمة"^(١٢٧).

ب. إن آية ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد:
٤]، منسوخة بآية براءة ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ
وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وهي آخر سورة
نزلت، وقد عوتب الرسول ﷺ على أخذ الفداء
المالي يوم بدر بقوله تعالى: ﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ
سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [الأنفال: ٦٨]،

وقد تقدم الرد على هذا الاستدلال في مسألة نسخ
آية قتل الأسرى.

ج. أن في الفداء بالمال أو بالأسرى إعانة لأهل
الحرب على القتال لتقوية منعتهم بذلك، ودفع
شرهم أولى من استخلاص الأسير، لأن الأسير
ابتلاء شخصي في حقه، وإعانتهم برد أسيرهم
إليهم تحصل بسبب مجموع المسلمين فلا يجوز،
ومن المعلوم أن العلماء أجمعوا على تحريم بيع
السلاح والكراع من الأعداء لأن في ذلك عوناً
لهم، فيحرم كل ما يعينهم^(١٢٨).

ويرد على هذا الاستدلال أن رسول الله ﷺ فدى
رجلين من المسلمين برجل من الكفار^(١٢٩).

كما استدلوا من المعقول بأن الله أمرنا ببذل
الأموال والنفوس للتوصل إلى قتلهم، فبعد
التمكن من ذلك لا يجوز تركه خوفاً على الأسير
المسلم^(١٣٠).

مناقشة الأدلة:

١ - مناقشة دليل النسخ، وقد رد دليل الحنفية في
أن الآية محكمة بالأدلة التي سقناها في الرد على
قولهم بنسخ المن، وإنما المراد هنا إثبات المفاداة عن
النبي بالأحاديث التي استدلت بها أصحابنا على
جواز المفاداة بالأسرى، فهو يدل بعمومه سواء
كان الفداء بالمال أو بالأسرى على أن آية المن
محكمة لم تنسخ وإلا فكيف يعمل الحنفية بجزء من
آية قد نسخت ورفع حكمها.

وعليه فإن الذي يترجح لدى الباحثين إحكام آية المن وجواز مفاداة الأسرى والمن عليهم وعدم نسخها.

٢- جاء في تفسير هذه الآية من سورة محمد ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، نقلاً عن الإمام القرطبي واختلاف العلماء فيها وترجيح القرطبي لهذه الأقوال: قال الإمام القرطبي: اختلف العلماء في تأويل هذه الآية على خمسة أقوال:

الأول: أنها منسوخة، وهي في أهل الأوثان، ولا يجوز أن يفادوا ولا يُمن عليهم والناسخ لها عندهم قوله تعالى: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا تَنْفِقْنَهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّبْهُمْ مِّنْ خَلْفَهُمْ﴾ [الأنفال: ٥٧]، وقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً﴾ [التوبة: ٣٦]، وهو قول قتادة والضحاك والسدي وابن جريح والعلوي عن ابن عباس، وقاله كثير من الكوفيين، وقال عبد الكريم الجوزي: كُتب إلى أبي بكر في أسير أسر، فذكروا أنهم التمسوه بفداء كذا وكذا فقال اقتلوه، لقتل رجل من المشركين أحب إلي من كذا وكذا.

وقد أجاب الباحثان عن هذا القول وردا أدلة القائلين به وفيما استدلل به من الأثر الوارد عن أبي بكر، فقول أبي بكر أحب إلى لا يدل على النسخ بل على الإباحة.

الثاني: أن هذه الآية في الكفار جميعاً، وهي منسوخة على قول جماعة من العلماء وأهل النظر، منهم قتادة ومجاهد، وقالوا: إذا أسر المشرك لم يجوز أن يُمن عليه، ولا أن يفادى به فيرد إلى المشركين، ولا يجوز أن يفادى عندهم إلا بالمرأة لأنها لا تقتل، والناسخ لها عندهم قوله تعالى: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، إذ كانت براءة آخر ما نزلت بالتوقيف، فتوجب هذه الآية أن يقتل كل مشرك إلا من قامت الدلالة على تركه من النساء والصبيان ومن يؤخذ منه الجزية، وهو المشهور من مذهب أبي حنيفة خشية إن يعودوا حرباً على المسلمين.

وقد ذكر عبد الرزاق أخبرنا معمر عن قتادة ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، قال: نسخها ﴿فَإِمَّا تَنْفِقْنَهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّبْهُمْ مِّنْ خَلْفَهُمْ﴾ [الأنفال: ٥٧]، وقال مجاهد: نسخها ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

الثالث: أنها ناسخة وهو قول الضحاك وغيره، روى الثوري عن جبير عن الضحاك: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، نسخها: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، وقال ابن المبارك عن ابن جريح عن عطاء: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، فلا يقتل المشرك ولكن يُمن عليه ويفادى كما قال الله تعالى، قال أشعث: كان

الحسن يكره أن يُقتل الأسير ويتلو: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، وقال الحسن أيضاً: في الآية تقديم وتأخير فكأنه قال: تضرب الرقاب حتى تضع الحرب أوزارها، ثم قال: ﴿حَتَّىٰ إِذَا الْخُتْمُ كُنِيَ فَشَدُّوا أَلْوَتَاكَ﴾ [محمد: ٤]، وزعم أنه ليس للإمام إذا حصل الأسير في يديه أن يقتله لكنه بالخيار في ثلاثة منازل: إما أن يمن أو فادي، أو يسترق.

الرابع: وهو قول سعيد بن جبير: لا يكون فداءً ولا أسراً إلا بعد الإثخان من القتل بالسيف لقوله تعالى: ﴿مَّا كَانَ لِنُبَيِّنَ أَنْ يَكُونَ لَهُ وَأَسْرَى حَتَّىٰ يُشْخِزَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧]، فإذا أسر بعد ذلك فلا إمام أن يحكم بما رآه من قتل أو غيره.

الخامس: أن الآية محكمة، والإمام خير في كل حال رواه علي بن أبي طلحة عن ابن عباس، وقاله كثير من العلماء منهم ابن عمر والحسن وعطاء، وهو مذهب مالك والشافعي والثوري والأوزاعي وغيرهم، لأن النبي ﷺ والخلفاء الراشدين فعلوا كل ذلك فقد قتل النبي عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث يوم بدر صبراً، وفادي سائر أسارى بدر، ومن على ثمامة بن أثال الحنفي وهو أسير في يده، وأخذ من سلمة بن الأكوع جارية ففدى بها أناساً من المسلمين، وهبط ﷺ قوم من أهل مكة فأخذهم النبي ﷺ ومن عليهم، وقد من على سبي هوازن، وهذا كله ثابت في الصحيح (١٣١).

وقد اختار القرطبي هذا الوجه (الخاص) في تأويل هذه الآية وعضد قوله بما نقله عن النحاس، ونصه: "وهذا على أن الآيتين محكمتان معمول بهما وهو قول حسن؛ لأن النسخ إنما يكون لشيء قاطع، فإذا أمكن العمل بالآيتين فلا معنى للقول بالنسخ، إذا كان يجوز أن يقع التعبد، إذا لقينا الذين كفروا قتلناهم، فإذا كان الأسر جاز القتل والاسترقاق والمفاداة والمن على ما فيه الصلاح للمسلمين، وهذا القول يروى عن أهل المدينة والشافعي وأبي عبيد (١٣٢)، وعليه فلا تعارض بين آية المن والفداء وآية "واقتلوا المشركين" وإنما هي في حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق فيهم فيعلم أن القتل المأمور به حتماً في حق غيرهم (١٣٣).

٣- إن أي ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤]، منسوخة بآية براءة ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، وهي آخر سورة نزلت (التوبة: محمد)، وقد عوتب الرسول ﷺ على أخذ الفداء المالي يوم بدر بقوله تعالى: ﴿لَوْلَا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ سَبَقَ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَخَذْتُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [الأنفال: ٦٨]، وقد تقدم الرد على هذا الاستدلال في مسألة نسخ آية قتل الأسرى.

٤- أن في الفداء بالمال أو بالأسرى إعانة لأهل الحرب على القتال لتقوية منعتهم بذلك، ودفع شرهم أولى من استخلاص الأسير، لأن الأسر ابتلاء شخصي في حقه، وإعانتهم برد أسيرهم

إليهم تحصل بسبب مجموع المسلمين فلا يجوز، ومن المعلوم أن العلماء أجمعوا على تحريم بيع السلاح والكراع من الأعداء لأن في ذلك عوناً لهم، فيحرم كل ما يعينهم^(١٢٤).

وقد تقدم الرد على هذا الاستدلال في المبحث السابق مسألة نسخ آية قتل الأسرى، واستدل صاحبان بما ثبت في السنة عن عمران بن حصين، فما رواه البخاري، أن رسول الله ﷺ فدى رجلين من المسلمين برجل من الكفار^(١٢٥).

٥- قول الكاساني في أن القتل شرع للتوسل إلى الإسلام غير مسلم فيه، بدليل قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [البقرة: ٢٥٦].

٦- في قول محمد بن الحسن السابق أن الأسرى بمنزلة أهل الذمة والأسرى أقول إن هناك فرق بين الأسرى وأهل الذمة وهذا ظاهر، ولا يعتبر الأسرى أهل ذمة إلا إذا حكم الإمام بذلك، أو طلب الأسرى أنفسهم اعتبارهم من أهل الذمة، بأن بذلوا الجزية وقبلها الإمام، وقياس الأسير على أهل الذمة قياس مع الفارق لوجود علة الذمة في أهل الذمة دون وجودها للأسير، وهي المناط^(١٢٦).

٧- الاستدلال بالدليل العقلي الذي استدلل به الحنفية في أن الخوف على أسرى المسلمين مبرر لترك قتل أسرى الكفار، لا يقاس ذلك على

الخوف من حقوق النقص في الأموال والأنفس الناتج عن الجهاد، لأن لحوق الضرر بأسرانا محقق لوقوعهم في يد عدو كافر، خصوصاً إذا قتلنا أسراهم، وأما لحوق الضرر بالمجاهدين فمحتمل، فلا يقاس محقق على محتمل^(١٢٧).

والذي يهمننا في هذا المبحث هو مناقشة دليل النسخ، وقد رد دليل الحنفية في أن الآية محكمة بالأدلة التي سقناها في الرد على قولهم بنسخ المن، وإنما المراد هنا إثبات المفاداة عن النبي ﷺ بالأحاديث التي استدلل بها صاحبان على جواز المفاداة بالأسرى، فهو يدل بعمومه سواء كان الفداء بالمال أو بالأسرى على أن آية المن محكمة لم تنسخ وإلا فكيف يعمل الحنفية بجزء من آية قد نسخت ورفع حكمها.

وعليه فإن الذي يترجح لدى الباحثين أن الأدلة التي استدلل بها الجمهور والرد على أدلة الحنفية هو الراجح، فهذا الأمر متروك للإمام المسلم فله أن يجري تبادل الأسرى بما يحقق مصلحة الإسلام والمسلمين، وهذا الأمر له من أحكام تصرفات الإمام المسلم في بابي الجهاد والعلاقات الدولية، وهذا الأمر فيه دلالة على إحكام آية المن وجواز مفاداة الأسرى والمن عليهم وعدم نسخها، كما أن قوة أدلة الجمهور وسلامتها من المعارضة وضعف الاعتراضات الموجهة إليها من قبل الحنفية.

النتائج:**خلصت الدراسة إلى النتائج التالية:**

١ - الغاية من الجهاد في سبيل الله هي من أجل إعلاء كلمته، والذود عن حرمة الإسلام والوطن، ونشر رسالة الإسلام في بقاع العالم التي إن آمن بها البشر، أو استظلوا تحت أحكامها حققت لهم نتائج عادلة في حياتهم، كما أن الجهاد كلمة جامعة تشتمل جميع أنواع بذل الجهد والطاقة للتغير والتحسين في مجالات الحياة جميعها ويكون ذلك بالعقل والحكمة والفكر والحوار، وبكل وسيلة سلمية، واعتبر ذلك من أنواع الجهاد، كما أن استخدام القوة متى وجدت دواعيها يعدّ من الجهاد، وكذا مكابدة الشدائد والصبر عليها، ومخالفة هوى النفس ورغباتها ووساوس الشيطان.

٢ - الجهاد في سبيل الله مراحل يكمل بعضها البعض، آخرها قتال الكفار كافة حتى يسلموا، أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون، وإن الجهل بأحكام وتصرفات الإمام في هذا المجال والمستمدة من الكتاب والسنة من أكبر أسباب تقبل المسلمين للغزو الفكري والاستشراق الداعي إلى هدم معاني الجهاد وتحريف مضامينه في نفوس شباب المسلمين.

٣ - الجهاد القتالي مرحلة حتمية من مراحل الدعوة إلى الله، وهو الذي ينشرها ويوسع قطرها ومداه، ويكثر اتباعها الموحدين، وسيرة رسول

الله ﷺ دليل وبرهان على ذلك المبدأ الذي يجب على الإمام مراعاته في تصرفاته مع شعبه في ظل تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع من خلال تنظيم أحكام الجهاد والعلاقات الدولية مع المجتمعات الأخرى وفق مبادئ الشريعة السمحاء.

٤ - تصرفات الإمام منوطة بما فيه مصلحة للأمة، ورعاية لحقوقها، وحفاظاً على أمنها واستقرارها، فله الحق في التصرف في بعض وجوه السياسة الشرعية وقواعدها العامة في بابي الجهاد والعلاقات الدولية بما يؤدي إلى تحقيق مصلحة الأمة، ودفع المضار عنها.

٥ - للإمام الحق في اختيار الأصلح في قضية الأسرى بين المنّ والقتل والاسترقاق أو المفاداة، وهذا الأمر متروكة لما فيه منفعة للإسلام والمسلمين، وهي خاضعة لتقدير الإمام المسلم العادل حب وجود المصلحة، فمسألة المنّ على الأسرى ومفاداتهم قضية متروكة لتقدير الإمام المسلم حسب تحقيق المصلحة العامة للإسلام والمسلمين.

٦ - لا يوجد تعارض حقيقي بين شرع الله وما فيه تصرف للإمام، ووجود نصوص من الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء تبين أهمية وعي الإمام في الفقه السياسي.

التوصيات:

خلصت الدراسة إلى التوصيات التالية:

١- ضرورة الرجوع إلى نصوص الوحيين وهدى السلف الصالح، واستمداد الأحكام الشرعية العملية المتعلقة بالجهاد والعلاقات الدولية في مناحي الحياة المختلفة، ونبذ المناهج المنحرفة المضللة، والعمل على إعداد المجاهد وتربيته وفق مناهج التربية الإسلامية، بحيث يشمل هذا الإعداد كل جوانب شخصيته الروحية والأخلاقية والنفسية والاجتماعية والثقافية.

٢- ضرورة اجراء الابحاث والدراسات المتعلقة بمدى تطبيق قواعد السياسة الشرعية المتعلقة بتصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية؛ بهدف التوصل إلى رؤية عملية قابلة للتطبيق على أرض الواقع في ظل عصر التقنيات الحديثة.

٣- تفعيل دور المؤسسات العامة الرسمية وغير الرسمية، وتحديد وظائفها ومسؤوليتها في مجال الاهتمام بقضايا الوطن والمواطن المتعلقة بالسياسة الشرعية في تصرفات الإمام في بابي الجهاد والعلاقات الدولية؛ لخدمة القضايا المعاصرة المستجدة في المجتمعات العربية الإسلامية، والمساهمة في حل المشكلات التي تواجهها على ضوء المصالح الشرعية والأولويات الشرعية.

٤- ضرورة اعادة قراءة واقعية لقضايا المجتمع الإسلامي المعاصر، وحاجة متصددرو العمل

الإسلامي وعلماء الشريعة الاسلامية وأئمة المساجد إلى نظرة تأملية وواقعية في قضايا المجتمع الإسلامي المعاصر، والعمل على إظهار الهدف الرئيس من الجهاد واقامة العلاقات الدولية بين الدول، ومراعاة المصلحة العامة قبل صياغة الشعارات وتحديث الخطاب الإسلامي وفهم الآخر؛ ليكونوا درعاً منيعاً أمام أصحاب الدعوات الهدامة من تكفيرين وغيرهم من أصحاب الأفكار الضالة المنحرفة عن النهج الوسطي المعتدل الذي يفرق بين الهدف بوصفه عنصر دفاع عن الإسلام والمسلمين، وعن الارهاب والتخريب بوصفه عدوان واعتداء على الامنين، والعمل على انهاء الأسباب المؤدية إلى التطرف والارهاب، والقضاء عليها، والاجتماع على صناعة اللحمة المجتمعية بين أفراد المجتمع المسلم، ودفع كل أسباب التنازع والتناحر والاختلاف، وتوحيد الكلمة والصف.

٥- يجب على الإمام العمل على إحياء دور المجتمع المدني ومؤسساته الإعلامية المختلفة في ممارسة حق التوجيه بالكلمة الطيبة والنصيحة الأخوية الصادقة، وامتلاك قوة الردع لحفظ الوطن؛ لأن حالة توازن القوى تضمن عدم الاعتداء المتبادل، ويجب على الإمام الاعلاء من شأن الروابط الانسانية المشتركة بين الناس جميعاً بغض النظر عن العرق، أو الجنس، أو اللون، أو الدين، مادامت هذه العلاقات ضمن اطار

الاحترام المتبادلة وليس فيها ظلم أو اعتداء على الآخرين، كما يجب عليه العمل تطبيق شرع الله تعالى في حكمه بين الناس، ويراعى أحوالهم ويدير شؤونهم على النحو الذي يرضى الله سبحانه وتعالى، وتكون تصرفاته مضبوطة بقواعد الشرع ومقاصده السامية، ومنوطة بمصلحة حقيقية على المسلمين بالنفع والخير، فالإمامة بها قوام الدين والدنيا معاً.

٦- اعداد دراسة تتعلق بأحكام تصرفات الإمام في أبواب الاقتصاد الإسلامي في الدول الإسلامية، مع مراعاة ما آلت إليه الأمور والمتغيرات والحقائق في هذا الزمان.

الهوامش:

- ١) الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، (بيروت، لبنان، ١٩٨٦م)، ط ١، مادة جهد، ص ١٢١
- ٢) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، (بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣م)، (د.ط)، ج ٣/ ص ١٦٢.
- ٣) وهذا التعريف لابن عابدين، انظر ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (بيروت، دار عالم الكتب، د.ت)، (د.ط)، ج ٦، ص ١٩٧.
- ٤) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري، الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي، (القاهرة، مصر، المكتبة التوفيقية، د.ت)، (د.ط)، ج ١٤/ ص ٢١٦.
- ٥) فؤاد، عبد الباقي، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن، القاهرة، (مصر، مؤسسة المعارف، ٢٠٠٤م)، (د.ط)، ص ١٤٣.

- ٦) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأمانة، باب فضل الشهادة، حديث رقم (١٨٧٨).
- ٧) ميكل، محمد خير، الجهاد والقتال في السياسة الشرعية، بيروت، لبنان، دار ابن حزم، (د.ت)، ط ٢، ج ١، ص ٤٣.
- ٨) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن سعود، (د.ت)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، د.ت)، (د.ط)، ج ٦، ص ٥٧.
- ٩) ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٦، ص ١٩٣.
- ١٠) أبو عيد، عارف، العلاقات الدولية في الإسلام، (عمان، الاردن، دار الفرائس، ٢٠٠٠م)، ط ٢، ص ٩٤.
- ١١) عليش، محمد بن أحمد بن محمد، (د.ت)، منح الجليل شرح مختصر خليل، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت)، (د.ط)، ج ٣، ص ٨٨.
- ١٢) الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه محمد عبد الله شاهين، (بيروت، لبنان، دار الفكر، د.ت)، ط ١، ج ٢، ص ٣٤٧.
- ١٣) الشيرازي، أبو إسحاق، المذهب. دمشق، دار القلم، ج ٥/ ص ٢٢٥.
- ١٤) البيجوري، علي بن قاسم، حاشية البيجوري، الحاشية على متن أبي شجاع (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ١٩٩٤م)، ط ١، ج ٢/ ص ٤٨٧.
- ١٥) الفتوح، تقي الدين محمد بن أحمد، متهى الإرادات، (بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٩م)، ط ١، ج ٢/ ص ٢٠٣.
- ١٦) الحجاوي، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق عبد الله التركي، (الرياض، دار الملك عبد العزيز، ٢٠٠٢م)، ط ٣، ج ٢/ ص ٦١.
- ١٧) ابن قدامة، موفق الدين المقدسي، العملة مع العدة، اعنتى بها خليل مأمون شيخا، (بيروت و لبنان، دار المعرفة، (د.ت)، ط ١، ص ٢٠٦.

- ١٨) قلنجي، محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، (بيروت، لبنان، دار الفكر، ٢٠٠١م)، ط ١، ص ١١٦.
- ١٩) أبو عامر، علاء، العلاقات الدولية، (عمان، الاردن، دار الشروق، د.ت)، (د.ط)، ص ٢٣.
- ٢٠) توفيق، سعد حقي، مبادئ العلاقات الدولية، (بيروت، لبنان، دار العلوم، ٢٠٠٠م)، (د.ط)، ص ١١.
- ٢١) القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس (ت: ٩٨٤هـ)، النخبة في فروع المالكية، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت)، (د.ط)، ج ٣/ ص ٢٣٥، عيش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل لشرح مختصر خليل، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت)، (د.ط)، ج ٣/ ص ٩٩، المرادوي، علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد (ت: ٨٨٥هـ)، (د.ت) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على منذهب الإمام أحمد، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت)، (د.ط)، ج ٤/ ص ١٣١، المقدسي، الإقناع: ج ٢/ ص ٨٣.
- ٢٢) السرخسي، شمس الدين أبو بكر، المبسوط، تحقيق أبو الوفاء المراغي، (بيروت، لبنان، دار الفكر، د.ت)، ط ١، ج ٥/ ص ٢٠، ابن عابدين، رد المختار، ج ٦/ ص ٢٤٣، النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي، (جلدة، مكتبة الرشاد، د.ت)، (د.ط)، ج ٢/ ص ٤٢، الشربيني، مغني المحتاج، تحقيق علي محمد معوض، وعادل عبد الموجود، (بيروت، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠م)، ج ٦، ص ٢٧، المقدسي، الإقناع: ج ٢/ ص ٨٤، المرادوي، علاء الدين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على منذهب الامام احمد، تحقيق أبو عبد الله محمد بن حسن، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت)، (د.ط): ج ١، ص ١٣٢.
- ٢٣) صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب عمل صالح قبل القتال، حديث رقم ٢٦٥٣، ج ٦/ ص ٢٩.
- ٢٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب كراهية الاستعانة في الغزو بالكافر حديث رقم (١٨١٧).
- ٢٥) أخرجه أحمد في المسند حديث رقم (١٤٠١٩): ج ١٤/ ص ٢١٩.
- ٢٦) المرادوي، الإنصاف: ج ٤/ ص ١٣٢.
- ٢٧) الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى علم الأصول، (بيروت، لبنان، مؤسسة الكتب الثقافية، د.ت)، (د.ط)، ج ٤/ ص ٢٣٠.
- ٢٨) المصدر نفسه، ج ٤، ص ٢٣٠.
- ٢٩) الشوكاني، إرشاد الفحول، ج ٤، ص ٢٣٠.
- ٣٠) صحيح البخاري، كتاب الاجارة، باب استجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، حديث رقم ٥١٧٤، ج ٤/ ص ٥١٧.
- ٣١) السرخسي، شرح السير الكبير، ج ٤/ ص ١٤٢٢.
- ٣٢) صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب إذا قال رب الأرض أفرك ما أفرك الله ولم يذكر أجلا معلوما فهما على تراضيهما، حديث رقم ٢١١٣، ج ٤/ ص ٤٢٦.
- ٣٣) أخرجه الحاكم في المستدرک، برقم (٤٣٦٩) وقال: "صحيح الإسناد ولم يخرجاه
- ٣٤) ابن قدامة، المغني، ج ٧/ ص ٢٤٣.
- ٣٥) السرخسي، شرح السير الكبير، ج ٤/ ص ١٤٢٢.
- ٣٦) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الملاحم، باب ما يذكر من ملاحم الروم حديث رقم (٤٢٩٢).
- ٣٧) الشوكاني، نيل الأوطار: ج ٤/ ص ٢٣٠، ابن القيم، زاد المعاد: ج ٣/ ص ١٦٨.
- ٣٨) السرخسي، شرح السير الكبير، ج ٤/ ص ١٤٢٢.
- ٣٩) الصنعاني، محمد بن اسماعيل، سبل السلام، (بيروت، دار الحديث، (د.ن)، (د.ط)، ج ٤/ ص ٤٩، الذهبي، محمد بن أحمد، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي البجاوي، (بيروت، دار المعرفة، (د.ن)، (د.ط)، ج ٤/ ص ٤٠.
- ٤٠) الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، شرح علل الترمذي، تحقيق همام سعيد، (الزرقاء، مكتبة المنار، ١٩٨٧م)، ط ١، ص ٢٢٦.
- ٤١) الصنعاني، سبل السلام، ج ٤/ ص ٤٩، ابن حجر، فتح الباري، ج ٦/ ص ١٢٥.

٤٢) ابن القيم، زاد المعاد: ج ٣/ ص ١٦٨، الشوكاني، نيل الأوطار: ج ٤/ ص ٢٣٠، الحازمي، أبو بكر محمد بن موسى، **الاعتبار في الناسخ والمنسوخ**، (بيروت، لبنان، دار ابن حزم، د.ت)، ط ١، ج ٢/ ص ٧٦٠، القرضاوي، يوسف، **فقه الجهاد**، ج ٢/ ص ٧٠٥، هيكل، **الجهاد والقتال في السياسة الشرعية**، (بيروت، لبنان، دار ابن حزم، د.ت)، (د.ط.): ج ٢/ ص ١٠٤٣.

٤٣) الشوكاني، نيل الأوطار: ج ٤/ ص ٢٣٠.

٤٤) ابن حجر، فتح الباري: ج ٦/ ص ٢٠٠.

٤٥) ابن حجر، فتح الباري: ج ٦/ ص ٢٠٠.

٤٦) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب كراهة الاستعانة في الغزو بكافر، حديث رقم ١٨١٧، ج ١٢/ ص ١٠٦.

٤٧) هيكل، القتال والجهاد: ج ٢/ ص ١٠٤٠.

٤٨) ومعلوم أن بدر كانت قبل حنين، والنهي كان من النبي ﷺ في بدر فلا يُعقل نسخ المتأخر في حنين بالمقدم في بدر.

٤٩) هيكل، الجهاد والقتال: ج ٢، ص ١٠٤٤.

٥٠) ابن قدامة، المغني: ج ١٣/ ص ٩٨، الشوكاني، نيل الأوطار: ج ٤/ ص ٢٣١، عيش، فتح الجليل: ج ٣/ ص ٩٨، القرضاوي، فقه الجهاد: ج ٢/ ص ٧٠٦، هيكل، الجهاد والقتال: ج ٢/ ص ١٠٤٤.

٥١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٩/ ص ١١٦.

٥٢) المرجع نفسه.

٥٣) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، **الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي**، (القاهرة، المكتبة التوفيقية، د.ت)، (د.ط.): ج ٢/ ص ٢٠.

٥٤) عامر، عبد اللطيف، **أحكام الأسرى والسبايا**، القاهرة، مصر، دار الكتاب المصري، (د.ت)، ط ١، ص ٨٨.

٥٥) الزحيلي، وهبة، **آثار الحرب في الفقه الإسلامي**، (بيروت، دار الفكر، ١٩٨٣م)، ط ٣، ص ٤٢٩.

٥٦) ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، **السياسة الشرعية**، (الرياض، دار الكتب العلمية، د.ت)، (د.ط.): ص ١٢٤.

٥٧) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٣/ ص ٥١٤.

٥٨) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، **فتح القدير**، (بيروت، لبنان، دار الفكر، د.ت)، (د.ط.): ج ٤/ ص ٣٠٧.

٥٩) عيش، فتح الجليل: ج ٣/ ص ١٠٧، الشيرازي، المهذب: ج ٢/ ص ٢٣٦، ابن قدامة، المغني: ج ١٠/ ص ٤٤٠، الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٨/ ص ١٤٥.

٦٠) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب وفد بني أمية، حديث رقم ٤١١٤، ج ٤/ ص ١٥٨٩.

٦١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب من النبي صلى الله عليه وسلم على الأسرى، حديث رقم (٤٠٢٤)، ج ٤/ ص ١٥٨٣.

٦٢) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد، فتح الباري شرح البخاري: ج ٧/ ص ٢٤٣.

٦٣) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، **فتح القدير**، (مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، (د.ن)، ط ١، ج ٥/ ص ٤٧٦).

٦٤) أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال، حديث رقم (٢٦٩٢): ج ٣/ ص ٦٧٢، حسنه الاباني في صحيح سنن أبي داود، حديث رقم ٢٣٤١، ج ٢/ ص ٥١٣.

٦٥) ابن هشام، **السيرة النبوية**، حققها مصطفى السقا، (دار الخیر، ١٩٩٦م)، ط ١، ج ٤/ ص ٥٤.

٦٦) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب وفد بني حنيفة، حديث رقم (٤٣٧٢): ج ٣/ ص ١١٩.

٦٧) ابن القيم الجوزية، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، تحقيق شعيب الأرنؤوط، (بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨م)، ط ٣، ج ٢/ ص ٦٦.

٦٨) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ٣/ ص ١٠٦.

٦٩) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ٤/ ص ٥٤.

٧٠) صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب توكله على الله تعالى وعصمة الله له من الناس، حديث رقم ٥٩٠٩.

٧١) قلنجي، محمد رواس، **موسوعة فقه عمر بن الخطاب**، (بيروت، ١٩٨١م)، ط ١، ص ٧٤، أبو السعود، محمد بن محمد

- ٨٥) ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، تحقيق علي محمد البجاوي، (بيروت ، دار إحياء التراث العربي، ٢٠٠١م)، ط١، ج٤/ ص ١٠٧٢
- ٨٦) ابن الهمام، فتح القدير ، ج٥/ ص ٤٧٦
- ٨٧) البابرني، أكمل الدين محمد بن محمود ، البناية شرح العناية على الهداية شرح بداية المبتدى ، (مصر ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٨٠م)، ط١، ج٥/ ص ٦٩٠.
- ٨٨) الشوكاني، نيل الاوطار ، ج٨/ ص ١٤٨
- ٨٩) الزحيلي، آثار الحرب، ص ٤٥٢.
- ٩٠) الطبري ، محمد بن جبير ، جامع البيان في تفسير القرآن المعروف بتفسير الطبري ، (دمشق، دار الفكر، ١٩٧٨م)، ط١، ج٢٦/ ص ٢٦
- ٩١) ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج٤/ ص ١٧٠٢
- ٩٢) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج١٦/ ص ٢٢٨
- ٩٣) السيوطي، جلال الدين، الاقنانه في علوم القرآن ، (بيروت، دار المعرفة ، ١٩٧٨م) ، ط٤، ج٢/ ص ٢٩.
- ٩٤) ابن حجر ، فتح الباري، ج٦/ ص ١٥٢
- ٩٥) السرخسي ، شرح السير الكبير ، ج٣/ ص ١٠٣٠
- ٩٦) ابن الهمام، فتح القدير ، ج٥/ ص ٤٧٦
- ٩٧) ابن قدامة، ج١٢/ ص ٤٦٢
- ٩٨) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الخمس، باب ما من النبي على الأسارى من غير خمس حديث رقم (٣١٣٩).
- ٩٩) ابن قدامة، المغني: ج١٢/ ص ٤٦٢.
- ١٠٠) السرخسي ، شرح السير الكبير ، ج٣/ ص ١٠٣٠
- ١٠١) ابن كثير ، السيرة النبوية ، ج٢/ ص ٤٨٥
- ١٠٢) ابن كثير ، السيرة النبوية ، ج٢/ ص ٤٨٥
- ١٠٣) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المغازي، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر وإباحة الغنائم، حديث رقم (٤٥٦٣).
- ١٠٤) الشيرازي، المذهب: ج٥/ ص ٢٦٠، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي: ج١٦/ ص ١٧٨.
- ١٠٥) الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، ص ٤٤٨.
- ٨٠) السرخسي، أبو بكر بن محمد، شرح السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة ، تحقيق صلاح الدين المنجد، (مصر، مطبعة شركة الاعلانات الشرقية ، (د.ت) ، ج٤/ ص ١٠٣١
- ٨١) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم ، البحر الرائق، (بيروت، دار المعرفة ، (د.ت)، ط١، ج٥/ ص ٩٠
- ٨٢) السرخسي، شرح السير الكبير ، ج٤/ ص ١٠٣١
- ٨٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب وفد بني أمية ، رقم الحديث ٤١١٤، ج٤/ ص ١٥٨٩، وليس فيه اشتراط قطع الميرة عن أهل مكة ، ولكن أضافه السرخسي في الشرح الكبير .
- ٨٤) السرخسي، شرح السير الكبير ، ج٤/ ص ١٠٣١

- (١٠٦) الجصاص، أحكام القرآن: ج ٣/ ص ٧٢.
- (١٠٧) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب المن على الأسارى، حديث رقم (٢٦٨٩).
- (١٠٨) ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح البخاري: ج ٧/ ص ٢٤٣.
- (١٠٩) أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب نداء الأسير بالمال، حديث رقم (٢٦٩٢): ج ٣/ ص ٦٧٢.
- (١١٠) ابن هشام، السيرة النبوية: ج ٣/ ص ١٢٢.
- (١١١) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب وقد بني حنيفة، حديث رقم (٤٣٧٢): ج ٣/ ص ١١٩.
- (١١٢) ابن منظور، لسان العرب: ج ١٥/ ص ١٧٢.
- (١١٣) الزحلي، آثار الحرب، ص ٤٥١.
- (١١٤) عليش، منح الجليل: ج ٣/ ص ١٠٧، الشيرازي، المهذب: ج ٥/ ص ٢٦١، المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع: ج ٢/ ص ٧٧.
- (١١٥) الكاساني، بدائع الصنائع: ج ٦/ ص ٩٥، ابن عابدين، رد المختار: ج ٦/ ص ٢٢٨.
- (١١٦) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب المن على الاسارى، حديث رقم ٢٦٨٩
- (١١٧) العسقلاني، ابن حجر احمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج ٧/ ص ٢٤٣
- (١١٨) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، باب فداء الاسير بالمال، حديث رقم ٢٦٩٢، ج ٣/ ص ٦٧٢، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب السير، باب ما يفعله بالبالغين، حديث رقم ١٨٠٣٠، ج ٩/ ص ١١١.
- (١١٩) ابن هشام، السيرة النبوية، ج ٣/ ص ١٢٢.
- (١٢٠) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب وفد بني حنيفة، حديث رقم ٤٣٧٢، ج ٣/ ص ١١٩
- (١٢١) السرخسي، المبسوط، ج ١٠/ ص ١٣٩
- (١٢٢) السرخسي، شرح السير الكبير، ج ٤/ ص ١٥٨٧
- (١٢٣) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، (بيروت، دار الكتب العلمية، ١٩٩٦م)، ط ١، ج ٤/ ص ١٢٥
- (١٢٤) السرخسي، المبسوط، ج ١٠/ ص ١٣٩
- (١٢٥) السرخسي، شرح السير الكبير، ج ٤/ ص ١٥٨٧
- (١٢٦) الكاساني، بدائع الصنائع: ج ٦/ ص ٩٥
- (١٢٧) السرخسي، شرح السير الكبير، ج ٤/ ص ١٥٨٧
- (١٢٨) الكاساني، بدائع الصنائع: ج ٦/ ص ٩٥، ابن عابدين: ج ٦/ ص ٢٢٨، الزحلي، آثار الحرب، ص ٤٥٤، وقد أجاز الصحاح من الحنفية المفاداة بالأسرى.
- (١٢٩) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب فداء المشركين حديث رقم (٣٠٤٨).
- (١٣٠) السرخسي، المبسوط، ج ١٠/ ص ١٣٩
- (١٣١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي: ج ١٥/ ص ١٧٨.
- (١٣٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن المشهور بتفسير القرطبي: ج ١٥/ ص ١٧٨.
- (١٣٣) الشوكاني، فتح القدير: ج ٤/ ص ٣٠٨.
- (١٣٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ج ٦/ ص ٩٥، ابن عابدين: ج ٦/ ص ٢٢٨، الزحلي، آثار الحرب، ص ٤٥٤، وقد أجاز الصحاح من الحنفية المفاداة بالأسرى.
- (١٣٥) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب فداء المشركين حديث رقم (٣٠٤٨).
- (١٣٦) ابن الهمام، فتح القدير، ج ٥/ ص ٤٧٤، الباري، البناية، ج ٥/ ص ٦٩٥
- (١٣٧) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٥/ ص ٢٥٥

أخلاقيات البحوث الاكلينيكية من منظور إسلامي

أ.د. محمد نعيم ياسين**

تاريخ الاستكتاب: ٢٠٢٠/١٢/٢١م

تاريخ قبول البحث: ٢٠٢١/٣/٢٨م

الملخص

صناعة الدواء تعد من أخطر الصناعات البشرية وأهمها في نظر الشرع والعقل؛ لأنها إذا جرت حسب الأصول عادت بالمصلحة على جميع المقاصد الشرعية؛ من دين ونفس وعقل ونسل ومال.

ولكن لما كان أي عمل بشري محملاً - في معظم الأحيان - بالمصالح والفساد، كان ذلك يقتضي جلب مصالحه ودفع مفسده، بحيث تكون الأولى هي الغالبة على الأقل. وقد رأينا أن ذلك لا يتحقق إلا بضوابط أخلاقية، يستنبطها أهل العلم والخبرة، ويلتزم بها المنفذون لذلك العمل. فكتبنا هذا البحث محاولين استنباط ضوابط أخلاقية لصناعة الأدوية في أخطر مراحلها وهي المراحل السريرية. وذلك من مبادئ الإسلام وقواعد شريعته؛ فهدانا الله عز وجل إلى استنباط ثلاثة عشر ضابطاً، يجب أن تنضبط به البحوث السريرية (الإكلينيكية) من الناحية الموضوعية وعشر ضوابط يجب أن تنضبط بها الإدارة التنظيمية لتلك البحوث. فإذا التزمت البحوث الدوائية بعامة، والسريرية منها بالخاصة بتلك الضوابط العلمية والتنظيمية، آتت أكلها وانتفع بها الناس بإذن الله تعالى.

* تم استكتاب الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين للبحث بتوصية من هيئة تحرير المجلات العلمية في اجتماعها المنعقد بتاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢١م

** أستاذ، قسم الفقه وأصوله، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Clinical Research Ethics from an Islamic Perspective

Prof. Muhammad Naeem Yassin

Abstract

The pharmaceutical industry is considered one of the most dangerous and important human industries from mental and legal perspectives. That's because if managed properly, the returned benefits would be high on different dimensions; mentioning religion, soul, mind, offspring and money. But since any human action is loaded - most of the time - with interests and evils, this requires bringing its benefit as a priority and preventing its mischief.

This can only be achieved by imposing ethical regulations, which are devised by the people of knowledge and experience, and which the executors of that work abide by. So we wrote this research trying to devise ethical regulations for the pharmaceutical industry in its most dangerous stage, which is the clinical stage.

This is one of the principles of Islam and the rules of its Sharia. Allah has guided us to devise thirteen regulations, by which clinical research must be objectively controlled, and ten regulations that must be controlled by the organizational management of the research. If the pharmacological researches in general, and clinical ones in particular, adhere to these scientific and regulatory controls, people will hopefully benefit from them.

المقدمة:

الاتجاهات التي توصل إلى دواء ينفع المريض من

غير ضرر أو يكون نفعه أكبر من ضرره.

وهدف هذا البحث هو التوصل إلى الأحكام

الشرعية والأخلاق الإسلامية التي توجه تلك

البحوث إلى تحقيق الهدف المذكور.

لما كانت البحوث الإكلينيكية هي القسم

الأهم من الطريق الموصلة إلى صناعة الدواء

الملائم، فإن غايتها لا تتحقق على الوجه الأسلم

إلا بضبطها بقيود أخلاقية، وتوجيهها إلى

وأرى أن هذا الهدف إنما يتحقق بمراعاة نوعين من الأخلاقيات والأحكام:

الأول- هو الأخلاقيات العلمية للبحوث السريرية من منظور إسلامي.

الثاني- هو الأخلاقيات التنظيمية للبحوث السريرية من منظور إسلامي.

وغاية المبحث الأول بيان الطريق العلمي الأخلاقي الذي ينبغي أن يسير فيه الباحثون.

وغاية المبحث الثاني هو بيان الطريقة التي تنظم بها إدارة الأبحاث، والقيود التي تمنع من انحرافها عن الهدف المذكور آنفاً؛ فهذا المبحث يبين السياق الذي ينبغي أن تجري الأبحاث في داخله، ولا تتجاوز. وأما الأول فيوجه الباحثين إلى المواصفات والقواعد التي يجب مراعاتها أثناء البحث وفي مقدماته ونتائجه.

المبحث الأول:

الأخلاقيات العلمية للبحوث الإكلينيكية من منظور إسلامي.

هناك قيدٌ عام يجب أن يلتزم الباحثون بمراعاته، وهو أن يكون الهدف المعلن في خطة البحث هو العثور على دواءٍ أو ما في معناه يكون نافعاً في علاج مرض، ولا تكون أضراره أكبر من منافعه. وأن تكون الخطة، وخطوات البحث المعلن عنها مقنعة للمفوضية العليا المسؤولة عن ضبط الأبحاث العلمية في مجال الصناعات الدوائية. وهذه قاعدة مصلحية متفق عليها؛ وهي مؤيدة

ببعض النصوص الشرعية مثل قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْ لَفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

وكان ذلك مقدمة لتحريمهما؛ لأن ضررهما أكبر من نفعهما. وليس المقصود الأكبر من حيث الكم، ولكن من حيث الخطورة والأهمية^(١).

وفيما يأتي نذكر طائفةً من الشروط والقيود والاعتبارات التي تقتضيها قواعد الشريعة العامة في البحوث السريرية والدواء المستهدف منها:

أولاً- أن يكون الدواء الذي يستهدفه البحث يقدم نفعاً لواحد أو أكثر من ضروريات الإنسان المعروفة عند علماء المسلمين، بحيث لا يكون ذلك على حساب ضروري أعلى في سلم التقييم الشرعي؛ ذلك أن الضروريات رتبها العلماء المسلمون تنازلياً على النحو التالي: الدين - النفس - العقل - النسل - المال^(٢).

فأي بحثٍ يظهر من خطته أو غايته تقديم المال على أي من المقاصد الأخرى أو تقديم النسل على العقل أو النفس، فلا ينبغي أن يسمح به من الأجهزة الرقابية العلمية، وأن يكون ممنوعاً في القانون المنظم للبحوث الإكلينيكية.

ثانياً- أن يُراعى في البحث السريري أن

يكون الدواء المبحوث عنه لا يتعارض مع مراتب المصالح المتفق عليها بين علماء الشريعة، وهي الضروريات أولاً والحاجيات ثانياً، والتحسينيات ثالثاً^(٣). فإذا كان البحث يرد به تصنيع دواء تحسيني على حساب حاجة أو ضرورة، فلا ينبغي السماح به إلا إذا كان أثره الضار يمكن تداركه. ويراعى هذا القيد مع الأخذ بالاعتبار الشرط الأول.

ثالثاً- ومما يقتضيه القيد السابق أن لا يهدف البحث إلى العناية بإحدى القدرات الإنسانية على حساب قدرة أعلى منها، كأن يبحث عن تعزيز قدرة الإنجاب على قدرة العقل أو قدرة الشم على قدرة البصر، أو قدرة الجماع على وظيفة مهمة من وظائف القلب يتوقف على ذهابها موت أو شلل.

رابعاً- أن يقدم في البحوث ما كان الهدف منه صنع دواء أو تطوير دواء يكون أشمل نفعاً، وبخاصة للطبقات الفقيرة، فهناك أدوية يتنفع بها الأغنياء ولا يقدر عليها الفقراء، فلو كانت تنفع الجميع فهذا حسن، وإلا فالفقراء؛ فإنهم الأغلبية، والأشد حاجة من الآخرين؛ إن هذه الطبقة الأكبر من الناس هي المقدمة عند التعارض لاعتبارات معروفة؛ وهذا يقتضي مراعاة شرط تابع، وهو أن يكون البحث عن دواء أقل كلفة أولى من غيره.

خامساً- في الرؤية الشرعية ينبغي أن لا تتضمن تلك البحوث استخدام مواد محرمة لذاتها إلا إذا تعينت لتحقيق الهدف المقبول في الشرع، أو تغير حالها، فلم تعد محرمة بسبب استحالتها إلى شيء آخر، لكن مجرد الخلط لا يعطي الحكم نفسه؛ لأن المادة المحرمة بالخلط لم تتحول إلى شيء مختلف، فيظل استعمالها محرماً، إلا إذا وجدت ضرورة أو حاجة ماسة، وهي انعدام البديل الذي يمكن استعماله لتحقيق الهدف، وهو صنع دواء مفيد ونفعه أكبر من ضرره.

سادساً- ينبغي توجيه الأبحاث إلى الأخذ بقاعدة (ما يدوم نفعه مقدم على ما لا يدوم نفعه، ما لا يدوم ضرره مقدم على ما لا يدوم ضرره)^(٤). تعني هذه القاعدة تقديم النفع المستمر على النفع المؤقت، وتقديم دفع الخطر المستمر على دفع الخطر المؤقت مع ملاحظة تقديم الضروريات على الحاجيات، وتقديم هاتين على التحسينيات، وتقديم اليقين على الظن.

ويظهر ذلك في الدواء نفسه أحياناً، وفي آثاره الجانبية أحياناً؛ فلو أن دواء تبين أثناء البحث أنه يفيد في علاج مرض، ولكن له آثار جانبية لا يمكن التخلص منها كأن يكون استعماله مفقداً للبصر مثلاً، فيجب تعديل مسار البحث، ليكون الهدف تحقيق الشفاء، ولو بآثار جانبية لا تدوم. سابعاً- من قواعد الإسلام في اعتبار العمل

وإعطائه حكماً شرعياً النظر في مدى يقينية تحقيق الهدف من العمل، والتجارب السريرية لا تُجرى على الإنسان بمراحلها الأربع، كما ذكره الإخوة الأطباء إلا بعد محاكمة عقلية نظرية، وبعد تجارب متعددة على الحيوانات. فيتكوّن من تلك المحاكمة العقلية والتجارب العلمية على الحيوانات احتمال القدرة على تحقيق الهدف بنسبة معينة. فإن كانت هذه النسبة مجرد شك واحتمال ضعيف أو توهم، فينبغي تعديل مسار البحث أو تركه والذهاب إلى بحث غيره. ولا يجوز إجراء التجارب في مثل هذه الحالة على الناس بناء على وهم أو ظن ضعيف؛ ويمكن الاستدلال على ذلك بقاعدة فقهية هي (نادر الظنون لا يلتف إليها في تقرير الأحكام الشرعية)، وقاعدة: (الاحتمال النادر لا يلتفت إليها). وقاعدة: (لا تعتبر الصور النادرة)، وقاعدة: (ما لا ينضبط أو يندر وجوده ردّ مثله)، وقاعدة: (العبرة للغالب الشائع لا للنادر) وقاعدة: (لا عبرة بالظن اليين خطؤه)، وغيرها مما هو في معناها^(٥).

ويمكن أن يرد مثل ذلك على نتائج كل مرحلة كلما كانت النتائج السلبية أكثر يقينية من النتائج الإيجابية.

ثامناً- من القواعد الفقهية المعتمدة عند معظم الفقهاء أن ما لا يمكن تداركه من المفسد يجوز دفعه بمفاسد يمكن تداركها^(٦)؛ فإن بعض الأدوية لها آثار جانبية لا يمكن التخلص منها،

فينبغي توجيه البحوث السريرية إلى أدوية يمكن تدارك آثارها الجانبية.

تاسعاً- عندما يُسارُ في البحث، ثمّ يظهر أنه سيكون له مفسد كثيرة من حيث الكمية، وإذا تغيّر المسار البحثي لأدى إلى مفسد أقل، فإن القلّة والكثرة ليست هي المعيار لتحديد الاختيار إلا إذا كانت من نوع واحد من حيث الخطورة والأهمية وغير ذلك من المعايير. فإن تعددت أشكالها وأنواعها فالعبرة بخطورتها. ويتحدد المسار البحثي بناءً على المفسد التي ظهرت في الآثار الجانبية للدواء؛ بحيث يوجّه البحث السريري نحو دواء تكون آثاره أقل خطورة، وإن كانت كثيرة في كميتها، فإن تساوت الآثار الجانبية في خطورتها وجب تعديل المسار البحثي نحو الدواء الأقل كمية من تلك الآثار. وفي هذا المعيار وضع الفقهاء القاعدة التي نصّها: (إذا اتحد نوع المصلحة والمفسدة كان التفاوت بالقلّة والكثرة)، ويمكن تطبيق هذه القاعدة على وجود عدة مصالح أو مفسد في العمل الواحد.

عاشراً- وما يذكره الفقهاء في الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على القيام بالأعمال ضرورة النظر إلى صفة التعدية والتوليد في المصلحة أو المفسدة، وقالوا في التعبير عن هذه القاعدة (المصلحة المتعدية مقدمة على المصلحة القاصرة^(٧))، ودفع المفسدة المتعدية مقدّم على دفع المفسدة القاصرة^(٨)؛ وربّ مصلحة دوائية أو

غيرها لا يقطع أثرها الطيب حتى تقوم الساعة؛ فطوبى لمن دلّ الناس عليها. ورب مفسدة دوائية أو غيرها لا يقطع نسلها من الأضرار حتى تقوم الساعة. والأبحاث الدوائية يفترض فيها أن تخضع لهذا المعيار؛ فتحرص على البحث عن أدوية متعدية المنافع، وعلى تجنب الخوض في بحوث عن أدوية متعددة الآثار الجانبية الضارة التي لا تقتصر على من يتناولها، وإنما تنتقل بالعدوى أو التوارث إلى أشخاص آخرين. ويمكن التمثيل لهذه القضية بالبحث في الأدوية أو الجراحات الجينية التي تؤثر في الصفات الوراثية، بالتعديل في البرامج الجينية الموجود في نواة الخلية على الكروموسومات. وهذه الأدوية والجراحات ما زالت في أكثرها غير مضمونة النتائج.

حادي عشر: ينبغي أن لا يكون التوجّه في البحث العلمي الذي يستهدف صناعة دواء أن تقتصر فائدته على تغيير في خلق الله عز وجل، أو في الفطرة التي فطر الناس عليها؛ فإن العمل الصالح هو الذي يقوم الانحرافات عن الوظائف التي خلقت الأشياء من أجلها، وليس للانحراف بالأشياء عن فطرتها إذا لم توجد ضرورة تقتضي ذلك.

وبالرغم من الاختلافات بين علماء الشرع المعاصرين في تأويل قوله تعالى على لسان إبليس ﴿وَلَا مَرَهُمْ فَلْيَغْيِرْ خَلْقَ اللَّهِ﴾ [النساء: ١١٩].

فإن هناك أنواعاً من الأدوية والجراحات لا تصحح وصفاً منحرفاً في الجسد ولا تشفي علّة فيه، وإنما تحقق لصاحبه شهوة في وضع أعجبه تحت عنوان تحسين الخلقة أو تحسين النسل، فهذه ينبغي الحذر لمن أراد البحث فيها. وأكثر ما يخشى من ذلك ما يمكن أن يقع في الأدوية الجينية. ومن أخطر الأمور في هذه الأدوية أن تُبنى على نظريات مختلف فيها هي مجرد احتمالات ضعيفة أو موهومة، كأن يجري البحث عن دواء لتغيير صفات الإنسان السلوكية أو العقائدية أو الأخلاقية، بناء على نظرية تؤكد الحتمية الجينية؛ فيدخل أو يخرج أو يعدّل جينات في الجسم عن طريق فيروسات متروعة الضرر، مع أن الحتمية الجينية مجرد افتراض، ولم يعممها أحد من العلماء على جميع أنواع السلوك؛ وأن الإنسان يتمتع بإرادة حرة لا تملكها الجينات^(٤).

والذين بحثوا الحتمية الجينية أشاروا إلى أنها مجرد احتمال، وأنه لا خلاف بينهم في أن السلوك البشري يشترك في تكوينه عوامل كثيرة.

فالبحوث السريرية التي يراد بها تحسين النسل من منطلق الحتمية الجينية ينبغي استبعادها؛ لأن منطلقها فاسد أو بعيد عن الثبوت، وهو فاسد عندي؛ لأن الحتمية الجينية في السلوك تقتضي براءة كل ظالم وكل مجرم وكل سيكوباتي من جرائمه، لأن ذلك يقتضي أن يرتكب

جرائمه من غير قصد ولا إرادة، وإنما يكون مدفوعاً بجميعة البرامج الموجودة في جيناته، وليس ما يفعله ثمرة لإرادته الحرة؛ فلا يستحق عقاباً ولا جزاءً، لا في الدنيا ولا في الآخرة، وكل ما حدث أو سيحدث من ذلك يُعدّ ظلماً وعدواناً. ومن جهة علمية أخرى فإن كثيراً من علماء الأحياء والطب الحيوي يرون أن أضرار تشغيل الجينات هو شيء خارج عنها، ولا تشغل نفسها بنفسها، وإنما قد يكون بيئة غير ملائمة، كالإشعاع النووي. أو دواء له آثار جانبية لها علاقة بالجينات، أو تربية أو ثقافة أو صدمات حياتية وغير ذلك، مما قد يؤثر في السلوك الإنساني وفي التغيرات الجينية (الطفرات). ولكن لا شك في أن البرامج الجينية بالغة الأثر في تشكيل الجسد الإنساني في معظم أوضاعه.

ومن الناحية الشرعية لا يمكن قبول هذه الحتمية؛ لأنها تكون عندئذ حجة لمن رفضوا الرسالات والمعجزات، وهم الذين قال عنهم الله تعالى: ﴿وَإِذَا فَعَلُوا فَحِشَةً قَالُوا وَجَدْنَا عَلَيْهَا آبَاءَنَا وَاللَّهُ أَمَرَنَا بِهَا﴾ [الأعراف: ٢٨]؛ فكأنهم يقولون: قد ورثنا هذا السلوك عن آبائنا عن طريق المورثات التي انتقلت إلينا، وهي الجينات. وعلى أية حال فإن صناعة أدوية أو ما في حكمها لتغيير سلوك الإنسان تحت عنوان «تحسين النسل» من أخطر الأمور التي قد تؤثر على

البشرية جمعاء. وقد سمعتُ في أحد المؤتمرات من ينادي بمعالجة النسل وتحسينه ليصبح الشباب حِمْلاناً وديعة، ولا يتخذون من العنف سيلاً. فقلت على سبيل الجدال: إذن فمن يبدأ بشباب أمته، ومن الذي سيصدق الدول العظمى التي ملأت الأرض ظلماً وفساداً، وتريد أن تكون أربى الأمم (فوق الجميع) وتستعبد الآخرين، وعنوان برامجها أنها (أولاً). ثم لو صح أن الجينات لها حتمية أو جبرية لوجب أن تُلغى جميع قوانين العقوبات في كل الدول؛ لأن من الظلم عقاب المكره وعقاب الإنسان على برامج حتمية من جيناته؛ فكل بحث سريري أو غيره ينطلق من هذه المنطلقات ينبغي أن لا يُسمح به. وقد شرعت بعض الدول قوانين لا تسمح بالأبحاث التي جعلت غايتها تحسين النسل عن طريق اللعب بالجينات. لكن ينبغي ملاحظة أن تحسين النسل الجسماني يمكن السماح به تحت شروط وضوابط معينة، فإن ما ذكرناه لا يعني أن جميع الأدوية الجينية أو ما في حكمها ضارة ويجب منعها، فإن كثيراً منها ثبتت فاعليته لأغراض مقبولة في العقل ومحقة للمصلحة؛ وقد يُمثل لذلك إنتاج قطع غيار بشرية عن طريق الاستنساخ، يمكن زرعها فيمن يحتاجها من المرضى؛ فإن ذلك يرجع إلى زراعة الأعضاء، وقد صدرت فيه فتاوى تميزه بشروط أهمها عدم وجود البدائل، فإذا وجدت هذه البدائل،

فإن العلاج بها أولى من أخذ الأعضاء البشرية من أناس أحياء وأمواتاً.

ثاني عشر: ينبغي في البحث العلمي عن دواء معين أو ما في حكم الدواء أن يكون بحيث يمكن قياس نتائج استعماله في وقت له سقف محدود، ولا يكون مبالغاً فيه، ويترك أمر تقديره لأهل الاختصاص. وأما إذا كانت نتائجه لا يظهر معظمها في وقت محدد بعد استعماله؛ كأن يكون جيلين أو ثلاثة أو أكثر، فهذا علاج أو تدخل لا ينبغي الشروع فيه، كالتدخلات الجينية التي تستبدل فيها الجينات، ولا تُعرف آثارها إلا بعد وفاة من أجروا تلك التدخلات فهذا بحث فيه عشوائية جزئية، ولا ينبغي أن يسمح بإجرائه، ومن ذلك ما سبق ذكره من التدخلات الجينية لتحسين النسل للأجيال القادمة باللعب في جينات الخلايا التناسلية. لكن إذا كان التدخل الجيني يقتصر أثره على فرد واحد هو المريض، كما في نقل الجينات الجسدية ولا يؤثر على النسل، فإن العلاج بهذه الطريقة تخضع لمعايير الموازنة بين النفع والضرر لهذا الشخص محل الاختبار. ولمعرفة ذلك لا بد أن يجري فحص جاد للمخاطر التي تصاحب الناقلات الفيروسية، بما في ذلك قدرة الفيروسات الناقلة على أن تصيب خلايا غير مقصودة. وكذلك ينبغي النظر إلى المخاطر المحتملة لإدخال

الفيروسات بطريقة ضارة للمريض ضرراً يربو على فوائد العملية. وهناك تحديات أخرى في العلاج الجيني وأثار جانبية خطيرة. والرأي السائد بين العلماء أهل الاختصاص هو منع استخدام العلاج الجيني في الخلايا التناسلية أو لتطوير خصائص الإنسان الطبيعية^(٩).

ويرى بعض العلماء أن يقتصر استخدام العلاج الجيني على الأمراض الوراثية والمناخية.

ثالث عشر: وهناك أمر آخر يتعلق بالعلاج الجيني، وهو تشجيع البحث في مجال أسباب الطفرات الجينية التي تسبب أمراضاً بعضها خطير جداً، فإن معرفة أسباب الأمراض الجينية. أعني الخلل أو العطب الذي يصيب الجين، سواء أكانت تلك الأسباب داخلية أو خارجية، فردية أو جماعية بيئية أو استعمال أدوية أو مشروبات أو أغذية أو غير ذلك هو في نظري من أولى الأبحاث التي يمكن أن تحقق الوقاية من الأمراض الجينية. وضع المبادي خير من قطع التمادي.

رابع عشر: وبالنسبة للأدوية الجينية أيضاً، التي ثبت أن آثارها المقصودة وغير المقصودة تختلف من شخص لآخر، وإن كان المرض واحداً لذلك يستحسن أن توجه الأبحاث للعثور على طريقة يمكن معها التمييز بين الأشخاص، وتفريد الأدوية الجينية المستعملة؛ بحيث يتم تحديد ما يحتاجه كل مريض، ولا يُجعل الدواء الواحد

لجميع أصحاب الداء الواحد. ويعتبر الانشغال البحثي في هذا الموضوع من الأولويات البحثية في قضايا الأمراض الجينية وأدويتها.

المبحث الثاني:

الأخلاقيات التنظيمية للبحوث الإكلينيكية.

إن الأخلاقيات العلمية السابقة للبحوث السريرية لا يمكن أن تكون فعالة بصورة مقبولة إلا إذا وُضع لها سياق تنظيمي يحفظها ويحميها من التجاوزات الضارة بالصناعة الدوائية.

لذلك كان من الضروري التفكير بمواصفات لمؤيدات تشريعية مدنية وجزائية، ومؤسسات عملية، وأجهزة رقابية وأمور أخرى لضمان السير في الطريق الأسلم في صناعة الدواء وتسويقه حتى يصل إلى المرضى.

وفيما يأتي بعض الأفكار في الإدارة التنظيمية للبحوث السريرية:

أولاً: لا شك في أن البحث العلمي من مقتضيات الحرية وحق الإنسان في التفكير الحر. ولكن يجب أن لا يكون ذلك موصلاً إلى مساس بحقوق الآخرين والبحوث السريرية حق بل واجب على القادرين عليها، ولكنه مقيد بقيود؛ لأنه يجري على أشخاص لهم حقوق؛ ولذلك ينبغي أن تكون البحوث مفيدة للناس أو تستهدف منفعتهم، ولا تسبب لهم ضرراً، ويكفي لاستبعاد البحث أن يقدر الخبراء بأنه ليس نافعا ولن يأتي مجديداً، أو أن يكون نفعه

تافهاً لا قيمة له. فينبغي أن لا يُسمح بمثل هذه التجارب. وعلى الباحثين أن يبينوا الفوائد المتوقعة من البحث المراد إجراؤه. وينصح أن يُجعل الحكم على ذلك من اختصاص جهاز علمي يتكوّن من علماء ذوي اختصاصات متعددة تمكنهم من الحكم على البحوث ومدى توقع منفعتها أو ضررها.

ثانياً: قد يكون أهم الضمانات للالتزام بالأخلاقيات العلمية للبحوث السريرية هو وضع تشريعات تنظم مختلف المراحل التي يجب أن تمرّ بها تلك البحوث حتى تصل إلى مبتغاهها، بما فيها كفاءات وضع الخطط وإجراء التجارب، واستخلاص النتائج، ومؤهلات ومواصفات الأشخاص الذين يقومون بأي عمل يتعلق بمراحل تلك البحوث بما فيهم الأشخاص الذين تجرى عليهم التجارب. ولما كانت هذه التجارب تُجرى على البشر، وتؤثر في حياتهم، وجب أن تكون تلك التشريعات مفصلة، ولا ينبغي أن تكون مجملة، ولا يجوز أن تترك التفاصيل للأنظمة والتعليمات واللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

ووضع تشريعات تفصيلية مؤيدة بعقوبات يراها أهل الاختصاص مناسبة تُعتبر الطريقة الحسنى لتحديد المسؤوليات وتوزيعها على من يستحق أن يحملها.

ثالثاً: لا بد من مشاركة أناس من المجتمع

المدني لهم اختصاصات تتعلق بموضوع التجارب السريرية في أجهزة الرقابة وجهات المشورة في وضع مشاريع القوانين المنظمة لتلك التجارب، ومراقبة ما يجري مع الأشخاص محل التجارب، والتأكد من موافقتهم بعد شرح جميع ما سيصنع معهم، والاحتمالات التي يمكن حصولها من آثار جانبية لتلك التجارب، والتأكد أنهم لم يجبروا ولم يتبرأوا بسبب فقرهم أو حاجة لهم، ولا يحقق المقصود أن تجعل القرارات المختلفة في هذا الموضوع بأيدي أكثرية رسمية حكومية، معظمهم لا اختصاص لهم، ولا يدركون أبعاد هذه التجارب السريرية.

رابعاً: ومن أجل توزيع المسؤوليات على أصحاب العلاقة يُستحسن تقسم الأعمال، والفصل بين الجهات القائمة عليها، إن لم يكن الارتباط بينها ضرورياً لإنجاز العمل. ولكن الشركات التي تنفذ المنجزات البحثية، تعتبر قسماً آخر، وعليه مسؤولياته. فإن اقتضى الأمر تواصل بين الطرفين فيستحسن أن يكون فريق خاص بالاتصال تقتصر مسؤولياته على الأعمال التي يقتضيها ذلك الاتصال. ثم ينبغي الفصل بين شركات الأدوية التي تبيع الأدوية إلى جهات التجارة والتسويق والإعلان والدعاية، فهذا قسم يتحمل مسؤولية أعماله التجارية وملحقاتها، ويكون مسؤولاً عن المبالغة في

وصف فوائد العلاج أو إخفاء آثاره الخطيرة، إلا إذا كان سبب هذا الإخفاء يرجع إلى الباحثين، وقد يكون بالتواطؤ مع تلك الشركات فهذا قسم يدخله أكثر الفساد في صناعة وبيع الأدوية والتسويق والدعاية لها.

ومن الأقسام التي تتحمل مسؤولية هي المجموعات المدنية المختارة للتأكد من سلامة الاتفاق بين أشخاص التجارب وبين الباحثين في مختلف مراحل البحث، وبخاصة الحقوق التي يجب توفيرها أو منحها لمن ستقع عليهم التجارب.

ويلحق بالقسم السابق الأطباء والصيادلة الذين يتصلون بالمرضى مباشرة؛ فيجب أن يفصل بين هذا القسم وبين قسم الشركات الصانعة والمسوقة للأدوية، وينبغي أن يحال بين الطرفين، وأن يُستعاض بطرق أخرى لتعريف الأطباء بالأدوية المختلفة.

خامساً: إن الفصل بين الجهات التي تنحصر مقاصدها في تضخيم أرباحها، وبين جهات البحث العلمي الإكلينيكي أمرٌ يُحسن من نوعية البحث وتحقيق الكفاءة العلمية المطلوبة للأهداف الطبية والدوائية؛ وذلك أنه إذا حدث تحالف بين أهل البحث العلمي والشركات التجارية فإنه لن يكون متكافئاً، وسوف تكون الغلبة لأصحاب رأس المال كالعادة، وستكون الوجهة المطلوبة

تكثر الأرباح وسرعة العمل، وهو ما يؤثر في دقة البحث وإنضاج كل مرحلة.

وهناك أثر خطير يترتب على هذا التحالف غير المتكافي؛ وهو أنه يؤدي إلى التساهل في تحصيل العلوم الأساسية والمنطلقات العلمية النظرية للبحث العلمي السليم، والاكتفاء منها بالحدود الدنيا؛ لأن المقصد عندئذ هو الحصول على السلعة، وهي الدواء بأسرع وقت، بغض النظر عن العناية اللازمة والدقة العلمية ذات الجذور العلمية الأساسية^(١١).

سادساً: ينبغي تضمين التشريع الخاص بموضوع التجارب السريرية نصوصاً توجب إنشاء أجهزة خاصة بالرقابة على كل قسم من الأقسام السابقة، وعلى مجلس أعلى أو مفوضية عليا تشرف على تلك الأجهزة وتوجهها، وتقرح التشريعات الخاصة بالتجارب السريرية، وأن تتكون من أعضاء متخصصين بكافة الجوانب ذات العلاقة بتلك التجارب. وينبغي أن يكون لهذا المجلس أو المفوضية استقلالية في الإدارة وكافة الأعمال، ولا يكون تابعاً للجهات التنفيذية. ولا يجوز طرح الدواء في الأسواق إلا بعد موافقة هذا المجلس.

سابعاً: تقع المسؤولية على جميع الجهات التي شاركت في صنع الدواء وإيصاله إلى المرضى على جميع الجهات المشاركة في ذلك بحسب الكوادر المذكورة آنفاً، ويُحدّد القسم الذي وقع

عنده الخطأ، وتصنّف الأخطاء بحسب الأقسام المختلفة، وتفصل في التشريع من قبل جهات مختصة؛ فقد يقع الخطأ أو التقصير أو التعمد من قبل الباحثين في مرحلة من المراحل، أو من قبل شركات صنع الأدوية أو شركات تسويقها وبيعها، أو شركات الإعلان عنها. وقد تقع من قبل أجهزة الرقابة نفسها.

وقد يكون الخطأ عادياً يمكن وقوعه، فإن ترتب عليه ضرر، كان للمتضرر حق في التعويض، وإن كان جسيماً يندرج وقوعه من مثل الفاعل أمكن أن يجعل عليه تعويض أو عقوبة. وإن كان متعمداً ترتب عليه مسؤولية مدنية وجنائية. وينبغي أن يكون تحديد الأخطاء وأنواعها من قبل مختصين وتكون مفصلة بحسب طبيعة التكليف، ويمكن أن تجعل في اللائحة التوضيحية في التشريع الملحق به، بحيث تكون لها قوة تشريعية.

ثامناً: من المراحل المهمة في صناعة الأدوية مرحلة ما بعد طرح الدواء في السوق واستخدامها من قبل المرضى بوصفه أو غير وصفه طبية. وأهميتها تكمن في معرفة ما يستقر عليه الدواء، من حيث فاعليته، ومن حيث صلاحية مكوناته، فإن بعض الأدوية يظهر مع تقدم البحث في مكوناتها أن بعض هذه المكونات مضرّ بالجسد، وقد تُسبّب له أمراضاً خطيرة كالسرطان، ولا يكشف ذلك إلا بعد

فترة طويلة؛ وهذا يقتضي مراقبة فعالة للأدوية بعد السماح باستعمالها، ومراجعة مستمر في فحص مكوناتها. ويستحسن أن ينشأ لهذا الغرض جهاز خاص مستقل أيضاً، ويكون أعضاؤه من أهل الاختصاص، وأن يكون له صفة تشريعية. وما يذكر في هذا المقام أن قراءة مكونات الجينوم البشري، ودور الجينات في إنتاج البروتينات، وما يكتشف من تغيرات يطرأ عليها مما يُسمى بالطفرات الجينية، قد يكشف ذلك عن عدم فعالية بعض الأدوية المستعملة. كما قد يكشف أحياناً أن بعض تلك الأدوية القديمة هي التي تسبب طفرات جينية. وهذا يؤكد ما ذكرناه من أهمية مرحلة ما بعد استعمال الأدوية وأهميتها مراقبتها، بل وإعادة إجراء الفحوص على مكوناتها في ظلال المعطيات العلمية المستحدثة على فترات، أو إذا ظهر شكل في بعض تلك المكونات لتمنع من الأسواق ومنع وضعها في الوصفات الطبية.

وهذه المرحلة ينبغي تضمينها في التشريع، وكذلك أجهزة مراقبتها، والمسؤوليات المترتبة على التقصير فيها، أو على اكتشاف دواء فيه بعض المكونات الضارة؛ فقد رأينا أدوية تسوق للناس، ويصفها لهم الأطباء، ويستعملونها رداً من الزمن، وبخاصة في الأمراض المزمنة، فإذا انكشف أنها ضارة بهم، وتسبب لهم أمراضاً

خطيرة ولو أحياناً، فإن أكثر ما يتخذ من إجراءات هو سحبها من الأسواق، وفي بعض الأحيان يتسّر المفسدون عنها.

إن الشرع والقانون يقرران أن من تعرض لخطر بسبب فعل الغير له حق في التعويض والرعاية والفحص المستمر على حساب الشركات المصنّعة إن كان الخطأ منها أو المُسوّقة إن كان الخطأ منها، أو من الباحثين إذا أخطأوا في مرحلة من المراحل، فيجب مساءلة أصحاب الأخطاء مسؤولية مدنية أو تقصيرية وتغريمهم مقابل الأضرار المادية والمعنوية. وهذه المسؤولية يجب أن لا تسقط بالتقادم؛ لأن الزمن الذي انصرم قبل اكتشاف الضرر في الدواء ليس محسوباً لعدم العلم. وحق المتضررين بتناول الدواء حق مكتسب، ولم يتنازلوا عنه.

تاسعاً: من أهم أخلاقيات البحوث الإكلينيكية ما يتعلق بحقوق الأشخاص. وهي حقوق لا يكاد أحدٌ يخالف فيها، وإن اختلفت عبارات الباحثين في التعبير عنها وعن عددها. وبحسب اطلاعي فإن أحسن ما ورد في ذلك ما نشره المعهد الوطني للعدالة في الولايات المتحدة عام ٢٠١٠؛ حيث ذكر ثمانية حقوق هي: الموافقة المستنيرة المسبقة، واحترامهم بحيث تراعى استقلاليتهم، وعدم وقوعهم تحت أي استغلال أو إكراه مادي أو معنوي، وحقهم في الانسحاب

من موافقتهم، وحقهم في الأمانة العلمية والصدق على الباحثين، وأن تكون الفوائد المتوقعة أكبر من الخطر المحتمل، والتعهد بالحماية ضد أي ضرر مادي أو معنوي، وحقهم في الحصول على المعلومات التي أسفر عنها البحث، وحماية خصوصية الفرد وسلامته^(٩٢).

هذه الحقوق تتفق مع القيم والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية. وهي في الحقيقة تحقق توفيقاً بين مبدئين شرعيين هما: مبدأ حفظ الكرامة الإنسانية التي تقتضي صيانة الإنسان عن إجراء التجارب عليه، ومبدأ حفظ النفس الإنسانية باكتشاف الأدوية النافعة لها؛ فقد حصل التوفيق المذكور بما نقلناه من اشتراط الموافقة المستنيرة المستمرة والحقائق الأخرى.

لكني لم أرَ فيما اطلعت عليه من ناقش حقوق هؤلاء الناس في اشتراط عوض مادي^(٩٣)، سوى حالات ظهور أضرار سببها البحث الجاري عليها؛ بحيث يذكر في الموافقة أو العقد الذي يوقع عليه ذلك الشخص والفريق البحثي أو المركز البحثي أو الشركة التي يتبع لها ذلك الفريق.

هذا مع العلم أن مكافآت الباحثين في بعض الشركات تكون بالمليارات، وأرباح الشركات بعشرات المليارات^(٩٤). والشخص الذي يضع نفسه وجسده تحت تلك التجارب، يعتبر من أهم أركانها، وبدونه لا تتم أبداً، فلماذا لا يكون

له عوض لما يقدمه من نفسه؛ كأن يكون نسبة من أرباح الشركات ومكافآت الباحثين مثل واحد في الألف أو أكثر أو أقل؛ وقد يستأنس لذلك بأن الفقهاء اعتبروا حق الإنسان على بدنه حقاً شخصياً غالباً، وحق الشرع فيه هو المغلوب؛ وقد أجاز بعض الفقهاء بيع المرأة المرضع لبنها. والقاعدة عند جمهور الفقهاء أن كل ما كان فيه نفع للإنسان وليس فيه اعتداء على حق الله تعالى جاز الاعتياض عنه^(٩٥).

ومن جهة أخرى فإن وضع الإنسان نفسه تحت تجربة يتنفع بها هو وسائر الناس فيه منفعة ظاهرة، وليس فيه اعتداء على حق الله تعالى. بضاف إلى ذلك أن هذا الفعل يلي ضرورة للناس، وهي فرض كفاية عليهم، وهو الحصول على أدوية كثيراً ما يجعله الله منها سبباً للشفاء أو تخفيف الآلام فهل يُعقل أن عناصر عملية صنع الدواء من باحثين وشركات صانعة وأخرى مسوقة تُمكن من عشرات المليارات، وذلك الشخص الذي قدم جسداً كجسر يعبرون عليه إلى أرباحهم الهائلة لا يجوز له أن يشترط لنفسه عوضاً بالرغم من المخاطر المحتملة.

وقد يُقال: إن طلب العوض على تجارب تقع على الإنسان فيه إساءة لكرامته؛ وفي مقابل هذا القول يمكن أن يُشار إلى أمرين متعاقبين أو متعاضدين الأول: أن الشخص الذي يطلب عوضاً عن إيجاد فرضة كبيرة لإنقاذ الناس أولاً

ولأرباح عظيمة لشركات الأدوية، لا ينبغي أن يرى فيه إساءة إلى كرامته ما دام ذلك بموافقة من غير ضغط عليه ولا إكراه ولا استغلال: وذلك أن يعتضد بالأمر الثاني: وهو اعتبار موافقة الشخص من غير طلبه عوضاً، اعتبار ذلك خلياً عن الإساءة إلى الكريمة الإنسانية؛ فإن طلب العوض ليس فرقاً يوجب الفرق في الحكم؛ لأن القاعدة أن ما جاز التبرع به أو بذله بدون عوض جاز أخذ العوض عنه لأنه شيء مستفيع به^(١)، وهذا الإنسان قد كان سبباً في نفع عموم الناس ولأشخاص يطلبون المال من باحثين وشركات.

عاشراً: من الأمور التي رأيت أن لها علاقة بالاختبارات السريرية هو تمويلها؛ فإنها تحتاج إلى كلفة كبيرة حتى تحقق المراتب منها على وجه حسن، ولا يشك في أن البحث العلمي يحتاج إلى نفقات كبيرة. وقد لا تتمكن الدول الفقيرة من القيام بهذا الأمر على الوجه الفعال. والشركات هي التي تتولى الإنفاق على الأبحاث والتصنيع، وقد تقدم أن ذلك له سلبيات كثيرة على البحث من جهة وعن صناعة الدواء بصورة عامة.

ويقترح في هذا المقام أن يحث الأغنياء على الوقف للإنفاق على هذه الأبحاث من المشاركين بأجسادهم والباحثين، ويغنوهم كلياً أو جزئياً عن الشركات ومن يملكها من المطففين الذي لا هم لهم سوى تعظيم أرباحهم، وقد تقدم بيان

الآثار السيئة لتحكم الشركات في مسارات البحث العلمي. ومما يحسن التذكير به أن الأوقاف الإسلامية في عهود الخير كان لها دور كبير في إقامة المستشفيات والرعاية الطبية والتلطيفية والأدوية وملابس المرضى والتنفيس عنهم بأساليب كثيرة، منها تعيين أشخاص لمساعدتهم وتذكيرهم بما يُصبرهم، ويحميهم من اليأس والحزن والإحباط^(٢). ولا شك في أن التجارب السريرية التي يقصد بها صناعة الأدوية مجال لفعل الخير بالوقف وغيره.

الهوامش:

- (١) (ابن عطية - المحرر الوجيز - ج٢ ص ٢٧٦/٢٧٧).
- (٢) (انظر في بيان هذه الكليات: أبو حامد الغزالي - المستصفى ص ١٧٦، ابن الحاجب: منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجلد ج٢ ص ٢٤٠. الشاطبي - الموافقات ج٢ ص ٣٢٦. الأمدي: إحكام الأحكام ج٣ ص ٢٧٤ - ٢٧٥. ابن السبكي: الإبهاج ج٣ ص ٥٥ - ٥٦. ابن عاشور: المقاصد ج٣ ص ٢٣٢).
- (٣) لجويني - البرهان: ٩٢٣/٢. الغزالي - المستصفى ص ١٧٦. الرازي - المحصول ج٥ ص ١٥٩.
- (٤) (ابن تيمية - مجموع الفتاوى ج٣ ص ١٨٢ - ٣٤٣. ابن القيم - أعلام الموقعين ج٣ ص ١٧٩. الزركشي - المشور ج٣ ص ٣٩٥).
- (٥) (انظر مجلة الأحكام العدلية، وعلي أحمد الندوي - جمهرة القواعد الفقهية ج١ ص ١١، وج٣ ص ١٣٣٢).
- (٦) (الهيتمي - الفتاوى الكبرى ج٤ ص ٢١٥ - ٢١٦).
- (٧) (ابن عبد السلام - شجرة المعارف، ١٨٧).

(٨) (القرافي - الذخيرة ج٤ ص ١٩٠. الأشباه والنظائر للسيوطي ١٤٤).

(٩) (مات ريدلي - الجينوم: السيرة الذاتية للنوع البشري ص ٢٤٦ ومواضع أخرى من الفصل ٢٣، والفصل ٢٢ فصل تحسين النسل).

(١٠) د. إيهاب عبد الرحيم - الإطار الأخلاقي لأبحاث الجينوم والهندسة الوراثية البشرية - مجلة عالم الفكر ٢٠٠٦م).

(١١) (انظر: تمام اللودعمي - العلاج بالجينات - آفاق مستقبلية في عالم الطب - مجلة عالم الفكر ٢٠٠٦م). وانظر قريباً من هذا الدكتور خالد أحمد الصالح - بحث (الأبحاث الإكلينيكية وضرورة الالتزام بالأخلاقيات الإسلامية ص ١٠، ١٣).

(١٢) موقع ويكيبيديا - الموسوعة الحرة (الأبحاث العلمية على البشر).

(١٣) أشار إلى هذه القضية الأستاذ الدكتور محمد خير عبد الدايم في آخر سطر من بحثه المقدم إلى هذا المؤتمر بعنوان (الأبحاث الإكلينيكية وضرورة الالتزام بالأخلاقيات الإسلامية، ويُفهم من تلك الإشارة العبرة أنه يميل إلى جواز حصول المرضى الذين هم وقد الأرباح الطائلة التي تجنيها الشركات على بعض فئاتها).

(١٤) (المرجع ذاته).

(١٥) (انظر: القرافي - الفروق - ج٣ ص ٢٤٠. الخطاب - مواهب الجليل - ج٤ ص ٢٦٥. ابن رشد - بداية المجتهد ج٢ ص ١٣٨. ابن قدامة - المغني والشرح الكبير ج٤ ص ١٠، ٣٠٤. روضة الطالبين ج٣ ص ٣٥٣).

(١٦) (ابن قدامة - المغني والشرح الكبير ج٤ ص ٣٠٤).

(١٧) انظر: د. محمد صالح سلطان - بحث: الوقف الصحي (رؤية مقاصدية تطبيقية) ص ١٥ وما بعدها وبحث (أوقاف الرعاية الصحية في العصر الحديث) - الفصل الرابع.



The World Islamic Sciences and
Education University (W.I.S.E)

Al-Meezan

for Law and Islamic Studies

An International Research and Refereed Journal

Volume (8), Number (1), Ramadan 1442, April. 2021

The views and ideas expressed in the articles published in this journal are of their own authors and do not reflect the views of the editorial board or the World Islamic science and Education University or the policies of the Ministry of Higher Education and Scientific Research.

ISSN 2311-097X



All Correspondence Concerning this Journal should be addressed to:

Editor in Chief
Deanship of Academic Research
The World Islamic Sciences and Education University (W.I.S.E)
Amman- Jordan
P.O. Box: (1101), Post Code (11947)

Tel: 00962 6 5600230, Ext. 2012, Fax: 00962 6 5600237

Email: al_mizan.journal@wise.edu.jo

Website: www.wise.edu.jo

Al- Meezan

For Law and Islamic Studies

An International Research and Refereed Journal

Volume (8), Number (1), Ramadan 1442, April. 2021

Editor in Chief

Prof. Khalouq Daifallah Agha

Editorial Staff

Prof. Abdul Malik Al- Saadi	The World Islamic Science & Education University
Prof. Mohammad Bani Salameh	The World Islamic Science & Education University
Prof. Ali Qteishat	The World Islamic Science & Education University
Prof. Ghassan Al-Taleb	The World Islamic Science & Education University
Prof. Emad Al Sheikh	The World Islamic Science & Education University
Prof. Shakir Al-Khashali	The World Islamic Science & Education University
Prof. Ahmed Al-Ayasrah	The World Islamic Science & Education University
Prof. Mohammed Obeidat	The World Islamic Science & Education University
Dr. Mubarak Al-Tarawneh	The World Islamic Science & Education University
Dr. Haroun Al-Qudah	The World Islamic Science & Education University

Advisory Editorial Board

His Eminence Abd Alkareem Khasawneh	Mufti of The Hashemite King of Jordan
Prof. Muhammad Al-Khalayleh	The World Islamic Science & Education University
Prof. Abdul Nasser Abu Basal	Minister of Endowments and Islamic Affairs
Prof. Abdul Razzaq Al Shayji	Kuwait University
Prof. Qutb Mustafa Sano	Secretary General of the Islamic Fiqh Academy, Jeddah
Prof. Qasim Ahmed Qasim	Dean of the College of Law, University of Duhok, Iraq
Prof. Salah El-Din Dakdak	Member of the Sharia, Law and Society Lab , Morocco
Prof. Khaled Aye Demir	Head of the Academic Accreditation Agency for Islamic Sciences , Turkey
Prof. Nader Mohamed Ibrahim	College of Law, Qatar University
Prof. Naguib Ahmed Al-Jabali	College of Law, University of Bahrain

English Language Editor

Dr. Ghalib Fraihat

Journal Secretary

Reham Al-Faouri



Arabic Language Editor

Dr. Nasser Al-Nuaimi

Designer

Thanaa Taifour



Al-Meezan for Law and Islamic Studies

An International Research and Refereed Journal

About the journal: Al Meezan Journal for Law and Islamic Studies is a specialized international refereed scientific journal issued by the Deanship of Scientific Research at the World Islamic Sciences and Education University (WISE).

Head office of the Journal: the World Islamic Sciences and Education University (WISE).

The journal issues three editions per year.

Objectives of the Journal:

1. To contribute to spread and progress of authentic knowledge in the field of Islamic and legal studies.
2. To scientifically approach current problems.
3. To contribute to preserve, enroot and cherish the identity and values of the Arabic and Islamic nation.

Journal's Area of Interest:

1. Al Meezan Journal publishes authentic researches that add to the knowledge of Islamic and legal studies in Arabic and English received from inside and outside the university.
2. The journal focuses on publishing theoretical studies and critical reviews that thoroughly cover any of the branches of knowledge with which the journal is concerned.
3. The journal publishes applied studies and / or the studies that cover the current situation of the Arab and / or Islamic countries individually or collectively provided that the submitted papers comply with the policy and methodology observed by the journal.
4. To publish duly made reviews of modern books published within the last two years maximum, being in the area of interest for the journal.
5. The journal publishes feedback and comments on the papers already published therein.
6. The journal welcomes publishing abstracts of postgraduate studies that cover the branches of knowledge in which the journal is specialized.

Terms of Publication

1. Authors are required to provide a written declaration that their scripts submitted to publication have not been previously published nor submitted for publication in another journal.
2. All scripts submitted for publication in the journal are duly subject to confidential review and strict scientific refereeing.
3. Evaluation criteria include: originality of the subject, being an addition to knowledge, applicability, methodology, style, findings, observing academic integrity, soundness of language and smoothness of presentation.
4. The journal may request making some modifications for the script prior to approving it for publishing, and it has the right to make some editing for the approved scripts.
5. The journal reserves the right not to publish any script without giving reasons. Its decision in this respect is final.
6. The author approves giving the journal the copyright for publication. In case the journal wants to republish the paper or a part of it the journal has to take the author's permission therefore.
7. The researcher is obliged to pay for the evaluation works in case he/she decides to cease them.
8. Opinions expressed the published papers reflect the views of the researchers themselves and do not necessarily reflect the policy of the World Islamic Sciences and Education University or the editorial board of the journal.

Detailed Guidelines:

Specifications of the paper submitted for publishing

1. The script must not be more than 35 numbered double spaced pages (9000 words with font size of 14) including the references, notes, tables and indexes.
2. Tables and figures are to be in the same order as mentioned the script. Tables are titled from above while figures from bottom. Each table or figure must be printed on a separate page , and the table or figure should be located in the body like " figure (1) is approximately here".

3. The first page of the script is to include the title of the paper, three names for the author(s) in Arabic and English, with their academic titles, current place of work and the full mailing address of the main researcher.
4. The second page of the script includes the title of the paper without the author(s) name(s) followed by a maximum 150 - word abstract of the paper in Arabic.
5. The third page of the script includes an authentic English translation of the Arabic abstract observing the same requirements.
6. The script introduction starts on the fourth page. It includes the title of the script without the author name.
7. Approved scripts are attached by a brief curriculum vitae of each researcher.

Referencing method:

1. Quran verses: The Verses are to be in the Uthmanic font style, with the number of the verse and name of the Surah at the end the verse, e.g. [46: Al Imran].
2. Noble Hadiths: To be referenced through the authentic books of Hadith, stating their rank of correctness and indicating the book, chapter and number of Hadith if possible. Example: 'A'isha reported Allah's Messenger (Peace Be Upon Him) as saying:" The acts most pleasing to Allah are those which are done continuously, even if they are small". Muslim, Sahih Muslim, Book of Traveler's Prayer and Shortening it, Chapter of the virtue of a deed that is done persistently, whether it be Qiyam al-Lail or anything else, Hadith number (218).
3. Books: Adapted quotations should be referenced with serial numeration at the end of the research as follows:

Author's full name, Hijri and Gregorian date of death between two brackets followed by comma, then the title of the book in bold followed by comma, then the name of the verifier or translator – if any–followed by comma, then place of publishing followed by comma, name of publisher followed by comma, date of publishing followed by comma mentioning the edition number between two brackets, number of volume - if any - followed by comma then the page number.

Do not attach a list of references in the end of the research.

4. Legal texts and judicial decisions

- Legal texts are referenced by stating the text from its source. Example: Article (5) of the Code of Civil Procedure number (24) of the year 1988.
- Judicial decisions are documented by stating the decision from its source, e.g. Supreme Court of Justice, decision number (120), Bar Association Gazette, Issue(1) 1989, p161.

5. Scientific periodicals:

Documentation is as follows:

Author's full name followed by comma, research title followed by comma, periodical name in bold and place of publication followed by comma, volume number followed by comma, issue number followed by comma, date of issue followed by comma then the page number. Example: Azmi Taha Al-Sayyed Ahmad, Al-Ghazali's Two Scientific and Ethical Connotations of the Most Beautiful Names of Allah, **Al-Manarah Journal for Researches and Studies**, Al al-bayt University, Volume (10), issue1, 1994,p45. If the research is referenced for another time it is documented briefly: author's surname, title of the research, p...

6. Taking from Newspapers:

- a. News: To include the name of newspaper, issue, date and place of issue. e.g. Ad-Dustour, issue 9253, June13, 1993, Amman.
- b. Other than news: To include the author name followed by comma, title of the essay in bold followed by comma, name of the newspaper and issue number followed by comma, date followed by comma and place of issue. e.g. Mahmoud Darweesh, **Eleven Planets**, Ad-Dustour, issue 1965, March 31, 1993, Amman.

7. Manuscripts: Documentation in manuscripts goes as follows:

Full name of author followed by comma, full title of manuscript in bold followed by comma, number of manuscript followed by comma, place of manuscript then the number of page (or leaf) mentioning whether the quotation is taken from front page (=f) or back respectively.

e.g. Ibn Hajar Al-Askalani (ceased 852H / 1449AD), Thail Addurar Alkaminah,
Manuscript number 649, Taimouri Bookshop, 54 pages (Front).

Attachments at submitting the paper for refereeing:

1. A letter addressing the journal's editor in chief expressing the researcher's desire to publish in the journal, and indicating the narrow field of specialization.
2. An electronic copy, according to the specifications presented in the research specifications. A brief curriculum vitae of the researcher.
3. A written undertaking for the journal that the paper has never been published or sent for publication in any other journal, and that the copyrights of the study are owned by the World Islamic Sciences and Education University.

Approval of Publishing:

1. The journal informs the author about approving the publication of the script after meeting all the requirements.
2. The sole or main researcher is given ten excerpts of the issue where the paper was published.
3. All correspondences are directed to the following address:

Editor in chief,

**Al Meezan Journal for Law and Islamic Studies,
Deanship of Scientific Research,
World Islamic Sciences and Education,
The Hashemite Kingdom of Jordan.
P.O. Box (1101) Postal code (11947)
Telephone (009625600230) Extension (2012) Fax (009625600237)
Email: al_mizan.journal@wise.edu.jo
University website: www.wise.edu.jo**