جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الميزان

للدراسات الإسلامية والقانونية

مجلة علمية عالمية محكمة

المجلد التاسع – العدد الاول: رمضان1443هـ/نيسان2022م

E-ISSN 2790-251X
ISSN 2311-097X

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الميزان

مجلة علمية عالمية محكمة

The World Islamic Sciences and Education University (W.I.S.E)

Al-Meezan

for Law and Islamic Studies

An International Research and Refereed Journal

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.

Volume (9), Number (1),Ramadan,1443, April. 2022

E-ISSN 2790-251X
ISSN 2311-097X



جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الميزان

للدراسات الإسلامية والقانونية

مجلة علمية عالمية محكمة

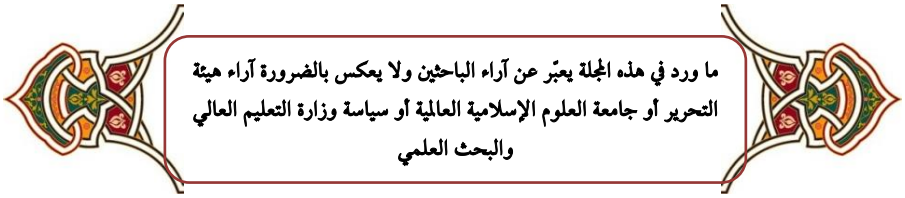
تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمّان/ المملكة الأردنية الهاشمية

المجلد التاسع – العدد الأول: رمضان1443هـ/ نيسان2022م

E-ISSN2790-251X

ISSN 2311-097X



ما ورد في هذه المجلة يعبّر 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 (1101) الرمز البريدي (11947)

هاتف (5600230 6 962+) فاكس (5600237 6 962+)

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

موقع الجامعة الإلكتروني: **www.wise.edu.jo**

الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية

مجلة علمية عالمية محكّمة

المجلد التاسع – العدد الأول: رمضان1443هـ/ نيسان2022م

رئيس هيئة التحرير

أ.د. خلوق ضيف الله آغا

هيئة تحرير المجلات العلمية

أ.د. عبد الملك السعدي	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. محمد بني سلامة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. علي قطيشات	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. غسان الطالب	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. عماد الشيخ	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. شاكر الخشالي	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. أحمد العياصرة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. محمود عبيدات	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
أ.د. عمر المومني	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
د. مبارك الطراونة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الهيئة الاستشارية

سماحة الشيخ عبد الكريم خصاونة	مفتي عام المملكة الأردنية الهاشمية
أ.د.محمد علي 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 سانو	أمين عام مجمع الفقه الإسلامي الدولي/جدة
أ.د. قاسم أحمد قاسم	عميد كلية القانون/جامعة دهوك العراق
أ.د. صلاح الدين دكداك	عضو مختبر الشريعة والقانون والمجتمع/المغرب
أ.د. خالص آي دمير	رئيس وكالة الاعتماد الأكاديمي للعلوم الإسلامية/ تركيا
أ.د. نادر محمد إبراهيم	كلية القانون/جامعة قطر
أ.د. نجيب أحمد الجبلي	كلية الحقوق/جامعة البحرين

المحرّر اللغوي/ اللغة العربية

م. عبد الله المزينبات

المحرّر اللغوي/ اللغة الإنجليزية

م. غالب قربات

أمانة سر المجلة

رهام القاعوري

تنضيد وإخراج

ثناء أنيس طبغور


بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية

مجلة علمية عالمية محكّمة

تعريف بالمجلة:

مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، مجلة علميّة عالمية متخصّصة محكّمة تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

مقر المجلة: جامعة العلوم الإسلامية العالمية – عمّان، المملكة الأردنية الهاشمية.

تُصدر المجلة ثلاثة أعداد سنوياً.

أهداف المجلة:

1- الإسهام في نشر المعرفة العلمية الأصيلة وتقدّمها في مجال الدراسات الإسلامية والقانونية.

2- المعالجة العلمية لقضايا العصر ومشكلاته.

3- الإسهام في المحافظة على هوية الأمة العربية والإسلامية وقيمها وترسيخها والاعتزاز بها.

دائرة اهتمام المجلة:

1- تنشر مجلة الميزان البحوث الأصيلة التي تحتوي إضافة إلى المعرفة في مجال الدراسات الإسلامية والقانونية من داخل الجامعة وخارجها باللغتين العربية والإنجليزية.

2- تهتم المجلة بنشر الدراسات النظرية والمراجعات النقدية التي تغطي بتعمّق أحد فروع المعرفة التي تنتمي إلى تخصص المجلة.

3- 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 عليهما في هذه الحالة.

4- 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.

5- تنشر المجلة ما يردها من تعقيب على الأبحاث والدراسات المنشورة فيها.

6- ترحّب بنشر ملخصات الرسائل الجامعية ذات العلاقة بفروع المعرفة التي تنتمي إلى تخصص المجلة.

شروط عامة للنشر:

1- يُشترط في المخطوط المقدَّم للنشر في المجلة أن لا يكون قد نُشر أو قُدّم للنشر في مجلة أُخرى، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك عند تقديم المخطوط للنشر.

2- تخضع جميع المخطوطات المقدّمة للنشر في المجلة للتحكيم العلمي الدقيق حسب الأصول المتّبعة مع الحفاظ على سِرّية التحكيم.

3- تشمل معايير التقويم كلاً من: الأصالة العلمية للمخطوط، ومدى إضافته للمعرفة، وإمكانية تطبيقه، ومنهجيته، وأسلوبه، ونتائجه، ومدى مراعاة الأمانة العلمية، وسلامة اللغة، وسلاسة أسلوب العرض.

4- للمجلة أن تطلب إجراء تعديلات على المخطوط قبل إجازته للنشر، كما أن لها الحق في إدخال قدر من "التحرير" على المخطوطات المُجازة.

5- تحتفظ المجلة بالحق في عدم نشر أي مخطوط دون إبداء الأسباب، ويُعدّ قرارها نهائياً.

6- 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.

7- يلتزم الباحث بدفع النفقات المترتبة عن إجراءات التقييم إذا رغب الباحث بإيقافها.

8- 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 المُقدّم للنشر:

1- أن لا يزيد المخطوط مع المصادر والهوامش والجداول والملاحق على (35) صفحة بواقع (9000 كلمة وحجم الحرف 14)، مطبوعة بمسافات مزدوجة بين الأسطر على ورق (A4)، مع الترقيم المتسلسل لجميع صفحات المخطوط.

2- ترسل أربع نسخ ورقية ونسخة على قرص ممغنط (CD) مطبوعة على برنامج Word، ونسخة بواسطة البريد الإلكتروني. ويجب أن تكون جميع النسخ متطابقة.

3- ترقّم الجداول والأشكال بالترتيب كما وردت في المخطوط، وتزوّد الجداول بعناوين في الأعلى والأشكال في الأسفل وهوامشها في الأسفل، ويطبع كل منها على صفحة مستقلة مع تحديد موقع

الجدول أو الشكل في المتن على نحو "شكل (1) هنا تقريباً".

4- 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.

5- تشتمل الصفحة الثانية من المخطوط على العنوان (دون ذكر اسم المؤلف) ويليه ملخص دقيق باللغة العربية على ألاّ يزيد عن (150) كلمة.

6- تشتمل الصفحة الثالثة من المخطوط على ملخص (Abstract) باللغة الإنجليزية (ترجمة علمية دقيقة للملخص العربي) وبالشروط ذاتها.

7- تبدأ مقدمة المخطوط من الصفحة الرابعة، ويشتمل على عنوان المخطوط (دون ذكر اسم المؤلف).

8- يقدم مع المخطوط المقبول للنشر سيرة علمية مختصرة عن الباحث أو الباحثين.

طريقة التوثيق:

1- **الآيات القرآنية**: تنسخ الآية الكريمة بخط المصحف العثماني ويوضع بعد نهاية الآية رقم الآية واسم السورة بين قوسين. مثال [46: آل عمران].

2- **الأحاديث النبوية الشريفة**: توثّق 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 (218).

3- **الكتب**: توثّق 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 المحقِّق 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 548هـ/ 1153م)، **الملل والنحل**، تحقيق: أمير علي مهنا وعلي حسن فاعور، بيروت، دار المعرفة، 1998م (ط7)، ج1، ص118. وإذا ذُكر هذا الكتاب مرة أخرى يُوثّق مختصراً: الشهرستاني، **الملل والنحل**، ج1، ص341.

ولا ترفق قائمة بالمصادر والمراجع في نهاية البحث.

4- **النصوص القانونية والأحكام القضائية:**

- توثّق النصوص القانونية بذكر النص من مصدره. مثال: المادة (5) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988.
- توثّق الأحكام القضائية بذكر الحكم من مصدره. مثال: عدل عليا، حكم رقم (120)، مجلة نقابة المحامين، العدد (1) لعام 1989، ص161.

5- **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 (10)، العدد 1، 1994م، ص45، وإذا ذكر هذا البحث مرة أخرى يوثّق مختصراً: السيد أحمد: المقصدان العلمي والأخلاقي لمعاني أسماء الله الحسنى عند الغزالي، ص..

6- **النقل من الصحف:**

أ- **الخبر:** يشتمل على اسم الصحيفة، والعدد، والتاريخ، ومكان الصدور.

مثال: الدستور، ع9253، 13 حزيران، 1993م، 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، 31 آذار 1993م، ع1965.

7- **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 الرمزين (و) و(ظ) على التوالي.

مثال: ابن حجر العسقلاني (توفي 852هـ/ 1449م)، **ذيل الدرر الكامنة**، مخطوط رقم 649، المكتبة التيمورية، ورقة 54 (وجُه).

المرفقات عند تسليم البحث للتحكيم:

1- رسالة موجّهة إلى رئيس تحرير المجلة متضمّنة رغبة الباحث في نشر بحثه في المجلة، على أن تتضمن هذه الرسالة تحديد التخصص الدقيق للبحث.
2- نُسخ البحث الورقية الأربع والنسخة الإلكترونية، وذلك حسب المواصفات المتقدّم ذكرها في مواصفات البحث.
3- السيرة الذاتية للباحث (مُوجزة).
4- تعهّد 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:

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

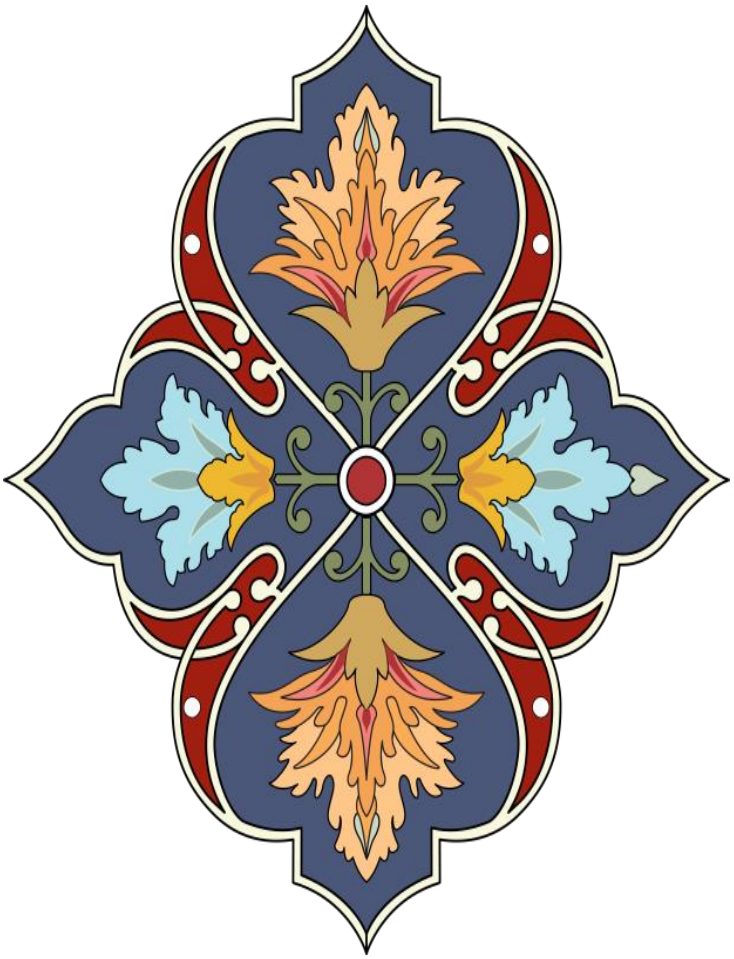
رئيس تحرير مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية

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

ص.ب (1101) **الرمز البريدي** (11947)

هاتف (5600230 6 962+) **فرعي**: (2012) **فاكس** (5600237 6 962+)

البريد الالكتروني: al_mizan.journal@wise.edu.jo **موقع الجامعة الإلكتروني:** www.wise.edu.jo

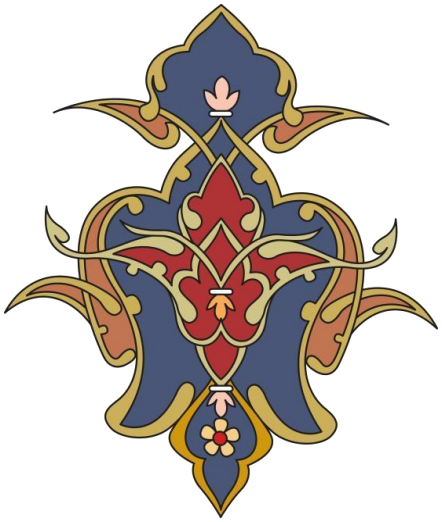


محتويات العدد (باللغة العربية)

المجلد التاسع – العدد الأول: رمضان1443هـ/ نيسان2022م

البـــاحث/ الباحثـــون	عنوان البحث	الصفحات
أ.د هاني سليمان طعيمات عطا سالم أبو الغنم	حق الزوجة في الكد والسعاية دراسة تأصيلية في ضوء الاجتهاد المالكي	58-13
د. عبد الله عبد القادر قويدر و د.حازم يحيى القضاة	المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام الشافعي في المذهب الجديد دراسة فقهية مقارنة بين البويطي والمزني في أبواب الزكاة والصيام والاعتكاف	98-59
برجس خليل الشوابكة	المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كـــورونـا (COVID-19) فـــي التـشـريـع الأردني	131-99
د.علا غازي عباسي	النظام القانوني للأسلحة النووية دراسة تحليلية في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لعام 1996	175-133
د. عابد بن عبدالله الثبيتي	ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين وأبرز تطبيقاتها المعاصرة	207-177
أ.د محمد خالد منصور هبة محمد منصور	مقاصد الاستثمار الشرعية دراسة تأصيليه تطبيقية في المصارف الإسلامية	243-209
د.عبد الغفور محمد الصيَّادي	تخريج الأصول من الفروع عند الإمام الليث بن سعد	279-245
د. سلغريوفا برلنت ماجوميدوفنا	الوصية الواجبة للكتابية من زوجها المسلم (دراسة فقهية مقاصدية)	310-281
د.عصام عبد اللطيف عبد المولى	الحكمة في المصطلح الأصولي المفهوم والمحددات	343-311
د.ممدوح حسن العدوان و أ.د. فيصل عقلة شطناوي	رقابة القضاء الدستوري على التعديلات الدستورية	376-335

شريف كامل الشوابكة	الحجر للسفه والتبذير	414-377
د. حمادي عبد النور	تراجع حرية التعاقد تحد جديد لنظرية العقد	441-415
د.نمر النمر	وظائف الاستحسان	479-443
د.محمود سعيد عطية	البناء المنهجي للعقائد	531-481
د. أحمد حسن أبو صباح	الطعن القضائي لقرارات ضريبة الدخل أمام محكمة البداية الضريبية دراسة تحليلية في القانون الأردني	560-533
د.محمد الفاعوري	التنكيس في العبادات	580-561



حق الزوجة في الكد والسعاية دراسة تأصيلية في ضوء الاجتهاد المالكي

أ.د. هاني سليمان الطعيمات* عطا سالم أبو الغنم**

تاريخ وصول البحث: 21/ 4/ 2020م تاريخ قبول البحث: 27/ 8/ 2020م

الملخص

يجيب هذا البحث على إشكالية بدأت بالظهور في بعض المجتمعات الإسلامية، تتعلق بقيام الزوجة بالمساهمة في تكوين ثروة زوجها أو تنميتها، خاصة وأن هذه الثروة من الناحية العملية غالبا ما تكون في ملكية الزوج أو مسجلة باسمه، باعتبار مركزه في هرم الأسرة، وذلك بالإستناد إلى ما يسميه فقهاء النوازل من المالكية بـ"حق الكد والسعاية". وقد انتهى البحث إلى أن مبدأ العدالة والإنصاف في الشريعة الإسلامية يقتضي أخذ جهود الزوجة العاملة في مال زوجها بعين الإعتبار، وعلى أساس إجارة الخدمة.

*أستاذ دكتور، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

**باحث، دائرة قاضي القضاة.

The Wife's Right of Hard Work According to the Maliki Jurisprudents

Prof.Dr. Hani Al-Ta'imat **Atta Salem Abu Al-Ghanm**

Abstract

This research answers a problem that has begun to appear in some Muslim societies, which relates to the wife helping to create and develop her husband's wealth. Especially that practically this wealth is often in the ownership of the husband or registered in his name as the head of the family, according to what jurisprudents call " the right of hard work".

The research concluded that the principle of justice and equity in Islami Law demands considering the efforts of the wife who helps in the development of her husband's money as a service allowance.

المقدمة:

من المعلوم أن عمل المرأة في العصر الحاضر قد أصبح على نحو لم يكن موجودا في الزمن السابق، فبعد أن كان عملها الطبيعي في بيتها إدارة ورعاية، وما سوى ذلك كان استثناء فرديا لا يستوجب الذكر والمناقشة في ذلك العصر، أصبح عملها اليوم خارج بيتها، حيث تخرج منه وتذهب إلى العمل بشكل يومي، وتأخذ راتبا شهريا، مثلها مثل الرجل في ذلك، الأمر الذي أصبح له تبعات مادية واجتماعية على الحياة الأسرية، هذا من جانب. ومن جانب آخر، إذا كان كل من الزوجين يتمتع باستقلال ذمته

المالية، دون وصاية أو تدخل من الطرف الآخر، فإن متطلبات الحياة الأسرية المشتركة من الناحية العملية غالبا ما تدفع الزوجين الى المساهمة بجهدهم المادي والمعنوي في سبيل مواجهة الأعباء المالية للأسرة، والمحافظة على سلامتها وضمان استمرارها، وقد يتطور الأمر الى حد اشتراك الزوجين في تكوين ثروة الأسرة المالية أو تنميتها، وهذا الواقع العملي يطرح إشكالية مدى الحفاظ على الذمة المالية أو الإستقلال المالي لكلا الزوجين، كما يطرح إشكالية مدى إمكانيةالإعتراف بحق الزوجة في الثروة المنشأة بفعل مساهمتها وكدها، خاصة وأن هذه الثروة من الناحية العملية غالبا ما تكون في ملكية الزوج أو مسجلة باسمه، باعتبار مركزه في هرم الأسرة، فهوالقائم بأعمالها والمدبر لأحوالها.

والحقيقة أن فقهاء المالكية من المغاربة في القرن الثامن الهجري قد تصدوا إلى الإجابة على هذه الإشكالية، وأفتوا بناء على العرف الذي جرى به العمل قضاء، أن كل شخص في الأسرة ساهم في تكوين ثروة الأسرة، أو إنمائها، له الحق في أن يأخذ نصيبا من تلك الثروة، يوازي قدر مساهمته وسعيه فيه، وهو ما يسميه فقهاء النوازل" بحق الكد والسعاية"، وهو موضوع بحثنا هذا، وقد جاء بعنوان"حق الزوجة في الكد والسعاية، دراسة تأصيلية في ضوء الإجتهاد المالكي".

أما أن هذا البحث دراسة تأصيلية؛ فلأنه يبين التكييف الفقهي لحقد الكد والسعاية، ويكشف عن الخلفية الأصولية الإستدلالية لمشروعية هذا الحق، و يبين أن حق الكد والسعاية كما جرى القضاء به سابقا في بلاد المغرب، فقد جرى في العصر الحاضر تضمينه في مدونة الأحوال الشخصية في كل من الجزائر والمغرب، وبالتالي يمكن الإستفادة من هذا التشريع المغاربي في قوانين الأحوال الشخصية العربية، ذلك أن إشكالية البحث التي أشرنا إليها سابقا ليست خاصة ببلاد المغرب العربي، وإنما هي موجودة أيضا في كثير من الأقطار العربية.

مشكلة البحث:

تكمن إشكالية البحث في الإجابة على التساؤل الرئيسي فيها، وهو: هل ثروة الأسرة التي كد الزوجان وسعيا في تكوينها، تكون بينهما بقدر كدهما ومساهمتهما في تحصيلها وتنميتها أم لا؟ وقد تفرع عن هذا التساؤل الأسئلة الفرعية التالية:

1 – ما المقصود بحق الكد والسعاية في الإجتهاد المالكي، وعند المعاصرين؟.

2 – ما الخلفية الأصولية لحق الكد والسعاية؟.

3 – ما مكونات الذمة المالية للزوجة؟.

4 – ما الإطار الزماني والمكاني لحق الكد والسعاية؟.

الدراسات السابقة:

إن موضوع الكسب المشترك بين المرأة وزوجها من الموضوعات التي تحتاج الى مزيد من البحث والدراسة، وهو موضوع انفرد الإجتهاد الفقهي المالكي بالتفصيل في أحكامه، وقد أطلق عليه فقهاء النوازل من متأخري المالكية اسم "حق الكد والسعاية"، وقد اطلع الباحثان على دراستين هامتين في هذا الموضوع، وهما:

1 – دراسة الدكتور إدريس الفاسي الفهري بعنوان "حق الكد والسعاية في الاجتهاد الفقهي المعاصر" وهي بحث مقدم الى ندوة "تطور العلوم الفقهية" وموضوعها: "فقه العصر في مناهج التجديد الديني والفقهي"، والمنعقدة في سلطنة عمان في الفترة من 5–8\4\2010. وفي هذه الدراسة ركز الباحث على بيان الموجه العرفي الخاص لحق الكد والسعاية، وبيان الخلفية الأصولية

التي يستند إليها الإجتهاد المالكي في مشروعية هذا الحق، وذلك من خلال تقديم نماذج من الفتاوى الأساسية التي صدرت بشأن الكد والسعاية، ومن خلال بيان أثر الكد والسعاية في مدونة الأسرة المغربية، وفي السوابق القضائية. لكن هذه الدراسة جاءت مختصرة، فلم تتعرض لتحديد مفهوم حق الكد والسعاية، وارتباطه بكسب الزوجة العاملة، ولا لتكييف هذا الحق، ولا للإطار الزماني والمكاني لهذا الحق.

2 – دراسة الباحث عمر المزكلدي بعنوان "حق الكد والسعاية، محاولة في التأصيل" وهو بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، مقدم الى كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية في جامعة محمد الخامس بالرباط في السنة الجامعية 2005 – 2006. وفي هذه الدراسة ركز الباحث على بيان مدى ارتباط مفهوم ومشروعية حق الكد والسعاية بالعرف المحلي المغربي، وبيان مدى خضوع القواعد الضابطة لهذا الحق للعرف المحلي. ومع أهمية هذه الدراسة وفائدتها العلمية إلاأنها ابتعدت عن الإجتهاد الفقهي ضمن الإطار العام للتشريع الإسلامي بمذاهبه المختلفة، وضمن مصادره المتنوعة "غير العرف"، فبالإستناد الى بعض مصادر التشريع غير العرف تتأكد مشروعية حق الكد والسعاية، ويتحدد نطاقه الزماني والمكاني، ويتبين الراجح في تكييفه الفقهي،

وبالتالي يتأصل حق الكد والسعاية وفق قواعد الإجتهاد وأصوله في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة، ومن ثم البناء على هذا الإجتهاد فيما يتعلق بهذا الحق في قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية.

أهمية البحث وأهدافه:

يظهر بوضوح من خلال ما تقدم بيانه مدى أهمية هذا البحث، فهو إضافة نوعية في موضوعه مع قلة الدراسات السابقة فيه، وخصوصا في البلاد العربية التي لا تتبع المذهب المالكي. وهو يهدف إلى بيان مدى مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على استيعاب نوازل العصر ومستجداته، وبيان كيف أن مبدأ العدل والإنصاف الذي جاءت به الشريعة الإسلامية يتسع لإنصاف كل من الزوجين في مجال التكسب بالعمل داخل المنزل وخارجه؛ لتكوين ثروة الأسرة وتنميتها.

منهجية البحث:

اقتضت طبيعة الدراسة إتّباع المنهجين التاليين:

1 – المنهج الإستقرائي: وذلك بتتبع فتاوى علماء النوازل من فقهاء المالكية والمتعلقة بحق الكد والسعاية، وتتبع الأدلة الشرعية التي تؤيد العمل بهذا الحق، وكذلك تتبع الشواهد القانونية الموجودة في التشريعين المغربي والجزائري، التي تصلح أساسا للتخريج عليها، والمطالبة بتعديل غيرهما من التشريعات العربية بتضمينها حق الكد والسعاية.

2 – المنهج التحليلي: وذلك بتحليل مضمون الفتاوى المأثورة في حق الكد والسعاية، وبيان أساس مشروعية هذا الحق، وتكييفه الفقهي على أساس من الشركة أو الإجارة، وبيان زمان استحقاقه.

خطة البحث:

تشتمل الدراسة على ثلاثة مباحث وهي:

المبحث الإول: ارتباط حق الكد والسعاية بكسب الزوجة العاملة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم كسب الزوجة وأسبابه.

المطلب الثاني: علاقة كسب الزوجة بحق الكد والسعاية في الإجتهاد المالكي.

المبحث الثاني: تأصيل حق الكد والسعاية، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ارتباط حق الكد والسعاية بفتاوى النوازل في المذهب المالكي.

المطلب الثاني: حق الكد والسعاية بين المشروعية وعدمها.

المطلب الثالث: حق الكد والسعاية في التشريعين المغربي والجزائري.

المبحث الثالث: أحكام حق الكد والسعاية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لحق الكد والسعاية.

المطلب الثاني: النطاق الزماني والمكاني لحق الكد والسعاية.

المبحث الأول: ارتباط حق الكد والسعاية بكسب الزوجة العاملة.

المطلب الأول مفهوم كسب الزوجة وأسبابه

الفرع الأول: مفهوم كسب الزوجة.

الكسب في اللغة: مصدر كَسَبَ، من باب ضرب، يقال: كسب مالا، أي: ربحه، واكتسب كذلك. وكسب لأهله واكتسب: طلب المعيشة، وكسب الإثم واكتسبه: تَحمَّله[1].

و في الإصطلاح: عرفه محمد بن الحسن الشيباني في كتابه" الكسب"بقوله: (والاكتساب في عرف أهل اللسان: تحصيل المال بما يحل من الأسباب، واللفظ في الحقيقة يستعمل في كل باب، ولكنه عند الإطلاق يفهم منه إكتساب المال)[2].

وعرفه الجرجاني بقوله:"هو الفعل المفضي إلى اجتلاب نفع أو دفع ضرر"[3].

إذن كل عمل يفضي إلى جلب نفع مهما كان هذا النفع للإنسان، فهو كسب، أو يدفع عنه ضررا كذلك، ويدخل تحته الأعمال البدنية، و الفكرية، والوجدانية كالإيمان. وتدخل الحرفة تحت مفهوم الكسب، وهو أعم منها؛لأن الكسب قد يكون حرفة وقد لا يكون.

والكسب أيضا نتيجة العمل، مادية كانت أو معنوية؛ فمن يعمل بيده في التجارة أو الزراعة فإنه يكسب مالا، والمال هنا هو الكسب الذي هو نتيجة للعمل، فقد جاء في تفسير ابن كثير عند تفسير قول الله تعالى في الآية (267) من سورة البقرة:﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾: (يأمر تعالى عباده المؤمنين بالإنفاق..... من طيبات ما رزقهم من الأموال التي اكتسبوها. قال مجاهد: يعني التجارة بتيسيره إياها لهم. وقال علي والسدي:﴿مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾يعني الذهب والفضة، ومن الثمار والزروع التي أنبتها لهم من الأرض. قال ابن عباس: أمرهم بالإنفاق من أطيب المال وأجوده وأنفسه)[4].

وعليه فكسب المرأة: هو المال الذي تكسبه بما يحل من الأسباب، وهي:

1 – عقد الزواج: فقد رتب الشارع للمرأة كسبا ماليا بالعقد عليها، كالمهر، وتستحق نصفه إذا تم الطلاق قبل الدخول، وتستحقه كله إذا وجد ما يؤكده من دخول أو خلوة الصحيحة أو الموت، وكالنفقة وتستحقها ما دامت في عصمة الزوج، أو في عدة الطلاق، وتشمل هذه النفقة الطعام والشراب واللباس والمسكن والعلاج، وما يتعلق بهذه الأمور، وذلك بحسب حال الزوج عسرا أو يسرا.

2 – الميراث: حيث حكم الشارع لها بنصيب من تركة مورِّثها سواء أكان زوجا أم غيره، من أب وأم وأخ وأخت ونحوهم من المورثين، على نحو ما هو مفصل في قواعد الميراث في الفقه الإسلامي.

3 – العمل: ويقصد به: الجهد البدني والفكري الذي تبذله المرأة للحصول على المال؛ فقد تكون المرأة عاملة أو موظفة أو تاجرة، ونحو ذلك، وما تستفيده من هذا الجهد، هو كسب خاص بها.

ولإرتباط الكسب عن طريق العمل بموضوع بحثنا نفصل القول فيه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: كسب الزوجة بالعمل وصوره.

لا شك أن المرأة كالرجل تماما تساويه في الإنسانية، وكلاهما خلق للعمل وعمارة الأرض وفق هدى الله تعالى، وكل ميسر لما خلق له، فالمرأة لها أعمالها التي تناسب فطرتها وأنوثتها، والرجل له أعماله التي تناسب طبيعته ورجولته، وقد دخلت المرأة ميادين العمل منذ القدم، فشاركت في الزراعة، وتربية المواشي، وعملت في المهن البدائية والحرف اليدوية، كالغزل والنسيج ونحو ذلك، فكانت تعين أهلها قبل الزواج، وكانت عونا لزوجها بعد الزواج، كل ذلك يجري بلا هموم ولا مشكلات ولا تعقيدات.

على أن العمل الأساسي والطبيعي المناسب لفطرة المرأة، المتلائم مع رسالتها الأساسية في الأرض، هو العمل المنزلي، ويتمثل في "الأعمال المنزلية"، وفي القيام بأمور الزوج من رعاية وتعاهد وحسن تبعّل، وكذا أمور الإنجاب والتناسل وما يتبعه من إرضاع وتربية وحضانة.

وهذا النوع هو أسمى عمل للمرأة، بل إن المرأة هي الأكفأ والأجدر للقيام به، إذ الأصل أن وظيفة المرأة هي إدارة بيتها ورعاية وتربية أولادها، وحسن تبعّلها لزوجها، والتفصيل في حكم قيام الزوجة بهذا النوع من العمل، والخلاف الفقهي في ذلك يخرج عن نطاق بحثنا.

وأما التكسب بالعمل، فالأصل فيه أنه أمر ثانوي بالنسبة للمرأة، وهو جائز شرعا عند وجود أسبابه ومبرراته، جاء في حاشية ابن عابدين: "للوالد دفع

ابنته إلى امرأة تعلمها حرفة كالتطريز والخياطة، وبذلك تعول نفسها من كسبها عند الحاجة"[5].

ويقول د. محمد الزحيلي:"ويحق للمرأة ممارسة العمل خارج البيت بشرط مشترك بينها وبين الرجل، وهو: الإلتزام بالأحكام الشرعية والآداب الإسلامية، مع ما يخصها من الحجاب والحياء، والتحرز من الخلوة الممنوعة بالرجال الأجانب"[6].

وتكسب المرأة بالعمل يكون داخل المنزل أو خارجه، وهو قد يكون بعمل خاص، أو بعمل مشترك في مال زوجها أو في غير ماله، فتكون صور هذا التكسب كما يلي:

1 – كسب الزوجة بعملها المستقل، داخل المنزل أو خارجه.

2 – كسب الزوجة بالعمل المشترك مع زوجها في مال غيرهما.

3 – كسب الزوجة بعملها في مال زوجها، وحدها أو معه.

والصورة الثالثة من كسب المرأة هي المرتبطة بحق الكد والسعاية، والتفصيل فيها يكون في المطالب التالية من البحث، وأما الصورتين الأولى والثانية فنوضحها بايجاز وعلى النحو التالي، وذلك إكمالا للفائدة وتجنبا للنقص، كون التفصيل فيهما يخرج عن نطاق بحثنا:

أولا: كسب الزوجة بعملها المستقل: كعملها في وظيفتها الخاصة في القطاع العام أو الخاص؛ طبيبة أو معلمة أو ممرضة، وكعملها في الصناعات الخفيفة مثل: الغزل والنسيج والتطريز والخياطة، وكتأجير نفسها لإرضاع طفل وحضانته، وكتربية الحيوانات والإتجار بها، وغرس الأشجار وقطف الثمار، ونحو ذلك مما تقوم به المرأة المعاصرة داخل بيتها وخارجه؛ كعمل تصاميم وديكورات لبعض الشركات والمنتجات.

وقديماً اختلف الفقهاء في هل للمرأة التكسب بعملها الخاص بإذن زوجها وبغير إذنه؟.

فذهب الحنفية في قول عندهم والشافعية إلى أنه لها ذلك، شريطة ألا يؤدي عملها إلى تنقيص حق الزوج، أو الإضرار به، فقد جاء في حاشية ابن عابدين:"والذي ينبغي تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو يؤدي إلى خروجها من بيته، أما العمل الذي لا ضرر له فيه، فلا وجه لمنعها منه خصوصاً في حال غيبته عن بيته، فإن ترك المرأة بلا عمل في بيتها يؤدي إلى وساوس النفس والشيطان"[7].

وجاء في نهاية المحتاج للرملي:"وليس له منعها من نحو غزل وخياطة في منزله"[9].

وقال الماوردي عند حديثه عن فسخ العقد لإعسار الزوج بالنفقة:"فلو قدرت على اكتساب النفقة في منزلها بغزل أو خياطة، فأرادت الخروج للتكسب بعمل في غير منزلها كان لها ذلك؛ لأنه لا يستحق الحجر عليها في أنواع الكسب"[9].

وذهب المالكية والحنفية في قول ثان لهم أن للزوج منعها من العمل، غير أن المالكية قيدوا المنع بعدم التعسف من قبل الزوج، وبما إذا كان العمل يؤدي إلى إضعاف جسم المرأة، فقد جاء في شرح مختصر خليل للخرشي :"وله أن يمنعها من فعل ما يوهن جسدها من الصنائع، وله منعها من الغزْل ما لم يقصد بذلك ضررها"[10].

وجاء في البحر الرائق:"له أن يمنع امرأته من الغزل، ولا تتطوع للصلاة والصوم بغير إذن الزوج، كذا في الظهيرية، وينبغي عدم تخصيص الغزل، بل له أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب؛ لأنها مستغنية عنه لوجوب كفايتها عليه، وكذا من العمل تبرعا لأجنبي بالأولى"[11].

والتفصيل في هذا الخلاف كما قدمنا يخرج عن نطاق بحثنا، ونرى أن الجمع بين القولين أولى من العمل بأحدهما دون الآخر، فنرجح أن يكون العمل بإذن الزوج، دون تعسف منه في المنع؛ وذلك لوجوب طاعتها له، شريطة ألا يؤدي عمل المرأة إلى تقصيرها في واجباتها تجاه أسرتها، وألا يؤدي إلى إضعاف جسمها، مراعاة لحق زوجها عليها.

وإذن الزوج للمرأة بالعمل شرطته قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلاد العربية، كالأردن والمغرب والجزائر؛ فالمادة (61) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019م اشترطت أن يكون عمل المرأة مشروعا في أصله، وأن يأذن الزوج به صراحة أو دلالة، حيث جاء فيها:

" أ– تستحق الزوجة التي تعمل خارج البيت النفقة بشرطين:

1 – أن يكون العمل مشروعا 2 – أن يوافق الزوج على العمل صراحة أو دلالة"

وفي قانون الأسرة الجزائري رقم (84 – 11) لسنة 1984م للزوجة أن تشترط في عقد الزواج كل ما تراه ضروريا، كاشتراط بقائها في العمل، أو اشتراط أن لا يمنعها زوجها من العمل بعد الزواج، فقد جاء في المادة"19"من هذا القانون:"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج، أو في عقد لاحق، كل

الشروط التي يرياانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافَ هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وحول هذه المسألة ذكر بعض شراح قانون الأسرة الجزائري أن"للزوجة المحترفة التي تشتغل بعمل يقتضي خروجها من البيت، تستحق النفقة في حالتين هامتين هما:

الأولى: اشتراط المرأة العمل خارج البيت حين العقد.

الثانية: استمرار الزوجة في العمل، والزوج لم يمنعها من ذلك"[12].

وأما مدونة الأحوال الشخصية المغربية رقم (70\3 لسنة 2004م) فلم تتطرق إلى ضوابط عمل المرأة بالنص عليها، لكن المادة"400"منها نصت على أن:"كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يُرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

وبالرجوع إلى المذهب المالكي[13] نجد أن الزوجة لا بد لها من أخذ إذن زوجها في حال خروجها للعمل، بالإضافة إلى مراعاة الضوابط الشرعية الأخرى في لباسها بحيث يكون موافقا للشروط الشرعية، وعدم الإضرار بمصلحة الزوج والأولاد، وأن يكون العمل مباحا وملائما لطبيعتها.

ثانيا: كسب الزوجة بالعمل المشترك مع زوجها في مال غيرهما:

قد تشترك المرأة مع زوجها في التكسب بالعمل في مال الغير مقابل حصة معينة أو أجر واحد بينهما، أو مقابل حصة أو أجر لكل منهما؛ مثل عملهما في التجارة مضاربة بنسبة من الربح لهما أو لكل منهما، ومثل عملهما مزارعة أو مغارسة في أرض الغير بجزء من الغلة. وقد يشتركان بأبدانهما بالعمل في حرفة أوصنعة معينة كالحياكة، وكالاستشارات القانونية أو الفنية، ونحو ذلك من الأعمال البدنية.

وبحسب قواعد الشركة في الفقه الإسلامي، فإن ما يحصلان عليه من ربح أو أجر يكون بينهما بحسب الإتفاق، لإشتراكهما في العقد والعمل، وينفرد كل منهما بعد ذلك بكسبه وعلى نحو ما سنبينه تاليا.

الفرع الثالث: اختصاص الزوجة العاملة بكسبها.

لقد أعطت الشريعة الإسلامية المرأة حقوقها المدنية كاملة، وبحسب الأدلة العامة، والقواعد المقررة في هذه الشريعة، فإن للمرأة ذمتها المالية المستقلة مثل الرجل تماما، ما دامت بالغة عاقلة رشيدة، وليس لأوليائها عليها سلطان مالي قبل

الزواج، ولها أن تدير مالها بنفسها، أو توكل من تشاء لإدارته[14]، ولها أهليتها الكاملة حيث تستقل بالتصرف فيما تملكه من مال، وما تكسبه من دخل، ولا يُحجر عليها إلا للأسباب الشرعية للحجر، والتي يستوي فيها الرجال والنساء[15].

وكذلك بعد الزواج فإن ذمتها منفصلة عن ذمة زوجها، فلها أن تتولى شؤون أموالها بنفسها، وليس للزوج سلطان عليها في ذلك إلا بتوكيل منها، فإن منحته التوكيل تولى إدارة أموالها، ولها أن تعزله متى شاءت.

فقد جاء في كتاب المغني لإبن قدامة:"أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة، ولا حق لزوجها فيه، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر"[16].

وجاء في كتاب الأم للشافعي:"فإذا كان هذا هكذا لها أن تعطي من مالها من شاءت بغير إذن زوجها وكان لها أن تحبس مهرها وتهبه ولا تضع منه شيئاً"[17].

وأيضا الزوجة تختص بكسبها، فلا حق لزوجها فيه، إلا أن تتبرع له برضاها، وأيضا لا يكون شريكا لها فيه بدعوى أنها زوجته، أو أن عملها كان يشغلها عن القيام بواجباتها الزوجية، ما دام أنه قد أذن لها بالعمل، كما أنها لا تكون شريكة له في كسبه؛ لإنعدام الشركة بينهما؛ فهما لم يعقداها، ولم ينوياها، ولم يدخلا عليها، فكل واحد منهما له حق التصرف في ماله من دون أن يتدخّل أحدهما في أمر الآخر[18].

وقد التزمت قوانين الأحوال الشخصية العربية بما هو مقرر في الفقه الإسلامي، من استقلال ذمة المرأة المالية، ومن أهليتها في التصرف في مالها دون إذن زوجها، ففي مدونة الأسرة المغربية، نصت المادة (49) منها على أنه: (لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر).

وفي قانون الأسرة الجزائري، نصت المادة (37) منه على أنه: (لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر).

وأما قانون الأحوال الشخصية الأردني فلم يتعرض لهذه المسألة بنص قانوني صريح، غير أن المادة (325) من نصت على أنه: (ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون).

ومن المقرر في المذهب الحنفي أن كل واحد من الزوجين له ذمة مالية مستقلة.

الفرع الرابع: استغلال الزوج مال زوجته وكسبها الخاص في فترة الزوجية.

هناك إشكالية في عصرنا الحاضر عمت بها البلوى، وهي حالة الزوجة التي يستهلك الزوج كسبها ومالها الخاص بوسيلة من الوسائل، ويستفيد منه بوجه من الوجوه، كأن يستثمره في مشروع من مشاريعه، أو تنفقه عليه وعلى أولاده في حضوره أو غيابه، أو تسكنه في دارها، أو تؤدي عنه أجرة مسكنه، أو يستغل أرضها ويأخذ ثمار أشجارها، وما شابه ذلك. ثم تقوم الزوجة تطالب بحقها في حياة زوجها، أو بعد موته، أو يقوم ورثتها بعد وفاتها يطالبون الزوج أو ورثته بعد وفاته. فهل تعد الزوجة هنا شريكة للزوج في أملاكه بما انتفع من أموالها؟ أم تعد دائنة له بتلك المبالغ التي أخذها؟ أم تعد متبرعة لا شيء لها؟.

وقد قام الدكتور محمد التاويل، وهو مالكي المذهب، بدراسة هذه الحالة، والإجابة على الأسئلة فيها، وذلك في كتابه "إشكالية الأموال المكتسبة في مدة الزوجية، رؤية إسلامية"، ونظرا لإتفاقنا معه في رؤية ما أجاب به نقتبس ما قاله بايجاز؛ لضرورة الإختصار، وعدم تضخم حجم البحث، فهو يرى[19]:

1 – أنه لا سبيل لاعتبار الزوجة شريكة للزوج فيما كسبه خلال الزوجية بنسبة ما استهلكه من أموالها، ولا وجه لذلك بحال من الأحوال، ولم يقل به أحد من الفقهاء؛ لعدم تحقق أركان الشركة، خاصة وأنه لم يصدر من الزوجين ما يدل على إرادة الشركة بحال من الأحوال.

2 – وأما اعتبار الزوجة دائنة أو متبرعة، فإن ذلك يختلف باختلاف الوسائل التي حصل بها الزوج على مال زوجته، والظروف التي استهلك فيها مالها، فهي تعد دائنة ترجع على زوجها بجميع ما استفاده من أموالها في ثلاث حالات، هي:

الحالة الأولى: استغلال الزوج مالها، واستهلاكه بالقهر والتسلط، إذا ثبت ذلك بإقراره أو شهادة البيئة، فإن الشريعة الإسلامية أعطتها الحق في الرجوع عليه بكل ما استغل من أملاكها، وأكل من أموالها؛ لإنه غاصب لمالها، معتد عليه، يلزمه غرمه؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 194]، ولقوله ﷺ: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه"[20]، والزوجة لم تطب نفسها بما أكل من أموالها.

الحالة الثانية: اسغلال الزوج مالها على مرأى ومسمع منها، دون إذن صريح، ولا تسلط واضح، فإن المشهور في المذهب المالكي أنها ترجع عليه بكل ما استغل من أموالها؛ لعموم الأدلة المذكورة في الحالة السابقة.

الحالة الثالثة: إعطاء الزوجة المال لزوجها على سبيل القرض، ففي هذه الحالة تكون كغيرها من الدائنين، وذلك لعموم الأدلة الشرعية التي توجب قضاء الدين والوفاء به، والتي لا تفرق بين الزوج والزوجة وغيرهما.

3 – وتعد الزوجة متبرعة لا حق لها في الرجوع على الزوج بشيء مما أكل واستغل إذا أعطته المال على جهة التودد له أو على وجه المساعدة له، فإنها في هذه الحالة لا حق لها في محاسبته بشيء من ذلك؛ لقوله ﷺ: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"[21]. وكذلك إذا أعطته ذلك المال على شرط حسن عشرتها، أو ألا يتزوج عليها، أو ألا يطلقها، فما لم يف الزوج بالشرط يحق لها أن ترجع عليه بكل ما أعطته، إذا أساء عشرتها أو طلقها أو تزوج عليها؛ لعموم قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[22].

المطلب الثاني: علاقة كسب الزوجة بحق الكد والسعاية في الإجتهاد المالكي.

الفرع الأول عمل المرأة في مال زوجها وعلاقته بحق الكد والسعاية في الإجتهاد المالكي.

ذكرنا في المطلب الأول أن من صور تكسب المرأة بالعمل، عملها في مال زوجها، وحدها أو معه، ومذهب المالكية أن الزوجة لا يلزمها العمل في مال زوجها سواء داخل المنزل أو خارجه، فلا يلزمها لقط زيتون ولا قطف ثمار، ولا نسج ثياب، ولا تربية ماشية، ولا نحو ذلك من الأعمال المعاصرة التي يتكسب بها، كالعمل في شركة الزوج أو مصنعه أو متجره[23].

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" : ويجب عليه إخدام أهله بأن يكون الزوج ذا سعة، وهي ذات قدر ليس شأنها الخدمة، أو هو ذا قدر تزري خدمة زوجته به، فإنها لأهل للإخدام بهذا المعنى، فيجب عليه أن يأتي لها بخادم، وإلا بأن لم تكن أهلا للإخدام، أو كانت أهلا والزوج فقير، فعليها الخدمة الباطنة ولو غنية ذات قدر من عجن وكنس وفرش وطبخ له، لا لضيوفه فيما يظهر.... بخلاف النسج والغزل والخياطة ونحوها مما هو من التكسّب عادةً فهي واجبة عليه، لا عليها له"[24].

وجاء في مِنَح الجليل:"بخلاف الخدمة الظاهرة كالنسج والغزل والخياطة والطرز لا تلزمها ولو جرت بها العادة؛ لأنه تكسب للنفقة، وهي واجبة عليه لها"[25].

ولكن ماذا إذا اختارت الزوجة العمل في مال زوجها، والمشاركة في تنمية ثروته واستثمارها، ثم قامت بعد ذلك تطالب بنصيبها فيما نتج عن عملها من نماء في مال زوجها، فهل تجاب لطلبها؟ هذا ما أجاب عنه المعاصرون من علماء المغرب من خلال دراستهم لحق الكد والسعاية في فتاوى فقهاء النوازل في المذهب المالكي.

وأما في غير المذهب المالكي فقد وردت إشارة الى مضمون الكد والسعاية في الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية من كتب الحنفية، حيث جاء فيها:"امرأة مُعلَمة، يعينها الزوج أحيانا فالحاصل لها، وفي إلتقاط السنبلة إذا التقطا فهو بينهما أنصافا"[26]، وهذا النص الفقهي يشير إلى مشروعية تقاسم المال الناتج من اشتراك الزوجة في العمل مع زوجها في المذهب الحنفي، ولكن لم نجد غير هذه الإشارة في كتب الحنفية، كما لم نجد ذكرا لهذه المسألة في المذهبين الشافعي والحنبلي. وفي الصفحات التالية من هذا البحث سيأتي تفصيل ما يتعلق بكد وسعاية الزوجة في مال زوجها.

الفرع الثاني مفهوم حق الكد والسعاية:

مصطلح الكد والسعاية أو ما يسمى بـ"حق الكد والسعاية"، مصطلح مركب من كلمتين، ويسميه بعض أهل المغرب "حق الجراية"أو"حق الشقا"أو"حق الحريق"، وذلك تعبيرا عن الخدمة الشاقة المرتبطة بالعمل اليدوي إلى درجة أن اليد تتأذى بذلك العمل[27].

والكد في اللغة: مصدر الفعل "كد"بتشديد الدال، فيقال:كد، يكد، كداً، بمعنى اشتد في العمل وطلب الرزق[28]. والسعاية: اسم مصدر من سعى، فيقال: سعى، يسعى، سعيا وسعاية، إذا عمل، والسعي بمعنى: الكسب[29].

وعلى العموم، فدلالة مصطلح"الكد والسعاية"من الناحية اللغوية، تدورحول معاني العمل وبذل الجهد في التحصيل والإنتاج، والتعبير عنه بالحق، إشارة إلى كونه يمثل مقابلا عما يبذله السعاة من كد وسعاية في سبيل تنمية مال الأسرة أو تكوينه[30]. ويعبر عن هذا المصطلح في اللغة الأمازيغية بكلمة"تامازالت"، ومعناها: جرى وسعى، وهي كلمة مركبة تركيبا مزجيا من كلمتين

هما:كلمة"تمارا"وتعني"الكد"، وقد ذهبت الراء منها عند التركيب المزجي. والكلمة الثانية هي فعل"أزل"بكسر الزاي، ويعني جرى أو سعى[31].

ومع شيوع هذا المصطلح لا نجد قدامى الفقهاء من المغاربة قد تعرضوا له بالتعريف، إلا ما كان من بعض الإشارات المجملة التي قد تحمل تعريفا مقتضبا له، ومن ذلك ما كان من الفقيه سيدي محمد بن إبراهيم المزوار، حيث سئل عن معنى السعاية، فقال:"معنى السعاية، ما استفادوه من المال عملهم"[32].

ومع الإهتمام بتحديد المفاهيم والمصطلحات في العصر الحاضر نجد بعض المعاصرين من المغاربة قد عرف حق الكد والسعاية بأنه:"الحق الذي يخول للمرأة حسب التقليد السائد من الحصول على نصيب بعد الطلاق أو وفاة الزوج من أموال الأسرة التي ساهمت خلال الحياة الزوجية في توفيرها وتنميتها بكدها وجهدها[33].

ولكن بعض المعاصرين من المغاربة لم يرتض اختزال حق الكد والسعاية في صورة حق للزوجة فقط، وإنما توسعوا في مفهومه ليشمل كل أفراد الأسرة المشاركين في تكوين وتنمية ثروتها، يقول الباحث عمر المزكلدي:"فالفقهاء القدامى متفقون على أن حق الكد والسعاية غير مقصور على الزوجة فقط، وإنما هو حق ثابت لكل أفراد الأسرة الواحدة، فقد سئل الفقيه عيسى السكتاني عن رجل يتصرف مع أولاده وزوجته في أملاكه كعادة أهل سوس، إلى أن مات الرجل وترك زوجته وأولاده، فهل يقتسمون ما زاد على الأصل، كل واحد على قدره وكده من الأصاغر والأكابر أم لا؟. فأجاب:"بأنهم يقتسمون على قدر كدهم"أي لا فرق بين الذكر والأنثى، ولا بين حياة الأب وموته، ولا بين الزوجة والأخوة وغيرهم، فكل من الشركاء بقدر عملهم فيها. وفي نوازل الورزيزي:"أن الأم إذا كانت تعمل مع أولادها مثل النسج والغسل ونحوهما، فإنها تكون شريكة فيما نشأ من خدمتهم، وخدمتها أيضا بينهما، وكذلك الأخت مع إخوتها، والبنت مع أمها، والزوجة مع زوجها، كما أن السعاية قد تكون بين الولد وأبيه، فقد ورد في المنهل العذب السلسبيل للأزاريفي أنه: إذا ادعى الولد على أبيه بكده وكسب يده في جميع ما عنده من المال، وغلة الأصول، فعليه أن يحلف أنه لم يقصد بخدمته البر والإحسان إليه، فيعطى سعايته على حسب العادة والعرف"[34].

وبناء على ما نقله عمر المزكلدي من فتاوى النوازل نجده قد عرف الكد والسعاية بأنه:"حق

شخصي يقوم على أساس مساهمة السعاة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية أو تكوينها، مقابل استحقاقهم جزء من المستفاد، يتناسب وقدر مساهمتهم حين إجراء القسمة، وكل ذلك يتم وفق مقتضيات العرف المحلي وقواعده"[35].

وعرفته أمينة رضوان القاضية بالمحكمة المدنية بالدار البيضاء فقالت:" تتفق جميع التعاريف اللغوية في كون مصطلح الكد والسعاية يراد به: بذل الجهد في التحصيل والإنتاج.... ويقصد به في الاصطلاح الفقهي: العمل والجهد والكد الذي يساهم به الساعي إيجابيا في تكوين رأسمال أو تنميته، وهو يختلف باختلاف العمل المنجز وباختلاف القائم به، وقد اشترط بعض الفقه لاستحقاق الساعي نصيبه من أموال السعاية أن يصرح أن سعيه وكده ليس على سبيل التطوع"[36].

ويرى الباحثان أن تعريف أمينة رضوان غير مانع؛ فهو يشمل المضاربة، وهي نوع من أنواع الشركات، وفيها يكون المال من أحد الجانبين، والعمل في التجارة وغيرها من الجانب الآخر، والربح بينهما بحسب الإتفاق [37]، فعمل المضارب وما يبذله من كد وسعي لا يكون على سبيل التطوع، وهو يساهم به ايجابيا في تنمية ثروة رب المال، وبالتالي في تكوين رأس مال جديد.

وأما تعريف عمر المزكلدي فيرد عليه أنه اعتبر الكد والسعاية عملا يقوم به أفراد من الأسرة في إطار شركة عرفية من أجل تنمية ثروة الأسرة أو تكوينها، وهذه الشركة قد تكون بين الولد وأبيه، أو بين الأم وأولادها، كما تكون بين الزوجة وزوجها. ويرى الباحثان بأنه لا وجه لإعتبار ما يحصل بين أفراد الأسرة عقد شركة، سواء أكان الإشتراك في الأعمال فقط، أم في الأعمال والأموال، حيث يقوم بعضهم بالعمل فيما يملكه الآخرون من أموال؛ ذلك أنه بشكل عام تنتظم الشركات في الفقه والقانون قواعد عامة، سواء كان ذلك في أركان الشركات وشروطها العامة أو الخاصة، أو في خصائصها التي تميزها عن سائر العقود [38]. وحق الكد والسعاية يفتقر إلى أهم قاعدة من تلك القواعد، وهي الصيغة وإرادة التشارك بقصد اقتسام الربح.

ثم إن أنواع الشركة في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ليس من بينها ما يسمى بالشركة العرفية، يقول عبد العزيز الخياط في بيان أنواع الشركات في الفقه الإسلامي:"إذا أردنا أن نتوسع في معنى الشركة اقتضانا ذلك أن ندخل في أنواع الشركة

بالمعنى العام ما لم يصطلح الفقهاء والقانونيون على اعتباره شركة، وما لا يحتمله عرف الناس، فالشركة يمكن أن تكون في المساقاة والمزارعة والدين والوقف والصيد وإحياء الموات وغيرها، ولكن معظم الفقهاء على تضييق معنى الشركة وبالتالي تضييق أنواعها. فالشركة تشمل عند معظم الفقهاء نوعين هما: شركة الملك، وشركة العقد. وبعض الفقهاء عد اشتراك الناس في الأشياء العامة نوعا من الشركة، هو

شركة الإباحة. وأنا أميل إلى اعتبارها نوعا ثالثا لورود النص صراحة...."[39].

ومعنى شركة الملك: أن يكون الشيء مشتركا بين اثنين فأكثر بسبب من أسباب الملك، كالشراء والهبة والإرث وخلط الأموال بصورة لا تقبل التمييز. وأما شركة العقد فهي التي عناها الفقهاء عند إطلاق لفظ الشركة، ويعنون بها شركة التجارة؛ لأنها الشركة التي تنشأ بالعقد بين الطرفين [40].

وعليه فإن الكد والسعاية في حقيقته وماهيته هو مجرد عمل محله المال، فيكون من الحقوق المالية الشخصية، وتنتظمه القواعد الشرعية العامة، التي تنتظم إجارة الأعمال في الفقه لإسلامي.

وأما ما ذهب إليه عمر المزكلدي من عدم قصر حق الكد والسعاية بحسب المفتى به في المذهب المالكي على حالة الزوجة التي تعمل في مال زوجها فصحيح؛ وذلك لمشابهة حالتها مع زوجها بحالة الإبن أو البنت مع الأب، وحالة الأخت مع الأخ، وبالتالي تكون علة الحكم بين هذه الحالات واحدة، فوجب الإتحاد بينها في الحكم.

وقد التمس عمر المزكلدي الحجة لمن قصر حق الكد والسعاية على حالة الزوجة مع زوجها حيث قال:"ما ذهب إليه البعض من اختزال مفهوم حق الكد والسعاية في صورة حق للمرأة المتزوجة، إنما يرجع إلى أن لنزاعات المثارة أمام القضاء، والمتعلقة بموضوع حق الكد والسعاية، في الغالب الشائع، ما تكون مثارة بين الزوج وزوجته حيث تمثل المرأة المتزوجة الطرف الذي يرفع دعوى المطالبة بحق الكد والسعاية، ومع جريان النزاعات على هذا النحو، مقابل ندرة النزاعات المثارة بين أشخاص من غير الزوج والزوجة، تكرّس لدى العديد، أن مفهوم حق الكد والسعاية مرتبط بالمرأة المتزوجة، على الرغم من عدم صحة ذلك على ما تقدم بيانه [41].

هذا وبناء على ما تقدم من ملاحظات واعتراضات، فإننا نرى تعريف حق الكد والسعاية

بأنه:"مساهمة أفراد من الأسرة في تكوين ثروتها، أو في تنمية هذه الثروة بما يقومون به من أعمال في مال مملوك لبعضهم، غير متبرعين بهذه الأعمال، نظير نصيب من المال، يتم احتسابه وفق القواعد العامة التي تنتظم إجارة الأعمال".

المبحث الثاني تأصيل حق الكد والسعاية:

المطلب الأول ارتباط حق الكد والسعاية بفتاوى النوازل في المذهب المالكي.

ارتبط حق الكد والسعاية في المذهب المالكي بفتاوى فقه النوازل، وكنموذج لتلك الفتاوى ننقل اثنتين منها، متعارضتين في الحكم، تاركين التفصيل في تحليل مضمونها الى الصفحات التالية من هذا البحث، من حيث نطاق تطبيقها، وما تستحقه الزوجة مقابل عملها في مال زوجها.

الفتوى الأولى: فتوى قاضي مدينة فاس، الفقيه ابن عرضون [42]، وهي من أشهر الفتاوى في الموضوع، ونصها:"سئل أبو عبد الله سيدي محمد بن الحسن بن عرضون، عمن تخدم من نساء البوادي خدمة الرجال من الحصاد والدراس وغير ذلك، فهل لهن حق في الزرع بعد وفاة الزوج لأجل خدمتهن أو ليس لهن إلا الميراث؟ فأجاب: الذي أفتى به الشيخ القوري مفتي الحضرة الإدريسية شيخ الإمام ابن غازي قال: إن الزرع يقسم على رؤوس من نتج عن خدمتهم. زاد عليه مفتي البلاد الغمارية، جدُّنا سيدي أبو القاسم ابن خجو: على قدر خدمتهم، وبحسبها من اتفاقهم أو تفاوتهم. وزدت –أنا لله عبد: بعد مراعاة الأرض والبقر والآلة، فإن كانوا متساوين فيها أيضا فلا كلام، وإن كانت لواحد حسب له ذلك، والله تعالى أعلم" [43].

ومضمون هذه الفتوى أن المرأة البدوية التي تعمل في الزرع عمل الرجال، تحصده وتدرسه، ثم يموت زوجها، فإنها تأخذ نصيبها من الزرع بقدر عملها، بعد إخراج حصة وسائل الإنتاج الأخرى من أرض وبقرة وآلة.

يقول محمد التاويل تعقيبا على هذه الفتوى:"فهي كما ترى، فتوى محدودة جدا، في مكانها وموضوعها وأهلها، فهي أولا خاصة بنساء البادية دون الحاضرة، وبالنساء العاملات عمل الرجال في الفلاحة دون غيرهن، ثم هي خاصة بالزرع الذي يحصدنه ويدرسنه، دون غيره من الأموال، وأخيرا هي خاصة بحالة الوفاة، وليس فيها إشارة الى حالة الطلاق، ولا إلى حالة الوفاق والحياة. ولكن الذين جاءوا بعده توسعوا فيها، ولم يقفوا عند هذا الحد الذي رأيناه، بعدما فتح لهم ابن

عرضون الباب فانطلقوا في سباق محموم لتحقيق ما يسمونه: انصاف المرأة من الرجل ومساواتها به"[44].

الفتوى الثانية: وهي صادرة عن فقيه معاصر لابن عرضون، وهو قاضي مدينة سوس، الفقيه سعيد بن علي الهوزالي[45]، ونصها: "إن كان للزوج مال ولزوجته مال كذلك، وسعيا فيه، فالمستفاد يقسم بينهما على قدر المالين، وإن كان المال للزوج خاصة، وكانت الزوجة تخدم فيه، فلها أجرتها بالغة ما بالغت، وإن كان الزوج والزوجة لا مال في يد كل واحد منهما، بل أفادا جميع ما بأيديهما بخدمتهما وسعايتهما، فالمال بينهما نصفين، كقصة حبيبة المذكورة في "منتخب الأحكام" لابن أبي زمنين. والله تعالى أعلم"[46].

وهذه الفتوى تعارض فتوى ابن عرضون، ومضمونها: أن المرأة التي تعمل في مال زوجها خاصة، يكون لها أجرتها بالغة ما بلغت، وإذا عملت مع زوجها في مال غيرهما، فما يكسبانه بكدهما وسعيهما فيه، يكون بينهما مناصفة.

المطلب الثاني حق الكد والسعاية بين المشروعية وعدمها.

إذا كان الفقه المالكي هو الإطار المرجعي لحق الكد والسعاية في حالة مشاركة المرأة في تنمية ثروة زوجها بعملها في ماله لوحدها أو معه، فإن علماء المالكية المغاربة اختلفوا في مشروعية هذا الحق، وقد استقر خلافهم على رأيين رئيسين هما:

الرأي الأول: ويرى مشروعية حق الكد والسعاية، وأن المرأة العاملة تستحق جزء مما نتج عن عملها من نماء في مال زوجها، وعمدة هذا الرأي فتوى ابن عرضون المتقدمة، وممن قال بهذا الرأي: محمد بن قاسم المكناسي القوري، وأبو القاسم بن علي بن خجو الحسائي، ومحمد بن المهدي الوزاني الفاسي، ومحمد بن علي الورزيري، والسعيد بن علي الهوزالي[47]، وغيرهم كثير[48]. لكن القائلين بهذ الرأي اختلفوا في النسبة التي تستحقها الزوجة في مال زوجها الذي عملت فيه، وفي وقت استحقاقها لنصيبها، هل يكون ذلك مطلقا في حال الحياة أم في حال الطلاق أو الوفاة فقط؟، وهذا ما سنوضحه في المبحث الثالث من هذا البحث.

الرأي الثاني: ويرى عدم مشروعية حق الكد والسعاية، بمعنى أن الزوجة لا تشارك الزوج في نماء ماله على اختلاف أنواعه، وإنما لها الميراث فقط في سائر ما تركه زوجها من أموال بعد وفاته، وأما ما قامت به من أعمال في مال زوجها فلها أجرة مثلها، على ما يراه أهل المعرفة بذلك، وهذا بعد أن تحلف

أنها لم تفعل ما قامت به من أعمال لزوجها تبرعا وتوددا، وممن قال بهذا الرأي: سيدي أحمد بن عبد الوهاب الشريف، وأبو زيد عبدالرحمن بن محمد الجزولي[49]، وعبد القادر الفاسي، وأحمد بن عبد الوهاب، وأحمد البعل[50]، والشريف أبو عيسى المهدي الوزاني، ومحمد بن أحمد الرهوني[51].

وفيما يأتي بيان لأدلة كل من الرأيين ومناقشتها، وبيان للراجح منهما، وذلك في ثلاثة فروع.

الفرع الأول أدلة الرأي الأول ومناقشتها:

يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الكد والسعاية يستند إلى مجموعة من الأدلة الشرعية التي لا تقبل المنازعة، وتتمثل فيما يأتي:

الدليل الأول: القرآن الكريم: ويحفل بمجموعة من الآيات الكريمة الدالة على هذا الحق ووجوب إقراره منها:

أ- قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴿٣٩﴾ وَأَنَّ سَعْيَهُۥ سَوْفَ يُرَىٰ ﴿٤٠﴾ ثُمَّ يُجْزَىٰهُ ٱلْجَزَآءَ ٱلْأَوْفَىٰ﴾[النجم:39،40][52]. فهذه الآية الكريمة تربط الجزاء بالعمل، وتدل بعمومها على أن للإنسان جزاء ما عمل وسعى، بغض النظر عن طبيعة هذا العمل، أي أنها تدخل في باب أن الجزاء من جنس العمل[53]، وكد المرأة وسعيها في مال زوجها عمل، فتستحق عليه الجزاء من جنس ما عملت فيه، وهو المال.

وقد اعترض على الإستدلال بهذه الآية، بأنها تتعلق بالجزاء الأخروي، بدليل إلحاقها بقوله تعالى: (وأن سعيه سوف يُرَى، ثم يجزاه الجزاء الأوفى)، أي يريه الله تعالى جزاءه يوم القيامة[54].

ب- قوله تعالى:﴿وَلَا تَتَمَنَّوْاْ مَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بِهِۦ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍۚ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَۚ وَسْـَٔلُواْ ٱللَّهَ مِن فَضْلِهِۦٓۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾[55].فهذه الآية وإن كانت وردت على سبب خاص[56]، إلا أن العبرة بعموم لفظها لا بخصوص سببها، ومعناها:"لكل من فريقى الرجال والنساء حظ مقدر مما اكتسبوه من أعمال، ونصيب معين فيما ورثوه أو أصابوه من أموال، وإذا كان الأمر كذلك فلا يليق بعاقل أن يتمنى خلاف ما قسم الله له من رزق، بل عليه أن يرضى بما قسم الله له. فالله تعالى هو الذي قدر أرزاق الرجال والنساء على حسب ما تقتضيه حكمته وعلمه، وهو الذي كلف كل فريق منهم بواجبات وأعمال تليق باستعداده وتكوينه"[57]. وكد المرأة وسعيها في مال زوجها عمل، فتختص به،

واختصاصها به يكون بمشاركتها فيما حصل من نماء في مال زوجها.

وكما هو واضح فإن الآية لا تدل بعبارتها على مشروعية حق الكد والسعاية، وإنما باشارتها، فدلالتها التزامية، وهي دلالة يقدم عليها عند التعارض دلالة النص الصريحة.

الدليل الثاني: قضاء عمر بن الخطاب ﷺ، يقول صاحب كتاب حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل:"يعتبر قضاء الخليفة العادل عمر بن الخطاب من أهم الأدلة النقلية المعتمدة في التأصيل لمشروعية حق الكد والسعاية، حيث يذهب المدافعون عن هذا التوجه إلى أن حق الكد والسعاية لا يمكن القول بأنه استحسنه المتأخرون، ولا عرف ولا عادة، بل ذلك أمر يمكن القول بأنه أمر قديم قضي به في صدر الإسلام، يتعلق الأمر هنا بما أورده الشيخ سيدي سعيد بن علي الهوازلي وغيره، من خلال قضية عامر بن الحارث وزوجته حبيبة بنت زريق، التي ذكرها ابن زمنين في منتخب الأحكام له، وعزاه لابن حبيب في الواضحة قائلا: والأصل في شركة الزوجين قضية المذكورين؛ كان عامر قصارا وزوجته حبيبة ترقم الثياب حتى اكتسبا مالا كثيرا، فمات عامر وترك أموالا، فأخذ ورثته مفاتيح المخازن والأجنة، واقتسموا، ثم قامت عليهم حبيبة المذكورة وادعت عمل يبدها وسعايتها، فترافعت مع الورثة إلى أمير المؤمنين سيدناعمر بن الخطاب، فقضى بينهما بالشركة نصفين فأخذت حبيبة النصف، والربع من نصيب الزوج بالميراث لأنه لم يترك ولدا"[58].

هذا وبعد أن نقل صاحب الكتاب قضية زوجة عامر بن الحارث وتوثيقها من كتب النوازل قال:"إذا ما نظرنا إلى قصة عامر بن الحارث ومضمونها، وكذا حكم الخليفة عمر بن الخطاب بشأنها فإن ذلك لا يسعف في هذا إذا سلمنا بأنها من فتوى الصحابي أقضيته التأسيس لمشروعية حق الكد والسعاية من وجوه:

1 – القصة تروي أن زوجة عامر بن الحارث كانت نساجة، بمعنى أن مساهمتها كانت بناء على عملها في النسج (رقم الثياب)، كما أن الحكم – قضاء الخليفة عمر بن الخطاب– على ما يبدو منحها النصف بناء على مساهمتها بالنسج في تنمية تلك الأموال، وعليه فهو حكم يقتصر على عمل النسج من جهة أولى، وبشخص الزوجة من جهة ثانية، وعلى أساس النصف من جهة ثالثة، مقابل ذلك فمقتضيات حق الكد والسعاية كما كانت تجري عليها الممارسة العرفية، لا ترتبط لمساهمة فيها بالنسج

فقط، بل بكافة الأعمال والمساهمات التي تخضع في تحديدها للعرف، كما أنها لا تقتصر على الزوجة، وإنما تمتد ليستفيد منها كافة المساهمين المتممين للوحدة الأسرية، أضف إلى ذلك، فحق الكد السعاية لا يُقدر بالنصف، فقد يكون ربعا أو ثمنا، أو أقل، أو أكثر، بحسب المساهمة وتقدير أهل المعرفة له.من هنا يبدو أن الفتوى حالة خاصة في موضوعها وأحكامها، ولا مجال لأن تكون أصلا معتمدا لتأسيس مشروعية حق الكد والسعاية، ومن ثم إقرار تعميم طبيقها.....هذا بالإضافة إلى أن القصة تبقى غامضة من حيث عدم بيانها لطبيعة مشاركة زوجة عامر بن الحارث في أمواله، هل كان بناء على مساهمتها في تكوين تلك الأموال، أم بناء على خدمتها فيها دون المشاركة في رأس المال؟"[59].

واعترض أيضا الدكتور إدريس الفهري على الاستدلال بقضاء سيدنا عمر بن الخطاب، حيث قال:"وقد تقدم معنا عند الكلام على فتوى الفقيه الهوزالي القول بأنه لم أجد بعد طول البحث في عموم المصادر للمذكورين في هذه القصة ذكرا، ولا للقصة في شيء من المصادر أثرا، وبأن نقلها عن منتخب الأحكام لابن أبي زمنين خطأ، وبأن عزوها إلى القابسي خطأ أكبر منه، واضطراب عزوها مؤذن بأن لا أصل لها، واستمرار الإحالة على قضاء عمر بن الخطاب ﷺ، ذلك القضاء الذي أخذ به مالك ﷺ صاحب المذهب المتبع في المغرب، لم يثبت لدي، ولا لدى غيري ممن توارد على الموضوع – على كثرتهم – في شيء من دواوين المذهب، قول بذلك لا عن مالك، ولا عن طبقة المتقدمين من رجال المذهب، ولا عن المتأخرين، ولا عن أصحاب الاختيارات والترجيحات في المذهب"[60].

الدليل الثالث: العرف: وهو من أهم الأدلة التي يرتكز عليها أصحاب هذا الرأي، باعتبار العرف مصدرا من مصادر التشريع في الفقه المالكي، وباعتبار أن الحكم والفتوى يتبعان العرف، ويتغيران ويختلفان باختلافه [61]. لكن هذا العرف ليس بعرف عام في جميع البلاد المغربية، وإنما خاص بمنطقتين: إحداهما: في جنوب المغرب، وهي منطقة سوس. والثانية: في شمال المغرب، وهي منطقة غمارة؛ ولهذا سعى أنصار هذا الرأي من المعاصرين إلى تعميم هذا العرف بجعله جزء من التشريع المغربي [62].

وقد اعترض على الإستدلال بهذا العرف بأنه عرف فاسد من وجوه:

الأول: أنه يشترط في العرف أن يكون مطردا وغالبا، بمعنى أن يكون متكررا وشائعا بين الناس

إلى أن يصبح سلوكا ممارسا بصفة جماعية، دون أن يكون حادثا فرديا أو واقعة محصورة، وحق الكد والسعاية وليد أعراف محلية كانت سائدة في بعض المناطق البربرية، وهي أعراف كثير منها مخالف لأحكام الشرع [63].

الثاني: أن إعمال هذا العرف مدعاة لتحريف الشريعة وخرق أصولها، وفي بيان ذلك يقول الشيخ عبد القادر الفاسي عن الفتوى بحق الكد والسعاية بأنها:"تحريف وحيد عن الشريعة وخرق لأصولها.... وعقود الشريعة التي يترتب عليها آثارها من حلية الإنتفاع وصحة الملك من بيع وإجارة وشركة أموال وأبدان ومزارعة ومساقاة كل ذلك له شروط معلومة، متى اختل شرط حكم بفسادها وفسخها، والرجوع إلى أجرة المثل، ولا عبرة بجري العادة والعرف على فساد العقد، وهذا مما لا يحتاج معه إلى استدلال، ولا يترك صريح الفقه ومنصوصه المقرر في دواوين الأئمة.. إلى فتوى لا يعرف لها أصل ولا مستند إلا مجرد موافقة مألوف الناس ومجرى عوائدهم، ولا يحل في الأحكام والفتوى إلى أغراض الناس واتباع أهوائهم من غير دليل شرعي، فإنه حل لعرى الشريعة ومناقض لحكمتها وتسليط للناس على مألوفاتهم وأهوائهم"[64].

الثالث: أن هذا العرف معارض للعرف العام الجاري بين الناس؛ فالمتعارف عليه بين الزوجين: أن الزوجة تساعد زوجها في ماله على وجه الصلة والتودد، ولا تطالبه بأجر ولا نصيب، وهو عرف قديم منذ عهد الرسول (ﷺ)، علمه وأقره ولم ينكره [65]. وأيضا هذا العرف معارض للمشهور وما جرى عليه العمل من مذهب الإمام مالك، وفي بيان ذلك جاء في النوازل الكبرى المسماة بالمعيار الجديد للوزاني:"سئل الإمام القوري عما يفعله نساء البوادي وغيرهن لأزواجهن من أنواع اللباس وسائر الخدمة إذا تشاحوا في ذلك و تشاجروا فيه، هل يجبر على ذلك أم لا؟ وهل لهن فيه نصيب وحق أو لا؟ وهل يجب عليهن الإشتراط على الزوج أو البينة أنه عملت ذلك لنفسها أو لا؟ فأجاب: لا يجب على المرأة من خدمة نفسها وخدمة بيتها وزوجها شيء، هذا هو الأصل المنصوص عليه في المدونة وغيرها.... ونقل عبد الحق: أنه يعتبر في ذلك العادة وعرف البلد والموضع، ونقل صاحب تقييد الرسالة عن الشيخ الفقيه أبي الفضل راشد الوليدي، أنه كان يقول: على نساء البربر الخدمة المعتادة

عندهم؛ لأنهن على ذلك دخلن، لكن المشهور والذي به الفتوى عدم جبرهن على ذلك، ولا شيء عليهن من غزل ولا نسج ولا غيره، فإذا فعلن شيئا من ذلك متطوعة به وطيبة النفس، وصرحت بذلك، وهي رشيدة، قبل العمل أو بعده، فلا خلاف في حلية ذلك للزوج، وفي جواز انتفاعه به أو بقيمته، ولا يضره رجوعها بعد ذلك فيه أو قولها: لا أجعلك في حل في كل ما خدمت لك..... وإن سكتت وعملت ولم تصرح بوجه من الوجهين، ثم طلبت حقها في العمل وأنها لا تعمل إلا على الشركة أو الرجوع بقيمة العمل وأنكر الزوج ذلك حلفت أنها ما غزلت ولا نسجت إلا لتكون على حقها في المعمول، وإذا حلفت قوم عملها في الكتان والصوف، وقوم الكتان والصوف، فيكون الثوب بينهما على قدر ذلك، هكذا روي عن مالك وابن القاسم وغيرهما"[66].

الرد على القول بأن حق الكد والسعاية عرف فاسد:

يرى بعض المعاصرين أن اعتبار حق الكد والسعاية عرف فاسد، هو مجرد ادعاء، ولا يقوم على مرتكزات سليمة لما يأتي[67]:

1 – إن معيار تقدير شرعية العرف من عدمه، لا يقاس من زاوية مدى توافقه مع الأعراف الأخرى، وإنما يكون من زاوية مدى موافقته للشرع أو معارضته له، لأنه لا يحكم بعرف وعمل قطر، على عمل وعرف قطر آخر؛ ولذلك فالاحتجاج بكون حق الكد والسعاية يخالف ما جرى عليه العرف القائم بمناطق أخرى، هو اعتراض في غير محله.

2 – إن الاعتراض على شرعية حق الكد والسعاية على هذا الوجه لا يراعي ما قرره الفقهاء من أن الأحكام المترتبة على العوائد تتغير بتغير العوائد ذاتها، وأن العوائد كذلك تتبدل بتبدل الأحوال والأزمان والمكان؛ ولذلك فإنه لا مساغ لنفي المشروعية عن حق الكد والسعاية بالجملة، لمجرد عدم مجاراتة لعرف مخالف يقضي بعدم إعطاء أي شيء للزوجات والأولاد من مستفاد خدمتهم؛ لأن هذا التعارض يجب أن يفهم في إطار قاعدة"تبدل الأحكام بتبدل الأعراف"، خاصة وأن الحكم المخالف لحق الكد والسعاية هو حكم مبني على العوائد والأعراف.

3 – إن رفض مشروعية حق الكد والسعاية، انطلاقا من كونه ينتمي إلى أعراف بربرية مخالفة لأحكام الشريعة ومقاصدها، أمر لا يمكن القبول به من وجهين:

الوجه الأول: أن جريان العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية، لم يكن حبيس المناطق البربرية فقط، وإنما كان سائدا حتى بمناطق الشمال، وفتوى أحمد ابن عرضون وأخيه محمد وشيوخهما دليل على ذلك.

الوجه الثاني: أن تصوير الأعراف البربرية وخاصة ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية على أساس كونها وليدة نظام قانوني متعارض مع قواعد الشرع، تصوير غير سليم ويفتقد إلى الدقة في نفس الوقت.

4- إن الاعتراض على اجتهاد الفقهاء في مسألة الكد والسعاية بدعوى مخالفتهم لمشهور، هو من قبيل الركون إلى التقليد، خاصة وأن اجتهاداتهم كان في إطار المذهب لا خارجه، ثم إن الفقهاء المتأخرين من المالكية يرون بأن القول المخالف الذي جرى عليه عمل القضاة واستمر حكمهم به مقدم في الأخذ به على القول المشهور، فيجب على القاضي الحكم به ويمضي حكمه به ولا ينقض.

الدليل الرابع: العمل بمقتضى السياسة الشرعية: إن جريان العمل بحق الكد والسعاية يدخل في باب السياسة الشرعية، وفيه مراعاة لمصلحة معتبرة شرعا، وهي تحقيق مبدأ العدل بانصاف المرأة ودفع الظلم عنها عند حرمانها من كدها وسعيها في مال زوجها، وهو مبدأ لا ينكر أحد أهميته ومكانته في الشريعة الإسلامية[68].

الفرع الثاني أدلة الرأي الثاني ومناقشتها:

استدل بعض المعترضين على مشروعية حق الكد والسعاية بعدد من الأدلة العقلية منها:

الدليل الأول: أن إقرار حق الكد والسعاية تعطيل لقواعد الإرث كنظام أسري؛ لأنه يؤثر على أنصبة الورثة التي اختص الله ﷻ بتحديدها؛ فقد اعتبر الشيخ عبد القادر الفاسي- في إطار مناقشته لفتوى ابن عرضون ومن وافقه - أن الإفتاء بحق الكد والسعاية، "يعتبر خرقا لفرائض الله تعالى التي قد قسمها بنفسه، فلم يبق فيها نظر ولا اختيار"[69]، ذلك أنه لا يجوز توريث من لم يورّثه الشرع بالاستناد إلى الحكم والفتوى من غير دليل شرعي، خاصة وأن فتوى ابن عرضون تمثل تحايلا فقهيا على قاعدة:"لا اجتهاد مع النص"، ومن ثم يكون الإفتاء بمقتضيات حق الكد والسعاية باطلا[70].

وقد اعترض على هذا الإستدلال بأن حق الكد والسعاية الذي أفتى به ابن عرضون وغيره من الفقهاء، لا يتعارض مع أحكام الإرث، فهو لا يمنح المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها الحق في نصيبها

من الأموال أو الأملاك التي اقتناها الزوج لمدة فترة حياة الزوجية؛ إذ لو كانت كذلك لمثلت خرقا فاضحا لأحكام الميراث ونظامه وحقوق الملكية وقواعدها، إن الفتوى بحق الكد والسعاية في الحقيقة تتعلق بجزء معين معلوم من المال، وهو الزرع أو الثمار التي كان للمرأة نصيب من العمل في زرعها وسقيها حصادها وجمعها، وهذا المحصول الفلاحي تعلق حق المرأة به مثل غيرها من العاملين فيه، فوجب شرعا أن تأخذ حقها مثل ما يأخذه غيرها من العاملين، أو سائر أفراد الأسرة الذين يشتغلون إلى جانب الزوج، وكأن هذا الحق دين من الديون التي يجب إخراجها من التركة قبل قسمتها، فإذا أخذت الزوجة حقها المذكور، بقي نصيبها في مجموع المال إرثا بعد الوفاة، أما بعد الطلاق فليس لها نصيب آخر في مال الزوج الزائد على ما أخذته من نصيبها في الزرع والثمار[71].

الدليل الثاني: إن ما جعله الشارع للزوجة في مال الزوج محصور في: النفقة والكسوة في حال الزوجية، وفي المتعة والسكنى في حال الطلاق، وفي الإرث في حال وفاة الزوج؛ فلو كان لها حق آخر غير هذه لبينه الله تعالى في كتابه، ولبلغه الرسول الكريم إلى أمته[72].

ويمكن الرد على هذا بأن هذه الحقوق قد وجبت للمرأة بسبب العقد عليها، وأما حق الكد والسعاية فيجب لها بسبب عملها في مال زوجها، وعدم النص في الكتاب أو السنة على هذا الحق لا يعني عدم المشروعية، بل هناك أدلة أخرى معتبرة شرعا تدل على مشروعيته.

الدليل الثالث: إن في العمل بفتوى الكد والسعاية مخالفة لنصوص الشريعة وللقواعد العامة فيها، ومن ذلك[73]:

1- مخالفة الفتوى لحديث:"الخراج بالضمان"[74]، وللقاعدة الفقهية المستمدة منه"الغنم بالغرم"، والمعنى: أن الغلة والغنم لمن عليه الضمان، وهذا عام في جميع الأموال و الأحوال، والمال الذي تعمل فيه الزوجة ملك للزوج وحده، وضمانه منه وحده، إذا تلف أو ضاع، فتكون غلته وضمانه له وحده؛ لأنه الضامن له.

2- مخالفة الفتوى لحديث:"كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته.... والمرأة راعية في بيت زوجها..."[75]. فالزوجة راعية مؤتمنه، والراعي غير شريك فيما يرعاه، والحديث عام في كل امرأة وكل مال، وكل حالة، حتى يقوم الدليل على تخصيصه، وهو غير موجود.

ويمكن الرد على هذا الدليل بأن حق الكد والسعاية لا يتعارض مع قاعدة الخراج بالضمان؛ ذلك أن كد الزوجة وسعيها إذا لم يسهم في تنمية مال زوجها، ولم يكن لعملها من ثمرة، فلم تربح التجارة، ولم تنتج الحيوانات، ولم يحصد الزرع، فإنها لا تأخذ شيئا، ويكون شأنها في ذلك شأن العامل في مال المضاربة إذا خسرت التجارة.

ورعاية المرأة في بيت زوجها لا تعني قيامها بالأعمال الخارجية كالزراعة ونحوها خدمة لمال زوجها، فإذا قامت بذلك غير متبرعة فإنها تستحق نصيبا مقابل هذا العمل عملا بعموم الأدلة التي تجيز أخذ الأجر مقابل العمل، كما في قصة سيدنا موسى عليه السلام مع ابنتي سيدنا شعيب، قال تعالى: ﴿فَجَآءَتۡهُ إِحۡدَىٰهُمَا تَمۡشِي عَلَى ٱسۡتِحۡيَآءٖ قَالَتۡ إِنَّ أَبِي يَدۡعُوكَ لِيَجۡزِيَكَ أَجۡرَ مَا سَقَيۡتَ لَنَا﴾ [القصص:25] [76].

الفرع الثالث الترجيح:

بعد بيان ومناقشة أهم الأدلة لكل من الرأيين، نرى ترجيح الرأي الأول القائل بمشروعية حق الكد والسعاية؛ لما يأتي:

1 – استناد هذا الرأي إلى أدلة نقلية من القرآن الكريم، وهذه الأدلة وإن لم تدل على المشروعية بمنطوقها، إلا أن دلالتها على المشروعية إلتزامية، ولم يوجد ما يعارضها من صريح نص سواء من الكتاب أو السنة. والأحاديث النبوية الشريفة التي استدل بها المانعون لم تدل على عدم المشروعية بمنطوقها وصريح عبارتها، وإنما بإشارتها، فكانت دلالتها إلتزامية أيضا، ثم إنه تمت الإجابة على الإستدلال بتلك الأحاديث عند مناقشتها.

2 – إن قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في قضية زوجة عامر بن الحارث ومع أنه جرى التشكيك في أصل ثبوته، ومع عدم وقوفنا على تخريجه من كتب الآثار، إلا أنه يمكن الإستئناس به كدليل على أصل المشروعية، خاصة وأنه قضاء لا يتعارض مع أدلة نصية قطعية أو ظنية في الموضوع، وكون هذا القضاء في قضية خاصة وفي عمل خاص قامت به الزوجة، لايقدح أيضا في الإستئناس به كدليل؛ لأنه لاعبرة لخصوص السبب، والقياس بين الأقضية المتشابهة وما يترتب عليها من أحكام – السوابق القضائية – أمر مقرر في الفقه والقانون[77].

3 – إنه في باب السياسة الشرعية لا يوجد ما يمنع ولي الأمر من أن يختار عرفا خاصا أو محليا ويجعله تشريعا عاما داخل الدولة، من خلال

نصوص قانونية واضحة ومحددة، وذلك عملا بدليل المصالح المرسلة أو الإستحسان بالعرف.

4 – إن ترجيح القول بمشروعية حق الكد والسعاية لا يعني بالضرورة الأخذ بفتوى ابن عرضون وما كان على شاكلتها بكل تفصيلاتها، فإذا كان هناك من رأي آخر في بعض تفصيلاتها، فإنه يمكن تدارك ذلك، ما دام أن العمل بهذا الحق سيكون وفق تشريع تصدره الدولة.

المطلب الثالث حق الكد والسعاية في التشريعين المغربي والجزائري.

أولا: التشريع المغربي:

سكتت مدونة الأحوال الشخصية الصادرة بعد استقلال المغرب سنة 1958م، وكذلك تعديلها الصادر سنة 1993م، عن موضوع الكد والسعاية سكوتا تاما، لا بصفته عرفا خاصا، ولا بصفته تشريعا عاما [78].لكن القضاء المغربي قد أكد حق الكد والسعاية للمرأة في عدة قضايا بالاعتماد على الضوابط الأساسية التي حددها الفقه المالكي للقول بوجود حق الكد والسعاية، وباعتباره عرفا سائدا في بعض مناطق المغرب، فقد جاء في قرار للمحكمة الإدارية بالرباط:"حق الكد والسعاية يعتبر من بين الحقوق العُرفية الإسلامية شأنه شأن حقوق الجلسة والزينة والجزاء والهواء [79]" [80].

وعندما صدرت مدونة الأسرة المغربية رقم (70\3) لسنة 2004م بثوبها الجديد راعت الاعراف السائدة في بعض المناطق حول مفهوم الكد والسعاية، وصهرت الاجتهادات الفقهية المتعلقة به على اختلافها، فصاغتها مادة قانونية في الفصل [49] منها، وبذلك أصبح هذا العرف قانونا يشمل كافة مناطق المملكة المغربية، وليس بمنطقة معينة كما كان سابقا، فأنهت المدونة بذلك إشكالية التنازع بخصوص الممتلكات المحصلة أثناء العلاقة الزوجية، حيث أكدت ابتداء على استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين، وأجازت لهما أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، بخصوص الأموال المشتركة بينهما والتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية على استثمارها وتوزيعها، وتحديد النِّسب التي تؤول إلى كل واحد منهما، وإذا لم يكن هناك اتفاق، فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات، وما تحمَّله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، وما تقرر في المذهب المالكي [81]. فقد جاء في الفصل [49]: ''لكل واحد من الزوجين ذمة مالية

مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

- يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.
- يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

وجاء في المادة"400"من المدونة المغربية:"كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يُرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

ثانيا: التشريع الجزائري:

صدر قانون الأحوال الشخصية الجزائري باسم"قانون الأسرة"برقم (84/ 11) لسنة 1984م، وبتتبع نصوص هذا القانون نجده قد نص على إنفصال الذمة المالية للزوجين، كما اعترف للمرأة التي تعمل مع زوجها في تنمية أمواله خلال فترة الزوجية، بحقها في كدها وسعايتها في تنمية و زيادة هذه الأموال، حيث نصت المادة (37) منه على ما يلي: (لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما).

وكما هو واضح فإن هناك توافقا تاما بين القانونين المغربي والجزائري بالنسبة الى حق الكد والسعاية، ومع أن هذا الحق في أصله عرف مغربي إلا أن التشريع الجزائري كان أسبق في تقنينه والنص عليه، باعتبار أن قانون الأسرة الجزائري قد صدر في عام1984م، ومدونة الأسرة المغربية صدرت في عام 2004م.

هذا ويُفهم مما نص عليه كل من القانونين أن الاتفاق بين الزوجين يشمل الأموال التي سيتم اكتسابها خلال فترة الزوجية فقط، دون غيرها من الأموال، فلا حق للطرف الآخر في أخذ نصيبه منها، ومن ذلك الأموال الناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة أو الصدقة التي يتحصل عليها أحد الزوجين، وكذلك الأموال الطارئة التي لا علاقة لها بالاتفاق المتعلق بالتدبير المالي للزوجين.

المبحث الثالث أحكام حق الكد والسعاية:

إذا كان العرف- كما ظهر لنا من خلال المبحث السابق- يشكل المرتكز الأساس الذي يقوم عليه حق الكد والسعاية عند علماء الفقه والقانون المغاربة، بل والغطاء الشرعي والقانوني الذي تستند عليه مشروعيته؛ فإن حدود دور العرف المحلي وتأثيره لم يقف عند هذا الإطار، وإنما تعداه إليأن يشكل أيضا المصدر الأساسي للأحكام التي تنتظم هذا الحق، وهو ما يمكن ملاحظته سواء على مستوى التكييف الفقهي و تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق، أو على مستوى القواعد التي تحدد نطاقه وزمانه ومكانه، وهو ما سنوضحه في المطلبين التاليين.

المطلب الأول التكييف الفقهي أو الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية:

يعد حق الكد والسعاية من الحقوق المالية التي تخضع لسلطان الإرادة الشخصية، فهو حق شخصي يخضع في ممارسته للقواعد الشرعية العامة، وللنظم القانونية السائدة في المجتمع، وقد حصل خلاف بين علماء المالكية المغاربة في تحديد نوع العقد الذي يصلح كأساس لهذا الحق، وهم في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أن حق الكد والسعاية يكيف في أساسه الفقهي على أنه عقد شركة؛ ذلك أنه ليس إلا حقا ناتجا عن مساهمة الزوجين أو أفراد الأسرة في تكوين أو تنمية الثروة الأسرية، بحيث يترتب على مساهمتهم تلك ناتج أو ثمرة تكون موضع المطالبة بهذا الحق. وإلى هذا الرأي ذهب بعض فقهاء النوازل كابن عرضون، وأبو القاسم ابن خجو، والمهدي الوزاني، وغيرهم [82].

وسند هذا الرأي أن المشهور المعمول به في مذهب الإمام مالك أن الزوجة تكون شريكة الزوج فيما يملكه من متاع ساهمت في صناعته، هي بقيمة عملها، وهو بقيمة متاعه قبل تصنيعه، فقد جاء في منح الجليل: "سئل مالك عن النسج تنسجه المرأة فيدعي زوجها أن الشُقة له [83]، قال: على المرأة البينة أن الغزل كان لها. وقال ابن القاسم: النسج للمرأة، وعلى الزوج البينة أن الكتان والغزل كان له، فإن أقامها كانت شريكته فيها بقدر قيمة نسجها وهو بقدر قيمة كتانه وغزله"[84].

الرأي الثاني: أن حق الكد والسعاية يكيف في أساسه الفقهي على أنه إجارة عمل أو خدمة، فليس للزوجة إلا أجرة المثل، ولا تشارك الزوج فيما صنعته بدون اتفاق سابق بينهما على المشاركة، وإلى هذا

الرأي ذهب عدد من فقهاء النوازل كالرهوني والعلمي وعبد القادر الفاسي وغيرهم [85].

وسند هذا الرأي هو العمل بما استقر عليه الفقه، من أن الذي لا يشارك في الأصل، ليس له إلا أجرة المثل، و السعاة يساهمون بعملهم وكدهم في تنمية أموال الأسرة دون المشاركة في أصول تلك الأموال، ومن ثم فإنهم مجتمعين أو منفردين لا يستحقون إلا أجرة المثل، على اعتبار أن العلاقة التي تربط بينهم وبين رب الأسرة، إنما هي علاقة مؤاجرة وعمل، حيث يتقصب الطرف الأول كأجير، مقابل انتصاب الطرف الثاني كمستأجر [86].

الرأي الثالث: يرى أحد الباحثين المغاربة [87] وبعد مناقشته للرأين السابقين: أن طبيعة حق الكد والسعاية العرفية تقتضي تكييفه على أساس أنه ارتباط ايجاب بقبول، ولكن في إطار قانوني خاص، اصطلح على تسميته بـ"الشركة العرفية"، وهي من وجهة نظره تختلف في بعض تفصيلاتها عن أنواع الشركات المعهودة في الفقه الإسلامي وفي القانون المغربي، ونجمل تاليا- وبايجاز غير مخل- وجهة نظره فيما ذهب إليه، وذلك في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: عدم ملاءمة إجارة الخدمة لمقتضيات حق الكد والسعاية، وذلك للأسباب التالية [88]:

1- إن تكييف حق الكد والسعاية على أساس أن علاقة السعاة برب الأسرة هي علاقة عمل ومؤاجرة، فلا يستحقون سوى أجرة المثل على ما ساهموا به في تنمية ثروة الأسرة، يبقى "تكييفا تجزيئيا" ومقتصرا على إحدى صورتي هذا الحق، وهما: الحالة التي يساهم فيها السعاة بأعمالهم في تنمية أموال الأسرة دون شاركتهم في الأصل الذي عادة ما يكون لرب الأسرة. وحالة مساهمة كل السعاة بأموالهم في الأصل حيث ينتج عن عملهم مال مستفاد يقسم بينهم بقدر عملهم وكدهم.

2 - إن الفقهاء الذين أفتوا بالأجرة لمن كدَّ وسعى في مال الأسرة، بناء على أن مساهمته اقتصرت على خدمة المال دون المشاركة في الأصل، هم أنفسهم الذين أفتوا بالشركة فيما يتعلق بالألبسة الناتجة عن عمل الزوجة في الغزل، فقالوا: بأن الزوج الذي يأتي بالصوف إلى زوجته لتقوم هذه الأخيرة بغزله ونسجه، تكون شريكة معه فيما نتج عن ذلك الغزل بقدر عملها، على الرغم من أن الزوجة في هذه الصورة لا تعتبر مشاركة في الأصل (الصوف)

الذي هو ملك للزوج، وإنما ملت بالخدمة فيه، فأصبحت بعملها في الأصل مشاركة في مستفاد ذلك الأصل، دون أن تكون لها الأجرة فقط.

3 – إن تكييف حق الكد والسعاية على أساس إجارة الخدمة، لا ينسجم مع ما تتميز به العلاقات الأسرية– وعلى الخصوص الزوجية– من طبيعة خاصة لا نجد مثيلا لها في إطار عقد إجارة الخدمة، فهذا الأخير، ينبني على أساس قيام شخص اسمه الأجير بوضع خدماته تحت إشراف ومراقبة شخص آخر يسمى المؤاجر، مقابل أجر معلوم، بحيث تكون العلاقة الرابطة بينها هي علاقة تبعية، وعلى خلاف ذلك فإن العلاقة الزوجية مثلا، هي علاقة مبنية على قيم المودة والرحمة و الشراكة والتعاون، ولذلك فالطبيعة الخاصة لهذه العلاقة لا تنسجم مع فكرة اعتبار الزوجة أجيرة لدى زوجها، بما تتطلبه هذه الصفة من ضرورة الخضوع لقانون العرض والطلب ولمواصفات خدماتية يحددها سوق العمل.

4 – إن تكييف حق الكد والسعاية على أساس إجارة الخدمة يعني إخضاع هذا الحق لأحكام الأجر من حيث طريقة ووقت أدائه ومقداره، كما أن ذلك يعني بالضرورة أن تكون مدة الخدمة والعمل معلومة ومعروفة؛ لأن من شرط صحة الإجارة على الخدمة أن يكون أجلها معينا، وهذا بطبيعة الحال لا ينسجم ومقتضيات حق الكد والسعاية، كما كرستها الأعراف، وأقرها الفقه والقضاء تبعا لذلك.

5 – إن تكييف حق الكد والسعاية على أساس إجارة الخدمة، لم يتم فيه مراعاة مقتضيات العرف المحلي وعلاقته بإجراء العمل بهذا الحق؛ فعلى الرغم من أن القاعدة الأصولية القياسية التي تقضي- بأن"الفرع تابع للأصل"وأن"من أوصل إلى غيره نفعا ليس له إلا أجرة المثل"تفيد بضرورة أن يستحق السعاة أجرة المثل فقط في حال مساهمتهم بالعمل دون المشاركة في رأس المال – كما في حال الزوجة مثلا، التي تقوم بخدمة ماشية زوجها ورعايتها– فإن الفقهاء لم يراعوا قاعدة أصولية أخرى تقضي- بترجيح العرف، ولو كان طارئا على النص القياسي.

وعليه، فبما أن مقتضيات العرف المحلي تمنح للسعاة ولو في الحالة التي لايشاركون بها في الأصل بأموالهم، الحق في الحصول على جزء من المستفاد يوازي قدر جهدهم وخدمتهم بناء على أحكام الشركة لا الإجارة، يكون معه القول بتكييف هذا الحق على أساس إجارة الخدمة لا يراعي القاعدة

الأصولية التي تمنح الأولوية للعرف على النص القياسي عند التعارض.

الأمر الثاني: عدم ملاءمة أحكام الشركات في الفقه الإسلامي لمقتضيات حق الكد والسعاية، ذلك بأن نظام الشركات العقدية في الفقه الإسلامي يقوم على أساس وجود شركات متنوعة، كل منها يرتكز على أساس مختلف وقواعد متباينة، وإذا كانت هذه لشركات بقاعدها وأحكامها يمكن أن نجد لها بعض الخصائص التي تشترك فيها مع مقتضيات حق الكد والسعاية، فإن ارتباط هذا الأخير بالعرف المحلي وتأثره به، جعل من إمكانية إلحاقه بأحد أنواع الشركات الفقهية أمرا صعبا، وتوضيح ذلك فيما يلي[89]:

1 – إن شركة المفاوضة بالمعنى المتعارف عليه لا تصلح كأساس لحق الكد والسعاية؛ لأن قيامها يتطلب مساهمة كل الشركاء في رأس مالها بحصص مالية معينة، على أن يكون الربح والخسارة تبعا لقدر مساهمة كل واحد منهم، بخلاف حق الكد والسعاية، فإن استحقاقه لا يكون مرتبطا بمشاركة السعاة في رأس المال، بل قد يترتب حتى في الحالة التي يكتفي فيها هؤلاء بالخدمة في تنمية مال الأسرة فقط، طبقا لما جرى عليه العرف؛ ولأن شركة المفاوضة تقوم في إدارتها على أساس حرية التصرف المطلقة لكل الشركاء في جميع المال المشترك، أما إدارة مال الأسرة الذي ينتج عنه حق الكد و السعاية، ففي الغالب تكون لرب الأسرة دون غيره.

2 – وكذلك شركة الأبدان لا تصلح لأن تكون أساسا لحق الكد والسعاية، على اعتبار أنها تنتج عن عقد قبل تكوينها، وهي قد تكون بين الأغيار، ومن شروطها اتحاد العمل ومكانه، وهذا غير متحقق بالضرورة بالنسبة للعلاقة التي يترتب عنها حق الكد والسعاية؛ ذلك أن السعاية لا تنتج عن عقد، وإنما هي حق متعارف عليه من غير حاجة إلى إنشائه بعقد، كما أنها تقتصر على أفراد الأسرة لعقود الاستغلال الزراعي التي بالإضافة إلى إمكانية إعمال مقتضياتها بين أفراد الأسرة الواحدة فهي تتعدى إلى الأغيار.

4 – مع وجود تقارب بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية وشركة المضاربة، إلا أن هذه الأخيرة لا يمكن قبولها كأساس لهذا الحق لاعتبارات متعددة:

أولها: أن عقد القراض أو المضاربة يتطلب إرادة مقصودة يعبر فيها كل طرف على توجه إرادته لإبرامه.

ثانيها: أن عقد القراض يقوم على أساس تسليم المال المضارب فيه إلى العامل المضارب، دون بقاء حيازة رب المال عليه، بينما لا يشترط ذلك بالنسبة لمقتضيات حق الكد والسعاية.

ثالثها: أن اقتسام الأرباح في عقد القراض ينبني على اتفاق مسبق بين طرفيه حول نصيب كل واحد منهما فيه، أما بالنسبة لحق الكد والسعاية، فإن نصيب السعاة لا يتحدد إلاعند إجراء القسمة وبعد إخراج رأس المال.

رابعها: أنه إذا كان من غير المتصور إبرام عقد القراض بدون وجود رأس المال، فإنه من المتصور نشوء حق الكد والسعاية لفائدة السعاة حتى مع عدم وجود رأس المال ابتداء.

الأمر الثالث: استبعاد نظام الشركات في القانون المغربي كأساس لحق الكد والسعاية[90]:

على الرغم من وجود بعض عناصر التقارب بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية وأنواع الشركات القانونية (الشركة المدنية، شركة المحاصة، الشركة المنشأة بفعل الواقع)، إلا أن الوقوف على طبيعة هذه الشركات، وقواعد عملها، وطرق إدارتها، يكشف بالمقابل عن وجود فروقات جوهرية بينهما تفضي إلى استبعاد هذه الشركات كأساس لحق الكد والسعاية، غير أن الشركة المنشأة بفعل الواقع، أو المستخرجة من الواقع، وهي الشركة التي لا يقصد إليها الأطراف من حيث توجه إرادتهم إليها سبقا، وإنما تقوم على أساس اتحاد مجموعة من الأشخاص في استغلال مشترك، من دون مراعاة كل الالتزامات القانونية المتطلبة مبدئيا في قيام الشركة، وخصوصا ما يتعلق بتوجه الإرادة الصريحة لإجراء عقد الشركة تعد من أبرز الشركات القانونية اشتباها بمقتضيات حق الكد والسعاية، على اعتبار أنها لا تقوم على أساس وجود عقد مسبق يحدد من خلاله الشركاء طبيعة الشركة وغرضها وحقوق والتزامات الأطراف فيها.

وبالنظر للصعوبات التي طرحها تكييف حق الكد والسعاية وتصنيفه ضمن أحد أنواع الشركات السابقة، سواء منها المنظمة في إطار الفقه الإسلامي أو القانون المغربي، واعتبارا للخصوصية العرفية التي تضع قواعد هذا الأخير وضوابطه ابتداء وانتهاء، فإنه من السليم تأسيس هذا الحق على مقتضيات شركة من طبيعة خاصة يمكن تسميتها"بالشركة العرفية"؛ ويقصد بالشركة العرفية هنا: الشركة التي وإن كانت تتقاسم مع أنواع عديدة من الشركات الأخرى، مجموعة من الخصائص والمقومات المشتركة، من

قبيل وجود المساهمة، ورأس المال في بعض الحالات، وتوفر عنصر تعدد الشركاء، وكذا عنصر المشاركة في تحصيل الأرباح وتحمل الخسائر، إلا أنها مع ذلك تتميز عنها بخاصى الإستثناء، والمقصود بذلك أن العديد من العناصر التي ترتكز عليها مقتضيات الشركة العرفية تمثل استثناء من بعض القواعد التي تستند إليها باقي أنواع الشركات الأخرى، وتتمثل هذه الاستثناءات على سبيل المثال في:

– استناد الشركة العرفية في قيامها على العرف الذي يجعل من سلوك معين يتخذه أشخاص معينين، مناطا لترتيب الشركة فيما بينهم، دونما حاجة إلى إبرام عقد بخصوص ذلك.

– ارتباط نطاقها المكاني بحدود جريان العرف المنشئ لها.

– ارتباط نطاقها من حيث الأشخاص على الأفراد الذين يمنحهم العرف إمكانية إجرائها فيما بينهم.

مناقشة وترجيح: يرى الباحثان أن الرأي الثاني القائل بتكييف حق الكد والسعاية على أساس أنه إجارة عمل هو الرأي الأقرب للصواب، والأحرى بالترجيح والعمل به؛ وذلك لما يأتي:

1 – سلامة وجهة نظر القائلين بهذا الرأي، وإتساقه وانتظامه مع الأدلة الشرعية؛ فالزوجة التي تعمل في مال زوجها بدون اتفاق مسبق لا تشاركه في ماله، ولكن لها أن تطالب بأجرة المثل عن عملها بالغة الأجرة ما بلغت، وهذا يتفق مع مبدأ العدالة والإنصاف في الشريعة الإسلامية، والذي يقتضي أخذ جهود الزوجة العاملة في مال زوجها بعين الإعتبار.

2 – إن العدل في الإسلام حق للزوج والزوجة، وليس حقا لأحدهما دون الآخر أو على حسابه، كما أنه ليس من حق أي أحد أن يفسر العدل بما يشاء ويطبقه كما يريد، والإسلام الذي جاء بالعدل بين الزوجين لم يوجب على أحدهما خدمة مال الآخر، والعمل فيه لتنميته واستثماره، أما إذا قرر أحدهما واختار بمحض إرادته وحريته العمل في مال الآخر، فإن نماء المال وغلته لمالك الأصل زوجا أو زوجة، وإعطاء هذا النماء لغير مالكه كلا أوبعضا وإشراك غيره فيه، ليس من العدل في شيء، بل هو خلاف قضاء النبي (ﷺ) في أن "الخراج بالضمان"[91]، وقضاؤه عليه ﷺ عين العدل، وخلافه عين الظلم[92]. ويبقى بعد هذا النظر في إعطاء الزوجة أجرة عملها إذا طلبتها بعدما وجدت نفسها

محرومة من النصيب فيما اكتسبته، ومن مصلحة إنصاف الزوجة في مثل هذه الحالة أن تضع الدولة ومن باب السياسة الشرعية التشريع المناسب في إطار الشريعة الإسلامية وبما يضمن تحقيق مبدأ العدالة والإنصاف بين الزوجين.

3 – إن استبعاد الإجارة كأساس في التكييف الفقهي القانوني لحق الكد والسعاية بدعوى عدم انسجامه مع ما تتميز به العلاقة الأسرية وخصوصا بين الزوجين من طبيعة خاصة، فإن هذه الدعوى صالحة كذلك لإستبعاد الشركة كأساس؛ لأن العلاقة بين أطراف عقود المعاملات المالية من شركة وإجارة ونحوهما مبنية على المحاسبة والمشاحة، وأما العلاقة بين الزوجين فمبنية على المكارمة والمسامحة.

4 – إن تركيز صاحب الرأي الثالث في مناقشته سواء فيما قبله أو رفضه على مراعاة الأعراف المحلية التي تعد الأساس الذي اعتمد عليه في القول بمشروعية حق الكد والسعاية، وارتضى أن تكون العلاقة بين أفراد الأسرة وبين رب الأسرة علاقة تشاركية، مقترحا صياغة هذه العلاقة في إطار قانوني خاص مستثنى في جزئياته من بعض الأحكام العامه في نظام الشركات، بحيث تكيف هذه العلاقة على أساس أنها شركة عرفية، وهو بهذا التكييف يكون قد أضاف إلى أنواع الشركات المعروفة في الفقه والقانون نوعا جديدا أسماه بالشركة العرفية، تكون خاصة في تكوينها وأحكامها بأفراد الأسرة الواحدة، وهذا ليس له؛ إذ ليس من حق أي أحد أن يضيف ما يشاء من عقود أو معاملات زيادة على ما استقر عليه العمل في الفقه والقانون، ثم إن تركيزه على العرف المحلي لا مبرر له في الوقت الحاضر؛ لأن القضاء ملزم بتنفيذ ما تصدره الدولة من تشريعات، فما يجري عليه العمل قضاء في البلاد المغربية هو ما تصدره الدولة من تشريعات، سواء كانت تلك التشريعات معتمدة على الأعراف أم على الإجتهادات الفقهية في إطار المذهب المالكي أو في إطار غيره من المذاهب.

المطلب الثاني النطاق الزماني والمكاني لحق الكد والسعاية:

تبين لنا مما تقدم في المبحث السابق أن فتوى ابن عرضون [93] تعد عمدة الرأي القائل بمشروعية حق الكد والسعاية، ومضمون هذه الفتوى يتعلق بحق الكد والسعاية بعد وفاة الزوج لمن تخدم من نساء البادية في مال زوجها في حال حياته، وبالتالي هل يرتبط استحقاق الزوجة لنصيبها بواقعة وفاة الزوج؟ فليس لمن كانت في عصمة زوجها أن تطالب بحقها

في الكد والسعاية، ويكون النطاق الزماني لهذا الحق منحصرا في حصول الفرقة بين الزوجين بالموت، ومثلها فرقة الطلاق. وهل ينحصر هذا الاستحقاق من حيث المكان بنساء البادية دون نساء الحاضرة؟ هذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول النطاق الزماني لحق الكد والسعاية:

اختلف القائلون بحق الكد والسعاية للزوجة في نطاقه الزماني على رأيين:

الرأي الأول: أنه يحق للزوجة العاملة في مال زوجها المطالبة بأخذ سعايتها من ماله في أثناء قيام الزوجية بينهما، ومن غير فراق ولا موت؛ لأن هذا الذي يتوافق والمفهوم الأصيل لهذا الحق، خصوصا وأن العرف الذي كان يجري عليه أحكام الكد والسعاية كان يسمح بأن تقع المطالبة حتى خارج واقعتي الطلاق ووفاة الزوج [94].

قال العلامة أبو عيسى الوزاني: "سئل سيدي عبد الوهاب الزقاق عن نساء البوادي، وذلك أن المرأة منهن تخدم في بيتها مع زوجها الخدمة الظاهرة والباطنة، وخدمة الزرع في أيام الصيف، والفواكه في فصل الخريف، ولقط الزيتون وشبه ذلك.....فهل تكون شريكة لزوجها بخدمتها على الوجه المذكور، وتأخذ حقها متى شاءت؟ فأجاب: العادة هي المحكمة في أفعال الزوجة المذكورة، فما دلت العادة على أن الزوجة إنما تفعله على وجه طيب العشرة والمعاونة لزوجها في المعيشة، لا شركة لها في ذلك ولا الأجر، وما كان على العكس فحكمه على ذلك "[95].

وقال أيضا: "ونقل صاحب تقييد الرسالة عن الشيخ الفقيه أبي الفضل راشد الوليدي أنه كان يقول:..... وإن سكتت وعملت ولم تصرح بوجه من الوجهين، ثم طلبت حقها في العمل، وأنها لم تعمل إلا على الشركة أو الرجوع بقيمة العمل، وأنكر الزوج ذلك حلفت أنها ما غزلت ولا نسجت إلا لتكون على حقها في المعمول، وإذا حلفت، قوم عملها في الكتان والصوف، وقوم الكتان والصوف، فيكون الثوب بينهما على قدر ذلك، هكذا روي عن مالك وابن القاسم وغيرهما، وبهذا أفتى الفقيهان القاضيان أبو الوليد بن رشد، وأبو عبدالله ابن الحاج"[96].

الرأي الثاني: أن حق الزوجة في المطالبة بأخذ سعايتها من مال زوجها يكون في حالة الفرقة بينها وبين زوجها بطلاق أو وفاة [97]، وهذا الرأي تدل عليه الفتاوى المأثورة في الموضوع عن عدد من فقهاء النوازل، والخاصة بحالة وفاة الزوج كما في فتوى ابن

عرضون السابقة، أو الخاصة بحالة طلاق الزوجة كما في فتوى أبي عبدالله سيدي محمد المهدي الوزاني فقد قال:"سئلت عن رجل فقير بالبادية تزوج امرأة كذلك، فصار هو يخدم الزرع والفرس ونحو ذلك من خدمة الرجال، والمرأة تخدم الصوف ولقط السنبل في الفدادين أيام المصيف وشبه ذلك من خدمة النساء، حتى اشترى الزوج المذكور أصولا وماشية وحوائج، طلق الزوجة وأراد الاستبداد والإختصاص بذلك، فأبت هي وأرادت الدخول معه والشركة في جميع ما اشتراه من يوم تزوجها بقدر تحملها وخدمتها، فهل لها شركة في ذلك أم لا؟. فأجبت: بأن لها ذلك حسبما نص عليه غير واحد، ففي أجوبة الشيخ ابن ناصر، أنه سئل عن رجل وامرأة كل واحد منهما يخدم على قدر جهده حتى مات أحدهما أو طلقها، كيف يقتسمان أموالهما؟ فأجاب: تأخذ المرأة بمقدار جريها مما زاد على ماله يوم تزوجها بحسب نظر أهل المعرفة في ذلك."[98].

مناقشة وترجيح:

بداية يرى الباحثان أن تركز الفتاوى في المسألة على حالة الزوجة المطلقة أو الزوجة الأرملة، وقلتها في حالة الزوجة الباقية في عصمة زوجها؛ لعله يرجع إلى إحجام هذه الزوجة عن المطالبة بحقها في مقابل السعاية وهي ما زالت في عصمة زوجها حرصا منها على المحافظة على وحدة الأسرة واستمرارها واستقرارها.

ثم إن من يدقق النظر في الفتاوى المذكورة في المسألة يجدها عبارة عن إجابة لأسئلة وجهت لأهل الفتوى في زمانها ومكانها، والسؤال هو تعبير عن واقعة وحادثة جارية، وبالتالي كان جواب بعض المفتين بقدر السؤال، وهذا يعني أن تلك الفتاوى تمثل إجابة عن السؤال كما هو مطروح، أكثر من كونها تسعى إلى بناء حكم فقهي شامل لكل الحالات، ولا أدل على ذلك من وجود فتاوى أخرى لا تربط حق الزوجة في المطالبة بأخذ سعايتها من مال زوجها بحالتي الطلاق ووفاة الزوج [99].

وعليه فإن الرأي الأول هو الرأي الأقرب للصواب والأحرى بالترجيح لما يأتي:

1 – إن هذا الرأي يتلائم مع طبيعة الحقوق، إذ الأصل فيها أنها تخول صاحبها المطالبة بها على أي حال، والإستفادة منها في كل الأحوال، إذا توافرت = بطبيعة الحال = الشروط الموضوعية اللازمة لذلك، بأن كان صاحبها أهلا لذلك، ولم توجد موانع تحول دون تلك الإستفادة [100].

2 – إن ربط المطالبة بهذا الحق بحالة الطلاق فقط فيه إغراء للزوجة بالسعي في الطلاق، وتخريب بيتها بنفسها للوصول إلى حقها[101].

ومن جهة ثانية فإن هذا الربط سيؤدي إلى فهم هذا الحق على أساس أنه تعويض عن الطلاق، وليس حقا ثابتا للزوجة لأجل مساهمتها في تنمية ثروة زوجها.

كما أن ربط هذه المطالبة بحالة وفاة الزوج فقط يشعر بأن هذه المطالبة قاصرة على حياة الزوجة الساعية، فإذا ما توفيت قبل زوجها فإنه لا يحق لورثتها المطالبة بحقها في الكد والسعاية، والأصل في الأموال أنها تورث [102].

الفرع الثاني النطاق المكاني لحق الكد والسعاية:

يتبين لنا من خلال الفرع السابق أن فتاوى فقهاء النوازل قد كانت بحق نساء البادية، ومن هنا يرى بعض فقهاء المالكية أن إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية يرتبط بالأشخاص القاطنين في البوادي؛ ذلك أن جل الفتاوى التي كرست هذا الحق، إنما هي فتاوى تتعلق بحياة البادية ومعاملاتها [103].

بل إن هناك من أكد صراحة على أن حق الكد والسعاية إنما يجري العمل به في البادية دون الحاضرة، فقد جاء في فتوى لأبي إسحق التونسي:"أن الزوجة في البادية تشارك زوجها على قدر سعايتها، ولا يستبد الزوج بما عقد على نفسه من الأشرية، إلا إن كان ذلك من ماله الخاص له من صدقة عليه، أو هبة أو نحو ذلك، والأخوة كذلك، ونساء الحاضرة بخلاف ذلك لأنهن للفراش.."[104].

وفي المقابل يرى آخرون عدم التمييز في تطبيق حق الكد والسعاية بين البادية والحاضرة، فقد جاء في النوازل الكبرى الجديدة المسماة بالمعيار الجديد نقلا عن نوازل الورزيزي:"أن الأم إذا كانت تعمل مع أولادها مثل النسج والغزل ونحوهما، فإنها تكون شريكة فيما نشأ عن خدمتهم، وخدمتها أيضا بينهما، وكذلك الأخت مع إخوانها، والبنت مع أمها، والزوجة مع زوجها، ونساء الحاضرة والبادية في هذا سواء"[105].

وجاء أيضا في النوازل الصغرى نقلا عن الورزيزي قوله:"قال الإمام ابن العطار: مذهب الإمام مالك وأصحابه، أن المرأة إن كانت تعمل مثل النسج والغزل ونحوهما، فإنها شريكة الزوج فيما استفاده من خدمتها، أنصافا بينهما، وكذا الأم مع أولادها، والأخت مع إخوتها، والبنت مع أبويها، ونساء البادية والحاضرة في هذا سواء"[106].

هذا وبعيدا عن نوعية العمل المذكور في مختلف الفتاوى، والذي تقوم به الزوجة سواء أكان في تربية الماشية، أم في الزراعة، أم في الغزل والنسج، يرى الباحثان رجحان الرأي القائل بعدم تحديد نطاق التطبيق المكاني لحق الكد والسعاية بالبادية دون الحاضرة؛ ذلك أن"المرأة في الحواضر، إذا كانت قديما وفي غير هذا العصر، تمتاز عن أختها في العالم القروي بعدم الكد والسعاية، حيث كانت أشغالها – على أكثر تقدير – تنحصر في تدبير شؤون المنزل أو في خصوص الإشراف عليه.... فإنها اليوم تكابد مع زوجها الحياة وتقاسمه هموم الأسرة بكل تجلياتها، فإذا كانت موظفة، فإلى جانب عملها الوظيفي اليومي الدؤوب، ينتظرها تدبير شؤون المنزل، وإذا كانت عاملة في غير القطاع العمومي، فقرح مثله أيضا، ومن ثم فلا فرق بين المرأة في البادية وبين أختها في الحاضرة"[107].

الخاتمة:

الآن وبعد أن فرغنا بفضل الله تعالى وتوفيقه من إعداد هذا البحث نضع في خاتمته أهم ما توصلنا إليه من نتائج، وهي:

1 – إن صعوبة الحياة وضيق الحال في الكثير من المجتمعات المسلمة، وعجز الكثير من الأزواج عن الإنفاق على الأسرة، أو الحصول على الكماليات التي أضحت حاجات لها، شكَّل عرفا سائدا في كثير من المجتمعات، يقضي بضرورة أن تُعاون الزوجة زوجها في تحمل أعباء الأسرة، وفي تكوين ثروتها المالية وتنميتها.

2 – لا مانع شرعاً من أن يتفق الزوجان على تدبير الأموال التي يكتسبانها أو ينمِّياها معا خلال فترة الزوجية بكدِّهما وجهدهما، ويتفقان على اقتسامها بنسبة معينة، ولا يُعدُّ هذا الإتفاق إدماجاً للذمة المالية للزوجين.

3 – يقصد بحق الكد والسعاية بمعناه العام وبحسب ما انتهينا إليه، بأنه: مساهمة أفراد من الأسرة في تكوين ثروتها، أو في تنمية هذه الثروة بما يقومون به من أعمال في مال مملوك لبعضهم، غير متبرعين بهذه الأعمال، نظير نصيب من المال، يتم احتسابه وفق القواعد العامة التي تنتظم إجارة الأعمال.

4 – إن ارتباط حق الكد والسعاية في الفقه المالكي بالعرف المحلي، لا يمنع من تعميم العمل به في مختلف المجتمعات، من خلال نصوص قانونية واضحة ومحددة؛ وذلك لإستناده لأصول وقواعد فقهية معتبرة في الشريعة الإسلامية.

5 – يكيف حق الكد والسعاية في الرأي الراجح فقها على أساس أنه إجارة عمل، فالزوجة التي تعمل في مال زوجها بدون اتفاق مسبق لا تشاركه في ماله، ولكن لها أن تطالب بأجرة المثل عن عملها بالغة الأجرة ما بلغت، وهذا يتفق مع مبدأ العدالة والإنصاف في الشريعة الإسلامية، والذي يقتضي أخذ جهود الزوجة العاملة في مال زوجها بعين الإعتبار.

6 – لا يتقيد حق الكد والسعاية بزمان أو مكان محددين، فللزوجة العاملة في مال زوجها على نحو ما تقدم، حق المطالبة بسعايتها من مال زوجها في حال قيام الزوجية أو انتهائها بموت أو طلاق، سواء أكانت من أهل البادية أم الحاضرة، ومهما اختلف نوع عملها وطبيعتة في مال زوجها.

التوصيات: يوصي الباحثان بما يأتي:

1 – ضرورة قيام طلبة العلم والدارسين للفقه الإسلامي بمزيد من الدراسات الشرعية؛ لتنظيم العلاقات المالية بين أفراد الأسرة بعضهم مع بعض، من خلال النوازل الفقهية في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة.

2 – ضرورة تعديل قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية بإصدار ملحق يتعلق بحق الكد والسعاية بين أفراد الأسرة، على نحو ما هو موجود في التشريعين المغربي والجزائري، وبما يتوافق وطبيعة الحياة في مجتمعاتها.

الهوامش:

(1) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2، ص 532، طبعة المكتبة العلمية، بيروت.

(2) الشيباني، محمد بن الحسن، الكسب، تحقيق: سهيل زكار، ص2، الطبعة الأولى عام1400 هـ دمشق.

(3) الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، ص 184، ط1عام 1983م، دار الكتب العلمية، بيروت.

(4) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ج1ص320.

(5) ابن عابدين، محمد بن محمد أمين عابدين، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، ج 3 ص 603، ط 4عام 2015م، والدر المختار شرحٌ لـتنوير الأبصار، للحصكفي، وتنوير الأبصار للتمرتاشي.

(6) الزحيلي، محمد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، العدد 16، 2007م، دبي.

(7) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج 3 ص 603.

(8) الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 7 ص 199، طبعة عام 1984م، دار الفكر، بيروت.

(9) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب المصري، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ج 11 ص 460، ط(1) عام1999م.

(10) الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 4 ص 187، طبعة دار الفكر، بدون تاريخ.

(11) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بحاشية منحة الخالق، لابن عابدين، ج 4 ص 213، ط (2)، دار الكتاب الإسلامي.

(12) دلانده، يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الاسرة، ص (125– 126)، دار هومة، 2011م، الجزائر.

(13) الخرشي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4 ص187، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2 ص 514، طبعة دار الفكر، بدون تاريخ.

(14) زيدان، عبد الكريم، المفصَّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج 4 ص 291–293، ط (1) سنة 1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(15) الفاخوري، إدريس، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، ص 289، سلسلة مجلة الحقوق، عدد (37)، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب.

(16) ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج 4 ص 348، طبعة عام 1968م، مكتبة القاهرة.

(17) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ج3 ص 249، ط1، عام 1999م، خرّج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي، دار الكتب العلمية، بيروت.

(18) التاويل، محمد، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية – رؤية إسلامية، ص95، 96، طبعة عام 2006م، مطبعة آنفو برانت، فاس بالمغرب.

(19) المرجع السابق ص100–107.

(20) هذا جزء من حديث طويل، أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ط (1) سنة2001م، مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق شعيب الأرنوط، حديث رقم 20695، وقال عنه المحقق: صحيح لغيره.

(21) الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، طبعة دار الغرب الإسلامي سنة 1998، بيروت، باب (ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة)، ج4، ص10، حديث رقم (2132)، وقال عنه: حديث حسن صحيح.

(22) البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ط(3) سنة 2003م، دار الكتب العلمية، بيروت، ج7، ص406، باب (الشروط في النكاح) حديث رقم (14433)، الترمذي، سنن الترمذي، مصدر سابق، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، ج 3، ص 626، حديث رقم"1352". وقال عنه: هذا حديث حسن صحيح.

(23) الوزاني، أبو عيسى سيدي المهدي، النوازل الجديدة الكبرى المسماة بالمعيار الجديد، ج6 ص510، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، سنة 1996م، التاويل، محمد، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية – رؤية إسلامية، مرجع سابق، ص14، 15.

(24) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص 511.

(25) عليش، محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 4 ص 392، طبعة دار الفكر، بيروت، 1989م.

(26) مجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية وبهامشها الفتاوى البزازية، ج5 ص 378، الطبعة الثانية، سنة 1310هـ المطبعة الأميرية، مصر.

(27) المزكلدي، عمر، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، بحث مقدم في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون، مقدم الى كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بجامعة محمد الخامس، ص7، أمينة رضوان، حق الكد والسعاية في القانون المغربي، مقال منشور بتاريخ 14 مايو عام 2017 في وكالة الرأي العربي الإخبارية /news.mkomarab.com

(28) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج14 ص376، ط(3) دار صادر، بيروت.

(29) المصدر السابق ج13 ص377.

(30) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع سابق، ص6.

(31) الفهري، إدريس الفاسي، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر"، بحث مقدم الى ندوة"تطور العلوم الفقهية"وموضوعها:"فقه العصر في مناهج التجديد الديني والفقهي"، والمنعقدة في سلطنة عمان في الفترة من 5-2010\4\8، ص23.

(32). المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع سابق، ص7.

(33) أنظر هذا التعريف وغيره من التعريفات المشابهة له كتاب عمر المزكلدي، وهو مرجع سابق ص18، 19، وانظر: الفاخوري، إدريس، قانون الأسرة المغربي/ أحكام الزواج، ص 303، منشورات مجلة المعارف القانونية والقضائية، 2016م، دار نشر المعرفة، الرباط.

(34) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق ص17.

(35) المرجع السابق ص7.

(36) أمينة رضوان، حق الكد والسعاية في القانون المغربي، مقال منشور بتاريخ 14 مايو عام 2017 في وكالة الرأي العربي الإخبارية /news.mkomarab.com.

(37) انظر في معنى شركة المضاربة: الخياط، عبد العزيز عزت، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج2 ص50 وما بعدها، ط(2) سنة 1984 م، مؤسسة الرسالة.

(38) المرجع السابق ج1 ص73.

(39) المرجع السابق ج1 ص34.

(40) المرجع السابق ج1 ص38، 41.

(41) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص20، 21.

(42) أحمد بن الحسن بن يوسف أبو العباس بن عرضون، قاض من فقهاء المالكية، ولي القضاء، مغربي من أهل شفشاون، له كتب منها"اللائق لعلم الوثائق"و"آداب الزواج وتربية الولدان"توفي بفاس سنة 992هـ. انظر: الزركلي، الأعلام، ج1، ص112.

(43) العَلَمي، عيسى بن علي العلمي، النوازل ج2 ص101، ط(1)، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية.

(44) التاويل، محمد، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص20-21.

(45) سعيد بن علي الهوزالي، فقيه محقق، عمل في القضاء، مجتهد، من أهل سوس، ولد سنة 913هـ وتوفي سنة 1001هـ. انظر: التنبكتي، تطريز الديباج، ص 190. وذكره باسم سعيد بن علي الأوزالي، وهو ذاته.

(46) الفهري، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر، مرجع سابق، ص26. نقلا عن: الدكتور الحسن العبادي، فقه النوازل في سوس، قضايا وأعلام من القرن التاسع الهجري إلى

نهاية القرن الرابع عشر، ص 419، ط (1) عام 1999م، منشورات كلية الشريعة بأكادير، التابعة لجامعة القرويين.

(47) انظر: العَلَمي، النوازل، مرجع سابق، ج2 ص101-- 104، الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى المسماة بالمعيار الجديد، مرجع سابق، ج6 ص509، التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص 22-30، الوزاني، أبو عبدالله محمد المهدي الحسيني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، ج2 ص18، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالغرب، سنة 1992م.

(48) انظر: المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص23- 24، الفهري، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر، مرجع سابق، ص 26 -30، الميلود كعواس، الإبانة عن حق الكد والسعاية، جريدة المحجة، العدد (254)، 16 إبريل سنة 2006م.

(49) أنظر: الفهري، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر، مرجع سابق، ص 27، 28.

(50) أنظر: العَلَمي، النوازل، مرجع سابق، ج2 ص102، التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص 63، 64، 75.

(51) أنظر: المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص59- 65.

(52) سورة النجم: الآيات (39-41).

(53) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص89، 91.

(54) المرجع السابق.

(55) سورة النساء: الآية (32).

(56) جاء في التفسير الوسيط للقرآن الكريم لمحمد سيد طنطاوي: (روى المفسرون في سبب نزول الآية الأولى روايات منها ما رواه الإمام أحمد والترمذي عن مجاهد قال: قالت أم سلمة: يا رسول الله، يغزو الرجال ولا نغزو، ولنا نصف الميراث فأنزل الله- تعالى- وَلا تَتَمَنَّوْا ما فَضَّلَ اللهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلى بَعْضٍ). ج3 ص131، ط(1)، دار نهضة مصر للطباعة والنشر القاهرة.

(57) المرجع السابق، ج3 ص131، 132.

(58) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع سابق، ص 92- 93.

(59) المرجع السابق، ص95-96.

(60) الفهري، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر، مرجع سابق، ص35.

(61) التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص39.

(62) الفهري، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر، مرجع سابق، ص16، 32.

(63) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص62، 65.

(64) العَلَمي، النوازل، مرجع سابق، ج2 ص104، 105.

(65) التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص57.

(66) الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى المسماة بالمعيار الجديد، مرجع سابق، ج6 ص509 -511.

(67) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص67-76.

(68) التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص 42، 48.

(69) العَلَمي، النوازل، مرجع سابق، ج2 ص105.

(70) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص86.

(71) المرجع السابق ص87.

(72) التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص51.

(73) المرجع السابق ص 55-57.

(74) أبو داود، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط و محمد كامل قره بللي، ط1، عام 2009م، ج 5 ص 368، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، حديث رقم"3508"، دار الرسالة العالمية، قال المحقق: إسناده صحيح.

(75) البخاري، محمد بن اسماعيل، الجامع الصحيح المختصر، مصدر سابق، كتاب الجمعة، باب الجمعة في المدن و القرى، ج 2، ص 5، حديث رقم"893".

(76) سورة القصص، الآية (25).

(77) بدر بن محمد بن بكر عابد، حجية السوابق القضائية الجنائية في القضاء السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، سنة 2017 م.

(78) الفهري، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر، مرجع سابق، ص40.

(79) الهواء: هو الحق الذي يفيد صاحبه من جزء محدد من الفضاء الطليق أو العلو المرتفع فوق بناء قائم. الجلسة: هو حق يقع عادة على عقار مبني من العقارات المحبوسة أو من أملاك الدولة، وينشأ عن إيجار يعقد لمصلحة صاحبه ويمنح له حق التمتع بالمحل المكترى بصفة دائمة مقابل أداء عائدات دورية للجهة المكرية. الجزاء: هو يشبه حق الجلسة إلا أن الجزاء يقع على الأراضي الخلاء والحقول أما الجلسة فيقع على محلات مبنية.

الزينة: هو حق يقع على عقار من أملاك الدولة الخاصة يؤجر لشخص يلتزم بإشادة بناء أو بإجراء تحسينات فيه. ويستفيد صاحبه بصفة دائمة مما أحدثه في العقار، مقابل التزامه بأداء نجوم دورية للدولة. انظر: الكزبري، مأمون التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، ج2 ص 222، ط2، عام1987م.

(80) الفاخوري، إدريس، قانون الأسرة المغربي، أحكام الزواج، ص 301- 302، نشر دار المعرفة، الرباط.

(81) المرجع السابق ص312، الفهري، حق الكد والسعاية في الإجتهاد الفقهي المعاصر، مرجع سابق، ص40، المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص44-48.

82) العَلَمي، النوازل، مرجع سابق، ج2 ص101-105، الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى المسماة بالمعيار الجديد، مرجع سابق، ج6 ص509 -511، التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص22-30، المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص130، 142.

(83) الشُقة: جنس من الثياب. انظر: لسان العرب، مصدر سابق، مادة شقق، ج 10، ص 184.

(84) عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق ج 3، ص 526.

(85) العَلَمي، النوازل، مرجع سابق، ج2ص102، 106، الوزاني، النوازل الصغرى، مرجع سابق ج 3ص320،

التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص63، 64.

(86) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص131، 136.

(87) وهو الباحث عمر المزكلدي في بحثه حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص131–164.

(88) المرجع السابق، ص138–141.

(89) المرجع السابق، ص143– 154.

(90) المرجع السابق، ص155–164.

(91) تقدم تخريجه في هامش –74–.

(92) التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص42–44.

(93) انظر نص الفتوى ص11 من هذا البحث.

(94) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص20 – 22، عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، بحث منشور في مجلة الملحق القضائي، العدد (39)، سنة 2005م، المغرب، وزارة العدل، المعهد القضائي، ص155–159.

(95) الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى المسماة بالمعيار الجديد، مرجع سابق، ج6 ص509.

(96) المرجع السابق ج6 ص510– 511.

(97) انظر: المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص21، 25، عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، مرجع سابق ص155 – 158، التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، ص 86، مرجع سابق.

(98) الوزاني، النوازل الصغرى، مرجع سابق ج2 ص17–18.

(99) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص24.

(100) المرجع السابق ص25، عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، مرجع سابق ص159 (101) التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص86.

(102) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص26.

(103) المرجع السابق ص176، التاويل، إشكالية الأموال المكتسبة مدة الزوجية، مرجع سابق، ص88.

(104) انظر الفتوي في: المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص176.

(105) الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى المسماة بالمعيار الجديد، مرجع سابق، ج6 ص540.

(106) الوزاني، النوازل الصغرى، مرجع سابق ج 2 ص18.

(107) المزكلدي، حق الكد والسعاية محاولة في التأصيل، مرجع السابق، ص177.

المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام الشافعي في المذهب الجديد

دراسة فقهية مقارنة بين البويطي والمزني في أبواب الزكاة والصيام والاعتكاف

د. عبد الله عبد القادر قويدر*

د. حازم يحيى القضاة**

تاريخ وصول البحث: 19/ 1/ 2020م

تاريخ قبول البحث: 7/ 9/ 2020م

الملخص

يعد مختصر البويطي ومختصر المزني من أهم مصادر المذهب الشافعي في الجديد، ووقع الخلاف بين المختصرين في النقل عن الشافعي في بعض المسائل في أبواب الفقه، وجاء هذا البحث لرصد المسائل التي وقع الاختلاف بين الكتابين في النقل عن الشافعي في أبواب الزكاة والصيام والاعتكاف، وهي مسائل قليلة بالنسبة إلى المسائل التي وقع فيها الاتفاق بينهما في النقل عن الشافعي.

وقد اهتمت كتب المذهب في تتبع الاختلاف في النقل عن الإمام، وذكرت الكتب التي اعتنت بالترجيح في المذهب أغلب هذه المسائل وبيّنت الراجح المعتمد في المذهب منها، وبيّنت هذه الكتب التي اعتنت ببيان المعتمد في المذهب سبب الترجيح في كثير من هذه المسائل، وقد تبين من خلال هذا البحث الجهد الكبير الذي بذله علماء المذهب في تتبع الأقوال ودراستها ونسبتها إلى قائليها ثم الترجيح بينها ترجيحاً قائماً على الأدلة والقواعد المنهجية المعتمدة على الموضوعية العلمية والتجرد في البحث العلمي عند بيان المعتمد والراجح في المذهب بعد ذلك.

الكلمات المفتاحية: المذهب الشافعي، البويطي، المزني، الزكاة، الصيام، الاعتكاف.

* أستاذ مشارك، كلية الفقه الشافعي، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

** أستاذ مساعد، كلية الفقه الشافعي، جامعة العلوم الإسلامية العالمية

:Variant Transmissions of Imam al-Shafi's New Madhab A Comparative Study between Muzani and Buwayti on the chapters of Zakah, Fasting and I'tikaf

Abstract

Yusuf bin Yahya al-Buwayti's (d. 231 AH\ 864 CE) handbook (Mukhtasar) and Isma'il bin Yahya al-Muzani's (d. 264 AH\ 878 CE) handbook are deemed to be of the key sources of Muhammad bin Idris al-Shafi'i's (d. 204 AH\ 820 CE) new madhhab. Although these two handbooks of fiqh conveyed Shafi'is new madhab, there are few, yet, crucial variations between them. This study aims to reveal those variations by an analysis of both handbooks, particularly in the chapters of Zakat, Fasting (Siyam), and I'tikaf.

The classical books of Shafi'i madhab especially the earlier ones concerned with monitoring the variations between the handbooks and giving the authoritative rulings after investigating and clarifying the reasons for preponderance (Tarjih)

In this study, we will see the great efforts that are made by the Shafi'i scholars in detecting the variant sayings of Imam Shafi'i by investigating the transmissions of his sayings along with the establishment of the preponderance between the variations. This is all based on the methodological principles of Islamic Jurisprudence which relies on scientific objectivity to reveal the authoritative rulings (Mu'tamad) in the Shafi'i madhhab.

Keywords: Shafi'i Madhab, Buwayti, Muzani, Zakat, Fasting, I'tikaf.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد:

فإن من المعروف عند المتخصصين في دراسة المذهب الشافعي أن المعتمد في المذهب هو ما اعتمده الإمام في مذهبه الجديد الذي استقر عليه اجتهاده في مصر إلى أن توفي – رحمه الله تعالى–، ومن المعلوم أن من أهم الكتب التي نقلت لنا مذهبه الجديد كتاب الأم ومختصر البويطي ومختصر المزني، بل ذكر بعظهم أن البويطي هو راوي الأم ونقله عنه الربيع المرادي وبوّبه[1]، والبويطي والمزني هما من أجلّ تلامذة الإمام في مصر، فما ذُكِر في المختصرين يمثّل

المصدر الأول لمذهب الإمام الجديد إلى جانب الأم والإملاء وغيرها من كتبه المصرية[2]، فمكانتها لا تخفى، واهتمام علماء الشافعية في نقل نصوص الإمام منها معروف ومشهور، فنقول صاحبي المختصرين هي أصل المذهب، وترتيبها هو الذي نسج على منواله كل من جاء بعدهما من عالم ومصنّف، ومن هنا كثرت النقولات من هذين المختصرين في مصنفات كبار أئمة المذهب، ينقلون منهما نصوص إمام المذهب وأقواله، ويخرجون المسائل والوقائع على ما نقله هذان الإمامان الكبيران عن شيخهما إمام المذهب ومقعد قواعده الشافعي رضي الله عنه ورحمه.

ولا يخفى على أي دارس محقق في مسائل المذهب تعدد النصوص المنقولة عن الإمام في كثير من المسائل، واختلافها في بعض الأحيان، ليأتي بعد ذلك عمل أهل الاجتهاد في المذهب وأصحاب الترجيح ليبينوا الراجح المقدَّم في حكاية المذهب وتحرير المعتمد فيه.

ولعل من الواضح أن مجال الاختلاف في حكاية نصِّ الإمام ونقل أقواله يكون أكثر ما يكون عند تعدد الكتب والمصادر التي تنقل نصَّه وتُبيِّن اجتهاده في المسائل، وهو ما نلاحظه بجلاء في كتب مرجحي المذهب الإمام أبي القاسم الرافعي والإمام أبي زكريا النووي، حيث ينقلان الخلاف في نصوص الإمام وينسبانه إلى الاختلاف في النقل في المختصرين في كثير من المسائل، ولهذا فقد جاء هذا البحث ليجمع هذه المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام في أبواب الزكاة والصيام والاعتكاف، مع بيان ترجيح أئمة الترجيح في المذهب واعتمادهم لأحد هذين القولين حسب قواعد التقديم والترجيح المعتبرة في المذهب.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الإجابة عن الأسئلة التالية:

1. هل هناك اختلاف في النقل عن الإمام في الكتب التي نقلت مذهبه الجديد أم أن الخلاف محصور بين القديم والجديد؟ ما هي أسباب وتوجيهات مثل هذا الاختلاف في النقل؟

2. وما هي المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام الشافعي في مسائل الزكاة والصيام والاعتكاف كنموذج للاختلاف في أبواب العبادات من خلال الكتابين اللذين يعتبران من أهم مصادر المذهب الجديد وأقربهما نسبة إلى الإمام ألا وهما مختصر البويطي ومختصر المزني؟

3. وهل تم نقل الخلاف في مصنفات المذهب فيما بعد؟

4. وما هو ترجيح أئمة الترجيح في المذهب بين هذه الأقوال؟

5. وكيف تعاملوا معها لا سيما عند مرجحي المذهب الإمام النووي والإمام الرافعي رحمهما الله تعالى؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان ما يلي:

أولاً: بيان أن الخلاف في النقل عن الإمام لم يقتصر على المذهبين القديم والجديد، بل وقع في نقل المذهب الجديد، من خلال عرض المسائل التي اختلف فيها النقل في أبواب محددة من ابواب العبادات.

ثانياً: إثبات أن الخلاف كان محل اهتمام أئمة المذهب حيث وضحوا أسباب وقوع مثل هذا الخلاف من الناحية النظرية بشكل عام، وفي الفروع والمسائل الجزئية بشكل خاص عند عرضها ونقل ما جاء فيها.

ثالثاً: بيان أنه لا توجد مسألة اختلف فيها النقل إلا ونجد فيها إشارة عند محققي المذهب وشراحه ومرجحيه إلى القول المعتمد في المذهب للفتوى ونقل المذهب، مما يدلل على خدمتهم المخلصة لمذهب هذا الإمام العظيم والوقوف على الراجح من أقواله وفق قواعد الترجيح المذهبي التي أقرها علماء المذهب بكل إنصاف وأمانة وتحرير.

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في الأمور التالية:

أولاً: أنه يتعامل مع الكتب التي تمثل المصادر الأولى للمذهب الجديد الذي هو المذهب المعتمد حقيقة في كل المسائل إلا ما استثني عند الشافعية من مسائل اعتمد فيها المذهب القديم.

ثانياً: أنه يسلط الضوء على المسائل التي تعدد فيها النقل عن الإمام عند أكبر تلامذته المباشرين في مصر، ومن ثم فهو خلاف في النقل عن الإمام في الجديد من خلال مصدرين مهمين من مصادر الجديد.

ثالثاً: بيان ما استقر عليه المذهب من هذه المسائل المختلف فيها عند أهل الترجيح في المذهب.

وبالتالي فإن هذه الدراسة وإن جاءت في أبواب خاصة إلا أنها تفتح الطريق للاهتمام بهذين المصدرين الأصيلين وتشق الطريق لاستكمال البحث في بقية الأبواب الفقهية في هذين الكتابين

وما يشبههما من كتب المصادر الأصيلة للمذهب الشافعي وغيره من المذاهب.

منهجية البحث:

يتبع البحث المنهج الاستقرائي في تتبع الفروع والمسائل التي وقع الاختلاف فيها في نقل مذهب الإمام في المختصرين، ثم يأتي المنهج المقارن للمقارنة بين هذه الأقوال المختلف فيها وبيان الراجح المعتمد منها في المذهب عند أئمة الترجيح حسب قواعد الترجيح المتبعة في المذهب الشافعي على وفق ما ستأتي الإشارة إليه في التمهيد دون تعرّض لمنهج المقارنة والترجيح المتبعة في المقارنة بين الأقوال الفقهية الواردة في المسائل المختلف فيها بين المذاهب الأربعة من عرض الأقوال في جميع المذاهب والأدلة عند كل فريق والردود ونحو ذلك.

فهذه دراسة مقارنة بين قولين للإمامين البويطي والمزني فيما ينقلان فيه قولين مختلفين عن الإمام الشافعي، مع بيان ما هو المعتمد مذهبياً وما استقر عليه المذهب، وليست دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الأربعة.

وأما تصوير المسألة وتحرير محل النزاع فيها، فإني لا أقوم به إلا حيث تلتبس المسألة بغيرها وتشتبه بنظائرها، فأقوم بتصويرها وتحرير محل النزاع فيها بياناً للمسألة وتمييزاً لها من غيرها.

خطة البحث:

ينقسم البحث إلى ثلاثة مطالب تغطي مفرداته ومسائله على النحو التالي:

تمهيد وفيه تعريف موجز بالإمامين البويطي والمزني وبيان منهج اعتماد الأقوال في المذهب الشافعي.

المطلب الأول: المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام في مسائل الزكاة .

المطلب الثاني: المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام في مسائل الصيام.

المطلب الثالث: المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام في مسائل الاعتكاف.

ويتضمن كلُّ مطلب منها مسائلَ عدّة تتناول الأحكام التي وقع فيها الاختلاف في النقل بين المختَصَرين وبيان المعتمد منها عند علماء الترجيح في المذهب الشافعي.

تمهيد: في بيان منزلة البويطي والمزني في المذهب الشافعي الجديد، ومنهج اعتماد الأقوال في المذهب الشافعي:

أولاً: منزلة البويطي والمزني في المذهب الشافعي:

يعد الإمامان البويطي والمزني من أكبر أئمة المذهب الشافعي وأوثقهم في نقل مذهب الإمام الشافعي الجديد لمكانتهما بين تلامذة الإمام الشافعي.

فالبويطي هو أبو يعقوب يوسف بن يحيى، أكبر أصحاب الشافعي المصريين، تفقه على الشافعي واختص بصحبته، وروى عنه المرادي مذهب الشافعي مع أنه صاحب الشافعي، ونقل عنه الترمذي مذهب الشافعي فيما يذكره من مذهبه في سننه، واستخلفه الشافعي على أصحابه بعد موته، وكان الشافعي يعتمد عليه في الفتيا في حياته ويحيل عليه المسائل[3].

والمزني هو أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، ناصر مذهب الشافعي كما قال الشافعي نفسه، صنف الكتب الكثيرة في المذهب التي أصبحت عمدة من جاء بعده، وهو من أبرز أصحاب الشافعي مع صلاح وورع[4].

وعليه فإن مكانة المختصرين لهذين الإمامين الجليلين لا تخفى على أي باحث في المذهب الشافعي، لتقدم مكانة مصنفيهما، ولكونهما من أصحاب الشافعي في مصر في مذهبه الجديد.

ومذهب الشافعي الجديد هو الصحيح المعتمد في المذهب، وعليه العمل؛ لأن القديم مرجوع عنه[5]، والإمامان من نقلة الجديد لا القديم، وهذا ما يستدعي الوقوف على المعتمد في المذهب من نقليهما في غير ما هو معروف من تقديم الجديد على القديم، إذ كل ما نقلوه إنما هو من الجديد، وهذا يقودنا إلى بيان منهجية المعتمد في المذهب الشافعي في الفرع التالي:

ثانياً: منهج اعتماد الأقوال في المذهب الشافعي:

يقوم منهج اعتماد الأقوال في المذهب الشافعي وتحرير المذهب وبيان القول المعتمد فيه في النقل على اعتماد ما اتفق عليه الشيخان النووي والرافعي، فإذا اتفقا على تقديم قول اعتمد في المذهب ولم يعتمد ما سواه، فإن اختلفا فالمعتمد ما قاله النووي، فإن لم ينقل عنهما فيه قول فالمعتمد ما عليه شيخ الإسلام زكريا الأنصاري والشهاب ابن حجر الهيتمي في كتبه وخاصة التحفة، والشمس الرملي في النهاية،

والخطيب الشربيني، ثم ما اعتمده المتأخرون من أصحاب الحواشي كالزيادي[6] وابن قاسم[7][8].

والأقوال التي اختلف فيها النقل عن الإمام بين البويطي والمزني في مسائل الزكاة والصيام والاعتكاف لم تخل منها أقوال الشيخين النووي والرافعي في كتبهما ونص على المعتمد فيها شراح المنهاج كابن حجر والرملي ومن قبلهما شيخ الإسلام زكريا الأنصاري وتبعهم فيها كما سنرى أصحاب الحواشي من المتأخرين.

وعليه فإن المعتمد عند النص عليه هو ما كان موافقاً لهذا المنهج وهو ما تم توثيقه من هذه المصادر المعتمدة في تحرير المذهب ونقله.

المطلب الأول: المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام في مسائل الزكاة

بدأ البويطي كتاب الزكاة بنقل استدلال الإمام الشافعي بالنصوص على وجوب الزكاة ومقادير أنصبتها، ثم شرع في نقل كلامه في الأحكام الفقهية المتعلقة بمسائل الزكاة، وقد اتفق في أكثرها مع نقل المزني دون خلاف يذكر، وتنحصر المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام بين البويطي والمزني في المسائل التالية:

المسألة الأولى: زكاة الدَّين:

وذلك في زكاة الرّجل للدّين الذي له على غيره، وأما إذا كان الدّين عليه، فإنه لم يختلف فيه النقل عن الإمام على وجوب أداء المدين الزكاة على المال الذي معه وإن كان عليه من الدّين مثله أو أكثر أو أقل[9].

وعليه فلو كان لرجل دين على مليء (غني) فهل يجب عليه أن يضمّه إلى ماله ويزكّيَه أم يستحب له ذلك؟

اختلف النقل عن الإمام الشافعي في ذلك على قولين:

القول الأول: وظاهر النقل فيه يدل على الاستحباب، وهو ما نقله عنه البويطي عند قوله: (وأحب للرجل إذا كان دينه على مليء أن يحبسه مع ماله ويخرج زكاته)[10].

القول الثاني: ويدل على جوب ذلك إن تيسر أخذه منه، وهو ما نقله المزني وهو قول الشافعي في الأم أيضاً، حيث قال: (وإذا كان لرجل على رجل دين فحال عليه حول ورب المال يقدر على أخذه منه بحضور رب الدين وملائه وأنه لا يجحده ولا يضطره إلى دعوى فعليه أن يأخذه منه أو زكاته كما يكون ذلك عليه في الوديعة هكذا)[11]. ونقله المزني

عن الشافعي في مختصره فقال: (وإن كان له دين يقدر على أخذه فعليه تعجيل زكاته كالوديعة)[12].

القول المعتمد:

القول المعتمد في المذهب هو القول الثاني وهو وجوب إخراج الزكاة في الحال، قال في التحفة: "(وإن تيسر) بأن كان على مقرّ مليء باذل أو جاحد وبه بينة أو يعلمه القاضي (وجبت تزكيته في الحال) وإن لم يقبضه"[13]. وعليه فإنه يحمل كلام الإمام في البويطي على ما يوافق النقل الصريح عنه بوجوب إخراج الزكاة في الحال، وهو ما نقله أئمة المذهب قولاً واحداً في الجديد، بأن يكون مراده من قوله: "أحب" طلب الوجوب لا طلب الاستحباب.

المسألة الثانية: اتخاذ الرجل الحلي للعارية أو الكراء.

الحُليُّ المتّخذ لاستعمال مباح؛ كحليّ النساء وخاتم الرجل من الفضة لا تجب الزكاة فيه عند الشافعي -رحمه الله تعالى- في القديم قولاً واحدًا، وفي الجديد قولان، والمذهب عدم وجوب الزكاة فيه، وخرج بقيد " المباح" المحرّمُ والمكروهُ فتجب فيه الزكاة[14]، وعلل إمام الحرمين الجويني ذلك بأن إسقاط الزكاة عن الحلي من باب الرخصة والرخص لا تناط بالمعاصي، فلا تسقط الزكاة عن الحلي المعد لاستعمال محرم[15].

لكن لو اتخذ الرجل حلياً مباحاً ليعيره أو يؤجره ممن يجوز له استعماله فهل تجب عليه فيه الزكاة؟ اختلف النقل عن الإمام في ذلك على قولين[16]:

القول الأول: وجوب الزكاة فيه، قال في البويطي: (وإن اتخذ رجل حُلِيّاً للعارية أو للكراء ولبسه أهله وبناته فعليه فيه الزكاة)[17].

القول الثاني: عدم وجوب الزكاة، قال في الأم:(وإن كان حُليّا يلبس، أو يدخر، أو يعار، أو يكرى فلا زكاة فيه، وسواء في هذا كثر الحلي لامرأة، أو ضوعف، أو قل وسواء فيه الفتوخ[18]، والخواتم، والتاج وحلي العرائس وغير هذا من الحلي)[19]، وهو الموافق لما في المزني حيث جاء فيه: "ولو ورث رجل حليا، أو اشتراه فأعطاه امرأة من أهله، أو خدمه هبة، أو عارية، أو أرصده لذلك لم يكن عليه زكاة في قول من قال لا زكاة فيه إذا أرصده لما يصلح له، فإن أرصده لما لا يصلح له فعليه الزكاة في القولين جميعا (قال المزني): وقد قال الشافعي في غير كتاب الزكاة ليس في الحلي زكاة وهذا أشبه بأصله؛ لأن أصله أن في الماشية زكاة وليس على المستعمل منها زكاة فكذلك الذهب والورق فيهما الزكاة وليس في المستعمل منهما زكاة"[20].

المعتمد في المذهب: عدم وجوب الزكاة في الحليّ المعدّ لاستعمال مباح، وإمساك الرجل الحليّ لإجارة من يحلّ له لبسه من النساء أو إعارته لهنّ ـ اتخاذٌ له لاستعمال مباح فلا تجب عليه فيه الزكاة[21]، قال في المجموع: (ولو اتخذ حليّا مباحا في عينه لكن لم يقصد به استعمالا ولا كنزا أو اقتناء أو اتخذه ليؤجره فإن قلنا تجب الزكاة في الحلي المتخذ للاستعمال المباح فهنا أولى وإلا فوجهان أصحهما لا زكاة فيه كما لو اتخذه ليعيره)[22]. ومثله قول الرافعي في الشرح الكبير[23]، وعليه مضى تقرير المعتمد في المذهب عند المتأخرين.

المسألة الثالثة: في زكاة المعدن واشتراط الحول فيه:

تجب الزكاة في المعدن المستخرج من باطن الأرض ويشترط فيه أن يكون ذهباً أو فضة وأن يبلغ نصاباً، وهذا لا خلاف في النقل فيه عن الإمام بين البويطي والمزني، وجاء صريحاً في الأم[24]، ولكن وقع الاختلاف في النقل عن الإمام في اشتراط الحول، وهو ما سنعرضه فيما يلي:

القول الأول: عدم اشتراط الحول: نقل البويطي –رحمه الله تعالى– القول باشتراط الحول على سبيل الحكاية عما قيل في المسألة، ونقل عدم اشتراط الحول، فقال –رحمه الله تعالى–: "ومن أصاب من معدن ذهباً أو ورقاً فقد قيل: هو كالفائدة يستقبل به الحول، وقد قيل: إذا بلغ ما يجب فيه الزكاة زكاه مكانه"[25].

القول الثاني: اشتراط الحول: وهو عند المزني فقد نقل ما قاله في الأم ثم قال: "إذا لم يثبت له أصل فأولى به أن يجعله فائدة يزكى لحوله وقد أخبرني عنه بذلك من أثق بقوله وهو القياس عندي وبالله التوفيق".

القول المعتمد: ردّ الماوردي رواية المزني باشتراط الحول في المعدن والركاز؛ وذلك لانقطاع سندها ومخالفتها للمنصوص عليه في كتب الشافعي – رحمه الله تعالى–، قال في الحاوي: "أما اعتبار الحول في زكاة المعدن فساقط لا يعرف قول الشافعي اختلف فيه، إلا ما حكاه المزني إنه أخبره بذلك من يثق به، فلا يلزمنا القول به لأنه مرسل ويلزم المزني القول به لأنه متصل، ثم استدل المزني أيضا بقوله إنه فيه واقف، وعندنا إن وقوف الشافعي في المقدار لا في الحول، والذي عليه جمهور أصحابنا أن الحول لا يعتبر في المقادير قولا واحدا"[26].

ولكن جاء في الرافعي بيان هذا الراوي الذي روى عنه المزني، وبيّن أن المعتمد المنصوص عليه في أكثر كتب الشافعي عدم اشتراط الحول، وأشار ـ

رحمه الله تعالى - إلى قول البويطي ووضحه فشفى بذلك الغليل[27].

وجاء عند الروياني في البحر: "والمنصوص في كتبه القديمة والجديدة أن الحول لا يعتبر فيه، وقال المزني: روى لي عنه من أثق به أن الحول يعتبر فيه، وإنما لم يذكر اسم من أخبره به عنه لأن امرأة أخبرته به عنه وهي أخت المزني وأومأ إلى هذا في مختصر البويطي"[28].

المعتمد في المذهب:

والمعتمد في هذه المسألة عدم اشتراط الحول، قال المحلي في شروط زكاة المعدن في شرح المنهاج: "(وشرطه النصاب والنقد) أي الذهب والفضة (على المذهب) وقيل: في اشتراط ذلك قولان: الجديد الاشتراط، كذا في أصل الروضة، والذي في نسخ من الشرح ترجيح طريق القولين واستدل لعدم الاشتراط بإطلاق الحديث. (لا الحول) فلا يشترط بلا خلاف"[29]. وقال في المجموع: " ولا يعتبر فيه الحول وهذان القولان في اشتراط الحول مشهوران (والصحيح) المنصوص في معظم كتب الشافعي وبه قطع جماعات وصححه الباقون أنه لا يشترط بل يجب في الحال"[30]. وعلى هذا مضى تقرير المذهب عند المتأخرين[31].

وتوجيه اختلاف النقل عن الإمام ولا سيما في نقل البويطي – رحمه الله تعالى–، أن الاختلاف إنما هو في حكاية الخلاف الموجود، فهو نقل للخلاف القائم بين العلماء وحكاية له وليس اختلافاً في أقوال الإمام، وهذا أحد الوجوه التي وجّه بها ابن القاص – رحمه الله تعالى– اختلاف الأقوال المنقولة عن الإمام – رحمه الله تعالى–، حيث قال في توجيه تعدد أقوال الإمام: "ما قاله على طريق الحكاية واختلاف الماضين قبله"، وعندما مثّل لهذا القسم قال: "وكذلك قوله فيما يجب في المعادن في مسائل كثيرة نصّ على القولين من طريق الحكاية"[32].

المسألة الرابعة: الشروط في زكاة الخلطة في الأنعام:

اشترط الشافعي – رحمه الله تعالى– في زكاة خلطة الجوار في الأنعام الاشتراك في أمور عدة ذكرها بقوله: "ولا يكونان خليطين حتى يروحا ويسرحا ويسقيا معا، وتكون فحولهما مختلطة، فإذا كانا هكذا صدقا صدقة الواحد بكل حال (قال الشافعي): وإن تفرقا في مراح، أو سقي، أو فحول فليسا خليطين ويصدقان صدقة الاثنين"[33].

يقول الماوردي: " فهذه ست شرائط تختص بخلطة الأوصاف أربعة منها متفق عليها، وهي

المراح والمسرح والسقي والفحول، وشرطان مختلف فيهما وهما الحلاب والنية. وأصل هذه الشرائط قوله ﷺ: " والخليطان ما اختلطا في الرعي والسقي والفحول " فنص على بعضها ونبه على باقيها، فلو انخرم شرط منها بطل حكم الخلطة وزكياه زكاة الانفراد"[34].

وقد جمع الشيرازي في المهذب الأمور التي يشترط الاشتراك فيها فقال: " أحدهما: أن يكون الشريكان من أهل الزكاة. والثاني: أن يكون المال المختلط نصاباً. والثالث: أن يمضي عليهما حول كامل. والرابع: أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في المراح. والخامس: أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في المسرح. والسادس: أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في المشرب. والسابع: أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في الراعي. والثامن: أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في الفحل. والتاسع: أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في المحلب"[35] ومما زيد عليها: شرط اتحاد موضع الحلب، والحالب، والمحلب الذي مر هو إناء الحلب كما فسروه[36]. ولكن هل هذ الشروط محل اتفاق في تحقق شروط زكاة الخلطة؟ هذا ما سنبينه فيما يلي:

نص البويطي – رحمه الله تعالى– على شرط اجتماع الرعاة في المالين، باعتباره شرطاً لا بد منه مع بعض الشروط الأخرى دون تعيين؛ جاء في البويطي: "قال أبو يعقوب: وإن اجتمعت الرعاة وبعض هذه الخصال وانفردوا في بعضها فهم خلطاء"[37]. فالبويطي – رحمه الله تعالى– يجعل شرط اتحاد الرعاة أهم من غيره، ووجهه الجويني–رحمه الله تعالى– بأن الراعي قوام الأمر، فالاختصاص لكل شريك براع يظهر الانفراد ويناقض الخلطة[38].

وقد كثر الخلاف في الشروط التي لا بد منها

والمعتمد في المذهب هو اشتراط اتحاد الرعاة كما ذكر البويطي –رحمه الله تعالى–، إضافة إلى الشروط التالية، ونصوا على أن ما سواها لا يشترط تحققه على المعتمد في المذهب، والشروط المعتمدة هي:

النصاب في الماشيتين معاً أو مع ماشية أحد الخلطاء، والحول على تفصيل مذكور في المصنفات، وكون الشريكين الخليطين من أهل الزكاة، واتحاد المراح والمسرح، والمرعى والراعي والفحل والمشرب وموضع الحلب.

أما الحالب، والإناء الذي يحلب فيه ونية الخلطة فليست بشروط معتمدة في المذهب[39].

وعليه فالمعتمد ما نص عليه البويطي من اشتراط اتحاد الراعي وهو ما انفرد فيه عن المزني

والأم وتفصيل ما أبهمه من شروط جاءت عند المزني وفي كتب الشراح والمصنفين من بعدهما.

المسألة الخامسة: مقدار عَلْف الأنعام المانع وجوب الزكاة فيها:

تجب الزكاة في الأنعام إن كانت سائمة كل الحول بلا خلاف، ولا تجب الزكاة فيها إن كانت معلوفة كل الحول بلا خلاف في المذهب، ولكن إذا علفها صاحبها حيناً وأسامها حيناً آخر فقد اختلفت الأقوال في المذهب واختلف النقل عن الإمام بين البويطي والمزني على النحو التالي:

القول الأول: أن العبرة بالأكثر، فإذا كان أكثر عيشها بالعلف فلا زكاة، وإذا كان أكثر عيشها بالسوم والرعي، فتجب فيها الزكاة، قال في البويطي: "... فأمّا كلّ ماشية لا ترعى وإنما أكثر عيشها بالعلف، فإن كانت قنية فلا زكاة فيها، وإن كانت للتجارة قوّمها مع ماله فأخرج زكاتها مثل زكاة العرض"[40]. وهذا يعني عدم وجوب زكاة الأنعام فيها لأن زكاة الأنعام زكاة عين، وإذا اجتمعت زكاة العين مع زكاة العروض قدّمت زكاة العين.

القول الثاني: إذا علفها صاحبها ولو قدراً يسيراً فلا تجب فيها الزكاة[41]، لأن العلف مؤنة يذهب بفضل نمائها؛ يقول الشافعي ﷺ في المزني: " والسائمة الراعية وذلك أن يجتمع فيها أمران أن لا يكون لها مؤنة في العلف ويكون لها نماء الرعي فأما إن علفت فالعلف مؤنة تحبط بفضلها"، ثم قال بعد ذلك: "وإن كانت العوامل ترعى مدة وتترك أخرى، أو كانت غنما تعلف في حين وترعى في آخر فلا يبين لي أن في شيء منها صدقة"[42].

وقال في الأم: "وإذا كانت لرجل نواضح، أو بقر حرث، أو إبل حمولة، فلا يتبين لي أن فيها الزكاة، وإن بطلت كثيرا من السنة ورعت فيها؛ لأنها غير السائمة، والسائمة ما كان راعيا دهره" ، وقال بعد ذلك: "وإن كانت العوامل ترعى مرة وتركب أخرى، أو زمانا وتركب في غيره فلم ينضح عليها، أو كانت غنما هكذا تعلف في حين وترعى في آخر فلا يبين لي أن يكون في شيء من هذه صدقة ولا آخذها من مالكها، وإن كانت لي أديت عنها الصدقة – إن شاء الله تعالى– واخترت لمن هي له أن يفعل"[43].

والذي يظهر من كلام الإمام في النقلين السابقين ــ في الأم والمزني أمران: الأول: أن العلف ينافي السوم، والزكاة إنما تجب في السائمة لا المعلوفة، وعليه فلا وجوب في المعلوفة مطلقاً.

الثاني: أن الإمام ﷺ يختار الإخراج من المعلوفة على سبيل الاستحباب والاختيار لا الوجوب، وهنا يميز بين مقام الورع ومقام الفتيا وأن الأمر إن كان يتعلق به فإنه سيخرج الزكاة فيها.

أما النقل عنه في البويطي فيشير إلى أن العبرة بالأكثر الغالب.

القول المعتمد: اختلفت أقوال أئمة المذهب في مقدار العلف المسقط لوجوب الزكاة، على خمسة أقوال ذكرها النووي وغيره[44]، والمعتمد منها في المذهب هو أنه إذا علفها صاحبها مدة لا تعيش بدونها إلا بضرر بيّن فلا زكاة فيها، يقول شيخ الإسلام الأنصاري – رحمه الله تعالى–: "(فلو علفها) في أثناء الحول (قدرا) أي زمنا (إن لم تطعم فيه هلكت أو بان ضررها) أي لحقها ضرر بين (كثلاثة أيام فأكثر انقطع الحول) لكثرة المؤنة (ولا أثر لما دونه) لقلتها (إلا إن قصد به قطع السوم)"[45]، وعلى هذا مضت كتب المذهب المعتمدة عند المتأخرين[46].

المسألة السادسة: خرص كل الثمر:

يسن خرص الثمر على مالكه بعد انعقاد سبب وجوب الزكاة وذلك ببدو صلاح الثمر، وذلك بأن يقدر الخارص الناتج رطباً ثم جافاً، ويصبح القدر الواجب في الزكاة في ذمة المالك حقاً مضموناً للمستحقين[47]، واختلف النقل بين البويطي والمزني في ترك بعض الثمر وعدم إدخاله في الخرص على قولين:

القول الأول: إن الخارص يترك لصاحب النخل نخلة أو نخلات يأكل منها هو وأهله، وهو نص البويطي: "ويترك لرب الحائط قدر ما يأكل هو وأهله لا يخرص عليه، ومن أكل من نخله وهو رطب لم يحسب عليه مع العشر"[48].

القول الثاني: يجب أن يخرص الخارص جميع الشجر ولا يترك منها شيئاً، قال في المزني: "ويأتي الخارص النخلة فيطيف بها حتى يرى كل ما فيها، ثم يقول خرصها رطبا كذا وكذا وينقص إذا صارا تمرا كذا وكذا فينيها على كيلها تمرا ويصنع ذلك بجميع الحائط وهكذا العنب، ثم يخلي بين أهله وبينه فإذا صار تمرا، أو زبيبا أخذ العشر على خرصه"[49].

المعتمد في المذهب:

والمعتمد في المذهب أن الخرص لجميع الشجر ولا يبقي الخارص منه شيئاً، يقول الإمام النووي رحمه الله: "المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به المصنف والأكثرون أنه يخرص جميع النخل والعنب، وفيه قول للشافعي أنه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله، ويختلف ذلك باختلاف حال

الرجل في قلة عياله وكثرتهم، وهذا القول نص عليه في القديم وفي البويطي ونقله البيهقي عن نصه في البويطي والبيوع والقديم"[50]، وعلى تقرير القول بخرص كل الشجر دون ترك شيء منه دون خرص درجت كتب المذهب ومصنفاته[51].

المسألة السابعة: الواجب إخراجه في زكاة الفطر:

من المقرر في المذهب الشافعي أن الواجب في زكاة الفطر هو صاع من القوت الذي به قوام البدن وما في معناه[52]، قال المحلي في شرحه على المنهاج: " (وجنسه) أي الصاع الواجب (القوت المعشر) أي الذي يجب فيه العشر. وكذا نصفه (وكذا الأقط في الأظهر) " ثم قال: "وفي معناه اللبن والجبن فيجزئان في الأصح"[53]، ثم وقع الاختلاف في المراد بالقوت، هل هو قوت البلد أم قوت المزكي، وإذا تعددت الأقوات فهل يتعين القوت الغالب أم يجزئ غيره ويتخير المزكي؟

اختلف النقل عن الإمام الشافعي في ذلك على أقوال:

القول الأول: يتعين قوت نفسه وهو ظاهر نص الشافعي في الأم، والمختصرين فيؤدي مما يأكل منه من قوت، جاء في مختصر البويطي: (ويؤدي الرجل الحنطة إذا كان يأكل منها، والتمر والشعير والذرة والأرز إن كان يأكل منه، فإن اختلف أكله لهذه الأشياء أخرج من أكثر ما كان يأكل منه)[54]، وقال في الأم: (وأي قوت كان الأغلب على رجل أدى منه زكاة الفطر..)[55]. وفي مختصر المزني: (وَأَيُّ قُوتٍ كَانَ الْأَغْلَبُ عَلَى الرَّجُلِ أَدَّى مِنْهُ زَكَاةَ الْفِطْرِ كَانَ حِنْطَةً، أَوْ ذُرَةً أَوْ عَلَسًا، أَوْ شَعِيرًا، أَوْ تَمْرًا، أَوْ زَبِيبًا وَمَا أَدَّى مِنْ هَذَا أَدَّى صَاعًا)[56].

القول الثاني: يجب الإخراج من غالب قوت البلد، قال النووي:(وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات ونقله المحاملي في المجموع وصاحب البيان عن جمهور الأصحاب[57] ونقل الرافعي عن الجمهور تصحيحه)[58].

القول الثالث: يتخير بين جميع الأقوات فيخرج ما شاء وإن كان غير قوته وغير قوت أهل بلده، قال في المجموع: (..وحكاه أبو اسحق المروزي والقاضي أبو الطيب في المجرد والبندنيجي والماوردي وآخرون قولا للشافعي قال الماوردي نص عليه في بعض كتبه..)[59].

القول المعتمد:

القول المعتمد من هذه الأقوال هو: القول الثاني أي: وجوب الإخراج من غالب قوت البلد، وإن كان المزكي يقتات من غيره، يقول المحلي في شرحه

على المنهاج: "(ويجب) في البلد من قوت بلده وقيل قوته. وقيل: (يتخير بين) جميع (الأقوات) لقوله في الحديث السابق صاعا من طعام أو صاعا من أقط أو صاعا من شعير، إلى آخره وأجاب الأولان بأن أو فيه ليست للتخيير بل لبيان الأنواع التي تخرج منها"[60].

وقد ذكر في المجموع أن جمهور الأصحاب على تصحيحه وأنهم تأولوا النص (في الأم والمختصر) على ما إذا كان قوته قوت البلد كما هو الغالب في العادة[61].

ونقل العمراني في البيان تأويل قوله: (ما يأكل منه) على أنه من غالب قوت البلد كما هي العادة أيضا[62]، وقال شيخ الإسلام الأنصاري: " وما نقل عن النص من أنه يعتبر قوت المؤدى عنه حمل على ما إذا كان قوته قوت البلد كما هو الغالب"[63]، وبذلك لا يتعارض نصه في البويطي مع المختصر والأم، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام في مسائل الصيام.

المسألة الأولى: ثبوت شهر رمضان.

اختلف النقل عن الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى– في عدد الشهود الذي يثبت به شهر رمضان على قولين:

القول الأول: لا يثبت بأقل من شاهدين، ففي البويطي: (ولا يصام رمضان ولا يفطر بأقل من شاهدين حرين مسلمين عدلين)[64]، وهو قول له في الأم، فقد جاء فيه: (قال الربيع رجع الشافعي بعد فقال لا يصام إلا بشاهدين، ثم قال الشافعي: إن كان علي – رحمه الله تعالى– أمر الناس بالصوم فعلى معنى المشورة لا على معنى الإلزام، والله تعالى أعلم.)[65].

القول الثاني: يثبت بشاهد واحد، نقله عنه المزني، وهو نصه في القديم ومعظم كتبه في الجديد، قال في المزني: (وَلَوْ شَهِدَ عَلَى رُؤْيَتِهِ عَدْلٌ وَاحِدٌ رَأَيْت أَنْ أَقْبَلَهُ لِلْأَثَرِ فِيهِ وَالِاحْتِيَاطِ وَرَوَاهُ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ وَقَالَ عَلِيٌّ عليه السلام أَصُومُ يَوْمًا مِنْ شَعْبَانَ أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ أَنْ أُفْطِرَ يَوْمًا مِنْ رَمَضَانَ[66]،(قَالَ): وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُقْبَلَ عَلَى مَغِيبٍ إلَّا شَاهِدَانِ).[67]

القول المعتمد:

ذهب الإسنوي – رحمه الله تعالى– إلى أن الإمام الشافعي قد رجع عن القول بثبوت رمضان بشاهد واحد إلى القول بثبوته بشاهدين، وردّ به تصحيح الرافعي عندما قال بتقديم القول بالشاهد الواحد[68]، قال الشرواني: (وادعى يعني الإسنوي أنه مذهب الشافعي)[69]، إلا أن القول المعتمد هو القول الثاني كما بين الإمام النووي في المجموع فقد قال: (وقال في القديم والجديد: يقبل من عدل واحد وهو الصحيح لما روى عبد الله بن عمر ﷺ قال: "تراءى الناس الهلال فأخبرت النبي ﷺ أني رأيته فصام رسول الله ﷺ وأمر الناس بالصيام"[70]).

ولأنه إيجاب عبادة فقبل من واحد احتياطا للفرض)[71]، ثم قال موجهاً اعتماد هذا القول في المذهب: "ولكن الأحاديث قد ثبتت فالحاصل أن المذهب ثبوته بعدل"[72].

وأجابوا عن ادّعاء الإسنوي أن الشافعي لم يثبت عنده في المسألة سنّة لذا رجع إلى الإثنين بالقياس، فلمّا ثبت عند أصحابه قُدّم عملا بوصيته وهي: إذا صحّ الحديث فهو مذهبي[73]. وهذا ما صرح به النوويُّ عند اعتماد هذا القول.

المسألة الثانية: الشهادة على رؤية هلال رمضان في الليل بعد أن أصبح الناس مفطرين يوم الثلاثين من شعبان:

إذا قامت البيّنة على رؤية الهلال بعدما أصبح الناس مفطرين ظناً منهم أن هذا اليوم هو المتمم للثلاثين من شعبان، فإنه يجب عليهم القضاء بلا خلاف، يقول النووي– رحمه الله تعالى–: "إذا ثبت كون يوم الثلاثين من شعبان فأصبحوا مفطرين فثبت في أثناء النهار كونه من رمضان وجب قضاؤه بلا خلاف"[74]. ولا يصح منهم صوم ذلك اليوم ولو لم يطعموا شيئاً أو يتناولوا شيئاً من المفطرات، لعدم إجزاء النية في الفرض بعد الفجر، وعدم الجزم بها مع عدم ثبوت البينة[75]، ولكن هل يجب عليهم الإمساك أم يستحب؟ اختلف النقل عن الإمام الشافعي في ذلك على قولين:

القول الأول: استحباب الإمساك، قال في البويطي: (وإذا شهد على هلال شهر رمضان بعد أن أصبح الناس مفطرين أحببت أن يكف الناس عن الطعام ولزمهم أن يقضوا يوما سواه)[76].

وقال إمام الحرمين: "وحكى البويطي وحرملة فيما نقله العراقيون قولا عن الشافعي أن المعذور

بالفطر في يوم الشك لا يلزمه الإمساك عن المفطرات"[77].

القول الثاني: وجوب الإمساك، قال في المزني: (وَإِنْ أَصْبَحَ لَا يَرَى أَنَّ يَوْمَهُ مِنْ رَمَضَانَ وَلَمْ يَطْعَمْ، ثُمَّ اسْتَبَانَ ذَلِكَ لَهُ فَعَلَيْهِ صِيَامُهُ وَإِعَادَتُهُ)[78].

القول المعتمد:

والمعتمد وجوب الإمساك لأنه بان أنه من رمضان فلزمهم التزام حرمته[79]، وأجاب الإمام النووي عن القول الأول: أنه أبيح لهم الفطر بشرط أنه من شعبان وقد بان أنه من رمضان فلزمهم الامساك [80]، وعلى اعتماد هذا القول تضافرت كتب المذهب، وفرّقوا بينه وبين المريض والمسافر إذا أفطرا أنهما يباح لهما الأكل مع العلم بأنه من رمضان بخلاف من جهل أنه من رمضان فأفطر [81].

ووجّه الرّوياني نصّ البويطي بأنه ورد في سياق ردّ الشافعي على أبي حنيفة بصحة الصوم عند ذلك بنيّة بعد الفجر، فقال: "وإنما صوّر الشافعي المسألة فيمن لم يطعم لقصد الخلاف مع أبي حنيفة، فإنه يقول: إذا لم يطعم ونوى الصوم قبل الزوال يجوز صومه لا لأن وجوب الإمساك يختلف بذلك عندنا، وإذا أمسك على ما ذكرنا يلزمه القضاء لأنه لم ينعقد الصوم"[82].

ويتفرع عن هذه المسألة **ما لو نوى صوم رمضان -غير متردد- يوم الشك فكان من رمضان، فهل يجزئه؟**

ظاهر نص البويطي والمزني أنه يجزئه، قال في البويطي: "ومن نواه لرمضان أجزأه وقد قيل يعيد وإن كان من رمضان"[83]، وجاء في المزني: "ولو عقد رجل على أن غدا عنده من رمضان في يوم شك ثم بان له أنه من رمضان أجزأه"[84].

والتفصيل عند علماء المذهب: أن صومه يصح عن رمضان إن ثبت ذلك عنده بوجه، أما إذا لم تكن نيته مستندة إلى بيّنة فإن صومه ذاك لا يصح ولا يجزئه، أو علّق نية الفرض على ثبوت رمضان فإنه لا يصح إن كان رمضان.

جاء في المزني: "ولو نوى أن يصوم غدا فإن كان أول الشهر فهو فرض وإلا فهو تطوع، فإن بان له أنه من رمضان لم يجزئه؛ لأنه لم يصمه على أنه فرض وإنما صامه على الشك"[85].

يقول النووي: قال أصحابنا: أراد الشافعي بذلك إذا أخبره برؤية الهلال من يثق بخبره من رجل أو امرأة أو عبد فصدقه وإن لم يقبل الحاكم شهادته ونوى الصوم وصام ثم بان أنه من رمضان أجزأه لأنه نوى الصوم بظن وصادفه فأشبه البينة قال

البندنيجي وكذا لو أخبره صبي عاقل (فأما) إذا صام اتفاقا من غير مستند فوافق فإنه لا يجزئه بلا خلاف"[86].

المسألة الثالثة: إذا عزم المسافر على الصيام فهل يجوز له الترخص بالفطر؟

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين البويطي والمزني (في النقل عن الشافعي ﷺ) أن من أصبح وهو مقيم ثم سافر فليس له الترخص بالفطر، قال في البويطي: "من أصبح في حضر صائماً ثم سافر فليس له أن يفطر إلا أن يثبت حديث النبي ﷺ أنه أفطر في يوم الكديد"[87].

وجاء في المزني: "ولو أن مقيما نوى الصوم قبل الفجر، ثم خرج بعد الفجر مسافرا لم يفطر يومه؛ لأنه دخل فيه مقيماً". وهو موافق لما جاء في الأم حيث قال: " ولو أن مقيما نوى الصيام قبل الفجر ثم خرج بعد الفجر مسافرا لم يفطر يومه ذلك؛ لأنه قد دخل في الصوم مقيما (قال الربيع): وفي كتاب غير هذا من كتبه إلا أن يصح حديث «عن النبي ﷺ حين أفطر بالكديد أنه نوى صيام ذلك اليوم وهو مقيم»"[88].

وكأن الربيع يشير إلى ما جاء في البويطي.

وهو قول المزني من جواز الفطر إن سافر بعد الفجر، فقال: روي «عن النبي ﷺ أنه صام في مخرجه إلى مكة في رمضان حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس معه، ثم أفطر وأمر من صام معه بالإفطار» ، ولو كان لا يجوز فطره ما فعل النبي ﷺ"[89]. ووافق المزني في هذا قول الإمام أحمد ﷺ.

وردّ أئمة المذهب هذا القول على المزني، ونقل الجويني عنه أنه رجع عن هذا القول[90].

ولكن الخلاف بين البويطي والمزني في النقل عن الشافعي وقع فيما إذا عزم المسافر (وهو في سفره) على الصوم فهل له بعد ذلك أن يترخص فيفطر؟ اختلف في هذا النقل عن الشافعي بين البويطي والمزني على قولين:

القول الأول: عدم جواز الفطر، قال في البويطي: " ومن صام في سفر في رمضان فليس له أن يفطر"[91]، ونصر هذا القول إمام الحرمين والشيرازي، قال في نهاية المطلب: " ولو أصبح صائما مسافرا، ثم بدا له أن يترخص بالفطر في دوام السفر، فالذي سمعته من شيخي، ووجدته في فحوى الطرق جواز ذلك. وكان من الممكن أن يقال: إذا خاض فيه، التزمه"[92]، وتتمة كلامه في الاستدلال ينصر هذا الرأي.

وقال صاحب المهذب: "فإن صام المسافر ثم أراد أن يفطر فله أن يفطر لأن العذر قائم فجاز له أن

يفطر كما لو صام المريض ثم أراد أن يفطر ويحتمل عندي أنه لا يجوز له أن يفطر في ذلك اليوم لأنه دخل في فرض المقيم فلا يجوز له أن يترخص برخصة المسافر"[93].

القول الثاني:

جواز الفطر للمسافر وإن بدأ يومه صائماً، قال في الأم: "ولو نواه من الليل ثم خرج قبل الفجر كان كأن لم يدخل في الصوم حتى سافر وكان له إن شاء أن يتم فيصوم، وإن شاء أن يفطر"[94]، ويقول الإمام النووي – رحمه الله تعالى–: " لو أصبح في أثناء سفره صائما ثم أراد أن يفطر في نهاره فله ذلك من غير عذر نص عليه الشافعي وقطع به جميع الأصحاب"[95]. وهذا هو الذي جرى عليه أئمة المذهب واعتمدوه[96].

المسألة الرابعة: صحة صوم من طلع عليه الفجر وهو مغمى عليه وإن أفاق أثناء النهار:

تصوير المسألة: إذا أغمي على الصائم نهاره كله فلم يفق لحظة من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، فالمذهب عدم صحة صيام هذا اليوم[97]، وأما إذا أغمي عليه أثناء النهار وقد طلع عليه الفجر مفيقاً فالمذهب صحة صومه أيضاً، ووقع الاختلاف في النقل عن الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى– فيما إذا طلع الفجر عليه وهو مغمى عليه ثم أفاق أثناء النهار صائماً وقد نوى الصيام من الليل فهل يصح صومه؟ هذا هو محل الاختلاف في النقل على قولين[98]:

القول الأول: اشتراط الإفاقة عند طلوع الفجر، فمن لم يكن مفيقاً عند طلوع الفجر لم يصح صومه وإن أفاق بعد ذلك أثناء النهار، وهذا هو المنقول عنه في البويطي والأم، يقول في الأم: "ولو نوى صوم يوم فأغمي عليه فيه ثم أفاق قبل الليل أو بعده ولم يطعم أجزأه إذا دخل فيه قبل الفجر وهو يعقله، ولو أغمي عليه قبل الفجر لم يجزه لأنه لم يدخل في الصوم وهو يعقله"[99]، وقال في البويطي: " وإن أغمي عليه بعد الفجر من يوم كان نوى صيامه أجزأه ذلك اليوم للنية التي كانت قبل الفجر ولاطلاع الفجر وهو مفيق"[100].ومن الواضح في تعليل صحة صوم من أفاق بطلوع الفجر عليه مفيقاً أن من لم يكن مفيقاً عند الفجر فصومه غير صحيح.

القول الثاني: عدم اشتراط الإفاقة عند طلوع الفجر، والاكتفاء بشرط الإفاقة في أي جزء من أجزاء النهار، فمن أفاق في أي جزء من أجزاء النهار ولو لحظة[101] فقد جمع بين قصد الصوم بنيته ليلاً وبين العمل وهو عاقل بالامتناع عن المفطر وهو عاقل، وهو ما جاء في المزني حيث قال: " وإذا أغمي

على رجل فمضى له يوم، أو يومان من شهر رمضان ولم يكن أكل ولا شرب فعليه القضاء فإن أفاق في بعض النهار فهو في يومه ذلك صائم"[102].

القول المعتمد في المذهب: والمعتمد من هذه الأقوال في المذهب القول بصحة من أفاق في لحظة من نهار الصوم ولو لم تكن اللحظة الأولى منه، أي ولو كان مغمى عليه عند طلوع الفجر إلا أنه أفاق بعد ذلك فقد صح صومه[103]، ووجه الرافعي هذا القول بقوله: "ووجهه الإمام بأن الدليل يقتضي اشتراط النية مقرونة بجميع اجزاء العبادة الا ان الشرع لم يشترط ذلك واكتفى بتقديم العزم دفعا للعسر فلا بد من أن يقع المعزوم عليه بحيث يتصور القصد إليه وإمساك المغمى عليه لا يقع مقصودا فإذا استغرق الاغماء امتنع التصحيح وإذا وجدت الافاقة في لحظة أتبعنا زمان الاغماء زمان الافاقة"، وأما تصريح الإمام الشافعي ﷺ الإفاقة عند طلوع الفجر في البويطي وبعض كتبه الأخرى فقد قال فيه الرافعي: " (وأظهرهما) أن المسألة علي قول واحد وهو اشتراط الإفاقة في جزء من النهار وتعيين أول النهار في نصه في الظهار وقع علي سبيل الاتفاق"[104].

المسألة الخامسة: حكم الاستياك للصائم:

من المقرر في المذهب أن السواك مستحب في جميع الأوقات، ويتأكد استحبابه في مواطن نصوا عليها في كتاب الطهارة، ولا يكره إلا بعد الزوال للصائم، يقول الإمام النووي: "واعلم أن السواك سنة في جميع الأحوال إلا للصائم بعد الزوال ويتأكد استحبابه في أحوال"[105]. وقد اختلف النقل عن الشافعي في كراهة السواك حينئذ على قولين:

القول الأول: لا يكره مطلقا، قال في البويطي: (ولا بأس بالسواك للصائم في الليل والنهار)[106]، ونقل الترمذيُّ في سننه هذا القول عن الإمام الشافعي[107]، وقال النووي بعد ذكر نقل الترمذي له: "وهذا النقل غريب وإن كان قويا من حيث الدليل وبه قال المزني وأكثر العلماء وهو المختار: والمشهور الكراهة"[108].

القول الثاني: يكره بعد الزوال، نص عليه في الأم والمزني، قال في الأم:(ولا أكره السواك بالعود الرطب واليابس وغيره: بكرة وأكرهه بالعشي. لما أحب من خلوف فم الصائم، وإن فعل لم يفطره)[109]، وفي مختصر المزني:(قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا أَكْرَهُ فِي الصَّوْمِ السِّوَاكَ بِالْعُودِ الرَّطْبِ وَغَيْرِهِ وَأَكْرَهُهُ بِالْعَشِيِّ لِمَا أُحِبُّ مِنْ خُلُوفِ فَمِ الصَّائِمِ)[110]

وقد بين الأصحاب أن مراده بالعشي: من زوال الشمس إلى غروبها.[111]

القول المعتمد:

لقد بيّن الإمام النووي أن القول الثاني هو المشهور، وهو الذي أطبق عليه الأصحاب، ودرجت على اعتماده كتب المذهب[112]، قال في المجموع:(والمشهور الكراهة وسواء فيه صوم الفرض والنفل وتبقي الكراهة حتى تغرب الشمس وقال الشيخ أبو حامد حتى يفطر..)[113]. إلا أن الإمام النووي اختار القول الأول لقوة مدركه وهو اختيار المزني أيضا[114].

المسألة السادسة: حكم الفدية على الحامل والمرضع:

اتفق علماء المذهب على أن الحامل والمرضع إن خافتا على نفسيهما من الصوم أفطرتا وقضتا ولا فدية عليهما كالمريض[115]، واتفقوا كذلك على أنهما إن خافتا على نفسيهما وولديهما أفطرتا وقضتا ولا فدية عليهما، واتفقوا على أنهما إن خافتا على ولديهما لا على أنفسهما أفطرتا وقضتا[116]، واختلف النقل عن الشافعي في وجوب الفدية هنا على أقوال[117]:

القول الأول: يجب القضاء والفدية على المرضع، أما الحامل فلا يجب عليها إلا القضاء فقط. وهو أحد القولين في مختصر البويطي حيث قال:(وإذا خافت المرأة على ما في بطنها فلتفطر ولتقض من بعد، ولا إطعام عليها وهي كالمريض، وإذا كانت المرأة ترضع فخافت على ولدها أفطرت وقضت وأطعمت لكل يوم مسكيناً مداً، لأنها أفطرت بعلة غيرها)[118].

القول الثاني: وجوب الفدية مع القضاء على الحامل والمرضع، وهو قول الشافعي في الأم، ومختصر المزني، قال في الأم: (أخبرنا مالك عن نافع أن ابن عمر سئل عن المرأة الحامل إذا خافت على ولدها فقال: تفطر وتطعم مكان كل يوم مسكينا مدا من حنطة قال مالك: وأهل العلم يرون عليها من ذلك القضاء..)[119].

وفي مختصر المزني:(وَالْحَامِلُ وَالْمُرْضِعُ إِذَا خَافَتَا عَلَى وَلَدِهِمَا أَفْطَرَتَا وَعَلَيْهِمَا الْقَضَاءُ وَتَصَدَّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَنْ كُلِّ يَوْمٍ عَلَى مِسْكِينٍ بِمُدٍّ مِنْ حِنْطَةٍ)[120]. ونقل هذا القول عن الشافعي في مختصر البويطي أيضاً[121]، وقال الماوردي رواه الربيع عن الشافعي[122]، وهو في البويطي من رواية الربيع[123].

القول الثالث: تستحب ولا تجب، ونقل هذا القول أبو علي الطبري في الإفصاح وقال: إن

الشافعي نص في موضع آخر على أن الفدية ليست بواجبة على واحدة منهما بل هي مستحبة[124]

القول المعتمد:

القول المعتمد من هذه الأقوال هو القول الثاني أي: وجوب القضاء والفدية على الحامل والمرضع إن خافتا على ولديهما، كما بين النووي في المجموع ونقل اتفاق الأصحاب على تصحيح هذا القول[125]، وأما القول الثالث فقد جعله الماوردي والسرخسي[126] وآخرون مخرجا من نص البويطي في الحامل قال الماوردي: ومنهم من أنكره[127].

المسألة السابعة: من أكل أو شرب ظانّاً أنه تسحّر قبل الفجر ثمّ بان له أنّه تسحر بعد الفجر:

تحرير محل النزاع: اتفق البويطي والمزني على أن من أكل بعد الفجر ظنّ منه أن الفجر لم يطلع ثم بان خلافه وجب عليه القضاء في الصوم الواجب سواء أكان ذلك في رمضان أو غيره من الصوم الواجب غير التطوع، ووقع الخلاف في النقل عن الإمام في صوم التطوع[128]؛ على النحو التالي:

القول الأول: الحكم بإفطار من أكل بعد الفجر ظاناً أن الفجر لم يطلع أو قبل المغرب ظاناً أن الشمس قد غربت ثم تبين له خلافه، دون تفريق بين الصوم الواجب والتطوع في ذلك، وهذا الذي نص عليه في الأم حيث قال: "وإذا تسحر بعد الفجر وهو لا يعلم، أو أفطر قبل الليل وهو لا يعلم فليس بصائم في ذلك اليوم وعليه بدله"[129].

القول الثاني القائم التفريق بين الفرض والنفل، ففي صوم الفرض يجب عليه الإمساك والقضاء، وفي صوم النفل يمضي في صومه، قال في البويطي: " ومن تسحر في يوم غائم في شهر رمضان فعلم أن ذلك في الفجر فعليه القضاء ويمسك عن الطعام في ذلك اليوم، وكذلك صيام قضاء رمضان والنذر يمسك ويقضيه، وإن كان متطوعاً مضى على صيامه ولا قضاء عليه"[130].

القول المعتمد:

اعتمد الأصحاب وأئمة المذهب القول الأول دون تفريق بين صوم فرض وصوم نفل، لأنه لا عبرة بالظن البيّن خطؤه[131]، قال في التحفة شارحاً متن المنهاج: "(ولو أكل) أو شرب (باجتهاد أوّلاً) أي: قبل الفجر في ظنه (أو آخراً) أي: بعد الغروب كذلك (ف) بعد ذلك (بان الغلط) وأنه أكل نهاراً (بطل صومه) أي: بان بطلانه؛ إذ لا عبرة بالظن البين خطؤه"[132].

المطلب الثالث: المسائل التي اختلف فيها النقل عن الإمام في مسائل الاعتكاف.

المسألة الأولى: انقطاع الاعتكاف بالخروج لصلاة الجمعة:

ذكر الشافعي –رحمه الله تعالى– باب الاعتكاف بعد باب الصيام في الأم وهو كذلك في مختصري المزني والبويطي، لعلاقة الصوم بالاعتكاف ولا سيما في العشر الأواخر منه، ويشير ابن الرفعة إلى ملمح حسن فيقول: "ولأن الاعتكاف في الحقيقة انكفاف عن الانتشار في سائر الأماكن، والتقلب فيها؛ كما أن الصوم انكفاف عن أشياء مخصوصة؛ فنسبة الاعتكاف إلى المكان كنسبة الصوم إلى الزمان"[133]، ولاستحباب اعتكافها كلها دون انقطاع فقد بيّن الوجه الصحيح للاقتداء به ﷺ في ذلك بأن يدخل معتكفه قبل غروب شمس ليلة الحادي والعشرين منه ويخرج بعد غروب شمس يوم العيد ليكون مستوفياً العشر كله، والأفضل المكث في المسجد ليلة العيد حتى يصلي العيد ثم يخرج، أو يخرج لصلاتها في المصلى إن خرج الناس إليه[134].

فإذا حضرت الجمعة والمسلم من أهل الفرض والاعتكاف في غير الجامع لزمه أن يخرج إليها، لأن الجمعة فرض بالشرع فلا يجوز تركها بالاعتكاف[135]، ولكن هل ينقطع تتابع اعتكافه بذلك ـ ولا سيما إن نذر التتابع ـ أم لا؟ اختلف النقل عن الشافعي في ذلك على قولين:

القول الأول: لا ينقطع تتابع اعتكافه، فيخرج للجمعة ويعود إلى معتكفه ولا ينقطع تتابع الاعتكاف، وهذا القول نقلته كتب المذهب عن البويطي، قال في المهذّب: "فإن حضرت الجمعة وهو من أهل الفرض والاعتكاف في غير الجامع لزمه أن يخرج إليها لأن الجمعة فرض بالشرع فلا يجوز تركها بالاعتكاف وهل يبطل اعتكافه بذلك أم لا فيه قولان (قال) في البويطي لا يبطل لأنه خروج لا بد منه فلا يبطل الاعتكاف كالخروج لقضاء حاجة الإنسان (وقال) في عامة كتبه يبطل"[136]، وجاء في البويطي:(وأحب إلي أن لا يعتكف أحد إلّا في المسجد الذي يجمع فيه، فإن اعتكف في غيره أجزأه ويخرج إلى الجمعة لأنها فريضة وإلى أداء كل فرض لله ﷻ وجب عليه، ثم يعود إلى معتكفه، لأن الاعتكاف نافلة والفرائض أولى)[137]، ولم يذكره قاطعاً لاعتكافه والله تعالى أعلم.

القول الثاني: ينقطع التتابع ويبطل اعتكافه المنذور بالتتابع، قال في المزني: " والاعتكاف في المسجد الجامع أحب إلينا، وإن اعتكف في غيره فمن

الجمعة إلى الجمعة"[138]، ونقل النووي هذا القول للشافعي في المجموع مبيناً أنه قول الإمام كتبه عامة[139].

القول المعتمد:

لقد بين النووي في المجموع أن الذي اتفق عليه الأصحاب هو انقطاع التتابع و بطلان الاعتكاف بالخروج للجمعة، ونصت على اعتماده كتب المتقدمين والمتأخرين وأنه هو المذهب، ولم يعتبروا الخروج للجمعة خروجاً لما لا بد منه الذي لا يقطع التتابع لأن المعتكف يمكنه الاعتكاف في المسجد الجامع ابتداء، فاختياره المسجد الذي لا جمعة فيه مع اشتراط التتابع في نذره تقصير منه، ففارق الخروج لما لا بد منه[140].فيكون القول الثاني هو المعتمد، قال في المجموع: (ثم اتفق الأصحاب على أن الأصح انقطاع التتابع وبطلان اعتكافه وهو المشهور من نصوص الشافعي..)[141]. ووجه هذا القول أن الجمعة فرض عين وهو مقصر حيث لم يعتكف في الجامع، أو لم يشترط الخروج للجمعة، فإن كان اعتكافه تطوعا بطل بخروجه وإن كان نذرا غير متتابع لم يحسب له مدة ذهابه ومكثه في الجامع ورجوعه فإذا عاد إلى المسجد بنى على اعتكافه[142]، وإن اشترط مع التتابع الخروج للجمعة صح شرطه، وجاز له الخروج ولا يبطل اعتكافه، قال النووي: "نص عليه في المختصر وقطع به الأصحاب"، فإذا قضى ما شرط وجب العود فوراً فإن أخر بطل اعتكافه ووجب استئنافه[143]. ومسألة الشرط في الاعتكاف وقع فيها الخلاف بين المزني والبويطي وهي المسألة الثانية.

المسألة الثانية: الاشتراط في الاعتكاف:

إذا نذر اعتكافاً بصفة التتابع وشرط الخروج منه إن عرض عارض كمرض أو عيادة مريض أو شهود جنازة أو صلاة جمعة أو لطلب علم أو لغرض من أغراض الدنيا أو الآخرة فهل يصح شرطه؟ اختلف النقل عن الشافعي في ذلك بين المزني والبويطي على قولين:

القول الأول: لا يصح شرطه لأنه مخالف لمقتضاه فبطل، قال في البويطي:(ولا يجوز الاعتكاف بشرط)[144]، وعزاه إمام الحرمين إلى القديم، وقال وهذا مهجور لا تفريع عليه[145]، وعده النووي قولاً شاذاً قال وهو غريب ضعيف[146].

القول الثاني: يصح شرطه، قال في الأم:(ولا بأس بالاشتراط في الاعتكاف الواجب وذلك أن يقول إن عرض لي عارض كان لي الخروج)[147]، وفي مختصر المزني:(وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي الِاعْتِكَافِ

الَّـذِي أَوْجَبَـهُ بِـأَنْ يَقُـولَ إِنْ عَـرَضَ لِي عَـارِضٌ خَرَجْـت)[148]. وفرقـوا بـين شرط القطـع وشرط الخروج لعارض، وصورته كما ذكر الماوردي أن يقول: "لله علي اعتكاف عشرة أيام متتابعات إلا أن يعرض لي كذا وكذا، فأقطع فهذا نذر صحيح، وشرط جائز، فإذا أعرض له ما شرط وخرج لأجله لم يلزمه العود إلى اعتكافه ... وإن اشترط الخروج من اعتكافه، فصورته أن يقول: لله علي اعتكاف عشرة أيام متتابعات إلا أن يعرض لي كذا وكذا، فأخرج فهذا كالأول في صحة نذره وجواز اشتراطه على ما نفصله، وإنما يفترقان من وجه، وهو أنه إذا شرط القطع لم يلزمه العود إليه، وإذا شرط الخروج لزمه العود إليه لأن قطع الاعتكاف يوجب رفعه، والخروج منه لا يوجب رفعه وإنما يقتضي جواز خروجه منه"[149].

القول المعتمد:

لقد رجح النووي في المجموع القول الثاني وقال:(وقطع به الأصحاب في جميع الطرق)[150]. وردوا على من نفى صحة الشرط أن الخروج لا ينافي الاعتكاف لأن المعتكف يجوز له الخروج لحاجة نفسه كما هو مقرر في المسائل، فلا يستقيم قياسه على الصلاة والصوم والصلاة حيث لا يجوز الخروج منها ثم العودة إليها[151].

إلا أن النووي – رحمه الله تعالى– لم ينقل في المجموع القول بعدم صحة الاشتراط عن الشافعي بل ذكر إنه قول شاذ، قال في المجموع عمن قالوا بعدم صحة الاشتراط (إلا صاحب التقريب[152] والحناطي[153] فحكيا قولا آخر شاذا أنه لا يصح شرطه؛ لأنه مخالف لمقتضاه فبطل كما لو شرط الخروج للجماع فإنه يبطل بالاتفاق وتابعهما على حكاية هذا القول الشاذ إمام الحرمين وغيره من المتأخرين وهو غريب ضعيف)[154].

ولكنه عبر في المنهاج عن مقابل هذا القول ـ وهو صحة الاشتراط بالأظهر ، حيث قال: "وإذا ذكر التتابع وشرط الخروج لعارض صح الشرط في الأظهر"[155]، والذي يقابل الأظهر هو الظاهر من قول الإمام الشافعي وليس من تخريج أصحاب الوجوه، قال في مقدمة المنهاج: "فحيث أقول في الأظهر أو المشهور فمن القولين أو الأقوال فإن قوى الخلاف قلت: الأظهر وإلا فالمشهور وحيث أقول الأصح أو الصحيح فمن الوجهين أو الأوجه فإن قوى الخلاف. قلت: الأصح، وإلا فالصحيح"، والأقوال للإمام ، كما نبه شراح المنهاج[156]. وعليه

فتعبيره عن القول الصحيح بالأظهر يدل على نسبة مقابله للشافعي – رحمه الله تعالى–. وعلى كل فقد درج المصنفون والشراح على تقرير صحة الاشتراط واعتماده بقيوده المذكورة دون اعتبار للقول المقابل له.

المسألة الثالثة: بطلان الاعتكاف بالوطء:

يقول الشافعي – رحمه الله تعالى–: "والعكوف في المساجد صبر الأنفس وحبسها على عبادة الله تعالى وطاعته" وأشار إلى أن معنى العكوف: "ما لزمه المرء وحبس عليه نفسه"[157]، ولم يختلف النقل عن الشافعي ﷺ في حرمة الوطء للمعتكف، وجاءت عبارة البويطي بالحكم بالإساءة في الوطء وفي المزني بالنهي عن المباشرة، وجاء التصريح في كتب المذهب بحرمة المباشرة بشهوة مطلقاً في الاعتكاف بلا خلاف في المذهب[158]، ولكن وقع الاختلاف بين البويطي والمزني في الحكم ببطلان الاعتكاف بالوطء مع الاتفاق على النهي عنه، يقول النووي – رحمه الله تعالى–: "(وأما) قول صاحب العدة فأما المباشرة من القبلة واللمس ونحوهما فهل يحرم فيه قولان فغلط منه والصواب القطع بتحريمها وإنما القولان في إفساد الاعتكاف بها"[159]. ولهذا اختلف النقل في الحكم بفساد الاعتكاف بالوطء بين المختصرين وذلك على قولين:

القول الأول: عدم بطلان الاعتكاف بالوطء[160]، حيث جاء في مختصر البويطي: "قال أبو يعقوب: ومن وطئ امرأته في اعتكافه ليلاً كان أو نهاراً، أو وطئت المرأة في اعتكافها فقد أساءا، ولا ينقض اعتكافهما، وكان عليهما قضاء ما بقي، كانت أياماً بعينها، أو لم تكن، يُبيّنان العدة التي نذراها وأوجباها على أنفسهما، وقد قيل: يبتدئان"[161].

والمشكل في هذه العبارة أن النووي – رحمه الله تعالى– نقل إجماع المسلمين على بطلان الاعتكاف بالجماع، قال –رحمه الله تعالى–: "فإن جامع المعتكف ذاكرا للاعتكاف عالما بتحريمه بطل اعتكافه بإجماع المسلمين سواء كان جماعه في المسجد أو عند خروجه لقضاء الحاجة ونحوه من الأعذار التي يجوز لها الخروج"[162]، وحينها يتحتم حمل كلام البويطي هنا على الوطء فيما دون الفرج، وهو سائغ كما سنرى في القول الثاني ونقولاته.

القول الثاني: بطلان الاعتكاف بالوطء: وهو ما جاء في المزني والأم عن الشافعي ﷺ، وقد جاءت نصوصه بالبطلان بمطلق المباشرة وجاءت في مواضع أخر تقيد البطلان بالوطء الذي يوجب الحد، فلا يبطل الاعتكاف بالمباشرة فيما دون الوطء، وهذا ما أشار إليه المزني – رحمه الله تعالى– فقال: " لا

بياشر المعتكف فإن فعل أفسد اعتكافه، (وقال): في موضع من مسائل في الاعتكاف لا يفسد الاعتكاف من الوطء إلا ما يوجب الحد"[163]. ثم نصر المزني هذا القيد مؤيّداً له بالقياس فقال: " هذا أشبه بقوله؛ لأنه منهي في الاعتكاف والصوم والحج عن الجماع فلما لم يفسد عنده صوم ولا حج بمباشرة دون ما يوجب الحد أو الإنزال في الصوم كانت المباشرة في الاعتكاف كذلك عندي في القياس"[164].انتهى كلام المزني.

وجاء في الأم التصريح بهذا القيد فقال – رحمه الله تعالى–: "ولا يفسد الاعتكاف من الوطء إلا ما يوجب الحد لا تفسده قبلة ولا مباشرة ولا نظرة أنزل أو لم ينزل وكذلك المرأة كان هذا في المسجد أو في غيره"[165].

القول المعتمد:

اعتمد علماء المذهب الحكم ببطلان الاعتكاف الواجب بالجماع ما يفسد به الصوم بقيوده وضوابطه من تذكر له وعلم بتحريمه واختيار[166]، سواء أكان في المسجد أم كان خارجه بأن خرج لقضاء حاجة، لاستمرار حكم الاعتكاف في الخروج لذلك، فيبطل الاعتكاف إن جامع زوجته في خروجه ذاك، وكذلك يبطل الاعتكاف بالمباشرة التي تبطل الصوم من قبلة ولمس بشهوة إن أنزل معها، فإن لم ينزل حرمت لأن المباشرة بشهوة حرام مطلقاً، ولكنه لا يبطل اعتكافه بها على المعتمد، وكذا لا يبطل اعتكافه إن أنزل من نظر أو فكر دون مباشرة قياساً لحكمه على حكم الصوم[167].

ونبه الإسنوي في المهمات إلى أن هذا في الاعتكاف الواجب أما اعتكاف التطوع فلا شك في حرمته في المسجد أيضاً، وأما خارج المسجد، فإنه لا يتجه تحريم هذه الأشياء خارج المسجد، وغاية ما هنالك أنه يكون قد خرج من عبادة تطوع وهو جائز له[168].

خاتمة البحث وأهم النتائج:

بعد هذه الجولة السريعة في أبواب الزكاة والصيام والاعتكاف عند البويطي والمزني يمكننا استخلاص النتائج التالية:

أولاً: وقع اختلاف في النقل عن الإمام الشافعي وبيان مذهبه بين البويطي والمزني في مسائل لا بأس بها، وهذا يدل على وجود اختلاف في النقل عن الإمام في المذهب الجديد، وأنه لم يقتصر الخلاف على النقل بين القديم والجديد.

ثانياً: أسباب الاختلاف في النقل متعددة وذلك بسبب امتزاج اجتهادات صاحبي المختصرين

بالنقل عن الإمام في بعض الأحيان، واختلاط حكاية الخلاف الواقع في عصر الإمام بين المجتهدين مع حكاية أقواله ونقل مذهبه في أحيان أخر، وهناك اختلاف حقيقي في بعض المسائل كان لأهل الترجيح في المذهب موقف واضح تجاهها، فلم يتركوا الأمور دون ترجيح وتقديم وتأخير موضح معلل بالدليل والبرهان.

ثالثاً: توزع الترجيح في المذهب عند مجتهدي الترجيح بين ترجيح نقل البويطي ونقل المزني فلا توجد قاعدة في ترجيح قول أحدهما على قول الآخر، وإن كان من الملاحظ في كثير من المسائل أن الترجيح في النقل فيها كان من نصيب مختصر المزني.

ويوصي البحث طلاب العلم الشرعي بالاهتمام بدراسة المصادر الأصيلة ومطالعتها وتخصيص دراسات متخصصة فيها، ورصد استقرار المذاهب بعد الخلاف في تلك المصادر، ومحاولة الوقوف على جهود العلماء في تمحيص الأقوال المنقولة واعتمادها لما يترتب على مثل هذه الدراسات من فوائد علمية جمة توضح سعة اطلاع المتقدمين من مجتهدي الترجيح في المذاهب قبل اعتماد الأقوال وترجيحها في المذهب. والله تعالى وليّ التوفيق.

الهوامش:

(1) نص على ذلك الغزالي في الإحياء ونقله الإسنوي عنه وقرره في المهمات، انظر: الغزالي، محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى 505 هـ)، **إحياء علوم الدين**، بيروت، دار المعرفة، ج2، ص188. والإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي (المتوفى 772 هـ)، **المهمات في شرح الروضة والرافعي**، تحقيق: أحمد الدمياطي، بيروت، دار ابن حزم، 2009 (ط1)، ج1، ص113.

(2) الإسنوي، المهمات في شرح الروضة والرافعي، ج1، ص 113.

(3) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، **طبقات الشافعية الكبرى**، المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1413هـ ج2، ص163. وقال عنه ابن كثير: "أحد الأعلام من أصحاب الشافعي وأئمة الإسلام". وذكر أن وفاته كانت سنة إحدى وثلاثين مائتين. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير (المتوفى: 774 هـ)، طبقات الشافعيين، المحقق، د. أحمد عمر هاشم، مكتبة الثقافة الدينية، 1413هـ/ 1993م، ص160

(4) السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج2، ص94. وتوفي المزني سنة أربع وستين ومائتين. ابن كثير، طبقات الشافعيين، ص122.

(5) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، **المجموع شرح المهذب**، بيروت، دار

الفكر، ج1، ص66. والمسائل التي يفتى بها بالقديم ذكرها النووي في هذا الموضع وهي محصورة وقليلة.

(6) هو علي بن يحيى الزيادي نور الدين المصري له حاشية على شرح المنهج لشيخ الإسلام الأنصاري توفي سنة 1024. انظر: الباباني البغدادي، إسماعيل بن أحمد بن أمين (المتوفى 1399 هـ)، **هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج1، ص754.

(7) هو ابن قاسم العبادي، أحمد بن القاسم شهاب الدين العبادي المصري، له حاشية على التحفة لابن حجر وغيرها من المصنفات، توفي سنة 994هـ. هدية العارفين، ج1، ص149.

(8) الكردي، محمد بن سليمان الكردي المدني (المتوفى 1194)، **الفوائد المدنية في بيان من يفتى بقوله من السادة الشافعية**، تحقيق محمد عارف الشافعي، بيروت، دار البشائر، 1435هـ(ط1) ص 174 وما بعدها. والسقاف، علوي بن أحمد، (المتوفى 1335 هـ)، **ترشيح المستفيدين على فتح المعين بشرح قرة العين**، بيروت، مؤسسة دار العلوم، ص5. والسقاف، **الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية** من المسائل والضوابط والقواعد الكلية، تحقيق موفق صالح الشيخ، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1433 هـ(ط1) ص126 و127.

(9) المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني (المتوفى: 264هـ) **مختصر المزني** (مطبوع ملحقا بالأم للشافعي)، بيروت، دار المعرفة، 1410 هـ/ 1990م، ج8، ص148. والبويطي، أبو يعقوب يوسف بن يحيى (المتوفى: 231 هـ) **مختصر البويطي**، تحقيق: د. علي القره داغي، بيروت، دار المنهاج، 1436 هـ(ط1)، ص320.

(10) مختصر البويطي، ص320.

(11) الشافعي، الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس (المتوفى: 204هـ)، **الأم**، بيروت، دار المعرفة، 1410 هـ، ج2، ص55.

(12) مختصر المزني، ج8، ص148.

(13) ابن حجر، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري (المتوفى: 974 هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1983 م، ج3، ص335، وانظر: الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض – الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1999م، ج3، ص263. والروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت 502 هـ)، **بحر المذهب** (في فروع المذهب الشافعي)، المحقق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009 م، ج3، ص132. الرافعي: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: 623 هـ)، **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، المحقق: علي معوض وعادل عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1997 م، ج2، ص543. والنووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي

(المتوفى: 676هـ)، **المجموع شرح المهذب**، بيروت، دار الفكر ج6، ص21. وابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: 710هـ)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، تحقيق: مجدي باسلوم، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009م، ج5، ص196. والإسنوي، المهمات، ج3، ص559.

(14) النووي، المجموع، ط دار الفكر، ج6، ص36. وابن الرفعة، الكفاية، ج5، ص423. والقليوبي، أحمد سلامة القليوبي، (1069 هـ)، **حاشية قليوبي وعميرة على «شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي»**، بيروت، دار الفكر، ج2، ص29. والمكروه كضبة الفضة الصغيرة للزينة أو الكبيرة للحاجة، أبو زرعة، ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي (826 هـ)، **تحرير الفتاوى على «التنبيه» و «المنهاج» و «الحاوي» المسمى (النكت على المختصرات الثلاث)** المحقق: عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011م، ج1، ص477.

(15) الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478 هـ)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، حققه د.عبد العظيم الدّيب، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1428 هـ-2007م، ج3، ص287. ونقله عنه الرافعي في الشرح الكبير، ج3، ص95.

(16) الماوردي، الحاوي الكبير، ج3، ص279. والروياني، بحر المذهب، ج3، ص140.

(17) مختصر البويطي، ص309.

(18) جمع فتخة وهي: خاتم يكون في اليد والرجل بفص وبغير فص. لسان العرب، فصل الفاء، ج3، ص40.

(19) الأم، ج2، ص45.

(20) مختصر المزني، ج8، ص146.

(21) ابن حجر، تحفة المحتاج، ج3، ص272. والرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004 هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت، 1984م، ج3، ص90.

(22) المجموع، ج6، ص36. وتحفة المحتاج للهيتمي، ج3، ص273.

(23) الشرح الكبير، للرافعي، ج3، ص96.

(24) البويطي، ص324. والمزني، ج8، ص149. والأم، ج2، ص45.

(25) البويطي، ص324.

(26) الماوردي، الحاوي الكبير، ج3، ص339.

(27) الرافعي، الشرح الكبير، ج3، ص130. وقد اشتهرت رحمها الله تعالى بهذه الرواية حتى ذكرها الإسنوي - رحمه الله تعالى - عند ترجمتها في مقدمات المهمات. ج1، ص150.

(28) الروياني، بحر المذهب، ج3، ص186.

(29) المحلي مع حاشية قليوبي وعميرة، ج2، ص33. قال في الروضة: "والمذهب المنصوص عليه في معظم كتب الشافعي - رحمة الله عليه - أنه لا يشترط الحول. وقيل في

اشتراطه قولان. ووجه المذهب فيهما القياس على المعشرات، ولأن مادون النصاب لا يحتمل المواساة وإنما يعتبر الحول للتمكن من تنمية المال، وهذا نما في نفسه". النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة، 1412هـ/ 1991م، ج2، ص282.

(30) النووي، المجموع، ج6، ص81، دار الفكر.

(31) انظر: شيخ الإسلام الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، ج1، ص385. وابن حجر، تحفة المحتاج، ج3، ص283. والرملي، نهاية المحتاج، ج3، ص97.

(32) ابن القاص، أبو العباس أخمد بن أبي أحمد الطبري (المتوفى 335 هـ)، **نصرة القولين للإمام الشافعي ﷺ**، تحقيق، مازن الزبيبي، دمشق، دار البيروتي، الطبعة الأولى، 2009م، ص109

(33) الأم، ج2، ص14. ونقله المزني، ج8، ص138. والبويطي، ص330.

(34) الحاوي الكبير: ج3، ص141. والحديث ورد بلفظ: "والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي" عن سعد بن أبي وقاص ﷺ. قال الحافظ ابن حجر: "وفي رواية: الرعي بدل الراعي، الدارقطني والبيهقي من رواية ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد عن السائب بن يزيد" ثم نقل كلام البيهقي إجماع أصحاب الحديث على ضعف ابن لهيعة وترك الاحتجاج بما ينفرد به، وبين الحافظ أنه من قول يحيى بن سعيد فظن ابن لهيعة أنه من حديث سعد. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مصر مؤسسة قرطبة الطبعة: الأولى، 1416هـ/ 1995م، ج2، ص304.

(35) الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ص278.

(36) النووي، روضة الطالبين، ج2، ص172. والباجوري، إبراهيم بن محمد بن أحمد (المتوفى: 1276 هـ)، **حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي** على متن أبي شجاع، تحقيق، محمود الحديدي، جدة، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2016م، ج2، ص347.

(37) البويطي: ص330.

(38) نهاية المطلب، ج3، ص148.

(39) النووي، روضة الطالبين، ج2، ص172. وابن حجر، تحفة المحتاج، ج3، ص230. والرملي، نهاية المحتاج، ج3، ص62. يقول الرملي الكبير: "ولا تشترط نية الخلطة، ولا اتحاد الحالب ولا المحلب بكسر الميم؛ أي: الإناء الذي يحلب فيه". الرملي الكبير، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي (المتوفى: 957 هـ)، **فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان**، تحقيق، الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 2009م، ص438.

(40) البويطي: ص330.

(41) المجموع: 5/ 358.

(42) المزني: ج8، ص141.

(43) الأم: ج2، ص25.

(44) انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج3، ص190. والجويني، نهاية المطلب، ج3، ص204. والمجموع للنووي، ج5، ص357. وروضة الطالبين، ج2، ص190. والإسنوي في المهمات، ج3، ص555.

(45) أسنى المطالب، ج1، ص354.

(46) ابن حجر، تحفة المحتاج وحواشيه، ج3، 237. ونهاية المحتاج، ج3، ص66. والرملي الكبير، فتح الرحمن، ص428.

(47) المجموع للنووي، ج5، ص478.

(48) البويطي، ص335. وقال البيهقي: "ذكره الشافعي في كتاب البويطي وفي البيوع وقال في القديم: ذلك على الاجتهاد من الخارص ويقدر ما يرى قال". البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458 هـ)، **السنن الكبرى**، المحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، ج4، ص207.

(49) المزني مع الأم، ج8 ص143.

(50) المجموع للنووي، ج5، ص479.

(51) انظر: روضة الطالبين، ج2، ص250. وكفاية النبيه، ج5، ص393. وتحفة المحتاج، ج3، ص257. وأسنى المطالب لشيخ الإسلام الأنصاري، ج1، ص373 حيث قال رحمه الله: "(ولا يترك للمالك شيئا) خلافا لما نص عليه في القديم من أنه يترك له نخلة أو نخلات يأكلها أهله لخبر أبي داود وغيره بإسناد صحيح «إذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث فإن لم تدعوا الثلث فدعوا الربع» وهذا الخبر حمله الشافعي في أحد نصيه في الجديد على أنهم يدعون له ذلك ليفرقه بنفسه على فقراء أقاربه وجيرانه لطمعهم في ذلك منه". والحديث في سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب في الخرص، رقم الحديث (1605). قال الحافظ في التلخيص ج2، ص333: "وفي إسناده عبد الرحمن بن مسعود بن نيار، الراوي عن سهل بن أبي حثمة، وقد قال البزار: إنه تفرد به، وقال ابن القطان: لا يعرف حاله. قال الحاكم: وله شاهد بإسناد متفق على صحته: أن عمر بن الخطاب أمر به، انتهى. ومن شواهده ما رواه ابن عبد البر من طريق ابن لهيعة، عن أبي الزبير، عن جابر مرفوعا: «خففوا في الخرص، فإن في المال العرية والواطئة والأكلة» - الحديث". وقد رواه البيهقي في السنن الكبرى وأشار إلى تضعيفه. البيهقي، السنن الكبرى، ج4، ص208.

(52) ومقدار الصاع (2400 غم) تقريبا في زماننا كما قدره د. محمد الزحيلي في المعتمد في الفقه الشافعي ج2، ص100.

(53) المحلي ومعه حاشية قليوبي وعميرة، ج2، ص46.

(54) مختصر البويطي، ص338.

(55) الأم، ج2، ص72.

(56) مختصر المزني، ج8، ص151.

(57) الأصحاب هم أصحاب الوجوه في المذهب وهم مجتهدو التخريج الذين يخرجون المسائل على قواعد الإمام انظر: هيتو، د. محمد حسن، **الاجتهاد وطبقات مجتهدي الشافعية**، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1409 هـ، (ط1)

ص47. وجاء في شرح العباب لابن حجر: " والأصحاب أي أصحاب الشافعي الذين سلكوا طريقته في الاجتهاد وقلدوه، ... وهو بهذا المعنى يشمل سائر أئمة مذهبه منذ زمنه إلى الآن لكن غلب استعمالهم كالمتقدمين فيمن قبل الشيخين" . المليباري، عبد البصير بن سليمان، **القاموس الفقهي في المذهب الشافعي**، عمان، دار النور المبين، 2016م (ط1)، ص287.

(58) المجموع، ج6، ص132.

(59) المصدر السابق، ج6، ص133. والحاوي للماوردي، ج3، ص378.

(60) المحلي، ج2، ص46. وقال العمراني في البيان: "واختلف أصحابنا في جنس المخرج في زكاة الفطر: فقال عامتهم: لا يجزئه إلا من غالب قوت بلده، وإن كان يقتات دونه؛ لقوله ﷺ: «أغنوهم عن الطلب في هذا اليوم». وغناهم إنما يحصل بقوت البلد. قال المحاملي: وهذا هو المذهب". العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: 558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، المحقق: قاسم محمد النوري، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1421هـ - 2000م، ج3، ص374. وحديث أغنوهم عن الطلب في هذا اليوم رواه البيهقي بلفظ: أغنوهم عن طواف هذا اليوم، عن أبي معشر عن نافع عن ابن عمر ثم قال: "أبو معشر هذا نجيح السندي المديني، غيره أوثق منه"، السنن الكبرى للبيهقي، جماع أبواب زكاة الفطر، باب وقت إخراج زكاة الفطر، حديث رقم(7739). ج4، ص292. وأشار النووي إلى تضعيفه في المجموع، ج6، ص126.

(61) المصدر السابق، ج6، ص133، وانظر، تحفة المحتاج، ج3، ص321، والرملي، نهاية المحتاج، ج3، ص122.

(62) العمراني، ج3، ص374.

(63) أسنى المطالب، ج1، ص392.

(64) مختصر البويطي، ص348.

(65) الأم، ج7، ص51 وج2، ص103.

(66) وأثر علي ﷺ: "لأن أصوم يوماً من شعبان أحب إلي من أن أفطر يوماً من رمضان" . قال الحافظ ابن حجر: "الشافعي من طريق فاطمة بنت الحسين أن رجلاً شهد ... إلى آخر الحديث، ثم قال: "وفيه انقطاع، وأخرجه الدارقطني من طريق الشافعي، وسعيد بن منصور عن شيخ الشافعي عبد العزيز بن محمد الداروردي". التلخيص الحبير، ج2، ص403. وقال النووي في المجموع: "ولا يصح عنه" أي علي ﷺ. المجموع للنووي، ج6، ص403. والحديث عند الدارقطني في سننه: كتاب الصيام، باب الشهادة على رؤية الهلال، رقم (2205)، ورواه البيهقي في سننه، قال: "أخبرنا أبو زكريا يحيى بن إبراهيم بن محمد بن يحيى أنا أبو العباس محمد بن يعقوب أنبأ الربيع بن سليمان، أنبأ الشافعي، أنبأ عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن محمد بن عبد الله بن عمرو بن عثمان، عن أمه فاطمة بنت حسين: أن رجلا شهد عند علي ﷺ على رؤية هلال رمضان، فصام، وأحسبه قال: وأمر الناس أن يصوموا أو قال: "أصوم يوما من شعبان أحب إلي من أن أفطر يوما من رمضان". كتاب الصيام، باب الشهادة على رؤية الهلال، رقم (7981).

(67) مختصر ـ المزني، ج8، ص152 ونقل عنه القول القديم النووي في المجموع، ج6، ص275.

(68) الإسنوي، المهمات، ج4، ص43.

(69) حاشية الشرواني على التحفة، ج3، ص377.

(70) أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السِّجِسْتاني **سنن أبي داود**، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت: المكتبة العصرية، كتاب الصوم، باب في شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان، حديث رقم (2342). قال الحافظ ابن حجر: "قال الدارقطني: تفرد به حفص بن عمر الأيلي وهو ضعيف". ابن حجر، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، ج2، ص360.

(71) المجموع، ج6، ص275.

(72) المجموع للنووي، ج6، ص277.

(73) التحفة مع حواشي الشرواني والعبادي، ج3، ص377. ونقل ذلك شيخ الإسلام الأنصاري عن الصيمري، قال في أسنى المطالب: "قال الصيمري إن صح أن النبي ﷺ قبل شهادة الأعرابي وحده أو شهادة ابن عمر قبل الواحد وإلا فلا يقبل أقل من اثنين وقد صح كل منهما وعندي أن مذهب الشافعي قبول الواحد وإنما رجع إلى الاثنين بالقياس لما لم يثبت عنده في المسألة سنة فإنه تمسك للواحد بأثر عن علي ولهذا قال في المختصر ولو شهد برؤيته عدل واحد رأيت أن أقبله للأثر فيه". أسنى المطالب: ج1، ص409.

(74) المجموع للنووي، ج6، ص271.

(75) فلو نوى صيام رمضان إن كان الغد من رمضان ونفلاً إن لم يكن منه لم تصح إن ثبت رمضان لعدم الجزم وتصح نفلاً إن لم يثبت. انظر المجموع للنووي، ج6، ص294. والبحر للروياني، ج3، ص251.

(76) مختصر البويطي، ص348.

(77) نهاية المطلب للجويني، ج4، ص55.

(78) مختصر ـ المزني، ج8، ص152، وانظر، الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج4، ص54.

(79) الحاوي الكبير للماوردي: ج3، ص421.

(80) المجموع، ج6، ص271. وانظر، الأنصاري، أسنى المطالب، ج1، ص411.

(81) أسنى المطالب، ج1، ص424. والتحفة لابن حجر، ج3، ص434. ومغني المحتاج، ج2، ص171. والمحلي مع حاشية قليوبي وعميرة، ج2، ص84.

(82) الروياني، بحر المذهب، ج3، ص250.

(83) مختصر البويطي، ص350.

(84) مختصر المزني، ج8، ص152.

(85) مختصر المزني، ج8، ص152.

(86) المجموع للنووي، ج6، ص281. وانظر: أسنى المطالب، ج1، ص413. والتحفة لابن حجر، ج3، ص393. والنهاية للرملي، ج3، ص162.

(87) مختصر البويطي، ص351.

(88) الأم، ج2، ص111.

(89) مختصر المزني، ج8، ص153.

(90) نهاية المطلب، ج4، ص53.

(91) مختصر البويطي، ص351.

(92) نهاية المطلب، ج4، ص52.

(93) المهذب للشيرازي مع شرحه المجموع للنووي، ج6، ص260.

(94) الأم، ج2، ص111.

(95) المجموع شرح المهذب، ج6، ص261.

(96) أسنى المطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، ج1، 423. والتحفة وحواشيها، ج3، ص413. والنهاية وحواشيها، ج3، ص187. وحاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي، ج2، ص82.

(97) الماوردي، الحاوي الكبير، ج3، ص441. والروضة للنووي، ج2، ص366.

(98) وذكر صاحب الحاوي أن هناك من جعلها ثلاثة أقوال، وثالثها بطلان من أغمي عليه لحظة بطل صومه كمن جنّ، وفي وجه ثان رد هذا القول الثالث، انظر الحاوي الكبير للماوردي، ج3، ص442. وذكر في موضع آخر قولاً رابعاً نسبه بعضهم للشافعي تخريجاً ورده الأكثر وهو قول ابن سريج وأبي إسحاق المروزي وهو اشتراط الإفاقة طرفي النهار عند الدخول في الصوم وعند الخروج منه. الحاوي، ج10، ص505. وجعلهم الجويني في نهاية المطلب خمسة أقوال. نهاية المطلب، ج4، ص47.

(99) الأم، ج5، ص302.

(100) مختصر البويطي، ص356.

(101) قال في الزبد: "(وإن يفق مغمى عليه بعض يوم ... ولو لحيظة يصح منه صوم)، قال الرملي شارحاً قول ابن رسلان: "أي: إتباعاً بزمن الإغماء زمن الإفاقة؛ فجعلوا الإغماء لقصوره عن الجنون وزيادته على النوم بينهما في الحكم، فإن لم يفق .. لم يصح صومه. وقوله: (لحيظة) تصغير لحظة" فتح الرحمن: ص473.

(102) مختصر المزني، 8/ 153.

(103) المجموع للنووري، ج6، ص346. والروضة، ج2، ص366. وأسنى المطالب، ج1، ص418. والتحفة لابن حجر، ج3، ص414. وشرح المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة، ج2، ص72.

(104) الشرح الكبير للرافعي، ج6، ص407.

(105) المجموع للنووي، ج1، ص272، وذكر المواضع التي يتأكد فيها استحبابه.

(106) مختصر البويطي، ص352.

(107) جاء عند الترمذي في سننه: "ولم ير الشافعي بالسواك بأسا أول النهار ولا آخره، وكره أحمد، وإسحاق السواك آخر النهار". الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك (المتوفى: 279هـ) **الجامع الكبير – سنن الترمذي**، المحقق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1998م، ج2، ص96

(108) المجموع للنووي، ج1، ص276. ولم يشر – رحمه الله تعالى – كغيره إلى البويطي.

(109) الأم، ج2، ص111.

(110) مختصر المزني، ج8، ص155.

(111) الماوردي، الحاوي الكبير، ج3، ص466.

(112) أسنى المطالب، ج1، ص422. وتحفة المحتاج مع حواشيها، ج1، ص222. وقال الرملي الكبير: "وما تقرر من كراهة السواك للصائم بعد الزوال هو المشهور، لكن نقل الترمذي عن الشافعي ﷺ: أنه لا يكره مطلقاً، وبه قال

المزني، واختاره جماعة؛ منهم النووي وابن عبد السلام وأبو شامة". فتح الرحمن: ص480.

(113) المجموع، ج1، ص276.

(114) المصدر السابق.

(115) المجموع للنووي، ج6، ص267.

(116) المرجع السابق.

(117) المجموع، ج6، ص267.

(118) البويطي، ص355. وانظر، الماوردي، الحاوي، ج3، ص437، والمجموع، ج6، ص267.

(119) الأم، ج7، ص266.

(120) مختصر المزني، ج8، ص153، والمجموع، ج6، ص267.

(121) مختصر البويطي: ص363.

(122) الحاوي الكبير، ج3، ص437.

(123) انظر: البويطي: ص 361 حيث استفتح الباب بقوله: "أبو حاتم، عن الربيع قال الشافعي، فلعل هذه الرواية أدرجت في مختصر البويطي وهي من رواية الربيع، ولا سيما وأن المحقق قد أشار إلى أن هذا الباب تفردت به بعض النسخ المخطوطة.

(124) المجموع، ج6، ص267. وأبو علي الطبري هو: علي الحسن بن القاسم، منسوب إلى طبرستان، تفقه على أبي علي بن أبي هريرة. قال الشيخ أبو إسحاق: صَنَّف المجرد في النظر، وهو أول كتاب صُنِّف في الخلاف المجرد، وصَنَّف الإفصاح في المذهب، وصنف أصول الفقه، وصنف الجدال. قال: ودرس ببغداد بعد أستاذه أبي علي بن أبي هريرة. توفي سنة خمسين وثلاثمائة(350). انظر: النووي، **تهذيب الأسماء واللغات**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2، ص262. والسبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، **طبقات الشافعية الكبرى**، المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1413هـ ج2، ص231.

(125) المجموع للنووي، ج6، ص267. والروضة، ج2، ص383. وانظر المحلي على المنهاج، ج2، ص86.

(126) هو: هو أبو علي زاهر السرخسي المقرىء الفقيه المحدث، شيخ عصره بخراسان ومن أصحاب الوجوه، قرأ القرآن على أبي بكر بن مجاهد، وتفقه على أبي إسحاق المروزي، ودرس الأدب على أبي بكر بن الأنباري وغيره. توفي -رحمه الله تعالى- يوم الأربعاء سلخ شهر ربيع الآخر سنة تسع وثمانين وثلاثمائة (389)، وهو ابن ست وتسعين سنة. انظر، تهذيب الأسماء واللغات، ج1، ص192، والسبكي، المصدر السابق، ج3، ص293.

(127) انظر، الحاوي، ج3، ص437، والمجموع، ج6، ص267.

(128) مختصر البويطي، ص353.

(129) الأم ج2، ص284.

(130) مختصر البويطي، ص353.

(131) المجموع للنووي، ج6، ص306.

(132) تحفة المحتاج، ج3، 412.

(133) كفاية النبيه لابن الرفعة، ج6، ص437.

(134)الأم،ج2،ص115. ومختصر المزني،ج8،ص157. ومختصر ـ البويطي، ص365. والحاوي الكبير، ج3، ص488. والمجموع للنووي، ج6، ص501.

(135)المجموع للنووي، ج6، ص513.

(136)المهذب مع المجموع، ج6، ص513. ونسبه إليه الروياني في البحر بصيغة التضعيف فقال: "وفيه وجه آخر أنه لا يبطل بل يرجع ويبني وهو قول أبي حنيفة لأنه مضطر إليه فأشبه إذا خرجت المعتدة وقيل: ذكره في البويطي ففي المسألة قولان وهذا صحيح حكاه أبو حامد والمذهب الأول".

(137)مختصر البويطي،ص357، المجموع،ج6،ص513.

(138)الأم،ج2،ص115. ومختصر المزني،ج8،ص157.

(139)المجموع،ج6،ص513.

(140)الروياني في البحر،ج3،ص323. والشرح الكبير للرافعي،ج6،ص540. وأسنى المطالب لشيخ الإسلام الأنصاري،ج1،ص437. والتحفة وحواشيها،ج3، ص465.

(141)المجموع،ج6،ص513.

(142)المصدر السابق. وتحفة المحتاج،ج3،ص465.

(143)المجموع،ج5،ص538.

(144)مختصر البويطي، ص368، والمجموع،ج6،ص537.

(145)نهاية المطلب للجويني، ج4، ص90.

(146)المجموع، ج6 ص537.

(147)الأم،ج2،ص155.

(148)مختصر المزني،ج8،ص157،

(149)الحاوي الكبير للماوردي،ج3،ص489. وذكره في الروضة،ج2،ص403. وانظر أسنى المطالب،ج1 ،441. ونهاية المحتاج للرملي،ج3،ص228. ونبهوا على أنه لا بد أن يقيد الخروج لعارض مباح مقصود غير مناف للاعتكاف للاحتراز عن قيود هذا الضابط. وانظر النهاية الموضع السابق.

(150)المجموع،ج6،ص537، وانظر، الرافعي، الشرح الكبير،ج6،ص520، والحصني، كفاية الأخيار، ص209.

(151)الحاوي الكبير للماوردي،ج3،ص490.

(152)هو: الإمام أبو الحسن القاسم ابن الإمام أبي بكر محمد بن علي القفال الشاشي الكبير، تفقه على ابن سريج كان عظيم الشأن، صاحب إتقان، وتحقيق، وضبط، وتدقيق، وكتابه التقريب كتاب عزيز، عظيم الفوائد من شروح مختصر المزني، توفي سنة (363). انظر ترجمته في، تهذيب الأسماء اللغات،ج2،ص281،278، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج16،ص283.

(153) هو: الحسين بن محمد، والحناطي بحاء مهملة مفتوحة، ثم نون مشددة، نسْبَة لجَمَاعَة من أهل طبرستان أو لأن بعض آبَائِهِ كَانَ يَبِيع الْحِنْطَة، وكَان حَافِظًا لكتب الشَّافِعِي ولكتب أبي الْعَبَّاس، ومن أصحاب الوجوه توفي بعد الأربعمائة. انظر، السبكي، طبقات الشافعية،ج4،ص368، وتهذيب الأسماء واللغات،ج2،ص254.

(154)المجموع، ج6 ص537.

(155) النووي، محي الدين يحيى بن شرف النووي، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق، عوض قاسم أحمد عوض، بيروت، ط1، دار الفكر، 2005م، ج1، ص81.

(156) التحفة وحواشيها، ج1، ص44.

(157) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، **أحكام القرآن للشافعي** – جمع البيهقي، تحقيق وتعليق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، القاهرة، مكتبة الخانجي، 1994 م، ج1، ص110.

(158) المجموع للنووي، ج6، ص524.

(159) المجموع، ج6، ص524.

(160) وجاءت نسبة هذا القول إلى البويطي ولم يقل قال الشافعي فلعله من اجتهاداته هو حيث أدرج في المختصر بعض اجتهاداته كما أشار التقي السبكي في بعض المواضع في المجموع. انظر مثلاً: تكملة التقي السبكي للمجموع شرح المهذب، ج10، ص366، وج12، ص126.

(161) مختصر البويطي: ص370.

(162) المجموع، ج6، ص524.

(163) مختصر المزني، ج8، ص157.

(164) مختصر المزني، ج8، ص157.

(165) الأم، ج2، ص116.

(166) أسنى المطالب، ج1، ص434.

(167) شرح المحلي على المنهاج وحواشيه، ج2، ص99. ونهاية المحتاج للرملي، ج3، ص220.

(168) المهمات في شرح الروضة والرافعي، ج4، ص161.

قائمة المصادر والمراجع:

1. الإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي (المتوفى 772 هـ)، **المهمات في شرح الروضة والرافعي**، تحقيق: أحمد الدمياطي، بيروت، دار ابن حزم، 2009 (ط1).
2. الأنصاري، شيخ الإسلام زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: 926هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي.
3. الباجوري، إبراهيم بن محمد بن أحمد (المتوفى: 1276 هـ)، **حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي** على متن أبي شجاع، تحقيق، محمود الحديدي، جدة، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2016م.
4. البويطي، أبو يعقوب يوسف بن يحيى (المتوفى: 231 هـ) **مختصر البويطي**، تحقيق: د. علي القره داغي، بيروت، دار المنهاج، 1436هـ (ط1)
5. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458 هـ)، **السنن الكبرى**، المحقق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ – 2003 م
6. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458 هـ)، **أحكام القرآن للشافعي** – جمع البيهقي، تحقيق وتعليق الشيخ عبد الغني عبد الخالق، القاهرة، مكتبة الخانجي، 1994م
7. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك (المتوفى: 279 هـ) الجامع الكبير سنن الترمذي،

المحقق: بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1998م

8. الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478 هـ)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، حققه د. عبد العظيم الدّيب، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1428هـ-2007م

9. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مصر مؤسسة قرطبة الطبعة: الأولى، 1416هـ/ 1995م

10. ابن حجر، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري (المتوفى: 974 هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1983 م

11. أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السِّجِسْتاني **سنن أبي داود**، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت: المكتبة العصرية.

12. الرافعي: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: 623 هـ)، **العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير**، المحقق: علي معوض وعادل عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1997 م

13. ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، أبو العباس، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة (المتوفى: 710 هـ)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، تحقيق: مجدي باسلوم، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009 م

14. الرملي الكبير، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن حمزة الرملي (المتوفى: 957 هـ)، **فتح الرحمن بشرح زبد ابن رسلان**، تحقيق، الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 2009م

15. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت، 1984م.

16. الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل (ت502هـ)، **بحر المذهب** (في فروع المذهب الشافعي)، المحقق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 2009 م.

17. أبو زرعة، ولي الدين أبو زرعة أحمد بن عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي (826 هـ)، **تحرير الفتاوى على «التنبيه» و «المنهاج» و «الحاوي» المسمى (النكت على المختصرات الثلاث)** المحقق: عبد الرحمن فهمي محمد الزواوي، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1432هـ-2011 م.

18. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، **طبقات الشافعية الكبرى**، المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1413 هـ

19. الشافعي، الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس (المتوفى: 204هـ)، **الأم**، بيروت، دار المعرفة، 1410هـ.

20. الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، **المهذب في فقة الإمام الشافعي**، بيروت، دار الكتب العلمية.

21. العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: 558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، المحقق: قاسم محمد النوري، جدة، دار المنهاج، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2000م.

22. الغزالي، محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي (المتوفى 505 هـ)، **إحياء علوم الدين**، بيروت، دار المعرفة.

23. ابن القاص، أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري (المتوفى 335 هـ)، **نصرة القولين للإمام الشافعي ﷺ**، تحقيق، مازن الزبيبي، دمشق، دار البيروتي، الطبعة الأولى، 2009م.

24. القليوبي، أحمد سلامة القليوبي، (1069 هـ)، **حاشية قليوبي وعميرة على «شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي»**، بيروت، دار الفكر

25. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450 هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1999م.

26. المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني (المتوفى: 264هـ) **مختصر المزني** (مطبوع ملحقا بالأم للشافعي)، بيروت، دار المعرفة، 1410هـ/ 1990م

27. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676 هـ)، **المجموع شرح المهذب**، بيروت، دار الفكر.

28. النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676 هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، الطبعة: الثالثة، 1412 هـ/ 1991م.

29. النووي، **تهذيب الأسماء واللغات**، بيروت، دار الكتب العلمية.

المسؤولية الجزائية عن تعريض الغير للإصابة بفيروس كورونا (كـوفيد-19) في التشريع الأردني

د. برجس خليل الشوابكة*

تاريخ وصول البحث: 2/ 7/ 2020م تاريخ قبول البحث: 13/ 9/ 2020م

الملخص

إن الإصابة بفيروس كورونا (COVID-19) قد تسبب مرض الجهاز التنفسي المصحوب بأعراض (الأنفلونزا)، مما قد يؤدي إلى الالتهاب الرئوي في أغلب الحالات، كما قد يؤدي للوفاة في حالاتٍ أخرى. ويتشرُ فيروس كورونا المستجد بشكلٍ أساسي عن طريق مُخالطة شخص مُصاب بالعدوى في كثير من الوسائل والطرق، كما أنّه في كل يوم تظهر طرق أخرى يتنقل من خلالها الفيروس.

جاءت هذه الدراسة لتحديد المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا إلى الغير، وذلك ببيان نطاق هذه المسؤولية قياسًا بمدى توافر القصد الاجرامي لناقل العدوى، والنتيجة الصحية المترتبة عن الاصابة بالفيروس في ظل النصوص الجزائية وأوامر الدفاع الأردنية ذات العلاقة.

وفي الختام توصلت الدراسة إلى مجموعة من الاستنتاجات تمثلت بعدم وجود نطاق جزائي واضح يحدد مسؤولية ناقل العدوى بالأمراض الوبائية، وعجز النصوص الحالية عن ايجاد خطة عقابية متكاملة في تجريم نقل العدوى بفيروس كورونا، وضرورة أن يجنح المشرع الجزائي الأردني نحو وضع نصوص خاصة لمواجهة انتشار العدوى بالأمراض الوبائية.

الكلمات الدالة: نقل العدوى، فيروس كوفيد-19، جائحة كورونا، انتشار الأمراض، خطر وبائي.

* باحث في الدراسات القانونية والعلوم الجنائية، المستشار قانوني لرابطة علماء الأردن ورئيس قسم الحج لدى صندوق الحج الأردني.

Criminal responsibility for exposing others to infection with the Coronavirus (Covid-19) in Jordanian legislation

Dr.Barjas Khalil Al Shawabkeh

Abstract

COVID-19 virus is an infectious disease caused by a new virus that has not been discovered in humans before. The virus causes respiratory disease with symptoms (influenza) that may lead to pneumonia in most cases, as well as death in other cases. The new Coronavirus is spread mainly through contact with an infected person in many ways and every day new ways of spreading this virus are revealed.

This study came to determine the criminal liability for the vector to others, by showing the scope of this responsibility in relation to the availability of the criminal intent of the infection carrier, and the health consequence of infection with the virus in light of the relevant penal provisions and Jordanian defense orders.

In conclusion, the study reached a set of conclusions that representing in the absence of unified final scope for the responsibility of the contagious of epidemiology diseases, and the inability of the actual texts to find an integrated punitive plan to criminalize the contagious with corona and the necessity to head for the Jordanian penal legislator about placing special texts to face the spread of Contagious with the epidemiology diseases.

Key words: transmission of infection, Covid-19 virus, Corona pandemic, spread of diseases, epidemic risk.

المقدمة:

يعدّ إصابة الإنسان بفيروس كورونا من أسرع الامراض انتشارًا في الوقت الحاضر لسهولة انتقاله بين البشر، إذ تكمن خطورته بعدم توفر علاج فعال له حتى اللحظة، حيث يصيب الجهاز التنفسي للإنسان ويتسبب بمرض كورونا المستجد، وقد يقضي في النهاية على من هو ضعيف المناعة.

عرفت منظمة الصحة العالمية فيروس كورونا المستجد بأنه فصيلة كبيرة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان والإنسان، ومن المعروف أن عددًا من فيروسات كورونا تسبب لدى البشر

حالات عدوى الجهاز التنفسي التي تتراوح حدتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد وخامة، مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة (السارس)[1] ويسبب فيروس كورونا المُكتشف مؤخرًا مرض فيروس كورونا (كوفيد-19)[2].

وفي سبيل منع انتشار الأمراض الوبائية، فقد وردت أحديث عديدة عن رسول الله ﷺ تنهي عن مخالطة المرضى الذين أصيبوا بأمراض معدية كالجذام والطاعون ونحوها[3]، فعن أسامة بن زيد قال، قال رسول الله ﷺ: "الطاعون آية الرجز، ابتلى الله ﷻ به ناسًا من عباده، فإذا سمعتم به، فلا تدخلوا عليه، وإذا وقع بأرضٍ وأنتم بها، فلا تفروا منه"[4].

كما تفرض المسؤولية القانونية علة ناقل العدوى بفيروس كورونا عند نقله لهذا الفيروس الى الغير، وتتباين حدود المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بحسب توافر قصده الجنائي قصدًا أو بدون قصد. وكذلك تختلف هذا المسؤولية بحسب علم المصاب بإصابته بالمرض أو انتفاء علمه بها، فالوصول إلى وصف جرمي محدد قد يكون صعب نوعًا ما، كما أن البحث في القصد الجرمي يُثير إشكاليات أخرى، وخاصة بأن هذا الفيروس لم يثبت يقينًا بأنه قاتل، ولذا فإن التكييف الجرمي لنقل العدوى بمرض "فيروس كورونا المستجد" ليس من اليسير الإجابة عليه[5].

أهمية الدراسة:

لقد شغل ظهور مرض فيروس كورونا (COVID-19) اهتمام الأوساط العالمية كافة، لما لهُ من آثارٍ خطيرة على صحة الإنسان وحياته وعلى المُجتمع بشكلٍ عام، وأن الإحصائيات الآن تدُل على كارثة إنسانية قد تودي بأرواح الملايين من البشر- إذا لم يتم السيطرة على هذا المرض، حيث لم تسلَمْ منهُ أيّ دولة، وإن اختلف عدد الإصابات من دولةٍ إلى أخرى. وعليه فلا بد من إيجاد سبل تساهم بمكافحة انتشار العدوى بفيروس كورونا من خلال ردع كل من تسول له نفسه نقل العدوى أو المساهمة بانتشارها، الأمر الذي يستدعي تحديد المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بهذا الفيروس.

أهداف الدراسة:

- تحديد مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا تبعًا لمدى توافر قصده الجرمي وحجم الخطورة الاجرامية.

- تحديد طبيعة جرائم نقل العدوى بفيروس كورونا وما تتسم به من كونها خفية.

- تسليط الضوء على نقاط القوة والضعف في النصوص الجزائية المجرمة لنقل العدوى بالأمراض الوبائية.

- إظهار مدى حاجة المنظومة التشريعية في الأردن إلى نصوص جزائية خاصة تعالج جريمة نقل العدوى بالأمراض الوبائية.

دراسات سابقة:

تناولت دراسة الباحث المسؤولية الجزائية لتعريض الغير للإصابة بفيروس كورونا في ظل النصوص القانونية الجزائية التي نص عليها المشرع الأردني بما فيها اوامر الدفع لسنة 2020 التي أصدرها رئيس الوزراء الأردني بصفته المشرع الحكومي في ظل اعلان حالة الطوارئ، في حين تعددت الدراسات السابقة في تناول أحكام المسؤولية الجزائية عن تعريض الغير للإصابة بفيروس كورونا بصورة خاصة ومن خلال الحديث عن الأمراض المعدية عمومًا، ومن أهم هذه الدراسات:

-دراسة الدكتور محمد نواف الفواعرة والدكتور عبدالله محمد احجيلة، المواجهة الجنائية لجائحة فيروس كورونا المستجد في التشريعات الصحية لدول مجلس التعاون الخليجي، مجلة كلية القانون الكويتية، ملحق خاص، السنة الثامنة، العدد السادس، سنة 202. تمحورت هذه الدراسة حول موضوع المواجهة الجنائية لفيروس كورونا في التشريعات الصحية لدول مجلس التعاون الخليجي، وذلك ببيان موقف هذه التشريعات من الأفعال التي تهدد بالخطر سلامة الغير، وتحديدًا الامتناع عن التبليغ عن المصابين بالفيروس، وتعريض الغير لخطر الإصابة بالعدوى، أو نقله للغير، بحيث تناولت الدراسة موقف تلك التشريعات من التجريم الاستباقي للكشف عن المصابين بالفيروس، والتجريم الوقائي لمنع انتشاره.

-دراسة الدكتور سعد صالح نجم والسيد أياد علي أحمد، جرائم نقل العدوى العمدية: دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، السنة(8)، المجلد(4)، العدد(29)، 2016. تناولت هذه الدراسة كيفية إضفاء التكييف القانوني الصحيح على واقعة نقل عدوى لمرض معين بعد اكتشاف شخصية المتسبب بنقلها وهو الشخص المريض الحامل لأدوات المرض من جراثيم وفيروسات وبكتريا وغيرها، متعمدا كان أم غير متعمد في ذلك، هذا من جانب، ومن جانب آخر قياس مدى كفاية

النصوص القانونية القائمة من عدمه في تجريم وعقاب هكذا نوع من الجرائم.

-دراسة الدكتورة آمال خليل، فيروس كورونا الجديد "متلازمة الشرق الأوسط التنفسية"، دراسة في الجغرافية الطبية، رسائل جغرافية، جامعة الكويت- كلية العلوم الاجتماعية- قسم الجغرافيا، الرسالة 398، عدد الصفحات 1-54، 2013. تناولت هذه الدراسة العلاقة المتشابكة بين البيئة والمرض وعوامل انتشاره وأساليب القضاء على المرض، ثم وضعت الدراسة الفرضيات التي تمثل العلاقة بين الظواهر وجمع البيانات للتوصل إلى التعميم (أي الانتقال من الجزء إلى الكل)، ورصد واقع الفيروس وتسجيله وحذف التفاصيل والإبقاء على جوهر الحقائق بالإضافة إلى الاستعانة ببعض الأساليب الكمية والإحصائية والكارتوجرافية، كاستخدام معدلات قياس انتشار الأمراض مثل معدل الحدوث، ومعدلات قياس خطورة المرض على الانسان.

إشكالية الدراسة:

تبرز مشكلة الدراسة في تحديد نطاق المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا من خلال صعوبة إضفاء التكييف القانوني على واقعة نقل العدوى للمرض بعد اكتشاف شخصية المتسبب بنقلها، سواء كان ذلك بصورة مقصودة أم غير مقصودة، وتبعًا لذلك تثور التساؤلات التالية:

- ما مدى تجريم نقل العدوى بفيروس كورونا تحت طائلة العقاب؟
- ما هي التكييفات القانونية لجريمة نقل العدوى بفيروس كورونا تبعًا للقصد والنتيجة الجرمية؟
- هل نجح المشرع الأردني في رسم حدود المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بالأمراض الوبائية؟
- ما مدى كفاية النصوص القانونية في حماية المجتمع من خطر انتشار وباء كورونا؟

منهج الدراسة:

اتبعت في دراستي لرسم حدود المسؤولية الجزائية لنقل العدوى بفيروس كورونا، المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، ضمن رؤية نقدية للنصوص الجزائية ذات العلاقة بالموضوع، وذلك وفقًا لما تقتضيه الطبيعة البحثية لكل جزئية من جزئيات هذه الدراسة.

هيكلة الدراسة (التصميم): للإجابة عن التساؤلات المطروحة، تناول الباحث هذه الدراسة في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: المسؤولية القصدية لناقل العدوى بفيروس كورونا
المطلب الأول: التجريم المباشر لنقل فيروس كورونا عن قصد
الفرع الأول: موقف قانون الصحة العامة
الفرع الثاني: موقف قانون الدفاع.
المطلب الثاني: التجريم غير المباشر لنقل فيروس كورونا عن قصد.
الفرع الأول: تجريم نقل العدى بوصفه جناية قتل.
الفرع الثاني: تجريم نقل العدوى بوصفه جنحة إيذاء.
المبحث الثاني: المسؤولية غير القصدية عن نقل العدوى بفيروس كورونا.
المطلب الأول: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا بطريق الخطأ.
الفرع الأول: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا عن جنحة التسبب بالوفاة.
الفرع الثاني: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا عن جنحة الايذاء غير المقصود.
المطلب الثاني: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا دون العلم.
الفرع الأول: موقف قانون العقوبات.
الفرع الثاني: موقف قانون الدفاع.

المبحث الأول: مسؤولية القصدية لناقل العدوى بفيروس كورونا.

قد يعمد المصاب بفيروس كورونا المستجد – الذي يعلم يقينًا بأنه مصاب ويحمل الفيروس– إلى نقل العدوى بهذا المرض إلى غيره، إلا أن المشرع الأردني لم ينص على جريمة نقل العدوى بفيروس كورونا عمدًا، ذلك ان فيروس كورونا من الأمراض الوبائية العصرية والحديثة، لذا لم يسبق أن يثار شأن لهذا المرض على البعد التشريعي نتيجة حداثته، الأمر الذي يضعنا بطبيعة الحال في منظومة جزائية خالية من نص يجرم نقل العدوى بفيروس كورونا المستجد بشكل خاص.

ولما عدّت منظمة الصحة العالمية مرض كورونا المستجد وباءً صحيًا، نجد بالتشريع الأردني بعض القوانين التي جرَّمت ناقل العدوى بالأمراض الوبائية إلى الغير بصورة قصدية. ويختلف نوع التجريم ومداه تبعًا لاختلاف النصوص الموضوعية المنظمة للمسؤولية الجزائية عن نقل العدوى بفيروس كورونا، فمنها من جرم نقل العدوى بالوباء بصورة مباشرة (المطلب الأول) ومنها من جرم نقل العدوى بصورة غير مباشرة نسبةً للضرر

الذي قد ينتج عن الإصابة بهذا الفيروس (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التجريم المباشر لنقل فيروس كورونا عن قصد.

جرم التشريع الجزائي الأردني بشكل مباشر، نقل العدوى بالأمراض الوبائية بموجب أحكام قانون الصحة العامة (الفرع الأول)، إلا أن قانون الصحة قد فتح المجال امام تطبيق نصوص جزائية أخرى (الأوامر الصادرة استنادًا إلى قانون الدفاع) قد تجرم نقل العدوى بفيروس كورونا، في حال نصها على عقوبات أشد، سيما أن أوامر الدفاع لسنة 2020 نصت على الوصف الجرمي الخاص لنقل العدوى بفيروس كورونا (الفرع الثاني).

الفرع الاول: موقف قانون الصحة العامة

في ظل عدم وجود نص خاص بقانون العقوبات الأردني يجرم نقل العدوى بالأمراض الوبائية، فقد عالج قانون الصحة العامة[6] هذا النقص بنص خاص يجرم بشكل مباشر نقل العدوى بالأمراض الوبائية إلى الغير، حيث نصت المادة 22/ ب على أنه: "كل من أخفى عن قصد مصابًا أو عرض شخصًا للعدوى بمرض وبائي أو تسبب عن قصد بنقل العدوى للغير أو امتنع عن تنفيذ أي اجراء طلب منه لمنع تفشي العدوى يعدّ أنه ارتكب جرمًا يعاقب عليه بمقتضى أحكام هذا القانون".

تجرم المادة 22/ ب من قانون الصحة ناقل العدوى بمرض وبائي عن قصد، حيث جاء التجريم هنا بشكل مباشر وبصورة واضحة لا تقبل التفسير أو التأويل. ولما كان فيروس كورونا المستجد من الأمراض الوبائية يمكن تطبيق هذا النص على ناقل العدوى بهذا الفيروس في حال توافر كافة أركان وعناصر الجريمة. وما يؤكد وصف **الوباء** على فيروس كورونا المستجد أمرين وهما:

1) تعريف قانون الصحة العامة الأردني للوباء بأنه: "زيادة عدد الحالات لمرض معين عن العدد المتوقع حدوثه في العادة في مكان محدد ووقت محدد"[7]. وهذا التعريف ينسجم مع الواقع بالنسبة لمرض كورونا المستجد، حيث شهدت أماكن معينة في المملكة بل والعالم أجمع بالإصابة في هذا المرض بشكل متزايد وبوقت قصير جدًا لنظرًا لسهولة انتقال المرض وانتشاره[8].

2) تصريح اللجنة الوطنية الأردنية للأوبئة بأن فيروس كورونا جائحة عالمية. وكذلك الأمر بيان منظمة الصحة العالمية بأن فيروس كورونا مرض وبائي، حيث أعلن المدير العام لمنظمة الصحة العالمية

"تيدروس أدهانوم غيبريسوس" أن المنظمة التابعة للأمم المتحدة باتت تعدّ فيروس كورونا المستجدّ المسبّب لمرض "كوفيد-19" الذي يتفشّى حول العالم "جائحة" أي وباءً عالميًا[9].

وبناء على ما تقدم تقوم المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا عن قصد، حيث يجرم بصورة مباشرة خلافًا لأحكام المادة 22/ ب من قانون الصحة العامة. إذا توافرت الأركان التالية:

أولاً: الركن الشرعي

من المتعارف عليه فقهًا وقانونًا[10] بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي، وفي حال غياب النص غياب التجريم ثم غياب العقاب، لذا وتجسيدًا لمبدأ الشرعية، أوجد المشرع الأردني المادة 22/ ب من قانون الصحة العامة، صحيح أن المشرع لم يضع هذا النص بالقانون العقابي الذي يتربع دائمًا على عرش التجريم في القوانين الوطنية، إلا أن النص المذكور وإن ورد بقانون الصحة العامة، لكنه يفي بالغاية في بناء الركن القانوني للجريمة، حيث يجرم النص ناقل العدى بفيروس كورونا ان قام بنقل العدوى بأية وسيلة عن قصد وذلك بدليل قول المشرع أنه: "يعدّ أنه ارتكب جرما يعاقب عليه بمقتضى أحكام هذا القانون".

ثانيًا: الركن المادي

يتمثل الركن المادي للجريمة بشكل عام في السلوك والنتيجة، وعلاقة السببية بينهما. وبخصوص السلوك فهو نقل فيروس كورونا إلى الغير بفعل العدوى وبغض النظر عن كيفية نقل الفيروس، ذلك أن المادة 22/ ب من قانون الصحة لا تشترط وسيلة معينة لنقل العدوى بالفيروس بحيث من الجائز أن ينتقل الفيروس بأي طريقة من الطرق، ودليل ذلك قول المشرع: "كل من أخفى عن قصد مصابا أو عرض شخصا للعدوى بمرض وبائي أو تسبب عن قصد بنقل العدوى للغير أو امتنع عن تنفيذ أي إجراء طلب منه لمنع تفشي العدوى".

يستوي في ذلك أن يكون السلوك القائم على نقل العدى بفيروس كورونا بصورة إيجابية أم سلبية[11]. ففي الأولى كأن يقوم الجاني بفعل الاختلاط عمدا مع الغير والعطس أمامهم دون اتخاذ الاحتياطات، أو باستعماله لمجموعة من الكمامات والعمل على توزيعها على أشخاص آخرين لإعادة استعمالها، أو قيامه بوضع لُعابه على الأماكن المُعرّضة للمس من عامة الناس بقصد نقل العدوى لهم.

أما الصورة الثانية، فقد يمتنع المصاب عن عزل نفسه في المنزل انفراديًا، دون أن يذهب إلى المستشفى للحجر الصحي وتلقي العناية الطبية اللازمة ويكون قصده من هذا الامتناع نقل الفيروس إلى غيره مع توقعه إصابة غيره بالمرض ولم يرفض النتيجة ولم يسعَ لعدم حدوثها.

أما عن النتيجة، فهي تتمخض بإصابة المجني عليه بفيروس كورونا من خلال العدوى، فليس من الضروري –لتطبيق نص المادة 22/ ب من قانون الصحة– حجم الضرر المترتب عن الاصابة بالعدوى، فهذا الأمر قد يعالجه قانون العقوبات الذي سنبرز موقفه في هذه الدراسة لاحقًا.

لا يحول أمر التجريم دون قيام علاقة السببية بين السلوك والنتيجة، بمعنى أن الإصابة بفيروس كورونا المستجد كانت نتيجة السلوك الذي قام به الجاني، سواء كان هذا السلوك ايجابي أم سلبي.

وبالرغم مما تقدم، فعند التمعن بنص المادة 22/ ب من قانون الصحة العامة، يلاحظ الباحث بأن المشرع قد توسع بنطاق المسؤولية الجزائية عن نقل الأمراض الوبائية (فيروس كورونا)، ليصل الأمر إلى امكانية التجريم دون الضرورة بتحقق النتيجة الجرمية وهي الاصابة بالمرض الوبائي.

وقد صرح المشرع الأردني بذلك من خلال ألفاظه المستعملة بنص المادة 22/ ب من قانون الصحة العامة، لاحِظ العبارات التي يحدها الخط من الأسفل: "... كل من أخفى عن قصد مصابا أو عرض شخصا للعدوى بمرض وبائي أو تسبب عن قصد بنقل العدوى للغير أو امتنع عن تنفيذ أي إجراء طلب منه لمنع تفشي العدوى يعدّ انه ارتكب جرما..".

وعليه؛ فإن إخفاء المصاب بمرض فيروس كورونا، ومجرد تعريض شخص سليم للعدوى، وكذلك الامتناع عن تنفيذ الإجراءات الصحية والوقائية التي تفرضها السلطات العامة في الدولة، يشكل جرمًا يستحق فاعله العقاب عليه، دون أن تترتب النتيجة بنقل العدوى بالفيروس، شأنه بذلك شأن من قام بنقل العدوى فعلًا[12].

وتبعًا لهذا التحليل، يمكن عدّ بعض السلوكيات المجرمة بالمادة 22/ ب من قانون الصحة العامة بأنها أفعال تقع ضمن جرائم الخطر (risque du délits) وما يميزها عن جرائم الضرر (résultat de délits)، أن الأولى لا تستلزم وقوع نتيجة عن الفعل للتجريم. في حين أن الجريمة

الأخيرة تتطلب حدوث ضرر كنتيجة للفعل، يرتبط به التجريم وجودًا وعدمًا[13].

وتشمل (جرائم الخطر) الأفعال التي تؤدي إلى حدوث اضطراب شديد في أمن المجتمع، مما يستوجب تجريمها دون أن يكون الضرر ركنًا فيها، وذلك مثل: الشروع بالسرقة، وحيازة سلاح بدون ترخيص.

فقد بدأ الفقه الجنائي يوجه نظر المشرع إلى (جرائم الخطر) من حلال ضرورة تجريم بعض صور السلوك الذي يحمل في طياته مخاطر يمكن أن تصيب مصالح وحقوق يحميها القانون الجزائي، وذلك تأكيدًا على أن دور القانون ليس التدخل بعد وقوع الجريمة لمعاقبة الجاني فحسب، بل يمكن أن يتدخل في مرحلة سابقة على وقوع الجريمة أخذًا بحكمة "الوقاية خير من العالج"، فيجرم بعض السلوك الخطر قبل تحقق أي ضرر فعلي جراء هذا السلوك، من هنا ظهرت بجانب جرائم الضرر طائفة أخرى من الجرائم أطلق عليها جرائم الخطر[14].

ثالثًا: الركن المعنوي

لتجريم نقل العدوى بفيروس كورونا إلى الغير يشترط توافر القصد الجنائي من إرادة العدوى بالفيروس مع علم الجاني بكافة عناصر الجريمة. وذلك بدلالة قول المشرع في المادة 22/ ب من قانون الصحة: "أخفى عن قصد" و "تسبب عن قصد". وعليه فإذا انتفى القصد الجنائي عند نقل العدوى لا يمكن تجريم ناقل العدوى بفيروس كورونا تحت مظلة المادة 22/ ب من قانون الصحة العامة[15].

مما تقدم نلاحظ بأن المادة 22/ ب من قانون الصحة العامة رغم تجريمها لناقل العدوى بفيروس كورونا باعتباره وباء، إلا أنها لم تحدد العقوبة عن ذلك. وبالرجوع إلى قانون الصحة العامة نجد بأن المشرع قد وضع نصًا احتياطيًا[16] يعاقب كل من خالف أحكام قانون الصحة أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه ولم ترد عقوبة عليه في هذا القانون، بالحبس من شهرين الى سنة أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على الف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين. وذلك مراعاة لأي عقوبة اشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر[17].

يلاحظ بأن المشرع الأردني من خلال المادتين (22/ ب) و (66) من قانون الصحة العامة، قام

أولًا بالتجريم نقل المرض المعدي ثم أقر عقوبة على ارتكاب فعل النقل (العدوى)، فلم يترك العقوبة مقيدة بنصوص قانون الصحة العامة، بل ترك الباب مفتوحًا لتطبيق أي عقوبة أخرى نص عليها أو قد ينص عليها في قانون آخر[18]، مثل قانون الدفاع وقانون العقوبات الأردني وقانون المسؤولية الطبية والصحية.

وبالرغم مما تقدم، لابد أن نعترف بقصور قانون الصحة العامة في تنظيمه لمسؤولية ناقل العدوى بالأمراض الوبائية عن قصد إذا ما ترتب عليه إيذاء أو وفاة المريض المنقول له الفيروس خاصة إن كان المجني عليه طاعناَ بالسن أو يعاني من مشاكل صحية مثل الضعف في مناعته. وعليه فالتجريم الوارد بالتشريعات الصحية لا يمكن أن يستغرق السلوك الجنائي، كما أن العقوبة المفروضة على الجاني في قانون الصحة لا تتناسب وجسامة الخطر الجرمي إذا نجم عنه إيذاء أو وفاة المريض المجني عليه إذا قصد الجاني إحداث هذه النتيجة.

والجدير بالذكر أنه تم تعطيل العمل بالمادتين (22/ ب) و (66) من قانون الصحة العامة بموجب البند الخامس من أمر الدفاع رقم (8) لسنة 2020 الصادر بمقتضى أحكام قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992 على نحو يوسع في التجريم والعقاب عن نقل العدوى بفيروس كورونا، حيث صدر الأمر استجابةً لمعالجة بعض الاشكاليات التي تفرضها الظروف الاستثنائية التي تمر بها المملكة الأردنية ودول العالم كافة نتيجة الانتشار الواسع لفيروس كورونا المستجد.

الفرع الثاني: موقف قانون الدفاع

إذا حدث ما يستدعي الدفاع عن الوطن في حالة وقوع طوارئ تهدد الأمن الوطني أو السلامة العامة في جميع انحاء المملكة أو في منطقة منها بسبب انتشار آفة أو وباء، يعلن العمل بأحكام قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992[19]، وذلك بإرادة ملكية تصدر بناء على قرار من مجلس الوزراء[20]. وهذا ما يتطابق مع واقعنا الآن من خلال انتشار فيروس كورونا على اعتبار أنه مرض وبائي.

وبتاريخ 15/ 4/ 2020 تم تعطيل العمل بالمادتين (22/ ب) و (66) من قانون الصحة العامة بموجب ما ورد بالبند الخامس من أمر الدفاع رقم (8) لسنة 2020[21] الصادر بمقتضى أحكام قانون الدفاع بالقدر اللازم لتنفيذ أمر الدفاع، نظرًا للظروف الاستثنائية التي تمر بها الأردن وكافة دول العالم للحفاظ على سلامة المجتمع وأفراده ومكوناته،

وعدم تعريضه للخطر من اجل مواجهة ما قد ينتج عن نقل العدوى بفيروس كورونا المستجد والحد من انتشاره داخل المجتمع.

ما يهمنا في هذه الجزئية من الدراسة هو موقف قانون الدفاع في تحديد نطاق المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا، لذا سنكتفي بإيراد البندين الثالث والرابع من أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020، حيث يحظر أحدهما نقل العدوى بفيروس كورونا بشكل مباشر في حين ينص البند الآخر على الجزاء المترتب عن خرق هذا الحظر.

أولًا: تجريم تعريض الغير للعدوى بفيروس كورونا.

في خضم الجهود الوطنية المبذولة لمواجهة جائحة كورونا، تقوم قلة قليلة من الأفراد بالمساهمة المباشرة في نقل العدوى بفيروس كورونا مثل مخالطة الأصحاء بقصد نقل العدوى إليهم، أو تعريض أي شخص لخطر العدوى بالفيروس من خلال نشاط أو سلوك معين يقصد به الجاني انشار الفيروس، ومثال ذلك قيام المصاب بالمرض بلمس أماكن عامة يستعملها الكافة قاصدًا بذلك انتشار المرض، أو قيام أحد المرضى بالفيروس بالبصق على أحد أفراد الكادر الطبي في المستشفى بقصد إصابته بالمرض.

إن عدم فاعلية النصوص الجزائية وكفايتها عقابيًا في سبيل كبح جماح من تتوافر لديهم دوافع إجرامية لنقل العدوى بهذا الوباء، يساهم في تشجيع القيام بهذه السلوكيات والنشاطات غير المسؤولة[22]. وعليه جرم أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020 نقل العدوى وانتشارها عن قصد، بل بمجرد "تعريض أي شخص للعدوى أو القيام بأي تصرف من شأنه نقل العدوى إلى الغير".

يلاحظ بأن التجريم قد ورد بشكل مباشر لناقل العدوى بفيروس كورونا عن قصد، ولم يشترط أمر الدفاع وسيلة معينة للتجريم، ذلك أن السلوك ليس من البنيان القانوني للجريمة كمبدأ عام، وأن تقييد الجريمة باتباع نشاط أو سلوك معين قد يهدم المسؤولية الجزائية التي بناها أمر الدفاع في مواجهة اخطار نقل العدوى بهذا الفيروس.

كما يلاحظ بأن أمر الدفاع لم يشترط بالجاني أن يكون مصابًا بالمرض، فقد يعمد إلى نقل العدوى للغير بواسطة أحد المصابين أو من خلال حيازته لعينة تحمل هذا الفيروس، فينقلها إلى أحد الأصحاء، أو قيامه بتوزيع كمامات أو قفازات استعملها اشخاص مصابين بالمرض قاصدًا من ذلك نقل العدوى. وما يسعف الجاني في إنفاذ

سلوكه الإجرامي بنقل المرض هو سهولة وسرعة العدوى بفيروس كورونا المستجد[23].

وأخيرًا، لم يشترط أمر الدفاع تحقق النتيجة للجريمة بدلالة ألفاظ أمر الدفاع: "عدم تعريض أي شخص للعدوى"، وكلمة تعريض لا تعني نقل العدوى بل تعني وضع الغير بخانة الاحتمال في الإصابة بها، كما أن أمر الدفاع لو أراد النتيجة كشرط للتجريم لقال: "عدم نقل العدوى للغير". وهذا موقف محمود من السلطة العامة المختصة في صياغة أمر الدفاع، ذلك أن نقل العدوى بفيروس كورونا المستجد رغم سهولة وسرعة انتشاره إلا أنه لا يظهر على المريض بصورة لحظية، حيث تظهر اعراضه على المريض بعد مرور فترة زمنية[24] الأمر الذي قد يودي إلى استهتار ناقلي العدى بفيروس كورونا وغياب الشعور بالمسؤولية الجزائية.

ثانيًا: فرض الجزاء على من يعرض الغير للعدوى بفيروس كورونا.

تكمن أهمية أمر الدفاع رقم (8) لسنة 2020 في تشديد العقوبة الجزائية على كل من يعرض أي شخص للعدوى أو القيام بأي تصرف من شأنه نقل العدوى إلى الغير عن قصد، حيث يعاقب بالحبس حتى ثلاث سنوات أو بغرامة مقدارها ثلاثة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين[25]. يلاحظ بأن المشرع هنا (رئيس الوزراء) قد وضع عقوبة بسقف عالٍ، وذلك على نحو قد يتزامن مع عقوبة الحبس لمدة ثلاثة سنوات، عقوبة الغرامة بمقدار ثلاثة آلاف دينار أيضًا.

أضف إلى ذلك بأن أمر الدفاع المذكور، سمح بتطبيق أي عقوبة اشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر[26]. وهذا يفتح المجال أمام القضاء الجزائي لتطبيق العقوبات الواردة في أي تشريع آخر يحتوى على عقوبة أشد، كما هو الحال عند وفاة المجني عليه نتيجة اصابته بمرض كورونا عن طريق عدوته بصورة قصدية، فقد يطبق على الجاني تبعًا لذلك أحكام قانون العقوبات الأردني الذي ستناول –كما سيأتي– موقفه من خلال التجريم غير المباشر لنقل المرض الوبائي عن قصد.

المطلب الثاني: التجريم غير المباشر لنقل فيروس كورونا عن قصد

لقد خلا التشريع الأردني من نصوص تنظم المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا عن قصد إذا ترتب عن الإصابة بالمرض أضرار جسيمة، مثل حدوث خلل صحي أو عجز جسدي أو الوفاة. ذلك أن فيروس كورونا هو

مرض عصري ومستجد لم تحن الفرصة للمشرع الأردني بعد لإيجاد نصوص جزائية منظمة لهذا النوع من الجرائم.

ولكن بالرجوع إلى أحكام قانون العقوبات نجد بأن المشرع الأردني يجرم الإيذاء والقتل عن قصد بغض النظر عن الوسائل والطرق المستخدمة لإنفاذ النشاط الاجرامي، وعليه يجرم قانون العقوبات بصورة غير مباشرة ناقل العدوى بفيروس كورونا المستجد إذا نجم عن الإصابة بالمرض إيذاء أو وفاة وكان الجاني قاصدًا ذلك عند نقله للعدوى بهذا الفيروس.

من المتصور وجود عدة أنماط جرميّة تتعلق بنقل العدوى بفيروس كورونا المستجد للغير، وهذه الأنماط تتنوع بحسب النتيجة التي تنجم عن نقل الفيروس[27]، فقد تكون النتيجة الإيذاء وهو الغالب الأعم، أو الوفاة، سيما أن الوفاة متوقعة بسبب هذا الفيروس إذا كان المجني عليه ضعيف المناعة ولا يستطيع مقاومته بسبب كِبر سنه أو ضعف وضعه الصحي. وتأسيسًا على ذلك يتناول الباحث كما سيأتي تجريم نقل العدى بوصفه جناية قتل (الفرع الأول)، وكذلك تجريم نقل العدوى بوصفه جريمة إيذاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجريم نقل العدوى بوصفه جناية قتل.

تكمن الخطورة الجرمية لنقل العدوى بفيروس كورونا باعتباره وباءً ذا طبيعة سرية وخفية، بالإضافة للآثار التي تعد بالغة السوء على حياة الانسان، فالعدوى بفيروس كورونا بقصد القتل هو السلوك الذي يستخدم فيه الجاني هذا الفيروس لنقله إلى المجني عليه قاصدًا ازهاق روحه[28]، فهي كالجرائم العادية التي يستخدم فيها الجاني السلاح للإجهاز على الضحية.

ويختلف نطاق المسؤولية الجزائية عن القتل قصدًا تبعًا للنتيجة المترتبة على الضحية جراء إصابته بفيروس كورونا، خاصة أن النتيجة الصحية المترتبة على الإصابة بالمرض لم تثبت بعد من ناحية علمية، أهو مرض قاتل تؤدي الإصابة به إلى الوفاة أم لا ؟!

أولًا: نطاق المسؤولية الجزائية عن القتل المقصود كنتيجة حتمية للإصابة بفيروس كورونا.

لما كانت الأداة المستخدمة في جريمة نقل العدوى هو فيروس (كوفيد-19)، تقوم المسؤولية الجزائية على من يتسبب في نقل فيروس كورونا للغير إذا ثبت قصده في القتل، خاصة أن بعض الدراسات الطبية أثبتت بأن هذا المرض قد يكون

قاتلا، أي قد ينجم عن الإصابة بهذا الفيروس الوفاة[29].

إن المشرع الجزائي وكقاعدة عامة لا يقيم وزنًا للوسيلة، فالوسيلة ليست عنصرًا من عناصر التجريم إلا على سبيل الاستثناء[30]، و جريمة نقل العدوى بفيروس كورونا بقصد القتل يمكن اعتبارها من جرائم الضرر، حيث إن التجريم في هذا الصدد قائم وجودًا وعدمًا على النتيجة وهو الوفاة إثر الإصابة بالمرض، وهذا ما يخالف توجه المشرع الجزائي في قانون الصحة العامة وأوامر الدفاع.

يمكن عدّ نقل العدوى بفيروس كورونا بقصد القتل، جريمة قتل مقصود في حال تحقق النتيجة الجرمية بوفاة المصاب (المجني عيله) إذا توافر القصد الجرمي، فالمشرع الأردني لم يحدد وصفا معينا للسلوك المزهق للروح وعدّ كل سلوك يصلح لقيام الركن المادي لجريمة القتل المقصود ما دام يؤدِ إلى إزهاق روح إنسان، وقد نص المشرع على جريمة القتل بالمواد (326-328) من قانون العقوبات الأردني، وفي مثل هذه الحالات يُسأل المصاب الناقل للفيروس عن جناية قتل مقصود ويعاقب بالإعدام أو بالأشغال المؤبدة أو المؤقتة لمدة عشرين سنة[31].

ولكن إذا قام المصاب بفيروس كورونا الذي يعلم يقينًا بإصابته، بمخالطة شخص طاعن بالسن على نحو نقل العدوى بالفيروس إلى هذا الأخير مما أدى إلى وفاته، إلا أن ناقل العدوى هنا كان لا يريد هذه النتيجة ابتداءً والمتمثلة بموت المجني عليه. فما هو نطاق المسؤولة الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا في هذا الحالة؟

في البداية لا بد من توضيح مسألة مهمة؛ وهي بأن الجاني (المصاب بفيروس كورونا) إذا خالط الضحية رغم علم الأول بإصابته بهذا المرض، ويعلم أيضًا أن هذا المرض قد يؤدي إلى الموت رغم عدم إرادته للنتيجة، يجرم بجريمة القتل القصد، حيث يستوي في هذه الحالة أن يقصد ناقل الفيروس نتيجة القتل مباشرةً أو توقعها ما دام قبل بالمخاطرة وهذا ما يسمى بالقصد الاحتمالي.

فالجاني لم يكن يريد قتل المجني عليه بل إنه لم يرغب بنقل العدوى للمرض بشكل مباشر، ولكن بسبب (نتيجة احتمالية) توقعها الجاني – أو يُفترَض بأنه توقعها- عند مخالطته للمجني عليه فقبل بالمخاطرة، والمشرع الأردني في قانون العقوبات يساوي بين القصد المباشر والقصد الاحتمالي، حيث أورد المشرع القصد الاحتمالي في المادة 64 من قانون

العقوبات[32]. ويعرف القصد الاحتمالي بأنه: "نية ثانوية غير مؤكدة تخلج بها نفس الجاني الذي يتوقع أن يتعدى الفعل المنوي عليه بالذات إلى غرض آخر لم ينوه أصلًا، فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل فيصيب به الغرض غير المقصود"[33].

يتضح من هذا التعريف أن القصد الاحتمالي يقوم على عنصرين وهما: (التوقع) و(القبول)، ولا شك أن المصاب بفيروس كورونا المستجد عندما يكون متيقن بإصابته، فهو يعلم طرق انتقال الفيروس، ويقدم على نشاطه- المحظور بموجب التشريعات الصحية وأوامر الدفاع- بمخالطة الغير، فإنه يتوقع أو يفترض أن يتوقع إصابة المجني عليه إلا أنه يمضي غير آبه بما قد يصيب الأخير، لذلك يحمِّله المشرع الأردني المسؤولية الجزائية عن النتيجة المحتملة؛ وهي الوفاة أو بالأحرى القتل.

ثانيًا: نطاق المسؤولية الجزائية عن القتل أو الوفاة كنتيجة غير حتمية للإصابة بفيروس كورونا

إن مرض كورونا – كما أشرنا سابقًا- من الأمراض الوبائية الخطيرة التي يمكن يترتب على الاصابة به الوفاة، وهذا يعني وجود احتمال آخر وهو بقاء المريض المصاب على قيد الحياة أو موته بعد فترة ليست قصيرة من تاريخ إصابته بالفيروس.

وعليه يثور التساؤل حول نطاق المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا بقصد القتل إذا بقي المريض الضحية على قيد الحياة أو موته بعد مدة طويلة من الإصابة؟ و إذا ما تمت ملاحقة الجاني وفقًا لأحكام قانون العقوبات ماهي الجريمة التي يمكن نسبتها إليه في هذا الصدد، فهل يلاحق على القتل أو الشروع به أم يسأل عن جرم من نوع آخر (التسبب بالوفاة أو الضرب مفضي إلى الموت)؟

تثير التساؤلات المطروحة إشكالية قانونية دون وجود نص خاص يعاقب على نقل العدوى بالأمراض الوبائية عن قصد إذا لم يترتب عنها النتيجة المباشرة (الموت)، بالتالي يبقى باب الجدل في هذا الصدد مفتوحًا، فقد ذهب غالب الفقه إلى اعتبار الفعل من قبيل القتل أو الشروع به، وهذا ما نتفق معه، في حين اعتبر البعض أن هذا الفعل يجرم بجنحة الإيذاء[34].

لقد ثبت علميًا بأن المرض بفيروس كورونا هو مرض وبائي قد يؤدي إلى الموت ولكن كنتيجة غير حتمية، فالعدوى بهذا المرض أصبحت وسيلة لتنفيذ الجريمة، فإذا تم نقل العدوى للغير بقصد قتله إلا أن النتيجة بالموت لم تتحقق بعد، يمكن مسائلة ناقل العدوى هنا عن الشروع بالقتل[35] رغم أن المرض قد

لا يسبب الموت المباشر وقد يتراخى إلى عدة سنوات، بل أن الوفاة من أصلها قد لا تحدث.

في الحقيقة، لا يستطيع القضاء الجزائي الفصل بالدعوى ما لم تستقر حالة المصاب إما بالوفاة أو الشفاء حتى يتمكن من إعطاء التكييف القانوني السليم للواقعة الجرمية[36]. ففي جرائم الشروع بالقتل لا تفصل المحكمة بالدعوى ما لم تستقر الاصابة بالمرض، فيتم إصدار تقرير طبي قطعي يشعر بالشفاء التام، لذلك يجب على المحكمة إرجاء النظر بالدعوى لحين استقرار حالة المجني عليه المصاب بالفيروس، خاصة أن المشرع الأردني لم يأخذ بما أخذت به التشريعات الجزائية ذات الأصول التاريخية الانجليزية كالتشريع البريطاني، وكذلك التشريع الأمريكي الذي يشترط حدوث الوفاة خلال سنة من تاريخ الإصابة للإدانة بجريمة القتل[37].

فقد يستمر مرض كورونا المستجد لفترة طويلة مع المصاب قبل أن تترتب عليه الوفاة، ولا شك أن تأخر الوفاة يؤدي إلى عرقلة سير الدعوى وتأخير الفصل بها. ولكن إذا تم الفصل بالدعوى معتبرًا القضاء أن نقل العدوى بفيروس كورونا قصدًا[38] هو شروع بالقتل بموجب حكم قطعي، ومن ثم حدثت الوفاة جراء الإصابة بالفيروس، يجب الاحتكام إلى الاستثناء الوارد على القواعد العامة في قانون العقوبات الأردني[39].

فالأصل بأن لا يلاحق الفعل الواحد إلا مرة واحدة، إلا أنه إذا تفاقمت نتائج الفعل الجرمية بعد الملاحقة الأولى، فأصبح الفعل قابلًا لوصف أشد، لوحق بهذا الوصف، وأوقعت العقوبة الأشد دون سواها، وإذا كانت العقوبة المقضي بها سابقًا قد نفذت أسقطت من العقوبة الجديدة(40).

وأخيرًا، يثور التساؤل حول التكييف القانوني لنقل العدوى بفيروس كورونا بقصد الإيذاء ابتداءً على اعتبار أن هذا الفيروس غير قاتل، ولكن رغم ذلك نتج عنه وفاة المجني عليه؟

تجيب المادة 330 من قانون العقوبات الأردني على التساؤل المطروح حيث نصت على أنه: "...من ضرب أو جرح احدًا بأداة ليس من شأنها أن تفضي الى الموت أو أعطاه مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلًا قط، ولكن المعتدى عليه توفي متأثرًا مما وقع عليه، عوقب الفاعل...".

تعتبر هذه الجريمة من الجرائم مُتعدية أو متجاوزة القصد، وأن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب معرفة إذا كان فيروس (COVID-19)،

المسبب للمرض من الممكن اعتباره من قبيل المواد الضارة أم لا. ويمكن القول بأن المواد الضارة هي كل مادة من شأنها أن تحدث خللًا في وظيفة أعضاء الجسم سواء أدى ذلك الى إيلام المجني عليه ام لا، وبما ان الفيروسات تؤدي الى خلل في وظائف اعضاء الجسم وأجهزتها فإنها تعدّ من المواد الضارة، وبخصوص فيروس (COVID-19)، فإنه يهاجم الرئتين ويقوم بتدميرها ومن الممكن أن تنتج الوفاة[41].

الفرع الثاني: تجريم نقل العدوى بفيروس كورونا بوصفه جنحة إيذاء

يشكِّل جرم نقل العدوى بالأمراض الوبائية اعتداءً ومساسًا جسيمًا بالحق في سلامة الجسم[42]، فقد يعمد المصاب بفيروس كورونا إلى نقل العدوى بهذا الفيروس إلى الغير بقصد إيذائه، حيث يُسأل الأول هنا عن جريمة إيذاء مقصود وفقًا لأحكام المادة 333 من قانون العقوبات الأردني، ذلك أن التجريم كأصل عام يطال كل من يقدم قصدًا على إيذاء شخص بأي فعل مؤثر أو بأي وسيلة من وسائل الاعتداء.

يعاقب المشرع الأردني ناقل العدوى بفيروس كورونا حسب النتيجة المترتبة على الإصابة بالمرض، فإذا نجم عن جريمة نقل فيروس كورونا قصدًا مرض المجني عليه أو تعطيله عن العمل مدة تزيد على عشرين يوم يمكن معاقبة الجاني –خلافًا لأحكام المادة 333 من قانون العقوبات– بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات[43].

وإذا لم ينجم عن نقل العدوى أي مرض أو تعطيل عن العمل أو نجم عنها مرض أو تعطيل ولكن مدته لم تزيد على العشرين يومًا، عوقب الجاني –خلافًا لأحكام المادة 334/ 1 من قانون العقوبات– بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين[44].

ولكن بوجود نص خاص في قانون الصحة العامة (نص المادة 66 بدلالة نص المادة 22) يجرم نقل العدوى بالأمراض الوبائية بعقوبة أشد، لا نرى مجالًا لتطبيق أحكام المادة 334 من قانون العقوبات.

وبالمقابل فإذا نجم عن جريمة نقل فيروس كورونا قصد الإيذاء، مرض المجني عليه أو تعطيله عن العمل مدة تزيد على عشرين يومًا، فلا مجال أيضًا لتطبيق النص الخاص الوارد في المادة (66) من قانون الصحة العامة، لأن المادة 333 من قانون العقوبات الأردني تحتوي على عقوبة أشد باعتبارها جريمة ايذاء مقصود، ذلك أن المادة 66 من قانون

الصحة العامة تؤكد على أنه في حال وجود أي عقوبة أشد في قانون آخر فإن العقوبة الأشد هي الواجبة التطبيق.

ولكن تم تعطيل المادة 66 من قانون الصحة بالقدر اللازم لنفاذ امر الدفاع رقم (8) لسنة 2020. وهذا كله يتماشى مع حكم حالات الاجتماع المعنوي للجرائم، فإذا كان للفعل عدة اوصاف ذكرت جميعها في الحكم، وعلى المحكمة ان تحكم بالعقوبة الأشد، على أنه إذا انطبق على الفعل وصف عام ووصف خاص اخذ بالوصف الخاص[45]. وبالتالي تطبق (العقوبة المقررة لجريمة نقل فيروس كورونا المستجد قصدًا والمنصوص عليها في أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020) دون غيرها، وهي الحبس حتى ثلاث سنوات أو بغرامة مقدارها ثلاثة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين.

المبحث الثاني: المسؤولية غير القصدية عن نقل العدوى بفيروس كورونا.

تتعدد الحالات التي ينتقل فيها فيروس كورونا إلى الغير بطريق الخطأ، وهي الأكثر شيوعًا في مجال نقل العدوى، وتتمثل بإصابة الشخص بمرض كورونا وهو غير متأكد بأنه مصاب به، كأن تظهر عليه بعض أعراضه البسيطة. ففي هذه الحالة إذا تم نقل الفيروس إلى الغير دون قصدٍ من المصاب، بمعنى أن يتم نقل الفيروس إلى الغير بطريقة الخطأ وعدم التزام المصاب بالفيروس باتخاذ التدابير الوقائية والعلاجية المفروضة عليه، أو التي تطلب منه لمنع نقل العدوى للغير أو تفشي الوباء، أو لعدم مراعاته لتعليمات السلطات المختصة، أو لعدم تبصره، أو لعدم احتياطه، أو لإهماله[46]، كأن يصافح أو يلامس المصاب المجني عليه أو يستخدم أدواته أو يشاركه طعامه(المطلب الأول).

كما قد يصاب ناقل العدوى بفيروس كورونا دون أدنى علم منه بالإصابة، فيقوم بنقل العدوى بهذا الفيروس إلى الغير دون قصد، وهذا ما تفرضه طبيعة الحال على اعتبار أن ناقل العدوى هنا لا يعلم بإصابته بالفيروس (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا بطريق الخطأ

يعرف الخطأ بأنه إرادة السلوك الذي ترتب عليه نتائج غير مشروعة لم يتوقعها الفاعل، في حال كونها متوقعة أو توقعها وحسب أن بإمكانه اجتنابها[47]. فالأصل بالجرائم أن تكون مقصودة فلا يعاقب على الخطأ إلا استثناء، حيث إن المشرع الأردني لم يرسم نظرية عامة للخطأ ولم يعاقب على كل نتيجة مترتبة

على الخطأ، وإنما اختار بعض النتائج الجسيمة المترتبة على الخطأ وعاقب عليها، كالقتل والإيذاء وجعلهما من الجنح[48].

ويتكون الخطأ من عنصرين: الأول يتمثل **بالإخلال في واجبات الحيطة والحذر**، والاخلال هو سلوك يقل عن سلوك الرجل المعتاد متوسط الحيطة والحذر. والحيطة والحذر قد تفرضها الخبرة الانسانية مثل التعقيم الذاتي المستمر والنظافة الشخصية، أو تفرضها القوانين أو أومر الدفاع، ومثال ذلك؛ منع دخول الأسواق التجارية بدون كمامة وقفازات، وحظر التجول خلال ساعات المساء.

أما العنصر الثاني يتمثل **بالعلاقة النفسية بين ارادة الجاني والنتيجة** وتتخذ هذه العلاقة صورتين؛ تتمثل الصورة الأولى **بالخطأ البسيط**، وهو الخطأ دون توقع النتيجة، فالجاني هنا لا يتوقع النتيجة وفقًا للمجرى العادي للأمور على الرغم أنه كان في مقدوره أن يتوقعها ومن واجبه توقعها[49]. ومثال ذلك قيام أحد الأشخاص المصابين القادمين من الخارج (الذي يعتقد بأنه غير مصاب بالفيروس) بشرب المال بذات الكوب الذي قد يستعمله أهل بيته كافة باعتقاده بأن هذا الكوب لا يستعمله أحد سواه باعتباره موجودًا بغرفته التي يعزل نفسه به، وذلك دون أن يوصي أهل بيته بعدم الشرب بهذا الكوب رغم بقاءه بغرفته.

وتتمثل الصورة الثانية للعلاقة النفسية بين ارادة الجاني والنتيجة **بالخطأ الجسيم (الواعي)**، وهو الخطأ مع توقع النتيجة، فالجاني هنا يتوقع النتيجة ولا يقبلها، ولكن يعتمد على مهارته في تجنبها إلا أنها تقع[50]. ومثال الخطأ البسيط؛ قيام أحد سائقي الشاحنات القادمين من الخارج بعمل وليمة طعام لمحارمه بمنزله دون أن يأكل معهم بالمكان نفسه امتثالًا للعزل الشخصي بغرفته الخاصة، حيث إن السائق لا يعلم بأن مجرد مخالطة محارمه لأهل بيته قد تؤدي إلى نقل العدوى بفيروس كورونا نتيجة مخالطة مصاب أو مخالطة أحد المخالطين لمصاب.

كذلك الأمر مثل قيام – أحد طلبة الدراسة القادمين من الخارج والمحجور عليهم في منطقة البحر الميت– بمخالطة بعضهم البعض، مستخدمين القفازات والكمامات بعد قيامهم بعمليات التعقيم المستمرة، إلا أن أحدهم كان يحمل فيروس كورونا، الأمر الذي أدى إلى نقل العدوى لأحد مخالطيه.

وعليه فإذا ترتب على نقل العدوى بفيروس كورونا عن طريق الخطأ وفاة المجني عليه، يُسأل

ناقل العدوى بالفيروس عن جنحة التسبب بالوفاة وفقًا لنص المادة 343 من قانون العقوبات الأردني (الفرع الأول)، كما يُسأل ناقل العدوى بالفيروس عن جريمة الإيذاء غير المقصود إذا كانت النتيجة هي الإيذاء وفقًا لنص المادة 344 من ذات القانون (الفرع الثاني). أما عن الشروع في هذه الجرائم، فمن الطبيعي أنه لا يوجد شروع في جرائم الخطأ حيث أن الشروع لا يتصور في جرائم الخطأ لعدم توفر القصد[51].

الفرع الأول: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا عن جنحة التسبب بالوفاة.

في ظل غياب نص خاص يجرم النقل غير العمدي للأمراض الوبائية، فإنه يتم الاحتكام إلى النصوص الموجودة في قانون العقوبات التي يمكن إعمالها على هذه الواقعة. وعلى ذلك، يمكن أن تتوافر في حق الفاعل المسؤولية عن التسبب بالوفاة إذا أدى الفعل المرتكب إلى وفاة المجني عليه وفقًا للمادة 343 من قانون العقوبات الأردني، حيث نصت على أنه: "من سبب موت أحد عن اهمال أو قلة احتراز أو عن عدم مراعاة القوانين والانظمة عوقب بالحبس من ستة اشهر الى ثلاث سنوات".

فمن خلال هذا النص، يجرم المشرع الأردني ناقل العدوى بفيروس كورونا بجنحة التسبب بالوفاة إذا تم نقل العدوى للغير عن طريق الخطأ وترتب عليها وفاة الأخير جراء اصابته بمرض كورونا. وما يؤكد استغراق التجريم للتسبب بالوفاة كنتيجة لفعل **نقل العدوى بالخطأ** هو قول المشرع بالنص السابق: "عن اهمال أو قلة احتراز أو عن عدم مراعاة القوانين والأنظمة". وبذلك ينص المشرع الجزائي الأردني على الخطأ في ثلاثة صور[52] وهي:

1-الإهمال، وهو سلوك سلبي يتمثل في ترك أو تفريط أو امتناع عن اتخاذ اجراءات الحيطة والحذر التي تفرضها الخبرة الانسانية، مثل عدم القيام بالتعقيم الذاتي المستمر وعدم الحفاظ على النظافة الشخصية.

2-قلة الاحتراز، وهو سلوك إيجابي يتمثل بالقيام بعمل دون التبصر بعواقبه، مثل عودة أحد مراجعي (مستشفى الأمير حمزة) إلى المنزل والقيام – فور عودته – بمصافحة أهل بيته وتناول الطعام معهم، حيث نقل الجاني العدوى بفيروس كورونا إلى أهل بيته مما أدى إلى وفاة والده الذي يبلغ من العمر ثمانين عامًا.

3-عدم مراعاة التشريعات النافذة بما فيها القوانين والأنظمة والتعليمات، ومن ابرزها قانون الصحة العامة وأمري الدفاع رقم (8) و(11) لسنة 2020، وتعليمات منع وضبط العدوى في المجتمع لمنع انتشار فيروس كورونا[53]، وذلك كأن يخالف الجاني التعليمات الصحية الوقائية التي تنص على ضرورة التباعد الجسدي، وبالتالي نقل العدوى بفيروس كورونا إلى الغير نتيجة مخالطته له، مما أدى إلى وفاة الأخير دون قصد هذه النتيجة.

فإذا نقل الجاني العدوى بفيروس كورونا بطريق الخطأ لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته الجزائية عن التسبب بالوفاة بحجة أنه لا يعلم أنه مصاب، إذا كان عدم علمه بحقيقة مرضه راجعًا إلى خطأ شخصي من جانبه، مثال ذلك الشخص الذي يشاهد علامات مرض كورونا تظهر على جسمه، ويكون هناك من الوقائع ما يؤكد إمكانية تعرضه لعدوى الفيروس، كأن يخالط القادمين من الخارج وخاصة سائقي الشاحنات وطلبة الدراسة القادمين من الدول الموبوءة بفيروس كورونا، ورغم ذلك فإنه يخالط الغير دون أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع نقل هذا الفيروس[54].

وتجدر الاشارة إلى أن ناقل العدوى بفيروس كورونا قد يجرم بجنحة التسبب بالوفاة في حالة إذا ما كان انتقال الفيروس بسبب إخلاله بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته[55]، مثل الممرض أو الطبيب المعالج الذي يستعمل أدوات العلاج بدون تعقيم، أو الحلاق الذي يستعمل أمواس أو أدوات الحلاقة دون تعقيمها، إذا أدى هذا الاستعمال إلى نقل العدوى بفيروس كورونا إلى (الزبون) المجني عليه مما سبب في وفاته[56].

وبالرغم مما تقدم، قد ينازع في التطبيق نص المادة 343 من قانون العقوبات سالف الذكر، أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020، حيث يعاقب هذا الأمر بالحبس حتى ثلاث سنوات أو بغرامة مقدارها ثلاثة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين، على تعريض أي شخص للعدوى أو القيام بأي تصرف من شأنه نقل العدوى إلى الغير، إما عن قصد، أو قلة احتراز. وعلى ذلك.

ففي حال نقل العدوى بفيروس كورونا إلى الغير عن طريق الخطأ على نحو أدى إلى وفاته، فما هو النص الواجب تطبيقه على هذه الواقعة الجرمية، فهل يكيف هذا الجرم على أنه تسبب بالوفاة أم مخالفة أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020 ؟

بالرجوع إلى أحكام المادة 57 من قانون العقوبات الأردني التي تنص على اجتماع الجرائم المعنوي، لتكييف الواقعة وتحديد وصفها الجرمي، لابد من العمل بمعيارين وهما:

1-الحكم **بالعقوبة الأشد** عند تعدد الوصف الجرمي للفعل.

2-الأخذ **بالوصف الخاص** إذا انطبق على الفعل وصفين؛ عام وخاص.

وبتطبيق المعيار الأول على جريمة التسبب بالوفاة نتيجة العدوى بفيروس كورونا عن طريق الخطأ، ولما كانت المادة 343 من قانون العقوبات تعاقب على ذلك بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، في حين يعاقب أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020 بالحبس حتى ثلاث سنوات أو بغرامة مقدارها ثلاثة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين.

نجد بأن العقوبة الأشد – بالنظر إلى الحد الأدنى – هي العقوبة المنصوص عليها في المادة 343 عقوبات؛ وهي الحبس لمدة ستة أشهر، فهي تفوق عقوبة الحبس لمدة اسبوع أو الاكتفاء في الحكم بالغرامة المالية بحسب أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020.

وعند النظر بالحد الأعلى للعقوبتين؛ نجد العقوبة المنصوص عليها في أمر الدفاع هي الأشد، وهي الحبس لمدة ثلاث سنوات بالإضافة إلى غرامة مقدارها ثلاثة آلاف دينار، فهي تفوق عقوبة الحبس لمدة ثلاث سنوات فحسب وفقًا للمادة 343 عقوبات.

في ظل تفاوت الحدين؛ الأدنى والأعلى للعقوبتين المذكورتين، يكون المعيار الثاني هو الفيصل في إسناد النص المجرم على فعل نقل العدوى بالخطأ إذا نتج عنه الوفاة، وعليه نجد بأن أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020 هو الأقرب للتطبيق في هذا الصدد؛ ذلك بأنه إذا انطبق على الفعل وصف عام ووصف خاص أُخذ بالوصف الخاص، وعلى هذا الأساس تحدد المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا إلى الغير عن طريق الخطأ إذا نتج عنه وفاة الأخير.

الفرع الثاني: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا عن جنحة الايذاء غير المقصود

أصبح فيروس كورونا معروف من الناحية العلمية بأنه ينتقل عن طريق المخالطة وطرق أخرى[57]، وبالتالي قد تثور الإشكاليات بخصوص القصد والخطأ خاصة أن الخطأ الواعي يتداخل مع

القصد الاحتمالي وفقًا للاتجاهات الحديثة الباحثة بنظرية الخطأ، فمن المعلوم بأن الشخص لا يسأل جزائيًا إلا إذا ارتكب مادیات الجريمة المتعلقة بالفعل أو السلوك الإجرامي الذي يؤدي إلى حصول النتيجة الجرمية، وذلك مع توفر القصد الجنائي المتمثل بإرادة هذا الشخص ونيته الآثمة[58].

أمّا في الخطأ غير العمدي فيكون الفاعل قد أراد الفعل المكون للجريمة، إلّا أنّه لم يرد النتيجة الجرمية، وكما ذكرنا سابقًا فقد يكون الخطأ مع عدم التوقع (الخطأ غير الواعي)، كما قد يكون الخطأ مع التوقع (الخطأ الواعي). ويقترب الأخير من القصد الاحتمالي، فالجاني يريد الفعل ويتوقع النتيجة ورغم ذلك لا يريدها ولا يقبلها[59].

بالتأسيس على ما تقدم، إذا توافر الخطأ في نقل العدوى بفيروس كورونا مما أدى إلى إيذاء المجني عليه جراء الإصابة بهذا المرض، يمكن تطبيق المادة 344 من قانون العقوبات على ناقل العدوى بفيروس كورونا التي تعاقب على التسبب بالإيذاء وفقًا لحجم الضرر ومدة التعطيل، حيث يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة أو بالغرامة من ثلاثين دينارًا إلى مائة دينار إذا نجم عن الايذاء غير المقصود مرض أو تعطيل عن العمل مدة تزيد على عشرين يوم. ويعاقب عن كل ايذاء آخر غير مقصود، بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسين دينارًا.

وإذا حدثت الوفاة بعد الحكم القطعي، نطبق المادة 58 من قانون العقوبات التي تعالج تفاقم النتيجة كما بينا سابقًا. فيكون هنا ناقل العدوى بفيروس كورونا بصدد جريمة التسبب بالوفاة، وبالتالي نحيل إلى أحكام المادة 343 من قانون العقوبات الأردني.

وبالرغم مما تقدم، تبقى القواعد العامة غير كافية في تحديد نطاق المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بالأمراض الوبائية، لذا على المشرع الجزائي الأردني إيراد نص خاص يتناول نقل العدوى بالأمراض الوبائية إلى الغير عن طريق الخطأ، وذلك بخروج المشرع عن خطته العامة بالتمييز في العقاب حسب الخطورة الجرمية، والتدرج بالعقوبة بالنظر إلى مدى توافر القصد الجنائي من ناحية وحجم الضرر الذي يصيب المجني عليه جراء عدوته بالمرض الوبائي من ناحية أخرى.

وأخيرًا لا بدّ من الاشارة إلى أن أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020 يجرم نقل العدوى بفيروس كورونا بصورة خاصة، بغض النظر عن حجم الضرر ومدة

التعطيل المترتبة على الاصابة بالمرض، وعملًا بأحكام المادة 57 من قانون العقوبات التي تنص على اجتماع الجرائم المعنوي، يبقى أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020 هو الأقرب إلى حيز التطبيق.

المطلب الثاني: مسؤولية ناقل العدوى بفيروس كورونا دون العلم.

تتمثل هذه الصورة بإصابة الشخص بفيروس كورونا المستجد وهو لا يعلم بها إطلاقًا بسبب عدم ظهور أي أعراض عليه، وذلك كونه يتمتع بصحة جيدة ومناعة قوية يستطيع من خلالها مقاومة الفيروس، ففي هذه الصورة إذا تم نقل فيروس كورونا إلى الغير يثور التساؤل حول نطاق المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا في هذا الصدد.

الفرع الأول: موقف قانون العقوبات الأردني.

إذا أصيب الشخص بفيروس كورونا المستجد (كوفيد-19) وهو لا يعلم بها ولم يتوقعها على الاطلاق بسبب عدم ظهور أيٍ من أعراضها لديه، ثم نقل العدوى بهذا الفيروس إلى غيره، ففي هذه الحالة لا يسأل جزائيًا المصاب ناقل العدوى لانتفاء القصد والخطأ لديه. ولم يرد على ذلك أي استثناء على أحكام قانون العقوبات الأردني، وبالتالي يبقى سلوك ناقل العدوى بفيروس كورونا مجردًا من التجريم إذا نقلت العدوى لغيره عن دون قصد وتحديدًا بدون علم.

وللحيلولة دون قيام المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا دون علم وفقًا لقانون العقوبات، لابد من انعدام توافر العلم بالإصابة بهذا الفيروس بشكل يقيني وبصورة لا تقبل الشك بها، كما يجب ألا يحيط بالمصاب ناقل العدوى أي ظروف قد تدل أو تحمل الشك بإصابته بفيروس كورونا، كأن يكون قادمًا من الخارج أو كان قد خالط مصاب أو خالط مخالط مصاب بالفيروس.

وبمفهوم المخالفة إذا توافر ما قد يقطع يقين الشخص بعدم اصابته فيروس كورونا، وتبين بأنه مصاب بالفيروس وقام بنقل العدوى به إلى الغير، يجرم المصاب الأول باعتباره ناقلًا للعدوى بطريق الخطأ على نحو يفترض علمه، الأمر الذي يبقي على مسؤوليته الجزائية تبعًا للنتيجة الاجرامية المترتبة عن نقل العدوى في حجمها وخطرها.

الفرع الثاني: موقف قانون الدفاع الأردني.

إذا ثبت عدم علم ناقل العدوى بأنه مصاب بفيروس كورونا، لا تقوم مسؤوليته جزائيًا عن جريمة نقل العدوى بمرض وبائي إلا أنه قد يسأل

جزائيًا في حال خرقه لقواعد حظر التجول وأوامر الدفاع والتعليمات الصحية الآمرة التي صدرت لمواجهة أخطار جائحة كورونا ومكافحة انتشارها.

عدّت أوامر الدفاع الصادرة بالاستناد إلى قانون الدفاع الأردني، كل فعل أو سلوك؛ إيجابيا كان أم سلبيا، من شأنه نقل العدوى بفيروس كورونا أو المساهمة في انتشاره، جريمة معاقب عليها حتى وإن لم يترتب على هذا السلوك نتيجة، فقد اعتبر المشرع (رئيس الوزراء) مجرد تعريض الغير لخطر الإصابة بفيروس كورونا دون اشتراط النتيجة، جريمة من جرائم الخطر.

ومن هذه الممارسات المحظورة على سبيل المثال؛ خرق قواعد حظر التجول، والامتناع عن الذهاب إلى المستشفى للحجر الصحي، أو عدم العزل المنزلي، أو عدم الالتزام بالتدابير والإجراءات الوقائية التي تفرضها الجهات الصحية المختصة من اجل حماية وإنقاذ الآخرين من الإصابة بهذا الفيروس، وكذلك ممارسات بعض أشخاص مقدمي الخدمة الطبية والصحية بارتكاب جرم إخفاء المصابين بهذا الفيروس، أو عدم التبليغ عنهم للسلطات المختصة، أو التأخر بالتبليغ عن المشتبه بإصابتهم بفيروس كورونا المستجد.

وقد قضت محكمة بداية إربد بصفتها الجزائية بحكمها رقم 207/ 2020 بـ: "ان قيام الظنين بحدود العاشرة والنصف من صباح يوم 11/ 5/ 2020 بالتجول بواسطة مركبته مما يشكل كافة أركان وعناصر الجرم المسند اليه... تقرر المحكمة ما يلي: عملًا بأحكام المادة 177 من قانون اصول المحاكمات الجزائية إدانة الظنين بجرم حظر التنقل والتجوال خلافا لأحكام المادة (4/ أ) من قانون الدفاع رقم 13 لسنه 1992 وبدلالة الفقرة 6 من أمر الدفاع رقم 8 لسنه 2020 والحكم عليه بالغرامة 3000 دينار والرسوم، ونظرا لاعتراف الظنين مما تعتبره المحكمة من الأسباب المخففة التقديرية لهذا تقرر المحكمة وعملًا بأحكام المادة (100) من قانون العقوبات تخفيض العقوبة الصادرة بحق الظنين بحيث تصبح العقوبة الواجبة النفاذ بحقه هي 100 دينار والرسوم".

ومن أبرز القواعد والأوامر والتعليمات الصادرة لمواجهة أخطار جائحة كورونا ومكافحة انتشارها ما يلي:

1- أوامر الدفاع ذوات الأرقام: (2) و(3) و(8) و(11) و(12) لسنة 2020، الصادرة

بمقتضى أحكام قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992.

2- تعليمات منع وضبط العدوى في المجتمع لمنع انتشار فيروس الكورونا بالاستناد إلى أمر الدفاع رقم (11) لسنة 2020(60). ومن أهمها استخدام الكمامات حسب دليل استخدام الكمامات والقفازات المطاطية في ظل جائحة كورونا(61). وعليه إن كل من يخالف احكام هذه التعليمات يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في امر الدفاع رقم (11) لسنة 2020، ولا يحول تطبيق العقوبات الواردة في أمر الدفاع رقم (11) لسنة 2020 دون تطبيق أي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر.

3- تعليمات أسس واجراءات وشروط الحصول على الموافقة للقطاعات والمؤسسات والمنشآت لممارسة اعمالها - رقم (1) لسنة 2020(62). ان إصدار هذه التعليمات تشير إلى امكانية قيام مسؤولية الشخص المعنوي في حال مخالفته تعليمات ممارسة العمل في ظل جائحة كورونا، كما تطبق الاحكام والعقوبات الواردة في اي امر دفاع صادر بموجب قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992، وذلك في حال ممارسة اي صاحب عمل لعمله دون الحصول على الموافقة بهذا الخصوص أو مخالفته لإجراءات العمل المعيارية ودليل اجراءات عمل وتدابير السلامة والوقاية الصحية للحد من انتشار فيروس كورونا[63] وأي شروط أو متطلبات حددتها القوانين والأنظمة ذات العلاقة المعمول بها.

الخاتمة:

خلصت دراسة الباحث للمسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا المستجد عن مجموعة من النتائج والتوصيات ومن أبرزها:

أولًا: النتائج

1- لم يجرم المشرع الأردني من خلال قانون العقوبات نقل العدوى بالفيروسات المسببة للأمراض الوبائية بصورة خاصة، كما خلا قانون العقوبات من نصوص تجرم (نقل العدوى بالأمراض الوبائية عن طريق الخطأ) بشكل مباشر.

2- سعى قانون الصحة العامة وكذلك أوامر الدفاع إلى التجريم المباشر لنقل العدوى بفيروس كورونا باعتباره (مرض وبائي) إلا أن هذا التجريم لم يغطِ المسؤولية الجزائية لناقل العدوى، إذا نتج عن المرض إيذاء جسيم أو حدوث وفاة.

3-عدّ قانون العقوبات – بصورة غير مباشرة- نقل العدوى بالأمراض الوبائية من جرائم الضرر، أما قانون الصحة العامة وأوامر الدفاع فقد عدّت ذلك من جرائم الخطر.

4- تتباين المسؤولية الجزائية لناقل العدوى بفيروس كورونا وفقًا للقواعد العامة في التجريم والعقاب بحسب توافر القصد الجنائي بنقل العدوى لغيره قصدًا أو بدون قصد، وتختلف كذلك بحسب علم المصاب بإصابته بالمرض أو انتفاء علمه بها، وأيضاً حسب النتيجة الجرمية (حجم الضرر).

5- لا يوجد في التشريع الأردني خطة عقابية كاملة وواضحة المعالم لتحدد مسؤولية ناقل العدوى بالأمراض الوبائية إذا أدت إلى وفاة المجني عليه، حيث يظهر عجز النصوص الحالية عن إيجاد منظومة جزائية متكاملة تجريم نقل العدوى بفيروس كورونا بمختلف الحالات.

ثانيًا: التوصيات

1-لا بد أن يجنح المشرع الجزائي الأردني نحو وضع نصوص عقابية خاصة تجرم نقل العدوى بالفيروسات الخطيرة سواء كان ذلك بصورة قصدية أو عن طريق الخطأ، وذلك لتحقيق مواجهة جزائية فاعلة في مكافحة انتشار الأمراض الوبائية.

2-انتهاج قانون العقوبات للسياسة الجزائية المتبعة في أوامر الدفاع باعتبار كل فعل قد يساهم بانتشار العدوى دون اشتراط النتيجة، جريمة معاقب عليها باعتبارها من جرائم الخطر.

3-لا بد من خروج المشرع الأردني عن خطته العامة بالتمييز في العقاب حسب الخطورة الجرمية، والتدرج بالعقوبة بالنظر إلى مدى توافر القصد الجنائي من ناحية، وإلى حجم الضرر الذي يصيب المجني عليه جراء عدوته بالمرض الوبائي من ناحية أخرى.

4-تعديل نص المادة 58 من قانون العقوبات الأردني بوضع معيار زمني واضح يحدد مدة تفاقم النتيجة الجرمية على المجني عليه، وذلك لمعالجة مسألة تعديل الوصف الجرمي لناقل العدوى بفيروس كورونا بعد الحكم عليه.

5-وختامًا، يفترض أن تسود مبادئ الأخلاق والضمير الحي في المجتمع للحد من خطورة وباء كورونا من خلال الابتعاد عن العادات والممارسات غير الصحية، وعليه فان الالتزام بالقانون ما هو الا احترام للذات وعنوان للحضارة والتقدم الذي يحقق بالنتيجة المصلحة العامة، وهذه دعوة للمواطنين الأردنيين للتحلي بفضيلة الالتزام ليس

فقط بالقوانين وأوامر الدفاع والأنظمة بل أيضًا في اتباع سبل الوقاية من العدوى بالأمراض الوبائية والمساهمة في مكافحتها.

قائمة المصادر والمراجع

أولًا: المراجع باللغة العربية

- أسماء قرش، الحماية الجنائية للطفل، جريمة نقل العدوى عن طريق الدم الملوث نموذجًا، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، السنة الجامعية 2016– 2017.
- أمال خليل، فيروس كورونا الجديد "متلازمة الشرق الأوسط التنفسية"، دراسة في الجغرافية الطبية، رسائل جغرافية، جامعة الكويت– كلية العلوم الاجتماعية– قسم الجغرافيا، الرسالة 398، عدد الصفحات 1–54، 2013.
- أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والتهاب الكبد الوبائي، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999.
- جاسم سالم، الضمان المترتب على انتقال مرض فقد المناعة المكتسبة في قضاء دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق– جامعة المنصورة، ع16، 1994.
- جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، القاهرة– مصر، دار النهضة العربية، 1995.
- حسام أبو حماد، أحكام نقل الأمراض المعدية دارسة فقهية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2016.
- حسن عبد الفتاح السيد محمد، التدابير الوقائية لمكافحة الأمراض المعدية والوبائية من منظور الفقه الاسلامي والطب الحديث، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠١٥
- خالد الطراونة، وعبود مؤيد، خصائص فيروس الايدز وانتشاره، الكرك– الأردن، منشورات جامعة مؤتة، ط1، 1999.
- رائد بيان، مستشار قانوني ورئيس قسم تحديث التشريعات والقضايا لوزارة الصحة الاردنية، جريمة نقل العدوى بفيروس كورونا المستجد COVID-19، جفرانيوز، عمان– الاردن، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة: 14/ 5/ 2020، الساعة: 21:30.

الرابط المباشر: http://www.jfranews.com.jo/post.php?id=266041

- رنا ابراهيم العطور، جريمة تعريض الغير للخطر في قانون العقوبات الفرنسي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، م8، ع2، 2011.
- سعد صالح نجم وإياد علي أحمد، جرائم نقل العدوى العمدية: دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، السنة(8)، المجلد(4)، العدد(29)، 2016.
- صاحب عبيد الفتلاوي، مصادر الالتزام، ط1، مطبعة الجمال، الأردن، 2014.
- صالح احمد حجازي، ويوسف أحمد مفلح، المسؤولية الجزائية والمدنية لمريض الإيدز عن نقل المرض، مجلة البلقاء

للبحوث والدراسات، جامعة عمان الأهلية، عمان- الأردن، المجلد (22) العدد (2)، 2019.

-طلعت الشهاوي، المسؤولية الناشئة عن مرض الايدز، مصر، دار النهضة العربية، ط1، 2013.

-علي الخفاجي وسعد الزيادي، المسؤولية الجزائية عن تعريض الغير للخطر بنقل عدوى الإيدز، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة- كلية القانون، العراق، مج 8، ع 22، 2015.

-عماد الحنيفات، مدعي عام محكمة الجنايات الكبرى، المسؤولية الجزائية عن تعريض الغير للخطر بنقل عدوى مرض فيروس كورونا، صحيفة الرأي، عمان- الأردن، موقع الكتروني، تاريخ النشر 06/ 04/ 2020 الساعة: 22:00، الرابط: http://alrai.com/article/10531860

-ليث كمال نصراوين، استاذ القانون الدستوري المشارك في الجامعة الأردنية، قراءة قانونية في أمر الدفاع رقم (8) لسنة 2020، صحيفة الرأي، عمان الأردن، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة: 16/ 5/ 2020، الساعة 22:00، الرابط المباشر: http://alrai.com/article/10533307/.

-محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة والتوزيع، عمان- الأردن، ط5، 2019.

-محمد طارق دفع الله الإمام، جريمة نقل الأمراض المعدية (الفتاكة)، مجلة العدل، وزارة العدل، المكتب الفني، العربية السعودية، المجلد(15)، العدد(38)، عدد الصفحات 190-217، 2013.

-محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، مطبعة جامعة القاهرة، ط8، 1984.

-مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح، كتاب السلام، باب الطاعون كالطِّيرة والكهانة ونحوها، رقم الحديث 2218، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي- بيروت.

-ممدوح البحر، المسؤولية القانونية عن نقل فيروس الإيدز، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، مج14، ع27، 1999.

-منظمة الصحة العالمية، إرشادات الوقاية من العدوى ومكافحتها أثناء الرعاية الصحية لحالات الإصابة المحتملة أو المؤكدة بعدوى فيروس كورونا المسبب لمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية، الموقع الإلكتروني الرسمي، تحديث ٤ حزيران/ يونيو ٢٠١٥، WHO/MERS/IPC/15.1.

-منظمة الصحة العالمية، معلومات عن مرض كورونا، جينيف- سويسرا، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة: 2/ 6/ 2020، الساعة: 22:57، الرابط المباشر: https://www.albayan.ae/health/life/2020-03-02-1.3792657.

-منظمة الصحة العالمية، منظمة الصحة تعلن كورونا "وباء عالميا"، قناة الحرة، سبرينغفيلد- الولايات المتحدة الأمريكية، https://www.alhurra.com/coronavirus، تاريخ الخبر: 11/ 3/ 2020.

-نظام المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، عمان- الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط3، 2010.

-يمينة، برباح، التكيف الجنائي لواقعة نقل الدم المعيب: دراسة مقارنة، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان- معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، ع7، عدد الصفحات: 123- 150، 2016.

ثانيًا: مراجع باللغة الأجنبية

-Mayaaud: Du caractere non intentionnel de la mise en danger d autrui. R. S. C. 1996.

-PROTHAIS (Alain) Note sous T.G.I. Malhouse. 6 Fevrier 1992. D.H. 11 Juin. 1992.

-Doremalen. N. V. et al. (2013),Stability of Middle- East respiratory syndrome coronavirus (MERS-CoV) under different environmental conditions. Euro Surveill. 19 September.2013.

-Le Monde. 19. November. 1987. (3) Dalco (Christine) La transmission des M.S.T. et plus particulierement du virus du SIDA. responsabilité organisé a IUnivarsite libre. Bruxelles les 10. 11. 12. Mai 1990.

الهوامش:

(1) Doremalen. N. V. et al. (2013),Stability of Middle- East respiratory syndrome coronavirus (MERS-CoV) under different environmental conditions. Euro Surveill. 19 September.2013;18(38):pii=20590.

(2) منظمة الصحة العالمية، معلومات عن مرض كورونا، جينيف- سويسرا، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة: 2/ 6/ 2020، الساعة: 22:57، الرابط المباشر:

https://www.albayan.ae/health/life/2020-03-02-1.3792657.

(3) حسام أبو حماد، أحكام نقل الأمراض المعدية دارسة فقهية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 2016، ص20.

(4) مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح، كتاب السلام، باب الطاعون كالطِّيرة والكهانة ونحوها، رقم الحديث2218 ، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي- بيروت.

(5) رائد بيان، مستشار قانوني ورئيس قسم تحديث التشريعات والقضايا لوزارة الصحة الاردنية، جريمة نقل العدوى بفايروس كورونا المستجد COVID-19، جفرا نيوز، عمان- الاردن، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة: 14/ 5/ 2020، الساعة: 21:30. الرابط المباشر:

http://www.jfranews.com.jo/post.php?id=266041

(6 قانون الصحة العامة الأردني وتعديلاته رقم 47 لسنة 2008، عدد الجريدة الرسمية 4924، الصفحة 3450، تاريخ 17/ 8/ 2008.

ورد في تعريف الأمراض المعدية، أنظر في: المادة 17 من قانون (7) الصحة العامة.

(8) انظر في: حسن عبد الفتاح السيد محمد، التدابير الوقائية لمكافحة الأمراض المعدية والوبائية من منظور الفقه الاسلامي والطب الحديث، جامعة الأزهر، مصر، ٢٠١٥، ص39.

(9) منظمة الصحة العالمية، منظمة الصحة تعلن كورونا "وباء عالميا" قناة الحرة، سبرينغفيلد- الولايات المتحدة الأمريكية، https://www.alhurra.com/coronavirus تاريخ الخبر: 2020/3/11

(10) نصت المادة 3 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 وتعديلاته على أنه: "لا جريمة إلا بنص ولا يقضى بأي عقوبة أو تدبير لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريمة، وتعتبر الجريمة تامة إذا تمت افعال تنفيذها دون النظر الى وقت حصول النتيجة".

(11) يمينة، برباح، التكيف الجنائي لواقعة نقل الدم المعيب: دراسة مقارنة، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان- معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، ع7، عدد الصفحات: 123- 150، 2016، ص139.

(12) ولكن هاك جانب من الفقه الفرنسي يرى بأن تعريض الغير للخطر دون تحقق النتيجة الجرمية، جرم غير مقصود ذلك أن الجريمة القصدية يتطلب قيامها حصول الضرر.

Mayaaud: Du caractere non intentionnel de la mise en danger d autrui. R. S. C. 1996. p. 561.

(13) عدم ترتب النتيجة عن الجريمة في جرائم الضرر لا يعني انتفاء المسؤولية الجزائية، فقد يبقى الفعل المحظور بمرحلة الشروع إذا لم تكتمل الجريمة لأسباب خارجة عن ارادة الفاعل.

(14) رنا ابراهيم العطور، جريمة تعريض الغير للخطر في قانون العقوبات الفرنسي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، م8، ع2، 2011، ص150.

(15)أنظر في: علي الخفاجي وسعد الزيادي، المسؤولية الجزائية عن تعريض الغير للخطر بنقل عدوى الإيدز، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة– كلية القانون، العراق، مج 8، ع 22، 2015، ص155.

(16) صالح احمد حجازي، ويوسف احمد مفلح، المسؤولية الجزائية والمدنية لمريض الإيدز عن نقل المرض، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، جامعة عمان الأهلية، عمان– الأردن، المجلد (22) العدد (2)، 2019، ص180.

(17) المادة 66 من قانون الصحة العامة الأردني.

(18) محمد طارق دفع الله الامام، جريمة نقل الأمراض المعدية (الفتاكة)، مجلة العدل، وزارة العدل، المكتب الفني، العربية السعودية، المجلد(15)، العدد(38)، عدد الصفحات 190– 217، 2013، ص209.

(19) انظر في: المادة 24 من الدستور الاردني رقم 1952، عدد الجريدة الرسمية: 1093، الصفحة 3، تاريخ 8/ 1/ 1952. أنظر في قرار تمييز حقوق رقم 323/ 1972، الصادر بتاريخ 27/ 8/ 1972. والقرار رقم 76/ 1972، صادر من محكمة العدل العليا سابقًا، صادر بتاريخ 1/ 1/ 1972. موقع قرارك، نقابة المحامين الاردنيين.

(20) أنظر في المادة (2) من قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992، عدد الجريدة الرسمية 3815، الصفحة 586، الموافق 25/ 3/ 1992. صادر بالاستناد إلى المادة (123) من الدستور الأردني.

(21) البند رقم (5/ 2) من أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020، المملكة الأردنية الهاشمية، عدد الجريدة الرسمية: 5633، الصفحة: 1994، التاريخ: 15/ 4/ 2020.

(22) ليث كمال نصراوين، استاذ القانون الدستوري المشارك في الجامعة الأردنية، قراءة قانونية في أمر الدفاع رقم (8) لسنة 2020، صحيفة الرأي، عنان الأردن، موقع الكتروني، تاريخ الزيارة: 16/ 5/ 2020، الساعة 22:00، الرابط المباشر: http://alrai.com/article/10533307/

(23)The researchers also discovered, in the structure of the protein S of the emerging virus, a component that helps it penetrate into human cells, is a special link consisting of a chain consisting of four consecutive amino acids, which are not present in the corona viruses known to scientists Interview with dr mohammed abu karsou at alhakeem clinic at time: 23:00 on 4/6/2020.

(24) COVID-19 seems to be spreading easily and sustainably in the community ("community spread") in many affected geographic areas, to scientists Interview with dr mohammed abu karsou at alhakeem clinic at time: 22:00 on 5/6/2020.

(25) الفقرة 1 من البند 4 من أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020.

(26) الفقرة 2 من البند 4 من أمر الدفاع رقم 8 لسنة 2020.

(27) أسماء قرش، الحماية الجنائية للطفل، جريمة نقل العدوى عن طريق الدم الملوث نموذجًا، مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، السنة الجامعية 2016– 2017، ص37.

(28) Le Monde, 19, November, 1987. (3) Dalco (Christine) La transmission des M.S.T. et plus particulierement du virus du SIDA, responsabilité organisé a IUnivarsite libre, Bruxelles les 10, 11, 12, Mai 1990. P. 288.

(29) The CDC just confirmed a.2% death rate for COVID-19. In the history of: 25-5-2020.

(30) صالح احمد حجازي، ويوسف احمد مفلح، المسؤولية الجزائية والمدنية لمريض الإيدز عن نقل المرض، مرجع سابق، ص182.

(31) رائد بيان، جريمة نقل العدوى بفايروس كورونا المستجد COVID-19، مرجع سابق، تاريخ الزيارة: 16/ 5/ 2020، الساعة: 21:00.

(32) نصت المادة 64 من قانون العقوبات الأردني على أنه: "تعد الجريمة مقصودة وان تجاوزت النتيجة الجرمية الناشئة عن الفعل قصد الفاعل إذا كان قد توقع حصولها فقبل بالمخاطرة، ويكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الاهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة القوانين والانظمة".

(33) الحكم الصادر بتاريخ 15/ 12/ 1930، محكمة النقض المصرية، أورده صاحب عبيد الفتلاوي بكتابه المعنون بـ: مصادر الالتزام، ط1، مطبعة الجمال، الأردن، 2014.

(34) كما ذهب هذا الفقه أيضًا، إلى اعتبار نقل العدوى بالمرض قصد القتل من قبيل العاهة الدائمة على فرض أن المريض قد يبقى على قيد الحياة مع تعطل بعض وظائف جسمه بشكل دائم. فتوح الشاذلي، أبحاث في القانون والايدز، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص129.

(35) PROTHAIS (Alain) Note sous T.G.I. Malhousé، 6 Fevrier 1992 P. 301، 1992 D.H. 11 Juin

(36) صالح احمد حجازي، ويوسف احمد مفلح، المسؤولية الجزائية والمدنية لمريض الإيدز عن نقل المرض، مرجع سابق، ص183.

(37) أنظر في: محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة والتوزيع، عمان– الأردن، ط5، 2019، هامش ص39.

(38) أنظر في: طلعت الشهاوي، المسؤولية الناشئة عن مرض الإيدز، مصر، دار النهضة العربية، ط1، 2013، ص11، 12.

(39) أنظر في: المادة 58 من قانون العقوبات الأردني.

(40) أنظر في: خالد الطراونة، وعبود مؤيد، خصائص فيروس الإيدز وانتشاره، الكرك– الأردن، منشورات جامعة مؤتة، ط1، 1999، ص17.

(41) عماد الحنيفات، مدعي عام محكمة الجنايات الكبرى، المسؤولية الجزائية عن تعريض الغير للخطر بنقل عدوى مرض فيروس كورونا، صحيفة الرأي، عمان– الأردن، موقع الكتروني، تاريخ النشر 06/ 04/ 2020 الساعة: 22:00، الرابط المباشر: http://alrai.com/article/10531860/كتاب/ المسؤولية–الجزائية–لنقل–فيروس–كورونا–قصدا

(42) سعد صالح نجم وإياد علي أحمد، جرائم نقل العدوى العمدية: دراسة تحليلية مقارنة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، السنة(8)، المجلد(4)، العدد(29)، 2016، ص157.

(43) المادة 333 من قانون العقوبات الأردني.

(44) وبالرغم من ذلك، لقد نصت المادة 334/ 2 من قانون العقوبات الأردني على أنه: " إذا لم ينجم عن الافعال المبينة في المادة السابقة مرض أو تعطيل عن العمل تزيد مدته على عشرة ايام، فلا يجوز تعقب الدعوى بدون شكوى المتضرر كتابة أو شفهيا وفي هذه الحالة يحق للشاكي ان يتنازل عن شكواه إلى أن يكتسب الحكم الدرجة القطعية، وعندئذ تسقط دعوى الحق العام".

(45) ورد النص عليها في القواعد العامة (المادة 57) من قانون العقوبات الأردني.

(46) رائد بيان، جريمة نقل العدوى بفيروس كورونا المستجد COVID-19، مرجع سابق، تاريخ الزيارة: 27/ 5/ 2020، الساعة: 22:00.

(47) نظام المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، عمان– الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط3، 2010، ص416.

(48) محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، مطبعة جامعة القاهرة، ط8، 1984، ص286.

(49) طلعت الشهاوي، المسؤولية الناشئة عن مرض الايدز، مرجع سابق، ص175.

(50) نظام المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص417.

(51) صالح أحمد حجازي، ويوسف أحمد مفلح، المسؤولية الجزائية والمدنية لمريض الإيدز عن نقل المرض، مرجع سابق، ص185.

(52) في الحقيقة إن صور الخطأ بجنحة التسبب بالوفاة هي ذاتها صور عنصر النشاط في الركن المادي. أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والتهاب الكبد الوبائي، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، ص123.

(53) تعليمات منع وضبط العدوى في المجتمع لمنع انتشار فيروس الكورونا، سنة 2020، عدد الجريدة الرسمية: 5639، الصفحة: 2151، التاريخ: 7/ 5/ 2020، موقع تشريعات قرارك، عمان- الأردن.

(54) جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والإيدز، القاهرة- مصر، دار النهضة العربية، 1995، ص63.

(55) أنظر في: جاسم سالم، الضمان المترتب على انتقال مرض فقد المناعة المكتسبة في قضاء دولة الإمارات العربية المتحدة: تعليق على حكم محكمة أبو ظبي الاستئنافية الاتحادية بتاريخ 26/ 1/ 1994 في الاستئناف رقم 336 لسنة 1993، وحكم المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ 18/ 10/ 1994 في الطعون رقم 64 و112 و113 لسنة 2016، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، ع16، 1994، الصفحات: 101- 132.

(56) فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون والإيدز، مرجع سابق، ص133.

(57) أنظر في: منظمة الصحة العالمية، ارشادات الوقاية من العدوى ومكافحتها أثناء الرعاية الصحية لحالات الإصابة المحتملة أو المؤكدة بعدوى فيروس كورونا المسبب لمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية، الموقع الإلكتروني الرسمي، تحديث ٤ حزيران/ يونيو ٢٠١٥، WHO/MERS/IPC/15.1.

(58) عماد الحنيفات، مدعي عام محكمة الجنايات الكبرى، المسؤولية الجزائية عن تعريض الغير للخطر بنقل عدوى مرض فيروس كورونا، مرجع سابق.

(59) ممدوح البحر، المسؤولية القانونية عن نقل فيروس الايدز، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، مج14، ع27، 1999، ص171.

(60) تعليمات منع وضبط العدوى في المجتمع لمنع انتشار فيروس الكورونا (COVID-19) صادرة بموجب أمر الدفاع رقم (11) لسنة 2020 الصادر بمقتضى قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992، عدد الجريدة الرسمية: 5639، الصفحة: 2151، التاريخ: 7/ 5/ 2020.

(61) دليل استخدام الكمامات والقفازات المطاطية في ظل جائحة كورونا (كوفيد-19) في المجتمع لسنة 2020، عدد الجريدة الرسمية 5648، الصفحة 2575، التاريخ: 26/ 7/ 2020.

(62) تعليمات أسس واجراءات وشروط الحصول على الموافقة للقطاعات والمؤسسات والمنشآت لممارسة اعمالها، عدد الجريدة الرسمية: 5631، الصفحة: 1985، التاريخ: 9/ 4/ 2020.

(63) أنظر في أمال خليل، فيروس كورونا الجديد "متلازمة الشرق الأوسط التنفسية"، دراسة في الجغرافية الطبية، رسائل جغرافية، جامعة الكويت- كلية العلوم الاجتماعية- قسم الجغرافيا، الرسالة 398، عدد الصفحات 1-54، 2013، ص28، 29.

"النظام القانوني للأسلحة النووية: دراسة تحليلية في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لعام 1996 م"

د. عُلا غازي عباسي*

تاريخ وصول البحث: 2/ 7/ 2020م تاريخ قبول البحث: 13/ 9/ 2020م

الملخص

يعد الوضع القانوني للأسلحة النووية، من الموضوعات التي تحظى باهتمام بالغ من المجتمع الدولي، لما له من تأثيرات غاية في الخطورة على البشرية جمعاء، لذا وجب تسليط الضوء على الوضع القانوني للأسلحة النووية في القانون الدولي العام، لاسيما في ظل السعي الحثيث للعديد من الدول لامتلاك هذا السلاح الفتاك، والتهديد باستخدامه لأغراض غير سلمية، بما يمثله ذلك من خرق واضح للقواعد الآمرة في القانون الدولي العام، في ظل غياب واضح لنظام قانوني دولي صريح يحظر ويمنع استخدام الأسلحة النووية، وفشل معظم الجهود الدولية التي تهدف إلى نزع السلاح النووي، وفرض حظر على انتشاره.

كما أن التهديد باستخدام الأسلحة النووية، يمثل انتهاك للقواعد الآمرة للقانون الدولي الإنساني، التي لا يجوز الإخلال بها، أو الاتفاق على مخالفتها، كما يشكل استخدامها بالفعل جريمة إبادة للجنس البشري.

وما ترتب على ذلك، من ارتفاع أصوات المجتمع الدولي التي تنادي بإدراج استخدام الأسلحة النووية ضمن جرائم الحرب في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مع تعديل نصوص معاهدة حظر الانتشار النووي، والنظام الأساسي للوكالة الدولية للطاقة الذرية.

وفي ضوء هذه المخاطر الجسيمة الناتجة عن امتلاك الأسلحة النووية، تطرقنا من خلال هذا البحث لدراسة الوضع القانوني للأسلحة النووية في القانون الدولي العام، ولموقف القضاء الدولي من الأسلحة النووية، وتحديدا محكمة العدل الدولية، مع توضيح الجهود الرامية للحد من انتشار السلاح النووي، سواء على المستوى الدولي، أو المستوى الإقليمي، التي كان لها دور مهم في إبعاد خطر نشوب حروب نووية.

* أستاذ مساعد، قسم القانون المقارن، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون،جامعة العلوم الاسلامية العالمية.

"The Legal System of Nuclear Weapons: An Analytical Study of the International Court of Justice 1996 Advisory Opinion"

Abstract

The legal status of nuclear weapons is one of the topics that receives great attention from the international community because it has very serious impacts on all of humanity. Therefore, the legal status of nuclear weapons must be highlighted in public international law, especially in light of the relentless pursuit of many countries to possess This deadly weapon, and the threat of its use for non-peaceful purposes, with a clear violation of the peremptory norms in public international law, in the absence of a clear international legal regime prohibiting and preventing the use of nuclear weapons, the failure of most international efforts aimed at nuclear disarmament, and a ban on its proliferation have failed.

The threat to use nuclear weapons is a violation of the peremptory norms of international humanitarian law, which must not be violated or agreed to violate them, just as their use constitutes a crime of genocide.

The consequence of this is the high voices of the international community calling for the inclusion of the use of nuclear weapons in war crimes in the statute of the International Criminal Court, with the amendment of the provisions of the Nuclear Non-Proliferation Treaty and the statute of the International Atomic Energy Agency.

In light of these grave risks resulting from the possession of nuclear weapons, we touched through this research to study the legal status of nuclear weapons in General International Law, and the position of the International Judiciary on nuclear weapons, specifically the International Court of Justice, with clarification of the efforts aimed at limiting the spread of nuclear weapons, whether on the international level or the regional level, which had an important role in banishing the risk of nuclear wars.

المقدمة:

شهدت البشرية العديد من الحروب على مر العصور المختلفة، ولا تزال، وزاد عنفها مع التطور الهائل في الأسلحة، خاصة الأسلحة النووية، وزاد التنافس بين الدول لحيازة هذا السلاح الفتاك، وتزايد الخوف من نشوب حروب نووية.

والمجتمع الدولي ينظر إلى السلاح النووي باعتباره التهديد الأعظم الذي يهدد البشرية، إلى جانب الأسلحة البيولوجية والكيميائية– التي تخرج

في هذا المقام عن نطاق بحثنا- وذلك لما تملكه الأسلحة النووية من قوة تدميرية هائلة، وقدرتها على القضاء على مظاهر الحياة كافة، الإنسانية والحيوانية والنباتية.

كما أن آثارها مستمرة لعقود طويلة من الزمن، حيث اهتم المجتمع الدولي – من هذا المنطلق– بحظر حيازة الأسلحة النووية، أو تصنيعها، أو استخدامها، على مدار العقود المنصرمة، وحرص على وضع الأطر القانونية لتنظيم استخدام أسلحة الدمار الشامل.

وفي ذات السياق، تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية، والإقليمية التي دعت إلى إخلاء مناطق معينة من السلاح النووي، وما زالت المساعي الدولية الحثيثة لإخلاء منطقة الشرق الأوسط من امتلاك الأسلحة النووية، للحد من انتشار هذه الأسلحة التدميرية.

ونستهل هذا البحث باستعراض الوثائق المعنية بالأسلحة النووية في القانون الدولي العام، لنتطرق لموقف القضاء الدولي من هذه الأسلحة، لننتقل بعد ذلك للجهود الدولية والاقليمية الرامية لحظر استخدام الأسلحة النووية والحد منها.

أهمية الدراسة:

تمثلت أهمية هذه الدراسة المعنونة بـ" النظام القانوني للأسلحة النووية: دراسة تحليلية في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية لعام 1996 م"، من خلال العدد الهائل من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تم إبرامها بخصوص هذا الأمر، مما استدعى وجوب تسليط الضوء عليها بالدراسة والتحليل، فضلًا عن ارتباط هذا الموضوع بحفظ السلم والأمن الدوليين، مع تحديد الإطار القانوني لامتلاك واستخدام الأسلحة النووية وفق قواعد القانون الدولي العام.

ولا يمكن إغفال الجهود الدولية المبذولة في سبيل الحد من انتشار الأسلحة النووية، لاسيما وأن كثير من الدول تخلّ بالتزاماتها الدولية بحظر امتلاك وانتشار السلاح النووي، مما يزيد من مخاطر تزايد عدد الدول التي تملك الأسلحة النووية، وهذا ما استتبع عرض الإشكالية التالية:

إشكالية الدراسة:

يتطلب دراسة الوضع القانوني للأسلحة النووية في القانون الدولي العام وفقا لموقف القضاء الدولي، ضرورة الإجابة على التساؤلات التالية:

- إلى أي مدى يمكن تطبيق مبادئ القانون الدولي على استخدام الأسلحة النووية؟
- ما هو الوضع القانوني للأسلحة النووية في ظل القانون الدولي العام؟
- ما هو موقف القضاء الدولي من الأسلحة النووية؟ وتحديدا محكمة العدل الدولية؟
- ما هي الجهود الرامية للحد من انتشار السلاح النووي، سواء على المستوى الدولي، أو المستوى الإقليمي؟

الدراسات السابقة:

الدراسة الأولى: بعنوان" السلاح النووي في ضوء قواعد القانون الدولي العام"، للباحث عبدالسلام جمعة زاقود، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس بالقاهرة، 2018.

تم تقسيم البحث لثلاثة أبواب، تناول الأول إدارة القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان للسلاح النووي، في حين تناول الثاني، إدارة الآليات القانونية الدولية المتحركة للسلاح النووي، وأخيرًا جاء الثالث وتناول التقييد القانوني لاستخدام السلاح النووي بموجب حق الدفاع الشرعي.

وتبلورت إشكالية البحث في الإجابة على التساؤل التالي: إلى أي مدى تنطبق مبادئ القانون الدولي على استخدام الأسلحة النووية؟

الدراسة الثانية: بحث بعنوان " أسلحة الدمار الشامل من منظور القانون الدولي البيئي"، للدكتور عبد الوهاب أحمد بدر، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الخامس بعنوان (القانون والبيئة)، المنعقد خلال الفترة من 23-24 أبريل عام 2018م، بكلية الحقوق جامعة طنطا، مصر:

تم تقسيم البحث لثلاثة مباحث، تناول الأول ماهية أسلحة الدمار الشامل، في حين تناول الثاني، مشروعية أسلحة الدمار الشامل في ضوء قواعد القانون الدولي البيئي، وجاء الثالث ليتعرض للأضرار البيئية كجريمة دولية.

وتبلورت إشكالية البحث في مدى عدم مشروعية أسلحة الدمار الشامل في ضوء الالتزام الدولي بحماية البيئة، وفي حال استخدامها فهل يشكل ذلك جريمة دولية؟.

وأوصى الباحث في نهاية بحثه بعقد اتفاقية دولية تتضمن جميع المسائل والقضايا الخاصة بالبيئة بجميع عناصرها في أي مكان وزمان، سواء وقت الحرب أو السلم، مع وجوب دعم المجتمع الدولي

للاتفاقيات الدولية الكفيلة بحماية البيئة من فرض رقابة دولية صارمة، للتأكد من مدى احترامها والالتزام بتنفيذها، ومحاولة إيجاد الآليات الكفيلة بضمان الحفاظ على البيئة.

الاختلاف بين الدراسات السابقة، وموضوع بحثنا:

حيث تقوم الباحثة باستعراض الوثائق المعنية بالأسلحة النووية في القانون الدولي العام، من ثم موقف القضاء الدولي من هذه الأسلحة، لننتقل بعد ذلك للجهود الدولية والاقليمية الرامية لحظر استخدام الأسلحة النووية والحد منها، مع محاولة الإجابة على إشكاليات البحث التي تتبلور في الإجابة على الأسئلة السابق طرحها في إشكالية البحث.

منهجية الدراسة:

اعتمدت الباحثة على المنهج الوصفي التحليلي، حيث يهدف المنهج الوصفي إلى إيضاح الوضع القانوني للأسلحة النووية في ضوء قواعد القانون الدولي العام، في حين يهدف المنهج التحليلي إلى معرفة حقيقة هذا النوع من أسلحة الدمار الشامل، وما تثيره من إشكاليات قانونية من ناحية شرعية.

المبحث الأول: الوضع القانوني للأسلحة النووية في ظل القانون الدولي العام.

تقسيم

زاد التنافس بين الدول في امتلاك الأسلحة النووية، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية، مما استوجب معه تغيير أهداف الجماعة الدولية، خاصة فيما يتعلق بمبادئ نزع السلاح، وحاولت منظمة الأمم المتحدة مواجهة رغبة الدول في امتلاك هذا السلاح، وكان من الواجب إيجاد علاقة لتنظيم الاستخدام السلمي للطاقة النووية، وتطوير هذه الطاقة لأغراض عسكرية.

وفي ضوء ذلك، قامت الباحثة بتناول الوضع القانوني للأسلحة النووية في ظل القانون الدولي العام، من خلال مطلبين، تناولت في الأول الوضع القانوني للأسلحة النووية في ظل القانون الدولي الإنساني، ثم تطرقت في الثاني للوضع القانوني للأسلحة النووية في ظل القانون الدولي البيئي، وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول الوضع القانوني للأسلحة النووية في ظل القانون الدولي الإنساني.

يعتبر القانون الدولي الإنساني أكثر ارتباطًا بموضوع استخدام الأسلحة النووية، لتضمنه

مجموعة من القواعد العرفية والاتفاقية هدفها حماية فئات محددة من البشر والممتلكات، خاصة في أوقات الحروب والنزاعات المسلحة [1].

ويعد شرط "Martens" حجز الزاوية في مبادئ القانون الدولي الإنساني، وهو يعد من المبادئ الإنسانية، حيث نصت المادة 21 من البروتوكول الإضافي الأول، على صياغة حديثة لهذا الشرط، مفادها " أن المدنيين والمقاتلين يتمتعون بحماية، بموجب مبادئ القانون الدولي، هذه المبادئ مستمدة من العرف، ومن المبادئ الإنسانية، وما يمليه الضمير العام في كافة الحالات التي نص عليها البروتوكول، والاتفاقيات الدولية الأخرى "[2].

وتم التأكيد على أهمية هذا الشرط من قبل محكمة العدل الدولية، واستمرار تطبيقه، باعتباره مبدأ من المبادئ الاساسية للقانون الدولي الإنساني، التي يتم تطبيقها على الأسلحة النووية[3].

وفي ضوء هذا الشرط، فلا يعني غياب أحكام تنظيمية لوسائل الحرب، جواز استخدام الأسلحة النووية، سواء بحظرها كليًا، أو تقييدها، لما فيه من تعارض لمبدأين هامين من مبادئ القانون الدولي الإنساني، وهما مبدأ التمييز، ومبدأ التناسب[4].

فبالنسبة لمبدأ التمييز، يقصد به التفرقة بين الأهداف العسكرية والأهداف المدنية، ويتوجب على الأطراف المتنازعة توجيه ضرباتها العسكرية على الأولى فقط، دون الثانية، وفقًا لما نصت عليه اتفاقية جنيف عام 1949م، والبروتوكولين الإضافيين الملحقين بها عام 1977م[5].

وهذا المبدأ يجد تبريره في طبيعة الأسلحة النووية، وما لها من قوة تدميرية هائلة، التي يستحيل حصر الآثار الناجمة عن استخدامها، والذي يتعارض مع مبدأ التمييز بين الأهداف العسكرية والمدنية، ويشكل انتهاكًا لمبادئ القانون الدولي الإنساني، قد تصل إلى حد وصفها بجرائم حرب[6].

وفيما يتعلق بمبدأ التناسب، يقصد به في مجال الدفاع الشرعي " استخدام القوة بالقدر اللازم، لدفع خطر حال غير مشروع "، إلا أن استخدام القوة وفق هذه الصورة، لا يجوز فهمه بجواز استخدام السلاح النووي[7].

فالقانون الدولي الإنساني قيد حق الدفاع الشرعي بوجوب الالتزام بمبدأ التناسب، وفرق أيضًا بين العمليات العسكرية التي تشكل عدوانًا، وتلك التي تعتبر دفاع شرعي، وبناء عليه يحظر

استخدام السلاح النووي خارج نطاق مبدأ التناسب[٥].

وأكدت محكمة العدل الدولية على ضرورة توافر شرطي اللزوم والتناسب كمقتضيات الدفاع الشرعي، وأنكرت المحكمة ذاتها العلاقة بين مشروعية اللجوء إلى استخدام السلاح النووي، ومبدأ التناسب، فلا يتصور استخدام السلاح النووي—في حالة الدفاع الشرعي على عدوان بالأسلحة العادية، فهذا يعد من قبيل الانتقام والثأر، ولا يعد دفاعا شرعيا[٦].

وكل ما يتعلق بتوافر مبدأي اللزوم والتناسب، وتوافر حالات الدفاع الشرعي، يكون خاضعًا لرقابة مجلس الأمن، أو المحكمة الدولية، ولا يخضع لمطلق تقدير الدول الواقع عليها العدوان، لذا ترى الباحثة أن استخدام السلاح النووي لا يمكن أن يتوافق في كافة الأحوال مع مبدأ التناسب.

وفي ذات السياق، هناك ما يعرف بالمبادئ المتعلقة بوسائل القتال، تم تكريسها في إعلان " سان بترسبورغ "، وأعيد تكرارها في المعاهدات الدولية اللاحقة، حيث تقضي هذه المبادئ بالحق النسبي لأطراف النزاع في اختيار وسائل القتال، وحظر توجيه هجمات ضد المدنيين.

إلا أنه فيما يتعلق باستخدام الأسلحة النووية في الحروب، لم يرد بشأنها حظر بشكل صريح وواضح في أي صك قانوني دولي معترف به، وحاولت الباحثة جاهدة في استنباطه، قياسًا على حظر بعض الأسلحة الأقل بشاعة من الأسلحة النووية، من خلال ما يلي:

أولًا: حظر الأسلحة التي تسبب آلامًا مفرطة

من المبادئ الراسخة في القانون الدولي، حظر استخدام الأسلحة المسببة لآلام مفرطة، رغمًا عن حدوث مستوى معين من المعاناة والآلام في حال وقوع أي نزاع مسلح، ولتوضيح مدى تعارض اللجوء إلى استخدام الأسلحة النووية مع هذا المبدأ، تستعرض الباحثة القواعد العامة المتعلقة بحظر الأسلحة التي تسبب آلامًا مفرطة من خلال لائحة لاهاي، والبروتوكول الإضافي، وذلك على التفصيل التالي:

- بالنسبة لورود هذا المبدأ في ضوء لائحة لاهاي والبروتوكول الإضافي الأول عام 1977م، نجد أن هذا المبدأ أصبح عنصرًا في القانون الوضعي، إذ نصت المادة 35/ 2 من البروتوكول الإضافي على حظر أساليب القتال التي تحدث إصابات غير مبررة، بما يعني حظر

استخدام أو اقتناء أي سلاح يتعارض استخدامه مع هذا المبدأ، بما في ذلك الأسلحة النووية، لأنه يحدث معاناة مفرطة، نظرًا لقدرته التدميرية الهائلة.

- وبالنسبة لمبدأ الآلام المفرطة، يعني التعدي على سلامة المقاتلين البدنية والعقلية، أو على حياتهم، وهذا المبدأ مقرر أيضاً للمدنيين، كما يمتد ليشمل الأضرار التي تلحق بالأعيان المادية، حيث تعتبر المادة 52/ 2 من البروتوكول الإضافي الأول التطبيق الأهم لمبدأ " الآلام المفرطة أو التي لا طائل من ورائها "[10].

وجدير بالذكر أن كلمة آلام تم تحريفها لمغايرة التعبير عنها في الترجمة الإنجليزية والألمانية عن النص الأصلي الفرنسي، وتم تصحيح هذا التحريف في النص الإنجليزي للبروتوكول الإضافي الأول سنة 1977م.

بينما تم إضافة عبارة " مفرطة " أو " لا طائل من ورائها "، لتفيد عدم مشروعية وسائل القتال التي ترتب هذه النتيجة، فيجب أن ترتبط وسائل القتال بضرورة عسكرية، مع توافر مبدأ التناسب بينهما، وبتطبيق هذا المبدأ نجد عدم مشروعية استخدام الأسلحة النووية، لكونه يؤدي إلى الموت المحقق[11].

ثانيًا: حظر الأسلحة ذات الأثر العشوائي

نص على هذا المبدأ القانون الدولي الإنساني العرفي، ثم جاء البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقية جنيف عام 1977م، وأعطى بعدًا جديدًا لهذا المبدأ، وهو ما ستتناوله الباحثة بالشرح على النحو التالي:

1- حظر الأسلحة ذات الأثر العشوائي (كمبدأ عرفي):

يمثل هذا الحظر مبدأ عرفي قديم، بهدف حماية المدنيين من تلك الأسلحة ذات الأثر العشوائي، التي لا تميز بين الهدف المدني والعسكري، حيث يعد استخدام مثل هذه الأسلحة عمل غير مشروع، ومن الملفت للنظر أن محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر عام 1996م، لم تحلل تطبيق هذا المبدأ حال استخدام الأسلحة النووية، لاسيما أنه يمثل أهم قاعدة مرتبطة باستخدام الأسلحة النووية[12].

2- حظر الأسلحة ذات الأثر العشوائي في ضوء البروتوكول الإضافي عام 1977م:

نصت المادة 38 من البروتوكول المشار إليه على أنه " يعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين، وبين الأعيان المادية والأهداف

العسكرية "، وبناء عليه يتم توجيه العمليات المسلحة ضد الأهداف العسكرية، دون غيرها، بهدف حماية المدنيين والأعيان المدنية[13].

وبالرجوع لموقف محكمة العدل الدولية، نجد أنها ساوت بين استخدام الأسلحة ذات الأثر العشوائي، وبين الهجوم العمدي على المدنيين، وبالتالي عدم جواز استخدام أي سلاح عشوائي الأثر، وإلا عد انتهاكًا لهذا المبدأ، دون حاجة لثمة معاهدات خاصة تمنع استخدام مثل هذه الأسلحة[14].

وترى الباحثة أن معايير العشوائية تتوافر بوضوح في استخدام السلاح النووي، مما يجعلها بوضوح شديد تمثل انتاهكًا لنص المادة 38 من البروتوكول الإضافي الأول، ومن ثم عدم مشروعية استخدامه.

المطلب الثاني الوضع القانوني للأسلحة النووية في ظل القانون الدولي البيئي

من حقوق الإنسان الأساسية، الحق في حماية البيئة، ووفقًا لأحكام وقواعد القانون الدولي للبيئة، يمثل استخدام السلاح النووي أشد الأعمال عدائية على البيئة، وأضحى هذا السلاح يهدد البيئة في كل الأوقات، سواء في السلم، عبر التجارب النووية التي يتم إجرائها، أو في الحروب المسلحة[15].

وهناك العديد من الآليات التي تضمنها القانون الدولي العام لحماية البيئة من الأسلحة النووية وقت السلم، إلا أن الإشكالية تبرز وقت نشوب حرب نووية، التي يستحيل حصر الآثار التي يمكن أن تترتب عليها من حيث الزمان أو المكان، فما مدى كفاية الأحكام المتعلقة بحماية البيئة حال اللجوء إلى استخدام الأسلحة النووية في الحروب؟

وبناء عليه، ستتعرض الباحثة لقواعد حماية البيئة في وقت السلم، التي ترتبط بالسلاح النووي، ومن ثم تتناول أحكام حماية البيئة في وقت النزاع المسلح النووي، من خلال الفكرتين التاليتين:

أولًا: قواعد حماية البيئة في وقت السلم، التي ترتبط بالسلاح النووي

يوجد العديد من الآليات بخصوص حماية البيئة وقت السلم، منها إعلان استكوهولم عام 1972م، وإعلان ريودي جانيرو المتعلق بالبيئة عام 1992م، وستطرق لهما على النحو الاتي:

1 –**إعلان استوكهولم عام 1972م:**

يتكون من ديباجة وستة وعشرون مبدأ، وعدّه البعض بمثابة شهادة ميلاد لحق الإنسان في حماية

البيئة، والمحافظة عليها، وتركز الباحثة على ثلاثة مبادئ فيه تتصل مباشرة بالأسلحة النووية، وهي المبدأ الثاني من الإعلان، والمبدأ الحادي والعشرون، والمبدأ السادس والعشرين.

فالمبدأ الثاني ينص على حظر إلقاء المواد السامة والمشعة، حيث يترتب على ذلك إفراز كمية هائلة من الحرارة تفوق تحمل البيئة، ويهدف هذا المبدأ إلى حماية النظام الإيكولوجي.

في حين نص المبدأ الحادي والعشرون على قاعدة عرفية دولية هامة، تتمثل في مسؤولية الدولة عن أي نشاطات تقوم بها وتؤدي إلى إلحاق أضرار بالبيئة، يكون من شأنها تجاوز الحدود السياسية، أو تكون عابرة للحدود[16].

ثم جاء المبدأ السادس والعشرين، ليقضي بإلزام الدول على السعي بجد للوصول لاتفاق يتضمن عدم استخدام الأسلحة النووية المدمرة للإنسان وللبيئة، ويجب على الانسان تجنب اللجوء إلى استخدام كل وسيلة ذات تدمير شامل كالسلاح النووي[17].

2-**إعلان ريو دي جانيرو عام 1992م:**

انبثق هذا الإعلان عن مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية، وعرف باسم "قمة الأرض"، تضمن 27 مبدأ بخلاف الديباجة، ونص المبدأ 15 منه على الحيطة، بمعنى وجوب التأكد من مشروعية أي سلاح قبل امتلاكه أو استخدامه، ويكون التأكد من المشروعية من خلال المواثيق الدولية[18].

وتثور الإشكالية حول مدى مشروعية النشاط النووي وقت السلم؟ كإنشاء مفاعلات توليد الطاقة النووية، أو أعمال نقل المواد النووية، وإجراء التجارب، فكل هذه النشاطات تؤثر بالسلب على البيئة، وحق الإنسان في حياة نظيفة دون ملوثات.

وتجيب الباحثة عن هذا السؤال ببيان مدى توافر المشروعية في إجراء تجارب نووية، وكذلك مدى مشروعية أي نشاط نووي.

ففيما يتعلق بمشروعية إجراء تجارب نووية، ترى الباحثة أنه رغم إبرام اتفاقية حظر التجارب النووية، إلا أنها هذه التجارب استمرت حتى بعد إبرام هذه الاتفاقية، وهو أمر يمثل تعارض صارخ مع المبادئ التي صاغتها آليات حماية البيئة في وقت السلم.

ويرجع ذلك لما تفرزه التجارب النووية من إشعاعات حرارية هائلة، تفوق قدرة استيعاب البيئة لها، وتعد انتهاكًا للمبدأ الثاني من إعلان استوكهولم

السابق الإشارة إليه، وكذلك المبدأ 11 من ذات الإعلان، والمبدأ الثاني من إعلان ريوديجانيرو[19].

ويمكن القول بعدم مشروعية إجراء التجارب النووية، في ضوء قواعد حماية البيئة وقت السلم، ورغمًا عن منع الاتفاقيات الدولية صراحة لمثل هذا النوع من التجارب، إلا أنها تتصاعد بشكل كبير.

أما ما يتعلق بمشروعية النشاطات النووية، التي لا خلاف على مشروعيتها للأغراض السلمية، إلا أنها تخلف نفايات تهدد البيئة، مما طرح إشكالية كيفية التخلص الآمن من النفايات الذرية، بالإضافة أن النشاطات النووية تظل مرافقة لوجود الأسلحة النووية، وما قد يترتب عليه من حوادث نووية، داخل المفاعل النووي، أو المنشأة النووية، أو أثناء نقل المواد النووية، وهو يؤدي إلى أثار كارثية على البيئة والإنسان[20].

وبناء على ذلك، اتجه المجتمع الدولي إلى التوسع في مفهوم المسؤولية المدنية النووية، وتم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في محاولة لإيجاد نظام يتناسب مع حجم الأضرار النووية الهائلة، منها اتفاقية باريس عام 1963م، حول المسؤولية المدنية في مجال الطاقة النووية، أعقبها اتفاقية فيينا عام 1963م أيضًا، بذات العنوان، وتم الربط بين الاتفاقيتين سالفتي الذكر بموجب بروتوكول مشترك صدر عام 1988م، ودخل حيز التنفيذ في عام 1992م[21].

ومما سبق، ترى الباحثة وجوب وضع آلية للتحكم في تنظيم أي نشاط نووي ولو كان لأغراض سلمية، بما يحول دون حدوث كارثة نووية، تنعكس بالسلب على قواعد حماية البيئة والإنسان ويكون من أثرها كوارث بيئية خطيرة.

ثانيًا: أحكام حماية البيئة في وقت النزاع المسلح النووي

يثور التساؤل حول مدى كفاية أحكام وقواعد حماية البيئة للقول بعدم شرعية استعمال الأسلحة النووية؟ وهو ما تجيب عنه الباحثة من خلال نقطتين، على التفصيل التالي:

1 -أحكام حماية البيئة، خلال فترات النزاع المسلح باستخدام الأسلحة النووية:

تستعرض الباحثة الأحكام التي من شأن قواعدها إثارة الجدل حول انتهاك استعمال الأسلحة النووية، وتقصد بذلك البروتوكول الإضافي الأول عام 1977م، واتفاقية منع استعمال تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية[22].

ففيما يتعلق بالبروتوكول الإضافي الأول الصادر عام 1977م، جاء متضمنًا لمادتين

(35/ 3– 55)، تعالج كل منهما موضوع حماية البيئة، فالأولى تحظر الوسائل والأسلحة التي يمكن أن تؤدي إلى إحداث ضرر بالغ بالبيئة، ويكون من سمات هذا الضرر أن يكون واسع الانتشار، وطويل الأمد[23].

في حين دعت المادة 55 إلى ضرورة حماية البيئة حال نشوب حرب، ومنع الهجمات التي يتم شنها ضد البيئة الطبيعية بغية الردع، وهو ما يظهر وجود تكرار بين أحكام المادتين سالفتي الذكر، مما يؤكد على دلالة الحظر وتأكيده[24].

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 35 وردت في إطار الأحكام الأساسية لأساليب القتال، في حين وردت المادة 55 في القسم المتعلق بحماية البيئة، والسكان المدنيين والبيئة الطبيعية، ويؤخذ على كلا المادتين عدم حظرهما لأي ضرر قد يلحق بالبيئة.

بمعنى وجوب توافر مواصفات معينة في الضرر، بأن يكون واسع الانتشار، وطويل الأمد، وهو ما يعني أن الأسلحة التي من شأنها إحداث ضرر طارئ أو قصير الأمد – وفقًا لمفهوم المخالفة – لا يشملها الحظر، كما يشترط اجتماع الوصفان معًا وهما أن يكون " واسع الانتشار، وطويل الأمد "، مما يعني خضوع الأسلحة النووية لنص المادتين المشار إليهما، لكونها يتوافر فيها الوصفان[25].

يقصد بجملة " طويل الأمد "، في البروتوكول بضعة شهور، أو فصل واحد، كما يقصد بعبارة " الأضرار البالغة واسعة الانتشار "، الضرر الهائل الذي يترتب عليه اختلال واضح في الحياة الطبيعية، ويكفي تحقق وصف واحد من الأوصاف السابقة لقيام المسؤولية الدولية[26].

وفيما يتعلق باتفاقية منع استعمال تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية، أو أي غرض يتسم بالعدائية، فإنها تهدف إلى حظر التقنيات واسعة الانتشار، وطويلة الامد، التي تسفر عن تغيير في البيئة، أو ذات أغراض عسكرية، أو أي أغراض أخرى تتسم بالعدائية[27].

كما تحظر هذه الاتفاقية نشوب حرب جيوفيزيائية، التي تحدث نتيجة التدخل عمدًا في الظواهر الطبيعية، وما يترتب على ذلك من حدوث كوارث طبيعية، كالأعاصير، وارتفاع الأمواج الضارية، وغيرها الظواهر الكارثية[28].

ونخلص مما سبق، أن استخدام الأسلحة النووية تشكل انتهاكًا صريحًا للاتفاقية، حيث أن ما

يترتب على ذلك الاستخدام من أضرار بيئية تتضمن الأوصاف المطلوبة سالفة البيان.

2-الالتزامات الدولية بحماية البيئة وقت النزاعات المسلحة، وتأثير ذلك على مشروعية استخدام السلاح النووي:

أضحى الالتزام بحماية البيئة في حال نشوب نزاع مسلح في ظل التطور العصري لقواعد القانون الدولي، يضاهي الالتزامات العامة، من حيث الأهمية بالنسبة للجماعة الدولية، وتعد مخالفتها من قبيل الجرائم الدولية[29].

وحظر استعمال أساليب وطرق القتال، التي يترتب عليها احتمال الإضرار بالبيئة الطبيعية يمثل حظر كامل وعام، ولا يمكن أن يرد عليه أي استثناءات، وأكدت محكمة العدل الدولية على وجود القانون الدولي العرفي الخاص بالبيئة[30].

وتصديقًا لذلك، نجد المادة 19 من مشروع مسؤولية الدول، المعد بمعرفة لجنة القانون الدولي أدانت الإخلال بالالتزام الدولي بحماية البيئة، وكذلك المادة 8/ ب من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي عدّت الإضرار بالبيئة من جرائم الحرب[31].

ويثور التساؤل حول مدى الانتهاك الذي يسببه استخدام السلاح النووي على الالتزام الدولي بحماية البيئة؟ وللإجابة على هذا السؤال، نجد أن الأسلحة النووية بما لها من قوة تدميرية هائلة، تقضي على الأخضر واليابس بدون تمييز، فضلًا عما تفرزه من إشعاعات سامة واسعة الانتشار، وطويلة الأمد، قد تمتد آثارها الفتاكة في الفضاء، والمحيطات، عبر الأزمان المختلفة، وعليه يعد استخدام السلاح النووي في النزاعات والحروب المسلحة من قبيل الأعمال العدائية الشديدة على البيئة، وهو ما تجلى بوضوح في المادتين 35/ 3، و55 من البروتوكول الإضافي الأول الصادر في 1977م[32].

وبناء على هذه الأسباب سالفة الذكر، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 1635 والذي عد استخدام السلاح النووي مخالفا لصوص وأهداف الأمم المتحدة، وبالتالي يصبح مخالف لقواعد القانون الدولي، والمبادئ والأعراف الإنسانية، وهو ما تؤيده الباحثة بحكم الطبيعة التدميرية لهذه الأسلحة شديدة الفتك[33].

المبحث الثاني موقف القضاء الدولي من الأسلحة النووية:

تمهيد وتقسيم:

تمثل محكمة العدل الدولية الضمان ضد أي فعل غير مشروع، وكل ما تصدره من قرارات تتمتع بالقوة القانونية، وتعد التفسيرات الصادرة عنها ذات حجية في القانون الدولي الإنساني، ولا زالت الأصوات تتعالى داخل المجتمع الدولي لإدخال تطبيق قانون الحرب على الأسلحة النووية حيز التنفيذ[34].

وفي ذات الشأن، قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر باعتبار اللجوء إلى استعمال السلاح النووي متعارضا مع مبادئ القانون الدولي الإنساني، وطالبت اللجنة بمنع امتلاك هذا النوع من الأسلحة، وحظر استخدامها حظرًا مطلقًا[35].

وكان لمحكمة العدل الدولية رأيًا استشاريًا في هذا الصدد، حول مشروعية استخدام الأسلحة النووية، وبناء عليه تقسم الباحثة هذا المبحث لمطلبين على النحو التالي:

➢ المطلب الأول: موقف محكمة العدل الدولية من التجارب النووية.

➢ المطلب الثاني: الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية عام 1996م.

المطلب الأول موقف محكمة العدل الدولية من التجارب النووية:

في ضوء قيام فرنسا بإجراء تجارب نووية قبالة جزر المحيط الهادي، قامت استراليا، ونيوزيلندا الجديدة برفع دعوى قضائية في مواجهتها أمام محكمة العدل الدولية، وذلك في عام 1973م، أعقبها تقدم حكومة فيجي بطلب التدخل في الدعوى من ذات العام، إعمالًا لنص المادة 62 من النظام الأساسي للمحكمة، حيث قامت الأخيرة بتأجيل النظر في هذا الطلب لحين الفصل في الدعوى الأصلية[36].

حيث طالبت استراليا من محكمة العدل الدولية بإدانة فرنسا على مواصلة تجربتها النووية في الجزء الجنوبي من المحيط الهادي، باعتبار أن ذلك يخالف قواعد وأحكام القانون الدولي، وما يترتب على تلك الإدانة من إصدار أمر بوقف هذه التجارب.

وطالبت من المحكمة باتخاذ تدابير تحفظية إلى أن يتم الفصل في الدعوى، واستندت في ذلك لنص المادة 33 من الميثاق العام للتحكيم الصادر في 1928م، والخاص بالتسوية السلمية للمنازعات

الدولية، وكذلك المادة 41 من النظام الأساسي للمحكمة[37].

في حين دفعت نيوزيلندا الجديدة بأن التجارب النووية الفرنسية من شأنها أن ينتج عنها إشعاعات نووية غاية في الخطورة، بالمنطقة كلها، مما يمثل مخالفة صريحة لقواعد القانون الدولي، وعززت طلبها بمجموعة من الاتفاقيات الدولية الخاصة بمنع التجارب النووية، كاتفاقية حظر الانتشار للأسلحة النووية، وكذلك توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة في ذات الشأن.

ورغم اعتراف دولة فرنسا بالولاية الإجبارية لمحكمة العدل الدولية، باعتبارها عضو بمنظمة الأمم المتحدة، إلا أنها طعنت في اختصاص المحكمة في نظر النزاع محل الدعوى، وقامت بتاريخ 16 مايو عام 1973م، بإبلاغ المحكمة بموقفها هذا، ورفضت المثول أمامها بالجلسات[38].

ونبع الموقف الفرنسي على أساس أن التجارب النووية التي تقوم بها تدخل في نطاق اختصاص الدفاع الوطني الفرنسي، وأبدت تحفظها على اختصاص محكمة العدل الدولية فيما يتعلق بأي نشاط يدخل نطاق هذا الاختصاص[39].

واستنادًا لنص المادة 33 من الميثاق العام للتحكيم، وكذلك بناء على نص المادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، طالبت كلًا من استراليا ونيوزيلندا الجديدة محكمة العدل الدولية، بوجوب اتخاذ تدابير تحفظية، بوقف التجارب النووية الفرنسية، لحين الفصل في موضوع النزاع[40].

بتاريخ 22 يولية عام 1973م، أصدرت المحكمة سالفة الذكر أوامر حول التدابير التحفظية، بغية الحد من الأضرار المتوقعة، والوقاية مما قد يلحق أطراف النزاع من المخاطر، إثر مواصلة فرنسا لتجاربها النووية، واحتمالية تأثر الدول بإشعاعات نووية يستحيل درئها فيما بعد[41].

وبناء عليه، قررت المحكمة، بأغلبية ثمانية أصوات مقابل ستة، اتخاذ تدابير تحفظية، تدعو من خلالها الدول الثلاثة أطراف النزاع إلى تجنب أية تصرفات من شأنها زيادة الخلاف، أو اتخاذ أي إجراء من شأنه المساس بحقوق الطرف الأخر، وناشدت الحكومة الفرنسية بالامتناع عن استكمال تجاربها النووية.

وأشارت المحكمة إلى رغبتها في تسوية كافة نقاط النزاع بطريقة منتظمة، بما يحفظ طابعها القضائي، وفي ضوء ذلك، توصلت المحكمة إلى

نتيجة هامة، ألا وهي رغبة الدول أطراف النزاع الحصول على قرار بوقف التجارب النووية الفرنسية، وليس الحصول على حكم تقريري في موضوع النزاع[42].

واستندت المحكمة للعديد من التصريحات المنسوب صدورها إلى السلطات الرسمية في دولة فرنسا، التي تنصب جميعها على تعهد فرنسا بوقف التجارب النووية، وقضت المحكمة في 20 ديسمبر عام 1974م، بأغلبية 9 أصوات مقابل 6 بأن الدعوى أضحت بلا موضوع، ولا مجال للفصل فيها[43].

ويلاحظ مما سبق، تهرب محكمة العدل الدولية من الفصل في موضوع مشروعية التجارب النووية، وحولت الاتجاه في حكمها للتصريحات الرسمية، التي تعد من قبيل التصرفات الفردية، التي ترتب التزامات قانونية، حيث واصلت فرنسا تجاربها النووية في باطن الأرض بذات المنطقة، مما دفع دولة نيوزيلندا إلى رفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية عام 1995م، إلا أن المحكمة رفضتها بزعم أن المسألة لا تتعلق بإجراء تجارب نووية في الهواء، وبناء عليه لا تعد فرنسا مخترقة لثمة التزام واقع عليها[44].

المطلب الثاني الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية عام 1996م:

في الثامن من تموز من العام 1996م، أصدرت محكمة العدل الدولية رأيها الاستشاري فيما يتعلق بمشروعية التهديد بالأسلحة النووية، أو استخدامها، وبعد أن تعرضت المحكمة لهذه المسألة، في ضوء أحكام الميثاق، الخاصة باستعمال القوة في العلاقات الدولية، انتقلت إلى دراسة المسألة وفقًا للقواعد القانونية التي يتم تطبيقها في حالة النزاعات المسلحة[45].

ويجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن المبادئ الإنسانية تعد من قبيل القواعد الآمرة، وبناء عليه لا يجوز الاخلال بها، وترى الباحثة وجوب أن يكون للطابع الآمر لقواعد القانون الدولي الإنساني، دور مصيري وصريح في تحليل محكمة العدل الدولية[46].

حيث لوحظ تهرب المحكمة من هذا التوجه المنطقي، وسوف تقوم الباحثة بالتعرض للمراحل التي انتهجتها المحكمة للتهرب من هذا الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني، ثم تستعرض ما قامت به المحكمة من استبدال مصطلح " القواعد التي لا يجوز انتهاكها "، بدلًا من مصطلح "القواعد الآمرة"، وذلك من خلال النقطتين التاليتين:

أولًا: المراحل التي انتهجتها المحكمة للتهرب من الطابع الأمر لقواعد القانون الدولي الإنساني

في ضوء إعلان محكمة العدل الدولية عدم حاجتها للتعرض لمسألة أن قواعد القانون الدولي الإنساني تعد قواعد آمرة، يمكن أن نفهم بشكل ضمني رفضها لهذا الوصف، ولتوضيح ذلك يجب أن نتعرض لتأكيد المحكمة مبدئيًا بإمكانية اللجوء إلى استخدام الاسلحة النووية، وتأكيدها كذلك على أن خضوع الأسلحة النووية لمبادئ وأحكام القانون الدولي الإنساني أمر نسبي.

1-تأكيد المحكمة بإمكانية اللجوء إلى استخدام الأسلحة النووية:

أيدت المحكمة حق الدفاع الشرعي، وهو تأكيد يمنح الدول نووية التسليح جواز اللجوء إلى استعمال الأسلحة النووية، بحجة الدفاع عن النفس، كما أكدت المحكمة على عدم وجود قاعدة قانونية صريحة، أو معاهدة دولية، تمنع استخدام السلاح النووي[47].

وأشارت المحكمة للمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، التي كفلت الحق في الدفاع الشرعي، سواء بشكل فردي أو جماعي، حال وقوع عدوان مسلح على الدولة، وقدمت فتوى تتضمن عدم وجود ثمة حظر عالمي على استخدام السلاح النووي، أو التهديد باستخدامه[48].

واستندت المحكمة في إصدارها لهذه الفتوى، أن اتفاقية حظر أسلحة الدمار الشامل لم تقدم تحليلًا للجوانب الأساسية لمعاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية، مما يوصلنا إلى استنتاج غاية في الخطورة يتمثل بإقرار المحكمة لحق الدول نووية التسليح في استخدام السلاح النووي حال توافر شروط الدفاع الشرعي، وفي ذات الوقت، لا يحق للدول المنضمة لمعاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية استخدام الأسلحة النووية في حالة توافر شروط الدفاع الشرعي، بسبب التزاماتها المفروضة بالمعاهدة[49].

وباستقراء العبارات المستخدمة من قبل المحكمة في منطوق رأيها بشأن هذه المسألة أثارت الجدل، حيث قالت "... فإن استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية من شأنه أن يخالف – عمومًا – قواعد القانون الإنساني..."[50]، فما هو المقصود بكلمة عمومًا؟

فالمحكمة لم تقر بشكل صريح أن اللجوء إلى استعمال الأسلحة النووية يتعارض مع مبادئ القانون الدولي الإنساني، وكان يمكنها الوصول إلى ذات النتيجة لو أقرت بعدم وجود ظروف يمكن

استعمال السلاح النووي فيها دون أن تسبب معاناة غير ضرورية، ودون مساس بالمدنيين، ومن غير أن تهدر مبدأي الضرورة والتناسب[51].

2-تأكيد المحكمة بأن خضوع الأسلحة النووية لأحكام القانون الدولي الإنساني أمر نسبي:

توصلت محكمة العدل الدولية إلى مبدأ الخضوع النسبي في العديد من المبادئ، فمثلًا بمبدأ التمييز، استنتجت المحكمة في تحليلها لهذا المبدأ أنها لا تملك الأدوات الكافية حتى تقدر تعارض استخدام الأسلحة النووية مع هذا المبدأ، وما يترتب على ذلك بعدم خضوع المدنيين للحماية المطلقة، ولا يمكن – استنادًا لمبدأ التمييز – حظر استعمال الأسلحة النووية في كافة الأحوال[52].

وفي تحليلها لمبدأ الانتقام باستخدام الأسلحة النووية كذلك، أكدت المحكمة أنه في وقت السلم ليس لها النظر في موضوع الانتقام المسلح، حيث يصبح غير مشروع، وفي حال النزاعات المسلحة، فإن هذا المبدأ يخضع لمعيار التناسب، الذي ينظمه حق الدفاع الشرعي، ومعيار التناسب من المعايير الفضفاضة الواسعة التي تخضع لتقدير كل دولة، وهو ما يرتب عدم تمتع الأفراد بالحماية المطلقة في العلميات الانتقامية في كل الظروف[53].

وبناء عليه، يتضح قيام محكمة العدل الدولية بتجريد قواعد وأحكام القانون الدولي الإنساني من طبيعتها الآمرة ويتضح ذلك من خلال عدم انطباق مبدأي التمييز والانتقام بصفة مطلقة، حيث لا استثناء للحماية المقررة بموجب هذه المبادئ الإنسانية، استنادًا لكونها مقبولة من قبل المجتمع الدولي[54].

ثانيًا: استبدال محكمة العدل الدولية مصطلح " القواعد التي لا يجوز انتهاكها "، بدلًا من مصطلح "القواعد الآمرة":

في ضوء البيان الذي أدلت به اللجنة الدولية للصليب الأحمر أمام الجمعية العامة، بشأن فتوى محكمة العدل الدولية، يمكن استنتاج أن تلك الأخيرة أقرت بعض القواعد التي أطلقت عليها وصف "لا يجوز انتهاكها"[55].

مثال ذلك، الحظر المطلق لاستعمال أسلحة تصيب بدون تمييز، وتلك التي تسبب آلامًا مفرطة لا داعي لها، إلا أن السؤال الذي يثور حول قصد محكمة العدل الدولية بمصطلح "لا يجوز انتهاكها"؟ وما سبب تهربها من استخدام عبارة " القواعد الآمرة "؟.

1 –**مدلول القواعد التي لا يجوز انتهاكها وفقًا لمفهوم محكمة العدل الدولية:**

أكدت المحكمة بوجود بعض قواعد القانون الدولي الإنساني تلتزم بها كافة الدول، حتى تلك التي لم تصادق على الاتفاقيات التي تضمنتها، باعتبار أنها تشكل مبادئ القانون الدولي العرفي، التي لا يجوز انتهاكها[56].

وبناء على ذلك، استبدلت المحكمة مصطلح بديل عن " القواعد الأمرة "، ألا وهو " القواعد التي لا يجوز انتهاكها "، التي وصفها البعض بأنها عبارة لا تتسم بالوضوح، ولا يجوز أن يفهم منها عدم جواز الانتهاك، كما يبدو من خلال التفسير الحرفي[57].

ومن خلال تركيب العبارة، يمكن استنتاج أن المحكمة رغبت في الإعلان عن أمر ذي مغزى معين، بهدف التوفيق بين القواعد الأساسية المتعارف عليها بذلك المصطلح، والقواعد الآمرة، فالمحكمة لم تقصد من عبارة " القواعد التي لا يجوز انتهاكها "معنى " القواعد الأمرة "، حيث أعلنت بعبارة صريحة في الفقرة 83 من رأيها الاستشاري بأنها غير ملزمة بتحليل مدى اعتبار قواعد القانون الدولي الإنساني قواعد أمرة[58].

وترى الباحثة أنه كان من الأفضل أن تستخدم المحكمة عبارة "مبادئ القانون العرفي الآمرة"، حيث إن عبارة " لا يجوز انتهاكها " تتسم بالغموض، وتم انتقادها من قبل الدول غير نووية التسليح، وعدّته أنه مصطلح لا يحمل ثمة مفاهيم قانونية واضحة، لمنع تأويلها.

2 –**محاولة محكمة العدل الدولية التهرب من مصطلح " القواعد الآمرة ":**

المقصود بالقواعد الآمرة وفق القانون الدولي الإنساني، تلك التي لا يجوز مخالفتها، وإلا ترتب على ذلك المسؤولية الدولية، حيث إن محكمة العدل الدولية من خلال الفتوى التي قدمتها يمكن أن نستنتج بأنها أكدت بأن قواعد القانون الدولي الإنساني إنما هي قواعد عرفية[59].

بالإضافة إلى أن المحكمة لم تحظر اللجوء إلى استعمال الأسلحة النووية، وإنما حظرت أنواع محددة من الأسلحة، كالأسلحة ذات الأثر العشوائي، ويتضح ذلك من قولها " يجب على الدول ألا تجعل المدنيين هدفًا للهجوم مطلقًا، ويجب بالتالي ألا تستخدم الأسلحة التي لا تستطيع التمييز بين الأهداف المدنية والعسكرية "[60].

وبناء على ما سبق، نلاحظ أن المحكمة ساوت بين استخدام الأسلحة ذات الأثر العشوائي، والهجوم العمدي على المدنيين، وهو ما يوضح موقف المحكمة الذي يتسم بالغموض، حيث لم تميز بين القواعد غير القابلة للانتهاك، والقواعد الآمرة، وأن دور القاضي الدولي ينحصر في تمييز القواعد الدولية، وإضفاء الطابع الآمر عليها، وهو ما تهربت منه المحكمة[61].

ومن كل ذلك نستنتج، بأن المحكمة وللأسف لم تتمكن من حسم هذا النقاش في رأيها الصادر في 1996 عندما أبقت على إمكانية استخدام السلاح النووي في الحالة القصوى للدفاع عن النفس التي يكون فيها بقاء الدولة مهددا بدون تبيان متى تكون و ما هي هذه الحالة القصوى، ولم تحدد ضوابط الخطر الذي يهدد بقاء الدولة، كما عدّت أيضا مبدأ التمييز من المبادئ الأساسية دون ان تقدم تحليلًا لهذه الطبيعة الأساسية ولا معيار محدد للسلاح غير القادر على التمييز، ولكنّها أقرت حظر كل سلاح غير تمييزي، وتهربت من إضفاء الطابع الآمر لقواعد القانون الدولي الإنساني معتمدة على حيلة قانونية تتمثل في تعويض هذا المفهوم بمصطلح جديد زاد موقفها غموضا.

المبحث الثالث الجهود الرامية لحظر استخدام الأسلحة النووية:

تمهيد وتقسيم:

أسفر احتكار بعض الدول المتقدمة الكبرى لامتلاك الأسلحة النووية، وسيطرتها على انتاجها وتطويرها، عن نتائج غير عادلة، حيث عكفت هذه الدول عن سن العديد من القوانين وإبرام العديد من المعاهدات التي تجعل لها الانفراد بحيازة وامتلاك السلاح النووي، دون غيرها من الدول النامية.

فتم إبرام معاهدة الحد من انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968، مما أثار حفيظة الدول غير نووية التسليح، وتعالت الأصوات المنادية بحقها في الاستخدام السلمي للطاقة النووية، وتم عقد العديد من المؤتمرات الدولية، مما جعل الدول المتقدمة – نووية التسليح – ترضخ لهذه المطالب المشروعة[62].

ونظرًا لأهمية الدراسة القانونية لمسألة الحد من امتلاك الأسلحة النووية، لما ينطوي عليه استخدام هذه الأسلحة من قوة تدميرية هائلة، وخطورة بالغة على البشرية جمعاء، كان لزامًا البحث عن علاقة جدلية بين استخدام الطاقة النووية لأغراض عسكرية، وهو ما تهدف الأمم المتحدة إلى منعه، وبين استخدام ذات الطاقة لأغراض سلمية، بهدف

تحقيق التنمية المستدامة لشعوب الدوال النامية، وهو ما يعرف ببرنامج الذرة من أجل السلام[63]، وبناء عليه، قسمت الباحثة هذا المبحث لمطلبين، وذلك على النحو التالي:

➢ المطلب الأول: الجهود المبذولة في إطار منظمة الأمم المتحدة لحظر استخدام السلاح النووي.

➢ المطلب الثاني: الجهود الإقليمية المبذولة لحظر استخدام السلاح النووي.

المطلب الأول الجهود المبذولة في إطار منظمة الأمم المتحدة لحظر استخدام السلاح النووي:

يمثل حفظ الأمن والسلم الدوليين، الهدف من إنشاء منظمة الأمم المتحدة، التي قامت بوضع مبادئ يقوم عليها المجتمع الدولي، باعتبارها المنظمة الأكثر تمثيلًا للواقع السياسي الدولي، بموجب ميثاقها الذي ينص على " حماية الأجيال القادمة من ويلات الحروب "[64].

وأرست المنظمة عدة أجهزة يناط بها حفظ الأمن والسلم الدوليين، بما في ذلك الحد من المنافسة نحو التسليح النووي، عبر سياسة نزع السلاح، وقامت بإبرام العديد من المعاهدات لإنشاء ما يعرف بالمناطق الخالية من الأسلحة النووية، ولتوضيح ذلك تستهل الباحثة جهود الجمعية العامة للأمم المتحدة في نقطة أولى، ثم دور مجلس الأمن بالحد من انتشار الاسلحة النووية في نقطة ثانية، وذلك على التفصيل التالي:

1 –جهود الجمعية العامة للأمم المتحدة:

تعد الجمعية العامة للأمم المتحدة منبرًا لتناول كافة القضايا الشائكة التي تهم المجتمع الدولي، ولها دور بارز في مجال القانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لنزع السلاح[65]، وساهمت إلى حد كبير في مجال نزع السلاح النووي، في ظل تراجع دور مجلس الأمن، نتيجة إقدام الدول النووية على اللجوء إلى حق الفيتو[66].

وقامت الجمعية العامة للأمم المتحدة باتخاذ العديد من القرارات المتعلقة بالسلاح النووي، حيث أدانت امتلاك هذه الأسلحة، باعتبارها غير مشروعة، ونادت بنزع السلاح، وحظر التجارب النووية، حيث أصدرت القرار رقم 1653 بتاريخ 24/ 7/ 1961 الذي عد استخدام السلاح النووي انتهاكًا مباشرًا لميثاق الأمم المتحدة، وعدّ هذا الفعل جريمة ضد الجنس البشري[67].

كما عقدت المنظمة العديد من المؤتمرات العلمية، بهدف توجيه الطاقة الذرية لأغراض

سلمية، حيث قامت بدعوة الدول الأعضاء، والوكالات المتخصصة في مجال الطاقة النووية، ومجموعة من الفنيين، وتم عقد مؤتمر جنيف 28 عام 1955م، ولقي هذا المؤتمر نجاحًا كبيرًا[68].

ثم عُقد المؤتمر الثاني في ديسمبر عام 1957م، وأيضًا لاقى نجاحًا مبهرًا وتناول العديد من الموضوعات الجديدة، حيث طالبت الجمعية العامة للأمم المتحدة من اللجنة الاستشارية للمؤتمر أن تعمل كلجنة استشارية علمية للمنظمة.

وأخيرًا تم عقد المؤتمر الثالث في جنيف عام 1964م، وتم تقديم العديد من البحوث العلمية، التي أظهرت أن الطاقة الذرية أخذت في التطور والنمو بشكل كبير وسريع، وأصبح ما ورد في هذه الأبحاث والتقارير من بيانات ومعلومات فنية وعلمية، الأساس الذي بنيت عليه الضمانات المتعلقة بنقل المواد النووية المشعة[69].

وفي أيار 2010، أجمعت 189 دولة على اتفاقية عدم انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968، وقرّرت الجمعية العامة اعتماد تاريخ 26 ايلول من كل عام يومًا عالميًا للتخلص من السلاح النووي. كذلك عقد في آذار 2013 مؤتمر وارسو لبحث الآثار الكارثية للأسلحة النووية على الإنسان والبيئة، لكنّ الدول الخمس الكبرى وإسرائيل تغيّبت عنه.

وفي أكتوبر 2016 صوتت اللجنة الأولى للجمعية العامة للأمم المتحدة "لعقد مؤتمر للأمم المتحدة في عام 2017 للتفاوض بشأن اتفاق ملزم قانونا لحظر الأسلحة النووية، مما سيؤدي إلى القضاء التام عليها". وفي 23 ديسمبر صادقت الجمعية العامة على القرار، حيث أيدت 113 دولة القرار، وعارضته 35 دولة، وامتنعت 13 دولة عن التصويت.[70]

دور مجلس الأمن بالحد من انتشار الاسلحة النووية:

نصت المادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه "رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به الأمم المتحدة سريعًا وفعالًا، يعهد أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في حفظ السلم والأمن الدوليين، ويتفقون على أن هذا المجلس يعمل نائبًا عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه التبعات".

فمجلس الأمن يعد الجهاز الرئيسي بمنظمة الأمم المتحدة والمنوط به حفظ السلم والأمن الدوليين، ولكي يتمكن من أداء دوره، والقيام

بواجباته المنصوص عليها وفق المادة سالفة البيان، تعهد الأعضاء في الأمم المتحدة بقبول أي قرار يتخذه المجلس وفقًا للمادة 25 والعمل على تنفيذها وفقًا للميثاق[71].

وفي إطار دور مجلس الأمن في الحد من انتشار الأسلحة النووية، نجد أنه بدأ منذ عام 1991م، حيث أصدر القرار رقم 687 الخاص بنزع أسلحة الدمار الشامل العراقية، وفقًا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، لتحديد شروط وقف إطلاق النار الرسمي بين العراق والكويت، والدول الأعضاء التي تتعاون مع دولة الكويت.

وتضمن القرار العديد من الأحكام، تشمل تكليف بعض الأجهزة بمتابعة تنفيذ القرار، وتم إنشاء لجنة الأمم المتحدة الخاصة بالرصد والتحقيق والتفتيش، لمراقبة التزام دولة العراق بتدمير أسلحتها، إلا أن ازدواجية المعاملة ظلت واضحة للعيان في كيفية تعامله مع القضايا المختلفة، ففي ظل اهتمام مجلس الأمن ببرنامج العراق النووي، لم يحرك ساكنًا لرصد البرنامج النووي لإسرائيل، رغم كونها من أكبر الدول التي تحوز الأسلحة النووية في الشرق الأوسط[72].

ثم صدرت اللائحة 1540 عن مجلس الأمن عام 2004م، بشأن منع انتشار أسلحة الدمار الشامل، التي تضمنت العديد من التدابير الدولية لمكافحة الإرهاب، وأهمها:

-فرض التزام على كافة الدول الأعضاء بالأمم المتحدة تمتنع بموجبه عن تقديم أي مساعدات للكيانات من غير الدول، في سبيل سعيها لتصنيع الأسلحة النووية، أو استخدام أو نقل أسلحة الدمار الشامل، مع اتخاذ التدابير الفعالة لتوفير الحماية لكل المواد التي تستخدم في تصنيع تلك الأسلحة.

- إنشاء لجنة مجلس الأمن، تضم في عضويتها كافة الدول الأعضاء في المجلس، لمدة لا تتعدى سنتين، يناط بها متابعة التطبيق الفعلي للائحة، ولا يجب تفسير التدابير التي وردت في اللائحة على وجه متعارض مع أحكام اتفاقية منع انتشار الأسلحة النووية[73].

ولقد أثارت اللائحة 1540 العديد من الاستفسارات القانونية، لما لها من انعكاسات على قواعد ومصادر القانون الدولي، حيث تثور أول إشكالية في التساؤل هل أصبح مجلس الأمن مضطلعا بمهمة المشرع الدولي؟

إن القرارات واللوائح الصادرة عن مجلس الأمن، منها القرار 687، واللائحة 1540، وغيرها التي تشترك في وحدة الطبيعة القانونية، أظهرت أزمة الشرعية في القانون الدولي، حيث إن مجلس الأمن وفقًا لهذا الأسلوب، قام باغتصاب إرادة المجموعة الدولية، باعتبار أن اللوائح التي آثارها شكلت اتفاقية دولية، انتهكت حرية التعاقد الدولي، هذا من ناحية[74].

ومن ناحية أخرى، يمكن القول إن ما اتخذه مجلس الأمن من تدابير وإجراءات في مجال عدم انتشار الأسلحة النووية، تأخر كثيرًا، حيث لم تتجسد هذه التدابير إلا بحلول عام 2006م، إثر ظهور الأزمة النووية الإيرانية، والكورية الشمالية[75].

المطلب الثاني الجهود الإقليمية المبذولة لحظر استخدام السلاح النووي:

يمثل الأمن الإقليمي جزءًا من الأمن العالمي، فمسألة ضبط استخدام الأسلحة النووية تتطلب تضافر الجهود الإقليمية، وتكاملها، لتظل دعامة رئيسية للجهود التي يتم بذلها في إطار منظمة الأمم المتحدة، فضلًا عن أن التعاون بين الدول، يمثل خطوة غاية في الأهمية لدفع التعاون لحفظ السلم والأمن الدوليين.

فعلى مستوى القارة الإفريقية – على سبيل المثال – تم في عام 1960م، طرح موضوع إخلاء القارة الإفريقية من الأسلحة النووية عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة، وذلك عقب قيام فرنسا بإجراء تجاربها النووية في منطقة الصحراء[76].

ودفعت معاناة الدول الإفريقية من الآثار السلبية الخطيرة للتجارب النووية، إبرام معاهدة بليندابا بشأن إنشاء منطقة خالية من الأسلحة النووية في إفريقيا، حيث دخلت حيز التنفيذ في الخامس عشر من يوليه عام 2009م، ومن أهم أهدافها[77]:

-حظر استخدام الأراضي في قارة إفريقيا لإجراء التجارب النووية مطلقًا.

- منع صناعة الأسلحة النووية، أو تطويرها.

-حظر القيام بأي نشاط يكون الهدف منه تسهيل أو تشجيع تصنيع الأسلحة النووية.

وفيما يتعلق بالجهود المبذولة في منطقة الشرق الأوسط لحظر استخدام السلاح النووي، باعتبار أن هذه المنطقة تشكل مركزًا للمنازعات، ومن أكبر مستوردي السلاح، مما جعل بعض الدول تقترح جعل المنطقة خالية من أسلحة الدمار الشامل، وتم إدراج هذا المقترح ضمن جدول أعمال الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة 57 للجمعية، وورد

كذلك إنشاء هذه المنطقة في قرار مجلس الأمن رقم 984 لسنة 1995، إلا أن إسرائيل اشترطت أن تكون المبادرة في إطار التفاوض، ورفضت هذه المبادرة[78].

وبغض النظر عن موقف إسرائيل، لاقى هذا الاقتراح قبولًا كبيرًا وصدر بأغلبية 138 دولة، وتضمن تأكيد الجمعية العامة على الآتي[79]:

-إقرار فكرة إنشاء منطقة خالية من السلاح النووي في الشرق الأوسط.

-قيام كافة الأطراف المعنية في منطقة الشرق الأوسط بالإعلان عن نيتها في الامتناع عن صناعة الأسلحة النووية، أو اختبارها أو امتلاكها، أو حيازتها.

-انضمام كافة الأطراف المعنية في منطقة الشرق الأوسط لمعاهدة حظر الانتشار النووي.

-وأخيرًا، عبرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عن أملها في التعاون المثمر لجميع الدول، خاصة نووية التسليح، بهدف تنفيذ هذا القرار.

وكذلك على مستوى قارة آسيا، والجهود المبذولة لحظر استخدام السلاح النووي، والحد من انتشاره، فقد تم إبرام العديد من المعاهدات الخاصة بإنشاء منطقة خالية من الأسلحة النووية، منها معاهدة بانكوك عام 1995م، التي بموجبها تم الزام الأطراف بحظر حيازة واستخدام الأسلحة النووية، أو اختبارها، أو نقلها، وأنشئت آلية لرقابة تنفيذ ذلك[80].

وبموجب معاهدة (سيمبالاتينسك)، التي تم إبرامها عام 2006م، تم إخلاء منطقة آسيا الوسطى من الأسلحة النووية[81].

ولم تتخلف قارة أوروبا عن بذل الجهود في إطار حظر استخدام السلاح النووي، باعتبارها مركزًا لأحداث الحرب العالمية الأولى والثانية، مما كان له بالغ الأثر عليها، وزادت المساعي للاهتمام بالحفاظ على السلم والأمن الدوليين.

وكانت البداية عام 1973م، بالعمل على إحداث توازن بين حلف وارسو وحلف الأطلسي، اعقبه إبرام اتفاقية عام 1990م، بشأن القوى المسلحة، وتم دعمها باتفاقية القوات المسلحة التقليدية بأوروبا عام 1992م، التي قسمت أوروبا إلى خمس مناطق، تحدد مستوى التسليح لكل منها، ثم تم إبرام اتفاقية مراجعة وتقليص الأسلحة، بفيينا عام 1997م[82].

ونظرًا لعدم التزام روسيا بهذه الاتفاقية، في ظل الأحداث التي وقعت في دولة الشيشان، تم إبرام

اتفاقية جديدة عام 1999م، التي حرصت على أمن روسيا، وتم مراجعة تواجد قواتها في منطقة القوقاز، وأعلنت روسيا في عام 2001م، تقليص قواتها وامتثالها للالتزامات المفروضة عليها بموجب الاتفاقية، وتعهدت بخفض أسلحتها في جورجيا[83].

الخاتمة:

يمثل استخدام الأسلحة النووية فعلًا غير مشروعا، وفقًا لأحكام القانون الدولي الإنساني، لما يمثله ذلك من انتهاك للمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، كالحق في الحياة، بالإضافة لكونه يتعارض مع مبدأ التمييز بين العسكريين والمدنيين.

كما أن مضمون ما توصلت إليه محكمة العدل الدولية، في رأيها الاستشاري عام 1996م، خاصة في قولها أن استخدام القوة عن طريق استخدام الأسلحة النووية، أو التهديد باستخدامها، يخالف نص المادة 2/ 4 من ميثاق الأمم المتحدة، عبر عما عجزت النطق به.

واللجوء إلى استخدام الأسلحة النووية بشكل عشوائي يتهك القواعد الآمرة في القانون الدولي الإنساني، التي لا يجوز الإخلال بها، أو الاتفاق على مخالفتها، ويعد استعمال هذه الأسلحة من قبيل جرائم إبادة الجنس البشري.

ولقد توصلت الباحثة من خلال هذه البحث إلى العديد من الاستنتاجات والتوصيات التي تتمثل في الآتي:

أولًا: الاستنتاجات

1 –إن اللجوء إلى استعمال الأسلحة النووية يمثل انتهاكا لكافة المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، حيث ينتهك الحق في الحياة، باعتباره حقا أساسيا يتسم بالطبيعة الآمرة، ويتعارض مع مبدأ التمييز بين العسكريين والمقاتلين، ويعتبر كلاهما سواء، فطبيعة الإشعاع التدميرية التي لا تميز بين مقاتل ومدني، ويستحيل تحييدها في مكان معين.

2 –ان استخدام الأسلحة النووية يمثل انتهاكا سافرا لقواعد حماية البيئة، لما يسببه من أضرار عشوائية الأثر، وطويلة الأمد، التي ربما تميزه عن بقية الأضرار البيئية المعتادة، فهو ضرر لا يعتد بالحدود الجغرافية و السياسية، خاصة إذا ما لاحظنا أن جل الدول المالكة لهذه التكنولوجيا تقوم بإجراء تجارب خارج حدودها إما في أعالي البحار أو مستعمراتها في وقت مضى، يضاف لذلك طول مدة الضرر الذي تخلفه هذه النشاطات النووية و الذي قد يمتد لأجيال عديدة متعاقبة.

3-سعت الدول للحد من انتشار و تصنيع و تطوير السلاح النووي و خلق مناطق خالية من السلاح النووي، ولعل اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968 خير دليل على ذلك، مع الإشارة هنا أن ما يؤخذ على هذه المعاهدة هو أنها تفرض التزامات فقط على الدول غير المالكة لسلاح النووي، لتبقى العائلة النووية تمارس بعض النشاطات النووية خاصة التفجيرات النووية السلمية باعتبار أن المعاهدة التي تحظر مثل هذه التفجيرات لم تدخل حيز النفاذ بعد.

ثانيًا: التوصيات

1-يجب اعتبار اللجوء إلى استخدام الأسلحة النووية من قبيل جرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو ما يفرض على الدول المناهضة لهذا النوع من الأسلحة التدميرية العمل الجماعي وبجد لاتخاذ خطوات جدية لتعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وإدراج استخدام الأسلحة النووية ضمن جرائم الحرب.

2-العمل على وضع خطة عمل تشاركية مدروسة يكون فيها الدور البارز للدول النووية وفق معايير موحدة عادلة لوقف ومنع انتشار الأسلحة النووية، بشكل تكون فيه الدول متساوية في الحقوق وتحمل الالتزامات، مع تعهد و إلزام الدول النووية بعدم التهديد بالاعتداء بالقوة على الدول الغير مالكة للسلاح النووي لأن ذلك يعد محفزا لها لامتلاك هذا السلاح.

3-العمل على تعزيز "معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968، فمع مرور 50 عامًا عليها، تُعدُّ هذه المعاهدة الأهم في تاريخ نزع التسلّح النووي، ولكن هناك دولًا مهمة لا تزال خارج الاتفاقية لأنها لم توقع عليها، ويعتبر مؤتمر مراجعة المعاهدة لعام 2020، الذي أُرجئ عقده بسبب فيروس كورونا المستجدّ إلى عام 2021، فرصة مهمة لإنعاش أجندة نزع السلاح المتعدّد الأطراف وبحث عدم إحراز تقدّم في تنفيذ الالتزامات التي جرى عام 2010 التعهّد بتنفيذها.

4-وجوب تحديد أطر قانونية وطنية تستقي أحكامها من الأطر القانونية الدولية كمعاهدة منع انتشار الاسلحة النووية لعام 1968، وذلك لبقاء تطبيقات الطاقة النووية بعد امتلاك الحق بها وممارسته من قبل الدولة في نطاقه السلمي.

●قائمة المراجع:

1-عمار، عبد الله حبيب (2009م)، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة الوصية لدراسات القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، العدد2، ص 77.

2- أبو الوفا، أحمد (2011م)، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، ج2، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 164.

3بيك، لويز دوسوالد (2000م)، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية واستخدامها، العدد الخامس والخمسيون من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 47.

4الفولي، حنان أحمد، (2005)،الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية واستخدامها، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق، بجامعة القاهرة، 367.

5خيمر، عبد العزيز عبد الهادي (2003م)، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، دراسة حول الرأيين الاستشاريين لمحكمة العدل الدولية، منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 60، ص 127.

6علتم، حازم (2001م)، مشروعية الأسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية سنة 1996م، تم نشره في كتاب دراسات في القانون الدولي المعاصر، للدكتور مفيد شهاب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دار المستقبل العربي، ص 359

7دمج، أسامة (2007م)، من له الحق باستخدام السلاح النووي، بحث منشور بمجلة الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 40، ص 34.

8الحسني، زهير (2009م)، مشاكل الأنسنة في القانون الدولي الإنساني، العدد 2، من مجلة الوصية لدراسة القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، ص 60.

9الزمالي، عامر (2005م)، التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين، وصلتها بالنظام الأساسي للمحكمة الدولية، تم نشره في كتاب المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، بجامعة دمشق، واللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص 20.

10- سمير، شوقي (2007م)، محكمة العدل الدولية والقانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 88.

11- الجندي، غسان (2001م)، الوضع القانوني للأسلحة النووية، ط2، الأردن، دار وائل للنشر، عمان، ص 115.

12- محمود، حجازي محمود (2006م)، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، مصر، مطبعة العشري، القاهرة، ص 31.

13- رضا، بيومي عمر (2001م)، أسلحة الدمار الشامل العراقية، دراسة في ضوء الآثار القانونية والسياسية والاستراتيجية لحرب الخليج الثانية، مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 103.

14- هارفي، فرانك (2004م)، عودة المستقبل—التنافس النووي ونظرية الردع واستقرار الأزمات بعد الحرب

الباردة، مجموعة دراسات مترجمة متسلسلة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، بأبو ظبي، ط 12، ص 9.

15- نعمان، محمد عبد الله محمد (2002م)، ضمانات استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، دراسة قانونية في ضوء قواعد الوثائق الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير، بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 75.

16- الفولي، حنان أحمد، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية واستخدامها، المصدر السابق، ص 155.

17- سلامة، مصطفى (2010م)، التفجيرات النووية للهند وباكستان، بحث منشور بمجلة الحقوق القانونية والاقتصادية، مصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 18.

18- الشمري أسعد حمود و الجاغوب أمحاسن، (2019) الحق في امتلاك الطاقة النووية بين القوة والقدرة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد،46العدد 1 أص499 – 500

19-منصوري، عماد (2001م)، الطاقة النووية بين المخاطر والاستعمالات السلمية، ط2، الجزائر، المركز الوطني للدراسات والبحث في الحركة الوطنية، ص 80.

20- Dominique loye and robin Coup land(2008): who will assist the victims of use of nuclear ,radiological ,biological or chemical weapons-and how? Catastrophic events ,volume 90 ,international Review of the red cross p99. ,number 886

21- قنديل، سعيد السيد (2005م)، آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، مصر، ط2، دار الجماعة الجديدة للنشر، القاهرة، ص 152.

22- مخيمر، عبد العزيز عبد الهادي، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، دراسة حول الرأيين الاستشاريين لمحكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 160.

23- بيك، لويز دوسوالد، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية واستخدامها، المصدر السابق، ص 51.

24- محمود، حجازي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، المصدر السابق، ص 89.

25- صفوت، نعمات محمد (2010م)، فعالية الحماية الدولية من أضرار الاستخدامات السلمية للطاقة النووية، أطروحة نيل درجة الدكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 156.

26- الغول، أيمن فضل (2003م)، المسؤولية الجنائية لمشغل المنشأة النووية عن إخلاله بتوفير اشتراطات الوقاية والأمان النووي في التشريع المصري، أطروحة لنيل درجة الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص 147.

27- قنديل، سعيد السيد، آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، المصدر السابق، ص 157.

28- Elli Louka(2007): Environmental Law fairness ,Ness and world order Effective Cambridge Universty press,p78.

29- بنونة، محمد خيري (2003م)، القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 111.

30- الفولي، حنان أحمد، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية واستخدامها، المصدر السابق، ص 185.

31- العجمي، ثقل سعد(2004)، سلمية الطاقة النووية وقواعد القانون الدولي العام –إشارة للأزمة النووية الإيرانية الحالية، بحث منشور بمجلة الحقوق، الكويت، العدد 21، ص 52.

32- عمار، عبد الله حبيب، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، المصدر السابق، ص 79.

33- Philippe sands (2016): Principals of international Environmental Law.Cambridge Universty press,p63.

34- ناتوري كريم، (2015م)، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ملتقى القانون الدولي الإنساني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 6.

35- http://www.un.org/arabic/document/GADocs/56/A-56-13.

36- شوقي سمير، (2007م)، محكمة العدل الدولي والقانون الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، ص 3.

37- بويحي جمال، (2008م)، المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتوجهات الجديدة لتكوين قواعد القانون الدولي العام، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ص 101.

38- بلقاسم، أحمد (2006م)، القضاء الدولي، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، ص 139.

39- ناتوري، كريم، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 58.

40- انظر المادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

41- الجندي، غسان، الوضع القانوني للأسلحة النووية، المصدر السابق، ص 125.

42- إسماعيل، صبري مقلد (2000م)، الاستراتيجية والسياسة الدولية –المفاهيم والحقائق الأساسية، ط3، لبنان، مؤسسة الأبحاث العربية، بيروت، ص 345.

43- بنونة، محمد خيري، القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية، المصدر السابق، ص 115..

44- الجندي، غسان، الوضع القانوني للأسلحة النووية، المصدر السابق، ص 51.

45- هيسكازو، فوجيتا (2001م)، تعليقات على الفتوى التي أصدرتها محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية الأسلحة النووية، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 57.

46- كوندوريلي، لويجي (2001م)، محكمة العدل الدولية ترزخ تحت حمل الأسلحة النووية أليس القانون من اختصاص المحكمة؟ بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 20.

47- محمود، حجازي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، المصدر السابق، ص 35

48- مخيمر، عبد العزيز عبد الهادي، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، دراسة حول الرأيين الاستشاريين لمحكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 168.

49- علتم، حازم، مشروعية الأسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية سنة 1996م، المصدر السابق، ص 354.

50- غرينود، كريستوفر (2000م)، فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الأسلحة النووية والاسهام في القانون الدولي الإنساني، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 76.

51- دمج، أسامة، من له الحق باستخدام السلاح النووي، مصدر سابق، ص 35.

52- شوقي، سمير، محكمة العدل الدولي والقانون الإنساني، المصدر السابق، ص 64.

53- بلوح رضا، (2003م)، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية على ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في 8 جويلية 1996م، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة الجزائر، ص 35.

54- زايدي ورديـة، (2013م)، استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية والسلمية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ص22.

55- نور، محمد (2017)، القدرة النووية وتأثيرها على عملية صنع القرار في السياسة الخارجية: دراسة حالة "إيران – إسرائيل"، المركز الديمقراطي العربي، 14. يونيو 2017.

56- العبودي، عبد الكاظم، (2002م)، التجارب النووية الفرنسية ومخاطر التلوث الإشعاعي على الصحة والبيئة في المدى القريب والبعيد، تم نشره في كتاب التجارب النووية الفرنسية في الجزائر، بالمركز الوطني للدراسات والبحث، الجزائر، ص 136.

57- دافيد، إيريك، (2000م) فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 55.

58- بلوح، رضا، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية على ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في 8 جويلية 1996م، المصدر السابق، ص 44.

59- شوقي، سمير، محكمة العدل الدولي والقانون الإنساني، المصدر السابق، ص 85.

60- بيك، لويز دوسوالد، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية واستخدامها، المصدر السابق، ص 30.

61- ناتوري، كريم، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 5.

62- زايدي، وردية، استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية والسلمية، مصدر سابق، ص29.

63- بوادي، حسنين المحمدي (2008م)، الإرهاب النووي "لغة الدمار"، مصر، ط2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص 119.

64- ناصري، مريم (2014م)، الاختصاص العالمي ودوره في إضفاء الفاعلية على قواعد القانون الدولي الإنساني، بحث مقدم للملتقى الوطني حول آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني بين النص والممارسة، جامعة بجاية، ص 14.

65- انظر المادة 11 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة.

66- خليفاتي عمر، (2001م)، منظمة الأمم المتحدة ونزع السلاح، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 16.

67- ناتوري، كريم، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 85.

68- بوقندورة، سعاد (2011م)، الحد من الأسلحة النووية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ص 110.

69- مسعودي حسين، (2001م)، استراتيجية الأمم المتحدة في العلاقات الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولي، كلية الحقوق، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 143.

70- محمود أحمد إبراهيم، البرنامج النووي الإيراني: بين الدوافع العسكرية والتطبيقات السلمية، موقع البنية، تاريخ النشر 28 مارس 2017م، متاح على http://www.albainah.net/Index.aspx?function=Item&id=14298&lang

71- حيدر، حاج حسين (2008م)، دور منظمة الأمم المتحدة في ظل النظام العالمي الجديد، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 27.

72- عجمي، نادر (2017)، مشروعية السلاح النووي بين القانون الدولي والعلاقات الدولية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 439.

73- UN resolution Taking forward multilateral disarmament negotiations proposed by Austria ،Mexico and Norway at: www.reachingcriticalwill.org/political/Icom 11/res/l21rev1.

74- بن عبيد، إخلاص (2010م)، آليات مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون دولي إنساني، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 113.

75- ابو رشيد، أسامة،(2017) خلفيات التصعيد الامريكي الكوري شمالي و افاقه، المركز العربي للأبحاث و الدراسات، اكتوبر 2017.

76- weapons of terror: freeing the world of Nuclear. Biological and chemical arms،"commission on weapons of mass destruction at: http://www.blixassociates.com/wp-content/uploads/2012.

77- عبد الوهاب، شيتر (2011م)، المسؤولية الدولية عن الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، ضمن أحكام ميثاق الأمم المتحدة، بحث تم نشره في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني بكلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد 22، دار الهدى، ص 24.

78- كنان، جميلة، وأخرون (2014م)، الواقع الدولي لاستخدام الأسلحة في النزاعات المسلحة –آفاق وإخفاقات، أطروحة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 4.

79- رزقين، عبد القادر،(2015م)، تنفيذ الجهود الدولية للحد من انتشار الأسلحة النووية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقاي بتلمساني.

80- عبد الكريم، مصطفى قصي (2011م)، مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص 223..

81- بوقندورة، سعاد، الحد من الأسلحة النووية، المصدر السابق، ص 112.

82- حداد، فادي (2005م)، الحد من الأسلحة في أوروبا، كتاب التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي، معهد استوكهولم لأبحاث السلام، لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ص 169.

83- خلفان كريم، (2008م)، دور مجلس الأمن في مجال القانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 195.

المراجع اللغة العربية:

الكتب:

1. بلعمري، محمد (2001م)، تأثير التفجير النووي على الإنسان والبيئة، بحث تم نشره في كتاب التجارب النووية الفرنسية في الجزائر، المركز الوطني للدراسات، بالجزائر.

2. بلقاسم، أحمد (2006م)، القضاء الدولي، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع.

3. بنونة، محمد خيري (2003م)، القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.

4. بوادي، حسنين المحمدي (2008م)، الإرهاب النووي "لغة الدمار"، مصر، ط2، دار الفكر الجامعي، القاهرة.

5. الجندي، غسان (2001م)، الوضع القانوني للأسلحة النووية، ط2، الأردن، دار وائل للنشر، عمان.

6. حاج حسين، حيدر، (2008م)، دور منظمة الأمم المتحدة في ظل النظام العالمي الجديد، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر.

7. حداد، فادي (2005م)، الحد من الأسلحة في أوروبا، كتاب التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي، معهد استوكهولم لأبحاث السلام، لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت.

8. الحسني، زهير (2009م)، مشاكل الأنسنة في القانون الدولي الإنساني، العدد 2، من مجلة الوصية لدراسة القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية.

9.رضا، بيومي عمر (2001م)، أسلحة الدمار الشامل العراقية، دراسة في ضوء الآثار القانونية والسياسية والاستراتيجية لحرب الخليج الثانية، مصر، دار النهضة العربية، القاهرة.

10.الزمالي، عامر (2005م)، التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين، وصلتها بالنظام الأساسي للمحكمة الدولية، تم نشره في كتاب المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، بجامعة دمشق، واللجنة الدولية للصليب الأحمر.

11.صبري مقلد، إسماعيل، (2000م)، الاستراتيجية والسياسة الدولية –المفاهيم والحقائق الأساسية، ط3، لبنان، مؤسسة الأبحاث العربية، بيروت.

12.عبد الوهاب، شيتر (2011م)، المسؤولية الدولية عن الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، ضمن أحكام ميثاق الأمم المتحدة، بحث تم نشره في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني بكلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد 22، دار الهدى.

13.العبودي،عبد الكاظم، (2002م)، التجارب النووية الفرنسية ومخاطر التلوث الإشعاعي على الصحة والبيئة في المدى القريب والبعيد، تم نشره في كتاب التجارب النووية الفرنسية في الجزائر، بالمركز الوطني للدراسات والبحث، الجزائر.

14.عجمي، نادر (2017م)، مشروعية السلاح النووي بين القانون الدولي والعلاقات الدولية،– ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 439.

15.علتم، حازم (2001م)، مشروعية الأسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية سنة 1996م، تم نشره في كتاب دراسات في القانون الدولي المعاصر، للدكتور مفيد شهاب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دار المستقبل العربي

16.فاضل، سمير محمد (2001م)، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم، مصر، دار النهضة العربية، القاهرة.

17.قنديل، سعيد السيد (2005م)، آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، مصر، ط2، دار الجماعة الجديدة للنشر، القاهرة.

18.متولي، رجب عبد المنعم (2007م)، الحماية الدولية للمقاتلين أثناء النزاعات الدولية المسلحة، ط2، مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 16.

19.محمد، عبد السلام (2004م)، المناطق الخالية من الأسلحة النووية، ط3، مصر، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة..

20.محمود، حجازي محمود (2006م)، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، مصر، مطبعة العشري، القاهرة.

21.منصوري، عماد (2001م)، الطاقة النووية بين المخاطر والاستعمالات السلمية، ط2، الجزائر، المركز الوطني للدراسات والبحث في الحركة الوطنية.

22.ناتوري،كريم، (2015م)، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ملتقى القانون الدولي الإنساني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

23.ناصري، مريم (2014م)، الاختصاص العالمي ودوره في إضفاء الفاعلية على قواعد القانون الدولي الإنساني، بحث مقدم للملتقى الوطني حول آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني بين النص والممارسة، جامعة بجاية.

24.هارفي، فرانك (2004م)، عودة المستقبل–التنافس النووي ونظرية الردع واستقرار الأزمات بعد الحرب الباردة، مجموعة دراسات مترجمة متسلسلة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، بأبو ظبي، ط 12.

●الرسائل العلمية (الماجستير – الدكتوراه):

1-بلوح رضا، (2003م)، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية على ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في 8 جويلية 1996م، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة الجزائر.

2-بن عبيد، إخلاص (2010م)، آليات مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون دولي إنساني، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

3-بوقندورة، سعاد (2011م)، الحد من الأسلحة النووية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة.

4-جمال، بويحي (2008م)، المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتوجهات الجديدة لتكوين قواعد القانون الدولي العام، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر.

5-خلفان، كريم، (2008م)، دور مجلس الأمن في مجال القانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو.

6-خليفاتي، عمر، (2001م)، منظمة الأمم المتحدة ونزع السلاح، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو.

7-رزقين، عبد القادر،(2015م)، تنفيذ الجهود الدولية للحد من انتشار الأسلحة النووية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقاي بتلمساني.

8- يزايدي، وردية، (2013م)، استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية والسلمية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر.

9-شوقي، سمير، (2007م)، محكمة العدل الدولي والقانون الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر.

10-صفوت، نعمات محمد (2010م)، فعالية الحماية الدولية من أضرار الاستخدامات السلمية للطاقة النووية، أطروحة نيل درجة الدكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة.

11-عبد الكريم، مصطفى قصي (2011م)، مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

12-الغول، أيمن فضل (2003م)، المسؤولية الجنائية لمشغل المنشأة النووية عن إخلاله بتوفير اشتراطات الوقاية

والأمان النووي في التشريع المصري، أطروحة لنيل درجة الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.

13- الفولي، حنان أحمد (2005م)، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية واستخدامها، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق، بجامعة القاهرة.

14- كنان، جميلة، وآخرون (2014م)، الواقع الدولي لاستخدام الأسلحة في النزاعات المسلحة – آفاق وإخفاقات، أطروحة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية.

15- مسعودي، حسين (2001م)، إستراتيجية الأمم المتحدة في العلاقات الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، بالجزائر.

16- مسعودي، حسين، (2001م)، استراتيجية الأمم المتحدة في العلاقات الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولي، كلية الحقوق، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو.

17- نعمان، محمد عبد الله محمد (2002م)، ضمانات استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، دراسة قانونية في ضوء قواعد الوثائق الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير، بكلية الحقوق، جامعة القاهرة.

● الأبحاث العلمية المنشورة

1- الشمري سعد حمود و الجاغوب المحاسن، (2019) الحق في امتلاك الطاقة النووية بين القوة والقدرة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد، 46 العدد 1.

2- أبو الوفا، أحمد (2011م)، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنين خلال النزاعات المسلحة، ج2، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

3- ابو رشيد، أسامة، (2017) خلفيات التصعيد الامريكي الكوري شمالي و افاقه، المركز العربي للابحاث و الدراسات، اكتوبر 2017.

4- بيك، لويز دوسوالد (2000م)، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية واستخدامها، العدد الخامس والخمسيون من المجلة الدولية للصليب الأحمر.

5- دافيد، إيريك (2000) فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر.

6- دمج، أسامة (2007م)، من له الحق باستخدام السلاح النووي، بحث منشور بمجلة الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 40.

7- سلامة، مصطفى (2010م)، التفجيرات النووية للهند وباكستان، بحث منشور بمجلة الحقوق القانونية والاقتصادية، مصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

8- العجمي، ثقل سعد (2004م)، سلمية الطاقة النووية وقواعد القانون الدولي العام – إشارة للأزمة النووية الإيرانية الحالية، بحث منشور بمجلة الحقوق، الكويت، العدد 21.

9- عمار، عبد الله حبيب (2009م)، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة الوصية لدراسات القانون الدولي الإنساني والشريعة

الإسلامية، العدد2الفقرة (ب) من المادة رقم 135 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

10 – غرينود، كريستوفر (2000م)، فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الأسلحة النووية والاسهام في القانون الدولي الإنساني، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر.

11 – كوندوريلي، لويجي (2001م)، محكمة العدل الدولية ترزخ تحت حمل الأسلحة النووية أليس القانون من اختصاص المحكمة؟ بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر.

12 – مخيمر، عبد العزيز عبد الهادي (2003م)، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، دراسة حول الرأيين الاستشاريين لمحكمة العدل الدولية، منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 60.

13 – نور، محمد (2017)، القدرة النووية وتأثيرها على عملية صنع القرار في السياسة الخارجية: دراسة حالة "إيران – إسرائيل"، المركز الديمقراطي العربي، 14. يونيو 2017.

14 – هيسكازو، فوجيتا (2001م)، تعليقات على الفتوى التي أصدرتها محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية الأسلحة النووية، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر.

اللغة الإنجليزية

1. Dominique loye and robin Coup land(2008): who will assist the victims of Catastrophic events international Review of the red cross ,volume 90 ,number 886.
2. Elli Louka(2007): Environmental Law fairness ,Effective Ness and world order ,Cambridge University press.
3. Philippe sands(2016): Principals of international Environmental Law ,Cambridge University press.

مواقع الإنترنت

1.http://www.un.org/arabic/document/GADocs/56/A-56-13.
2.www.reachingcriticalwill.org/political/I com 11/RES/l21r.
3.http://www.blixassociates.com/wp-content/uploads/2012.
4.http://www.albainah.net/Index.aspx?function=Item&id=1429&lang

الهوامش:

1 – عمار، عبد الله حبيب (2009م)، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، بحث منشور في مجلة الوصية لدراسات القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، العدد2، ص 77.

2 – أبو الوفا، أحمد (2011م)، القانون الدولي الإنساني وحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، ج2، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 164.

3 – بيك، لويز دوسوالد (2000م)، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية واستخدامها، العدد الخامس والخمسيون من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 47.

4 – الفولي، حنان أحمد، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية واستخدامها،، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق، بجامعة القاهرة، 367..

5 – مخيمر، عبد العزيز عبد الهادي (2003م)، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، دراسة حول الرأيين الاستشاريين لمحكمة العدل الدولية، منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 60، ص 127.

6 – علتم، حازم (2001م)، مشروعية الأسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية سنة 1996م، تم نشره في كتاب دراسات في القانون الدولي المعاصر، للدكتور مفيد شهاب، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، دار المستقبل العربي، ص 359

7 – دمج، أسامة (2007م)، من له الحق باستخدام السلاح النووي، بحث منشور بمجلة الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 40، ص 34.

8 – الحسني، زهير (2009م)، مشاكل الأنسنة في القانون الدولي الإنساني، العدد 2، من مجلة الوصية لدراسة القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، ص 60.

9 – الزمالي، عامر (2005م)، التفرقة بين المقاتلين وغير المقاتلين، وصلتها بالنظام الأساسي للمحكمة الدولية، تم نشره في كتاب المحكمة الجنائية الدولية وتوسيع نطاق القانون الدولي الإنساني، بجامعة دمشق، واللجنة الدولية للصليب الأحمر، ص 20.

10 – سمير، شوقي (2007م)، محكمة العدل الدولية والقانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، ص 88.

11 – الجندي، غسان (2001م)، الوضع القانوني للأسلحة النووية، ط2، الأردن، دار وائل للنشر، عمان، ص 115.

12 – محمود، حجازي محمود (2006م)، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، مصر، مطبعة العشري، القاهرة، ص 31.

13 – رضا، بيومي عمر (2001م)، أسلحة الدمار الشامل العراقية، دراسة في ضوء الآثار القانونية والسياسية والاستراتيجية لحرب الخليج الثانية، مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 103.

14 – هارفي، فرانك (2004م)، عودة المستقبل – التنافس النووي ونظرية الردع واستقرار الأزمات بعد الحرب الباردة، مجموعة دراسات مترجمة متسلسلة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، بأبو ظبي، ط 12، ص 9.

15 – نعمان، محمد عبد الله محمد (2002م)، ضمانات استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، دراسة قانونية في ضوء قواعد الوثائق الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير، بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 75.

16 – الفولي، حنان أحمد، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية واستخدامها، المصدر السابق، ص 155.

17 – سلامة، مصطفى (2010م)، التفجيرات النووية للهند وباكستان، بحث منشور بمجلة الحقوق القانونية والاقتصادية، مصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 18.

18 – الشمري، سعد حمود، والجاغوب، محاسن (2019)، الحق في امتلاك الطاقة النووية بين القوة والقدرة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد46، العدد1 ، ص499 – 505.

19 – منصوري، عماد (2001م)، الطاقة النووية بين المخاطر والاستعمالات السلمية، ط2، الجزائر، المركز الوطني للدراسات والبحث في الحركة الوطنية، ص 80.

20 - Dominique loye and robin Coup land: who will assist the victims of use of nuclear ,radiological ,biological or chemical weapons-and how? Catastrophic events، international Review of the red cross ,volume 90، number 886 ,2008,p 99.

21 – قنديل، سعيد السيد (2005م)، آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، مصر، ط2، دار الجماعة الجديدة للنشر، القاهرة، ص 152.

22 – مخيمر، عبد العزيز عبد الهادي، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، دراسة حول الرأيين الاستشاريين لمحكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 160.

23 – بيك، لويز دوسوالد، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية وأستخدامها، المصدر السابق، ص 51.

24 – محمود، حجازي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، المصدر السابق، ص 89.

25 – صفوت، نعمات محمد (2010م)، فعالية الحماية الدولية من أضرار الاستخدامات السلمية للطاقة النووية، أطروحة نيل درجة الدكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، ص 156.

26 – الغول، أيمن فضل (2003م)، المسؤولية الجنائية لمشغل المنشأة النووية عن إخلاله بتوفير اشتراطات الوقاية والأمان النووي في التشريع المصري، أطروحة لنيل درجة الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص 147.

27 – قنديل، سعيد السيد، آليات تعويض الأضرار البيئية، دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، المصدر السابق، ص 157.

28 - Elli Louka: Environmental Law fairness ,Effective Ness and world order ,Cambridge University press ,2007، p78.

29 – بنونة، محمد خيري (2003م)، القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 111.

30 – الفولي، حنان أحمد، الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد باستخدام الأسلحة النووية واستخدامها، المصدر السابق، ص 185.

31 – العجمي، ثقل سعد (2004)، سلمية الطاقة النووية وقواعد القانون الدولي العام – إشارة للأزمة النووية الإيرانية الحالية، بحث منشور بمجلة الحقوق، الكويت، العدد 21، ص52.

32 – عمار، عبد الله حبيب، العلاقة بين القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان، المصدر السابق، ص 79.

33 - Philippe sands(2016): Principals of international Environmental Law ,Cambridge University press,p63.

34 – ناتوري كريم، (2015م)، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ملتقى القانون الدولي الإنساني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 6.

35 -ttp://www.un.org/arabic/document/GADocs/56/A-56-13.

36 – شوقي سمير، (2007م)، محكمة العدل الدولي والقانون الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، ص 3.

37 – بويحي جمال، (2008م)، المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتوجهات الجديدة لتكوين قواعد القانون الدولي العام، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ص 101.

38 – بلقاسم، أحمد (2006م)، القضاء الدولي، الجزائر، دار هومة للنشر والتوزيع، ص 139.

39 – ناتوري، كريم، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 58.

40 – انظر المادة 41 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

41 – الجندي، غسان، الوضع القانوني للأسلحة النووية، المصدر السابق، ص 125.

42 – إسماعيل، صبري مقلد (2000م)، الاستراتيجية والسياسة الدولية – المفاهيم والحقائق الأساسية، ط3، لبنان، مؤسسة الأبحاث العربية، بيروت، ص 345.

43 – بنونة، محمد خيري، القانون الدولي واستخدام الطاقة النووية، المصدر السابق، ص 115..

44 – الجندي، غسان، الوضع القانوني للأسلحة النووية، المصدر السابق، ص 51.

45 –... "نصت الفقرة 105/ 2 من الرأي الاستشاري "فإن استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية من شأنه أن يخالف عموما قواعد القانون الدولي الانساني...غير أن بالنظر إلى الحالة الراهنة للقانون الدولي والوقائع التي تحت تصرف المحكمة، لا يسع المحكمة أن تستنتج بصورة قاطعة ما إذا كان استخدام... يكون مشروعا أو غير مشروع في حالة قصوى للدفاع عن النفس، يكون فيها بقاء الدولة نفسه مهددا، وللاطلاع على الرأي الاستشاري بشان الاسلحة النووية كاملا، راجع: هيسكازو، فوجيتا (2001م)، تعليقات على الفتوى التي أصدرتها محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية الأسلحة النووية، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص57.

46 – كوندوريلي، لويجي (2001م)، محكمة العدل الدولية ترزخ تحت حمل الأسلحة النووية أليس القانون من اختصاص المحكمة؟ بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 20.

47 – محمود، حجازي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، المصدر السابق، ص 35.

48 – مخيمر، عبد العزيز عبد الهادي، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية في نزاع مسلح، دراسة حول الرأيين الاستشاريين لمحكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 168.

49 – علتم، حازم، مشروعية الأسلحة النووية في ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية سنة 1996م، المصدر السابق، ص 354.

50 – غرينود، كريستوفر (2000م)، فتوى محكمة العدل الدولية بشأن الأسلحة النووية والاسهام في القانون الدولي الإنساني، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 76.

51 – دمج، أسامة، من له الحق باستخدام السلاح النووي، مصدر سابق، ص 35.

52 – شوقي، سمير، محكمة العدل الدولي والقانون الإنساني، المصدر السابق، ص 64.

53 – بلوح رضا، (2003م)، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية على ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في 8 جويلية 1996م، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة الجزائر، ص 35.

54 – زايدي وردية، (2013م)، استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية والسلمية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ص22.

55 – نور، محمد (2017)، القدرة النووية وتأثيرها على عملية صنع القرار في السياسة الخارجية: دراسة حالة "إيران – إسرائيل"، المركز الديمقراطي العربي، 14. يونيو 2017.

56 – العبودي، عبد الكاظم، (2002م)، التجارب النووية الفرنسية ومخاطر التلوث الإشعاعي على الصحة والبيئة في المدى القريب والبعيد، تم نشره في كتاب التجارب النووية الفرنسية في الجزائر، بالمركز الوطني للدراسات والبحث، الجزائر، ص 136.

57 – دافيد، إيريك، (2000) فتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية استخدام الأسلحة النووية، بحث منشور بالعدد 55 من المجلة الدولية للصليب الأحمر، ص 55.

58 – بلوح، رضا، مشروعية التهديد أو استخدام الأسلحة النووية على ضوء الرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية في 8 جويلية 1996م، المصدر السابق، ص44.

59 – شوقي، سمير، محكمة العدل الدولي والقانون الإنساني، المصدر السابق، ص 85.

60 – بيك، لويز دوسوالد، القانون الدولي الإنساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالأسلحة النووية واستخدامها، المصدر السابق، ص 130.

61 – ناتوري، كريم، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 5.

62 – زايدي، وردية، استخدام الطاقة الذرية للأغراض العسكرية والسلمية، مصدر سابق، ص29.

63 – بوادي، حسنين المحمدي (2008م)، الإرهاب النووي "لغة الدمار"، مصر، ط2، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ص 119.

64 – ناصري، مريم (2014م)، الاختصاص العالمي ودوره في إضفاء الفاعلية على قواعد القانون الدولي الإنساني، بحث مقدم للملتقى الوطني حول آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني بين النص والممارسة، جامعة بجاية، ص 14.

65 – انظر المادة 11 من ميثاق هيئة الأمم المتحدة.

66 – خليفاتي عمر، (2001م)، منظمة الأمم المتحدة ونزع السلاح، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 16.

67 – ناتوري، كريم، القانون الإنساني والأسلحة النووية في منظور محكمة العدل الدولية، المصدر السابق، ص 85.

68 – بوقندورة، سعاد (2011م)، الحد من الأسلحة النووية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في العلاقات الدولية وقانون المنظمات الدولية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ص 110.

69 – مسعودي حسين، (2001م)، استراتيجية الأمم المتحدة في العلاقات الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولي، كلية الحقوق، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 143.

(70)محمود أحمد إبراهيم، البرنامج النووي الإيراني: بين الدوافع العسكرية والتطبيقات السلمية، موقع البنية، تاريخ النشر 28مارس 2017م،متاح على http://www.albainah.net/Index.aspx?function=Item&id=1429&dang)

71 – حاج حسين، حيدر، (2008م)، دور منظمة الأمم المتحدة في ظل النظام العالمي الجديد، ط3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 27.

72 –. عجمي، نادر (2017)، مشروعية السلاح النووي بين القانون الدولي والعلاقات الدولية،–ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 439.

73 -un resolution Taking forward multilateral disarmament negotiations proposed by Austria ،Mexico and Norway at: www.reachingcriticalwill.org/political/I com 11/res/l21rev1.

74 – بن عبيد، إخلاص (2010م)، آليات مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون دولي إنساني، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 113.

75 – للمزيد طالع قرارات الامم المتحدة الخاصة بايران: حيث أصدر مجلس الأمن قراره 1696 (2006) وقد طالب القرار الذي تم اتخاذه بأغلبية 14 صوتًا مقابل صوت واحد (قطر) بأن تقوم إيران مع حلول 31 أوت 2006 بتعليق جميع النشاطات المتعلقة بتخصيب اليورانيوم وإعادة معالجة البلوتونيوم، ثم أصدر مجلس الأمن القرار 1747 (2007) للتأكيد على القرار 1737 (2006)، ثم دأب إلى إصدار سلسلة من القرارات في هذا الصدد، ويتعلق الأمر بالقرار 1803 (2008) الذي أكد فيه ما جاء في القرارات السابقة وأضاف فيه مرفقًا ثالثًا بأسماء شركات مساهمة في برامج إيران لتطوير تخصيب اليورانيوم والصواريخ الباليستية، وأخيرًا قراره 1835 (2008) الذي أكد فيه التزامه بحلٍّ مبكّر يتم بالتفاوض ويرحب في الوقت نفسه بالجهود المبذولة في هذا الصدد، ويطلب من إيران الامتثال للقرارات السابقة دون تأخير ومتطلبات الوكالة الدولية للطاقة الذرية، واطلع أيضا على قرارات مجلس الأمن الخاصة بكوريا الشمالية: القرار رقم 1695/ 2006بتموز 2006، والقرار رقم 1718/ 2006 بتاريخ 14 اكتوبر 2006، والقرار رقم 2397 عام 2017 الذي حث فيه كوريا الشمالية كالعادة على الاستجابة لقرارات المجلس السابقة، مشار اليها بمرجع: ابو رشيد، أسامة،(2017) خلفيات التصعيد الامريكي

الكوري شمالي و افاقه، المركز العربي للأبحاث و الدراسات، اكتوبر 2017.

76 – weapons of terror: freeing the world of Nuclear. Biological and chemical arms ؛"commission on weapons of mass destruction at: http://www.blixassociates.com/wp-content/uploads/2012.

77 – عبد الوهاب، شيتر (2011م)، المسؤولية الدولية عن الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني، ضمن أحكام ميثاق الأمم المتحدة، بحث تم نشره في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني بكلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد 22، دار الهدى، ص 24.

78 – كنان، جميلة، وآخرون (2014م)، الواقع الدولي لاستخدام الأسلحة في النزاعات المسلحة – آفاق وإخفاقات، أطروحة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 4.

79 – رزقين، عبد القادر، (2015م)، تنفيذ الجهود الدولية للحد من انتشار الأسلحة النووية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقاي بتلمساني.

80 –عبد الكريم، مصطفى قصي. (2011م)، مدى فاعلية القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص 223..

81 – بوقندورة، سعاد، الحد من الأسلحة النووية، المصدر السابق، ص 112.

82 – حداد، فادي (2005م)، الحد من الأسلحة في أوروبا، كتاب التسلح ونزع السلاح والأمن الدولي، معهد – استوكهولم لأبحاث السلام، لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ص 169.

83 – خلفان كريم، (2008م)، دور مجلس الأمن في مجال القانون الدولي الإنساني، أطروحة لنيل درجة الدكتوراة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 195.

ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين وأبرز تطبيقاتها المعاصرة

د. عابد بن عبدالله الثبيتي *

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث:30/ 9/ 2020م

الملخص

يهدف هذا البحث إلى بيان كيفية تحقيق المسلم للعدل والإنصاف عند تعامله مع المخالفين، وقد استطاع تحديد خمسة عشر ضابطا، وصياغتها صياغة علمية تعين على التخلق بهذين الخلقين الكريمين، الذين حثّ عليهما الإسلام وأثنى على من اتصف بهما، مع ذكر أبرز التطبيقات المعاصرة التي تزيد الضوابط وضوحاً وتنير الطريق لمن أراد التطبيق والامتثال.

ومن أبرز نتائجه أنَّ الرسوخ فيهما يحتاج إلى خلق رفيع ودين متين يتغلب بهما على الهوى وشهوات النفوس، وأن تلك الضوابط تكتنف ما يصدر عن المسلم قبل القول والفعل وأثناءهما وبعدهما، وأن منها ما يكون خاصا بالمخالف المسلم، ومنها ما يكون عاما مع الجميع.

الكلمات المفتاحية: ضوابط، العدل، الإنصاف، المخالف.

* أستاذ مشارك، جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية.

Justice and fairness regulations with violators and their prominent contemporary applications

Dr. Abed Abdullah ALthobaiti

Abstract

This research aims to show how a Muslim can achieve justice and fairness when dealing with violators. The study has been able to identify fifteen regulations and formulate them based on a scientific approach that helps in creating these two generous morals which Islam has urged and praised those who characterized them. The study has also mentioned the most prominent contemporary applications that make the regulations clear and enlighten the way for anyone who wants to implement and comply.

Among the most prominent results are that firmness in fairness and justice requires high faith and solid religion that overcome desires of souls, and that these regulations encompass what is issued by a Muslim before saying and doing, during and after them, and that some of them are specific to a Muslim offender, and some of them are public to everyone.

Keywords: regulations, fairness, offender..

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على النبي الكريم: محمد بن عبدالله وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، أما بعد:

فقد شاع بين الناس الاختلاف وكثر النقد والرد في الآونة الأخيرة، فلا يقول أحد قولا أو يصدر عنه فعل إلا اكتنفته سهام النقد اللاذع، وانهالت عليه الردود والتهم من كل جانب، وتناولته الأحكام وعبارات التصنيف دون تفريق بين موقف مشروع وممنوع، ومن غير اعتبار لاجتهاد سائغ وغير سائغ...

وبعد تأملٍ وجد الباحث أن سبب ذلك كلِّه الجهل بضوابط العدل والإنصاف التي ينبغي استحضارها والعمل بها وتطبيقها مع كل مخالف- مع زعم الجميع العدل والإنصاف- فجاء هذا البحث بعنوان: ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين.

مشكلة البحث تساؤلاته:

إنه مع الانفتاح الإعلامي اتسع الخرق على الراقع، فبعد أن كان العلماء وطلبة العلم هم الذين يحاورون المخطئين ويردون على المخالفين صار كل من ملك جهازا واتصالا بالشبكة المعلوماتية العالمية يناقش كل مسألة، ويرد على كل قائل، فيحكم بالفسق والبدعة بل والكفر أحيانا، حتى صارت الحاجة ملحة لتقعيد أحكام العدل والإنصاف للناس؛ لتضبط ذلك بالعدل والإنصاف الحقيقي، وعليه فقد جاء هذا البحث ليجيب عن السؤال الأساس: كيف يمكن تحقيق العدل والإنصاف مع المخالفين؟ ويندرج تحته الأسئلة الآتية:

1. ما معنى العدل والإنصاف، وما الفرق بينهما؟
2. ما أنواع المخالفين؟
3. ما ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين؟
4. ما أبرز التطبيقات المعاصرة للعدل والإنصاف؟

أهمية البحث:

قد كثر الاختلاف بين الناس مع تنوع مستوياتهم العلمية وتخصصاتهم العملية- في كثير من المسائل خاصة مع انتشار وسائل التواصل الاجتماعي، وفي كثير منها يتجاوز الطرفان الحدود الشرعية للرد على المخالفين ظنا منهم جواز فعلهم، خاصة إن كان ردُّهم بدافع محبة الإسلام والغيرة على الدين، مع أنَّ صلاح النية وحسن القصد لا يسوِّغان التعدي والظلم، فكان لا بد من تقرير ضوابط علمية تعين من التزم بها أن يكون منصفا عادلا مع كل من يخالفه.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تقعيد أحكام العدل والإنصاف، وبيانها على هيئة ضوابط يسهل تعلمها وحفظها واستحضارها عند التعامل مع المخالفين.

1. تعريف العدل والإنصاف، واستنباط الفرق بينهما.
2. بيان أنواع المخالفين.
3. ذكر ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين.
4. بيان أبرز التطبيقات المعاصرة للعدل والإنصاف.

أسباب اختيار البحث:

1. أمر الله تعالى بالعدل والإنصاف والنهي عن التعدي والظلم.

2. كثرة من يدعي العدل والإنصاف من الناس في حين أنه يظلم الآخرين ويتسرع في إطلاق الأحكام عليهم، وكثيرا ما يأخذونهم بالظن دون تثبت.

3. خفاء أحكام العدل والإنصاف على كثير من المسلمين اليوم.

4. شيوع كثير من المواقف والتصرفات المنافية للعدل والإنصاف عبر وسائل التواصل الاجتماعي في العصر الحاضر.

الدراسات السابقة:

لقد وجدت بعد التقصي والبحث في قواعد المعلومات، وقوائم الرسائل والبحوث الجامعية، والشبكة العنكبوتية العالمية دراستين لهما نوع تعلق بموضوع البحث، هما:

1. العدل وأثره في الدعوة إلى الله أ. محمد سالم علي عبد السيد، بحث منشور في مجلة أصول الدين بالجامعة الأسمرية في ليبيا(العدد الثالث، 1/ 6/ 2017م). وهو بحث عن صفة العدل، وقع في ثلاثة مباحث: أهمية العدل، ومواقف من عدل النبي، ومواقف من عدل الصحابة، وأثر ذلك في الدعوة إلى الله. فالبحث منصبّ على إبراز أهمية العدل في الدعوة إلى الله تعالى، وأمَّا البحث الذي بين أيدينا فيحدد الضوابط التي يكون الإنسان عادلا بالتزامها، إلا أنَّ الباحث استفاد منه في بعض ما ذكره من مواقف العدل النبوي.

2. ضوابط الاختلاف في ميزان السنة، د. عبدالله شعبان، كتاب صادر عن دار الحديث بالقاهرة عام 1417هـ، وقد جاء فيه التعريف بالاختلاف والتفريق بينه وبين الخلاف، وأسباب الاختلاف المعاصر، ثم ذكر عشرة ضوابط أصولية تضبط الخلاف الفقهي، كالتسليم للإجماع، والعلم باختلاف العلماء، واعتبار المصالح، والتكافؤ بين المتناظرين...إلخ. فهو بحث في ضوابط الخلاف العلمي الدقيق الذي يقع بين المشتغلين بالعلم الشرعي وكيفية التعامل العلمي الصحيح معه، وأما هذا البحث فهو لضبط سلوك الإنسان – سواء كان مشتغلا بالعلم الشرعي أو من عامة الناس– ليصدق في تخلُّقه بالعدل والإنصاف مع المخالفين أيًّا كان نوع مخالفتهم.

منهج البحث:

سلك الباحث في إعداد هذا البحث المنهج الاستنباطي، حيث قام بدراسة النصوص الشرعية

وكلام العلماء في تفسيرها وشرحها ثم استنباط ضوابط العدل والإنصاف منها.

تقسيم البحث:

يتكون البحث من مقدمة ومبحثين وخاتمة، وهي على النحو التالي:

المقدمة: وفيها مشكلة البحث تساؤلاته، وأهميته، وأهدافه، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة فيه، ومنهجه وتقسيماته.

المبحث الأول: تعريفات البحث، وأهمية العدل والإنصاف وحكمهما، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضوابط.

المطلب الثاني: تعريف العدل والإنصاف والفرق بينهما.

المطلب الثالث: أهمية العدل والإنصاف.

المطلب الرابع: حكم العدل والإنصاف والأدلة عليه.

المطلب الخامس: تعريف المخالفين، وأنواعهم.

المبحث الثاني: ضوابط العدل والإنصاف، وتطبيقاتها الدعوية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين.

المطلب الثاني: أبرز التطبيقات المعاصرة.

الخاتمة: وفيها أبرز النتائج التي توصل لها البحث.

المبحث الأول: تعريفات البحث.

المطلب الأول: تعريف الضوابط.

الضوابط: جمع ضابط وهو في اللغة: لزوم الشيء وعدم مفارقته. وفيه معنى الحبس. كما يطلق أيضاً على القوة والشدة، فيقال: رجل ضابط، أي: قوي شديد حازم[1].

وفي الاصطلاح: الأمور الكلية التي تنطبق على جزئياتها[2].

والضوابط بهذا المعنى لا تختص بعلم معين، بل هي عامة، فكل العلوم يمكن أن تصاغ ضوابط لمسائلها، وإنَّما كثُر استعمال لفظ القواعد والضوابط عند الفقهاء خاصة، فبعضهم يجعل معناهما واحدا فيتسامح في إطلاق لفظ القاعدة على الضابط، والعكس[3]، وإنما استقر التفريق بين المصطلحين عند من ألَّف في القواعد والضوابط الفقهية من العلماء المتأخرين.

المطلب الثاني: تعريف العدل والإنصاف والفرق بينهما.

أولا: تعريف العدل:

العدل لفظ يطلق على معنيين متقابلين: الأول: الاستواء، ومنه الحكم بالحقّ، فهو ضد الجور. ومنه المساواة والمشاركة كقوله تعالى:﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِى خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ وَجَعَلَ الظُّلُمَاتِ وَالنُّورَ ثُمَّ الَّذِينَ كَفَرُواْ بِرَبِّهِم يَعْدِلُونَ﴾[الأنعام: ١]، أي: يساوون غيره به. ومنه الاعتدال: وهو الأمر المتوسط بين الأمرين.

والثاني يدل على الاعوجاج، فيقال: عدل وانعدل أي: انعرج. ومنه قول طرفة بن العبد:

وَإِنِّي لَأُنحِي الطَّرْفَ مِنْ نَحْوِ غَيْرِهَا

حَيَاءً وَلَوْ طَاوَعْتُهُ لَمْ يُعَادِلِ[4].

والمعنى الأول هو المراد هنا، إذ المقصود إقامة العدل وإحقاق الحقّ ونبذ الظلم والجور.

ثانيا: تعريف الإنصاف:

الإنصاف من النَّصَف، ويراد به معنيان: الأول: مرادف للعدل، وهو ضد الظلم والجور.

والثاني: إعطاء الحق من النفس كالذي يستحقه لها[5]. قال الزبيدي: "الإنْصافُ بالكسرِ: العَدْلُ، قَالَ ابنُ الأَعرابِيِّ: أَنْصَفَ: إِذا أَخَذَ الحَقَّ، وأَعْطَى الحَقَّ. والاسْمُ النَّصَفُ والنَّصَفَةُ، مُحَرَّكَتَيْنِ وتَفْسِيرُهُ أَنْ تُعْطِيَهُ من الحَقِّ كالذِّي تَسْتَحِقُّه لنَفْسِكَ، ويُقالُ: أَنْصَفَه من نَفْسِه"[6].

ثالثا: الفرق بين العدل والإنصاف:

الفرق بين العدل والإنصاف أنَّ الإنصاف يكون في إعطاء الآخرين الحق من النفس، فلو أخطأ على شخص ثم اعتذر وطلب العفو وأدَّى له حقه فيقال لفعله إنصاف، فالإنصاف إذن متعلِّق بذات المنصف، أمَّا العدل فيطلق على عدله مع غيره، فإذا أقام الحد على السارق وعاقب المخطئ من المتخاصمين فيقال عن فعله عدل، ولا يقال إنصاف[7].

وبناء على هذا صار معنى ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين هو: الأمور الكلية التي يتحقق بها إنصاف المخالفين والعدل معهم.

المطلب الثالث: أهمية العدل والإنصاف.

تتبين أهمية العدل والإنصاف بأربعة أمور:

الأول: أنَّ الله تعالى أخبر بأنَّه أنزلهما مع الكتاب فقال:﴿ٱللَّهُ ٱلَّذِىٓ أَنزَلَ ٱلْكِتَـٰبَ بِٱلْحَقِّ وَٱلْمِيزَانَ ۗ وَمَا يُدْرِيكَ لَعَلَّ ٱلسَّاعَةَ قَرِيبٌ﴾ [الشورى: ١٧]، وقال:﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَـٰتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ ٱلْكِتَـٰبَ وَٱلْمِيزَانَ

لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ﴾[الحديد: 25]. فالكتاب: الدِّين. والميزان عند جمع من أهل التفسير: العدل والإنصاف، الذي من آلاتها الميزان المعروف ذو الكفتين[8].

والثاني: أنَّ الاتصاف بهما أمارة على إيمان صاحبهما، قال عمار بن ياسر ﷺ: (ثلاث من جمعهن فقد جمع الإيمان: الإنصاف من نفسك، وبذل السلام للعالم، والإنفاق من الإقتار)[9].

والثالث: أنهما من أبرز صفات النبلاء، لأنَّهم يعدلون مع كل أحد في الأقوال والأفعال، ويؤدُّون لغيرهم من الحقّ واحتمال الخطأ والسماحة في المعاملة كالذي يَوَدُّون أن يعاملهم الناس به، فصارت عاقبته عليهم حميدة في اكتساب الفضائل والبعد عن الرذائل، وحسن السيرة ونقاء السريرة، قال المناويّ: "الإنصاف والعدل توءمان نتيجتها: علوّ الهمّة وبراءة الذّمّة باكتساب الفضائل وتجنّب الرّذائل"[10].

والرابع: صعوبة الالتزام بهما، فالإنسان بطبعه ظلوم جهول، وهذان الأمران تنفر منهما النفوس البشرية عادة، قال ابن عاشور: "إِنَّ الْعَدْلَ وَالْإِنْصَافَ ثَقِيلٌ عَلَى النُّفُوسِ فَلَا تَهْوَاهُ غَالِبًا، وَمَنْ صَارَتْ لَهُ مَحَبَّةُ الْحَقِّ سَجِيَّةً فَقَدْ أُوتِيَ الْعِلْمَ وَالْحِكْمَةَ وَأُيِّدَ بِالْحِفْظِ أَوِ الْعِصْمَةِ"[11].

المطلب الرابع: حكم العدل والإنصاف والأدلة عليهما.

لقد أوجب الله العدل والإنصاف على المسلمين وأمرهم به فقال:﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾[النحل: ٩٠]، قال الطبري: "يقول تعالى ذكره: إنَّ الله يأمر في هذا الكتاب الذي أنزله إليك يا محمد بالعدل، وهو: الإنصاف"[12]. كما سمى الله تعالى العدل والإنصاف في كتابه قسطا[13]، وأمر بهما مع جميع الناس وفي كل الأحوال فقال:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥]، والأمر هنا يدل على الوجوب كما هو معلوم.

كما أكَّد الأمر به في الحال التي يُخشى فيها الظلم والجور، كحال العداوة والبغضاء التي تقع بين الناس فقال تعالى﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرٌۢ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ [المائدة: ٨]، وبمثلها جاء قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَٱعْدِلُواْ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

وأثنى النبي ﷺ على أهل العدل والإنصاف وبشرهم بالجنة، فعن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (**إِنَّ الْمُقْسِطِينَ عِنْدَ اللهِ عَلَى مَنَابِرَ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمَنِ عَزَّ وَجَلَّ، وَكِلْتَا يَدَيْهِ يَمِينٌ، الَّذِينَ يَعْدِلُونَ فِي حُكْمِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ وَمَا وَلُوا**)[14].

المطلب الخامس: تعريف المخالفين، وأنواعهم[15].

المخالفين: جمع مخالف، والمخالفة: المضادة، والخروج عن الأمر، ومنه قوله تعالى:﴿فَلْيَحْذَرِ ٱلَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِۦٓ أَن تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٦٣﴾﴾[النور: ٦٣]، وَيُقَال: خَالفه إِلَى الْأَمر. أي: قَصده بعد مَا نَهَاهُ عَنهُ، كما في القرآن الكريم قَالَ: ﴿وَمَآ أُرِيدُ أَنْ أُخَالِفَكُمْ إِلَىٰ مَآ أَنْهَىٰكُمْ عَنْهُ﴾ [هود:٨٨][16].

والمقصود بالمخالفين في هذا البحث: كل من خالف في اعتقاد أو حكم أو رأي واجتهاد ديني أو دنيوي.

وعليه فإنَّ الناس الذين يمكن وقوع الخلاف منهم نوعان:

الأول: المسلمون أهل القبلة: وهؤلاء ليسوا على مرتبة واحدة، فقد قسَّمهم بعض أهل العلم إلى ثلاث طبقات: المخطئون في معرفة الحق، والمتهاونون في طلب الحق، ومن هم بين هذا وذاك. قال المعلِّمي: "بالجملة فأسلافنا على ثلاث طبقات:

الأولى: من وضح لنا اعتصامه بالكتاب والسنة، فهؤلاء الذين نتولاهم.

الثانية: من وضح لنا تهاونه بالكتاب والسنة فعلينا أن نتبرأ منهم[17].

الثالثة: قوم خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً عسى الله أن يعفو عنهم ويعذرهم، وعلينا أن نحمد الله فيما أصابوا فيه، ونبرأ مما أخطأوا فيه. والله المستعان"[18].

الثاني: الكفار والمنافقون: فهؤلاء وإن كانوا كفارا خالفوا في أصل المعتقد والدين إلا أنَّ العدل والإنصاف مطلوب معهم امتثالا للشريعة التي تعبدنا الله بها.

والسؤال هنا: أيُّ هذه الأنواع والطبقات الذين يجب العدل والإنصاف معهم؟

والجواب: أنَّ الله تعالى لما أوجب العدل والإنصاف لم يستثن نوعا من الناس لا يستحق العدل، بل العدل والإنصاف مطلوب شرعا مع كل الناس، كما سيأتي عند الحديث عن حكم العدل والإنصاف.

المبحث الثاني: ضوابط العدل والإنصاف، وتطبيقاتها الدعوية.

المطلب الأول: ضوابط العدل والإنصاف مع المخالفين:

سأذكر في هذا المطلب خمسة عشر ضابطا للعدل الإنصاف، وهس على النحو التالي:

الضابط الأول: إحسان الظن بالمسلمين متعين:

نهى الله تعالى عن الظنّ السيء، فقال:﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجْتَنِبُواْ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ﴾[الحجرات: ١٢]، فنهى الله تعالى عن ظنّ السوء بالمسلمين، وهو: أن يظن المسلم بأخيه شرًّا، ولم ينه عن الظن كلِّه؛ لأنَّه ليس نوعا واحدا، بل منه ظنٌّ السوء، وهو محرم، وظنٌّ الخير والصدق والسلامة وهذا مأمور به[19].

وثبت عن النبي ج أنَّه قال: (**إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الحَدِيثِ**)[20]. وقد نبَّه الخطابي: إلى أنَّ النهي إنَّما يتوجه إلى ما يستقر في قلب الإنسان ويستمر فيه لا ما يخطر على القلب، فقال: "قوله: (**إيَّاكم والظنَّ**) يريد: إيَّاكم وسوء الظن وتحقيقه دون مبادىء الظنون التي لا تملك"[21].

والنهي عن سوء الظنِّ أمر بضده وهو: الإحسان، وهو ما أرشد الله تعالى إليه المؤمنين زمن حادثة الإفك فقال:﴿ لَّوْلَآ إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَـٰتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْرًا وَقَالُواْ هَـٰذَآ إِفْكٌ مُّبِينٌ﴾[النور12]، قال ابن كثير: "أَيْ: إِذَا ذُكِرَ مَا لَا يَلِيقُ مِنَ الْقَوْلِ فِي شَأْنِ الْخِيَرَةِ فَأَوْلَى يَنْبَغِي الظَّنُّ بِهِمْ خَيْرًا، وَأَلَّا يُشْعِرَ نَفْسَهُ سِوَى ذَلِكَ، ثُمَّ إِنْ عَلِقَ بِنَفْسِهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ – وَسْوَسَةً أَوْ خَيَالًا –فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَكَلَّمَ بِهِ"[22].

ولما أرسل حاطب بن أبي بَلْتَعَة ﷺ[23] خبر مسير النبي ﷺ والمسلمين إلى أهل مكة وأعلم الله تعالى نبيه عنه سأله السؤال نفسه فقال له: (**مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا صَنَعْتَ؟**). وهذا سؤال ينبئ عن إحسان ظنٍ بحاطب ﷺ، فقد يكون متاولا لم يقصد الخيانة، وهذا ما كان على الحقيقة، إذ لم تكن رسالته نفاقا وكفرا وركونا للمشركين ومظاهرة لهم على المؤمنين، وإنما هو تأويل أفصح عنه بقوله: وَاللَّهِ مَا بِي أَنْ لاَ أَكُونَ مُؤْمِنًا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ﷺ، أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ لِي عِنْدَ القَوْمِ يَدٌ يَدْفَعُ اللَّهُ بِهَا عَنْ أَهْلِي وَمَالِي، وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِكَ إِلَّا لَهُ هُنَاكَ مِنْ عَشِيرَتِهِ مَنْ يَدْفَعُ اللَّهُ بِهِ عَنْ أَهْلِهِ وَمَالِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: (**صَدَقَ، وَلاَ تَقُولُوا لَهُ إِلَّا خَيْرًا**)[24].

وإنَّما نهى الشرع عن سوء الظن بالمسلمين لأنه خلاف الأصل، فالأصل أن يكون المسلم ملتزما بما

أمره الله به كافًّا عن كل ما حَرَّم عليه، وهذا يجعله محفوظ الدم والمال والعرض، فلا يتعرض له أحد بسوء، وإن وقع منه خلاف ذلك في الظاهر وجب إحسان الظنّ به ما أمكن، قال عمر بن الخطاب س يحذر من سوء الظن بالمسلمين فيقول: (**لَا تَظُنَّنَّ بِكَلِمَةٍ خَرَجَتْ مِنْ فِي امْرِئٍ مُسْلِمٍ سُوءًا وَأَنْتَ تَجِدُ لَهَا فِي الْخَيْرِ مَحْمَلًا**)[25]. وقال سعيد بن المسيّب: "كتب إليّ بعض إخواني من أصحاب رسول اللهّ ﷺ: (أن ضع أمر أخيك على أحسنه ما لم يأتك ما يغلبك، ولا تظننَّ بكلمة خرجت من امرئ مسلم شرًّا وأنت تجد لها في الخير محملا)[26].

فينبغي للمسلم أن يحسن الظنَّ بمن يخالفه، فليس كل ما يبلغه صحيحا، ولا كل ما يتوقعه يكون صوابا، بل يجعل لكل ما يبلغه عنهم محملا في الخير، حتى إذا تبين له غير ذلك ببرهان ساطع لم يكن لإحسان الظن بعد ذلك موضعا.

االضابط الثاني: التثبت قبل التخطئة والمؤاخذة:

إنَّ الحكم بتخطئة شخص يقوم على دعامتين: ثبوت صدور الخطأ منه، وقيام الدليل على أنَّ ما صدر منه خطأ حقيقة وليس توهما، فالأولى تستلزم التثبت، والثانية تبني على العلم، وبغيرهما لن يتحقق العدل والإنصاف مع الآخرين.

وقد أمر الله تعالى بالتثبت فقال:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ فَتَبَيَّنُواْ وَلَا تَقُولُواْ لِمَنْ أَلْقَىٰٓ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَٰمَ لَسْتَ مُؤْمِنًا﴾[النساء: ٩٤]، وقال:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمَۢا بِجَهَٰلَةٖ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَٰدِمِينَ﴾[الحجرات: ٦]. والتبين هو: التثبت[27]، وفي قراءة حمزة والكسائي ورد هذا اللفظ في الموضعين[28].

ولما بلغ النبي ﷺ غدر بني قريظة ونقضهم العهد أرسل إليهم السعدان- سيدا الأوس والخزرج- ليتثبتا الخبر، فوجدا الأمر كما ذكر، فكان هذا سببا لغزوة بني قريظة[29]. فهذا الفعل منه عليه السلام مع بني قريظة يدل على وجوب التثبت والتبين من الأقوال والأفعال مع المخالفين اتخاذ أي موقف تجاههم.

الضابط الثالث: المسلم المتأول معذور:

الأقوال والأفعال الصادرة عن المخالفين إمّا أن تكون مقصودة أو غير مقصودة، فغير المقصودة إمّا أن تكون قد صدرت منهم خطأ أو نسيانا فالله تعالى لا يؤآخذ بهما، وأمَّا المقصودة فإما أن تكون بتعمد المخالفة، فهذه تترتب عليها الأحكام الشرعية، وإمَّا أن تكون بتأويل، فهنا يكون عمل هذا الضابط.

والتأويل هو: صرف الأمر عن معناه الظاهر إلى أمر آخر يحتمله[30]. وعليه فالمتأول: هو الذي يفعل الأمر المرجوح ظانّا رجحانه.

ومما يدل على هذا الضابط ما ورد في قصة الرجل ممن كان قبلنا، الذي كان يسرف على نفسه بالذنوب والمعاصي، فلمَّا حضره الموت قال لبنيه: إذا أنا متُّ فأحرقوني ثم اطحنوني ثم ذرُّوني في الريح، فوالله لئن قدر عليَّ ربي ليعذِّبنِّي عذابا ما عذَّبه أحدا. فلما مات فعلوا به ما أراد، فجمعه الله ثم قال له: مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا صَنَعْتَ؟ قال: يا ربِّ، خشيتك. فغفر الله له[31]. قال ابن تيمية بعد ذكره: لهذا الحديث: "فَهَذَا رَجُلٌ شَكَّ فِي قُدْرَةِ اللَّهِ وَفِي إعَادَتِهِ إذَا ذُرِّيَ، بَلْ اعْتَقَدَ أَنَّهُ لَا يُعَادُ، وَهَذَا كُفْرٌ بِاتِّفَاقِ الْمُسْلِمِينَ، لَكِنْ كَانَ جَاهِلًا لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ وَكَانَ مُؤْمِنًا يَخَافُ اللَّهَ أَنْ يُعَاقِبَهُ فَغَفَرَ لَهُ بِذَلِكَ. وَالْمُتَأَوِّلُ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ الْحَرِيصُ عَلَى مُتَابَعَةِ الرَّسُولِ أَوْلَى بِالْمَغْفِرَةِ مِنْ مِثْلِ هَذَا"[32].

فإنَّه معذور لا يؤاخذ به في الدنيا ولا يحاسب عليه في الآخرة[33]، ومن شواهد ذلك ما رواه ابن عمر م فقال: بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ خَالِدَ بْنَ الوَلِيدِ إِلَى بَنِي جَذِيمَةَ[34]، فَدَعَاهُمْ إِلَى الإِسْلاَمِ، فَلَمْ يُحْسِنُوا أَنْ يَقُولُوا: أَسْلَمْنَا، فَجَعَلُوا يَقُولُونَ: صَبَأْنَا، فَجَعَلَ خَالِدٌ يَقْتُلُ مِنْهُمْ وَيَأْسِرُ، وَدَفَعَ إِلَى كُلِّ رَجُلٍ مِنَّا أَسِيرَهُ، حَتَّى إِذَا كَانَ يَوْمٌ أَمَرَ خَالِدٌ أَنْ يَقْتُلَ كُلُّ رَجُلٍ مِنَّا أَسِيرَهُ، فَقُلْتُ: وَاللَّهِ لاَ أَقْتُلُ أَسِيرِي، وَلاَ يَقْتُلُ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِي أَسِيرَهُ، حَتَّى قَدِمْنَا عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرْنَاهُ، فَرَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ يَدَهُ فَقَالَ: (**اللَّهُمَّ إِنِّي أَبْرَأُ إِلَيْكَ مِمَّا صَنَعَ خَالِدٌ. مَرَّتَيْنِ**)[35]. قال ابن حجر: "أَمَّا خَالِدٌ فَحَمَلَ هَذِهِ اللَّفْظَةَ- صبأنا- عَلَى ظَاهِرِهَا؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمْ صَبَأْنَا أَيْ: خَرَجْنَا مِنْ دِينٍ إِلَى دِينٍ، وَلَمْ يَكْتَفِ خَالِدٌ بِذَلِكَ حَتَّى يُصَرِّحُوا بِالْإِسْلَامِ. وَقَالَ الْخَطَّابِيُّ: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ خَالِدٌ نَقَمَ عَلَيْهِمُ الْعُدُولَ عَنْ لَفْظِ الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّهُ فَهِمَ عَنْهُمْ أَنَّ ذَلِكَ وَقَعَ مِنْهُمْ عَلَى سَبِيلِ الْأَنَفَةِ وَلَمْ يَنْقَادُوا إِلَى الدِّينِ فَقَتَلَهُمْ مُتَأَوِّلًا"[36].

وأمَّا العذر في هذه الحادثة فهو أنَّ النبي ﷺ لم يؤآخذ خالدا بفعله ولم يعاقبه، وإنما تبرأ من فعله حتى لا ينسب ذلك للإسلام فينفِّر الناس عن قبوله.

الضابط الرابع: لين القول مع المخالف أدعى للسلامة من الزلل:

اللين في القول يمنع غلبة الغضب على العقل، ويستميل النفوس للحق، وكلما خلا الكلام من الألفاظ القوية والعبارات الساخطة كلما كان الإنسان أقرب إلى الإنصاف؛ لأنّ شدة القول تذكي

نار الغضب فيغطي العقل عن إدراك الحقيقة أو بعضها.

وقد أمر الله تعالى موسى وهارون إبلين القول مع فرعون رجاء يقظته من غفلته وإيمانه بالله تعالى فقال:﴿ٱذۡهَبَآ أَنتَ وَأَخُوكَ بِـَٔايَٰتِي وَلَا تَنِيَا فِي ذِكۡرِي ٤٢ ٱذۡهَبَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ إِنَّهُۥ طَغَىٰ﴾[طه: ٤٣ – ٤٤]. قال ابن كثير: "هَذِهِ الْآيَةُ فِيهَا عِبْرَةٌ عَظِيمَةٌ، وَهُوَ أَنَّ فِرْعَوْنَ فِي غَايَةِ الْعُتُوِّ وَالِاسْتِكْبَارِ، وَمُوسَى صَفْوَةُ اللَّهِ مِنْ خَلْقِهِ إِذْ ذَاكَ، وَمَعَ هَذَا أُمِرَ أَلَّا يُخَاطِبَ فِرْعَوْنَ إِلَّا بِالْمُلَاطَفَةِ وَاللِّينِ"[37].

فالغلظة والقول الشديد مع الناس مذمومان في كل حال، وفيه تنفير لهم من الحقّ، ولهذا قال الإمام مالك: "الفظاظة مكروهة. يقول اللهَّ سبحانه:﴿فَبِمَا رَحۡمَةٖ مِّنَ ٱللَّهِ لِنتَ لَهُمۡۖ وَلَوۡ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ ٱلۡقَلۡبِ لَٱنفَضُّواْ مِنۡ حَوۡلِكَ﴾ [آلعمران: ١٥٩]، وقال ﷻ:﴿ٱذۡهَبَآ إِلَىٰ فِرۡعَوۡنَ إِنَّهُۥ طَغَىٰ﴾[طه: ٤٤]"[38].

وإنَّ لين الجانب وطيب الكلام وحسن الخُلُق مع المخالفين يعين على العدل معهم وإنصافهم، وهو من أبرز أسباب قبولهم الحقَّ، قال السعدي: "الأخلاق الحسنة من الرئيس في الدين تجذب الناس إلى دين الله وترغِّبهم فيه، مع ما لصاحبه من المدح والثواب الخاص، والأخلاق السيئة من الرئيس في الدين تنفر الناس عن الدِّين وتبغضه إليهم، مع ما لصاحبها من الذم والعقاب الخاص، فهذا الرسول المعصوم يقول الله له ما يقول- يعني قوله تعالى:﴿فَبِمَا رَحۡمَةٖ مِّنَ ٱللَّهِ لِنتَ لَهُمۡۖ...﴾الآية، فكيف بغيره؟!

أليس من أوجب الواجبات، وأهم المهمات، الاقتداء بأخلاقه الكريمة، ومعاملة الناس بما يعاملهم به ج، من اللين وحسن الخلق والتأليف، امتثالا لأمر الله، وجذبا لعباد الله لدين الله"[39].

وليس الأمر باللين وطيب الكلام خاصّا بالأنبياء؛ بل أمر الله به المؤمنين فقال:﴿وَقُل لِّعِبَادِي يَقُولُواْ ٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُۚ إِنَّ ٱلشَّيۡطَٰنَ يَنزَغُ بَيۡنَهُمۡۚ إِنَّ ٱلشَّيۡطَٰنَ كَانَ لِلۡإِنسَٰنِ عَدُوّٗا مُّبِينٗا﴾[الإسراء: ٥٣]، قال ابن جرير: "يقول تعالى ذكره لنبيّه محمد ﷺ: وقل يا محمد لعبادي يقل بعضهم لبعض التي هي أحسن من المحاورة والمخاطبة"[40].

الضابط الخامس: الواجب تعظيم الحقِّ مع رحمة الخلق:

إنَّ تعظيم الحقّ أمر واجب، وهو من تمام ديانة المسلم، ومع هذا فمحبة الحقّ وتعظيمه لا تستلزم

البغض في كل حال، بل يقدَّم الحقُّ ويعظَّم ويرحم الخلق؛ لأنَّ هذا مقصود الرسالة الخاتمة، قال النبيﷺ: (**إِنِّي لَمْ أُبْعَثْ لَعَّانًا، وَإِنَّمَا بُعِثْتُ رَحْمَةً**)[41].

وإذا نظرنا في سيرة النبيﷺ وجدنا أنَّه عاقب عددا من المخالفين وأقام الحدود على بعض الصحابة ومع هذا كان يرحمهم وينهى عن سبِّهم أو الاستطالة في أعراضهم، ومن ذلك ما رواه أبو هريرة س أنَّه ج أُتي برجل قد شرب الخمر فأقام عليه حدَّ المسكر، فلما انصرف قال بعض القوم: أَخْزَاكَ اللهُ، فقالﷺ: (**لاَ تَقُولُوا هَكَذَا، لاَ تُعِينُوا عَلَيْهِ الشَّيْطَانَ**)[42]. ولَّما سبَّ خالد بن الوليد المرأة الغامدية التي زنت فرُجمت سمعه النبيﷺ فقال: (**مَهْلًا يَا خَالِدُ، فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ**[43] **لَغُفِرَ لَهُ**)، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَصَلَّى عَلَيْهَا، وَدُفِنَتْ[44].

وإنَّ مما يعين على تحقيق الإنصاف أن يجعل الإنسان نفسه مكان الطرف الآخر، فذلك يكشف له صحة موقفه أو عدمه، قال ابن حزم: "من أراد الإنصاف فليتوهم نفسه مكان خصمه، فإنَّه يلوح له وجه تعسفه"[45]. وقال ابن القيم: "الإنصاف أن تكتال لمنازعك بالصاع الذي تكتال به لنفسك، فإنَّ في كل شيء وفاءً وتطفيفا"[46].

ولقد صار تعظيم الحق ورحمة الخلق سمة فارقة بين أهل السنة ومخالفيهم، قال ابن تيمية: "وَأَهْلُ السُّنَّةِ وَالْعِلْمِ وَالْإِيمَانِ يَعْلَمُونَ الْحَقَّ وَيَرْحَمُونَ الْخَلْقَ؛ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ فَلَا يَبْتَدِعُونَ، وَمَنْ اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ خَطَأً يَعْذُرُهُ فِيهِ الرَّسُولُ عَذَرُوهُ، وَأَهْلُ الْبِدَعِ مِثْلُ الْخَوَارِجِ يَبْتَدِعُونَ بِدْعَةً وَيُكَفِّرُونَ مَنْ خَالَفَهُمْ وَيَسْتَحِلُّونَ دَمَهُ. وَهَؤُلَاءِ كُلٌّ مِنْهُمْ يَرُدُّ بِدْعَةَ الْآخَرِينَ وَلَكِنْ هُوَ أَيْضًا مُبْتَدِعٌ، فَيَرُدُّ بِدْعَةً بِبِدْعَةٍ وَبَاطِلًا بِبَاطِلٍ"[47].

الضابط السادس: الحقُّ يُعرف بالدليل لا بالدعوى ولا بالقائل:

ليس كل من إدَّعى أنَّه على الحقِّ مُحق في دعواه، إذ كل من خالف يرى أنَّ ما ذهب إليه هو الحق الذي لا مرية فيه، فنحتاج هنا أن نقيم حَكَما يفصل النزاع ويكشف صحة تلك الدعوى أو بطلانها، وليس هذا إلا بالدليل الصحيح المناسب لواقع المسألة، وإلا لو كان الحق يعرف بمدعيه أو قائله لكانت دعوى أهل الكتاب أنَّ الجنَّة لن تكون إلا لمن كان يهوديا أو نصرانيا صحيحة، قال الله عنهم: ﴿وَقَالُواْ لَن يَدۡخُلَ ٱلۡجَنَّةَ إِلَّا مَن كَانَ هُودًا أَوۡ نَصَٰرَىٰۗ تِلۡكَ أَمَانِيُّهُمۡۗ قُلۡ هَاتُواْ بُرۡهَٰنَكُمۡ إِن كُنتُمۡ صَٰدِقِينَ ١١١ بَلَىٰۚ مَنۡ أَسۡلَمَ وَجۡهَهُۥ

لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَلَهُۥٓ أَجْرُهُۥ عِندَ رَبِّهِۦ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾[البقرة: ١١١ – ١١٢]، وقال:﴿لَّيْسَ بِأَمَانِيِّكُمْ وَلَآ أَمَانِيِّ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ ۗ مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ وَلَا يَجِدْ لَهُۥ مِن دُونِ ٱللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴿١٢٣﴾ وَمَن يَعْمَلْ مِنَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُوْلَٰٓئِكَ يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾[النساء: ١٢٣ – ١٢٤].

قال ابن سعدي: "أي: :﴿لَّيْسَ﴾ الأمر والنجاة والتزكية﴿ بِأَمَانِيِّكُمْ وَلَآ أَمَانِيِّ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ ۗ﴾، والأماني: أحاديث النفس المجردة عن العمل، المقترن بها دعوى مجردة لو عورضت بمثلها لكانت من جنسها. وهذا عامّ في كل أمر، فكيف بأمر الإيمان والسعادة الأبدية؟! فإنَّ أماني أهل الكتاب قد أخبر الله بها أنهم قالوا:﴿وَقَالُواْ لَن يَدْخُلَ ٱلْجَنَّةَ إِلَّا مَن كَانَ هُودًا أَوْ نَصَٰرَىٰ ۗ تِلْكَ أَمَانِيُّهُمْ ۗ﴾، وغيرهم ممن ليس ينتسب لكتاب ولا رسول من باب أولى وأحرى.

وكذلك أدخل الله في ذلك من ينتسب إلى الإسلام لكمال العدل والإنصاف، فإنَّ مجرد الانتساب إلى أيِّ دين كان لا يفيد شيئا إن لم يأت الإنسان ببرهان على صحة دعواه، فالأعمال تصدِّق الدعوى أو تكذِّبها؛ ولهذا قال تعالى:﴿مَن يَعْمَلْ سُوٓءًا يُجْزَ بِهِۦ﴾، وهذا شامل لجميع العاملين، لأنَّ السوء شامل لأي ذنب كان من صغائر الذنوب وكبائرها، وشامل أيضا لكل جزاء قليل أو كثير، دنيوي أو أخروي.

والناس في هذا المقام درجات لا يعلمها إلا الله، فمستقل ومستكثر، فمن كان عمله كله سوءا وذلك لا يكون إلا كافرا، فإذا مات من دون توبة جوزي بالخلود في العذاب الأليم، ومن كان عمله صالحا، وهو مستقيم في غالب أحواله، وإنما يصدر منه بعض الأحيان بعض الذنوب الصغار فما يصيبه من الهم والغم والأذى وبعض الآلام في بدنه أو قلبه أو حبيبه أو ماله ونحو ذلك فإنها مكفرات للذنوب، وهي مما يجزى به على عمله، قيَّضها الله لطفا بعباده، وبين هذين الحالين مراتب كثيرة"[48].

الضابط السابع: اجتماع الحقِّ والباطل في القول أو القائل لا ينفي أحدهما الآخر بالكلية:

إنَّ وجود شيء من الباطل عند أحد من الناس لا يهدر الحقَّ الذي معه، وكذلك وجود بعض الحقِّ لا يجعل كل ما عند أولئك القوم حقًّا، وإنّما يُذكر الحقُّ الذي عندهم ويُقرّونُ عليه ويُنكر الباطل الذي تلبَّسوا به. وإذا تأملنا الكتاب العزيز في حديثه عن

أهل الكتاب وهم الذين حرفوا كلام الله واشتروا بآياته ثمنا قليلا، وأكلوا الربا وقتلوا الأنبياء واحتالوا على الشرائع، ثم هم يتربصون بالنبي الخاتم ﷺ ويدبِّرون المكائد لتشويه ما جاء به وصدِّ الناس عنه، ومع هذا كلِّه نجده ينصفهم، حيث لم يجعلهم جميعا في درجة واحدة من الخيانة فقال تعالى:﴿وَقَالَت طَّآئِفَةٌ مِّنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ ءَامِنُواْ بِٱلَّذِىٓ أُنزِلَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَجْهَ ٱلنَّهَارِ وَٱكْفُرُوٓاْ ءَاخِرَهُۥ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ ﴿٧٢﴾ وَلَا تُؤْمِنُوٓاْ إِلَّا لِمَن تَبِعَ دِينَكُمْ قُلْ إِنَّ ٱلْهُدَىٰ هُدَى ٱللَّهِ أَن يُؤْتَىٰٓ أَحَدٌ مِّثْلَ مَآ أُوتِيتُمْ أَوْ يُحَآجُّوكُمْ عِندَ رَبِّكُمْ قُلْ إِنَّ ٱلْفَضْلَ بِيَدِ ٱللَّهِ يُؤْتِيهِ مَن يَشَآءُ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [آلعمران: ٧٢–٧٦].

ولما أخبر أبو هريرة رضي الله عنه عن الآتي الذي أتاه ثلاثا يحثو الصدقة، وأنَّه قال له: إِذَا أَوَيْتَ إِلَى فِرَاشِكَ فَاقْرَأْ آيَةَ الكُرْسِيِّ، فَإِنَّكَ لَنْ يَزَالَ عَلَيْكَ مِنَ اللهِ حَافِظٌ، وَلاَ يَقْرَبَنَّكَ شَيْطَانٌ حَتَّى تُصْبِحَ. قال النبي ﷺ: (**أَمَا إِنَّهُ قَدْ صَدَقَكَ وَهُوَ كَذُوبٌ، تَعْلَمُ مَنْ تُخَاطِبُ مُنْذُ ثَلاَثِ لَيَالٍ يَا أَبَا هُرَيْرَةَ**، قَالَ: لاَ، قَالَ: **ذَاكَ شَيْطَانٌ**)[49]. والشاهد من هذا أنَّ النبي ﷺ أقرَّ الحكم الذي ذكره الشيطان، وأخبر بصدقه فيه دون غيره، فلم يدفعه كون المخبر بالحقِّ شيطان أن يردَّه.

وقبل النبي ﷺ قول اليهود لمَّا أخبروه بأنَّ من المسلمين من تجري على ألسنتهم عبارات الشرك فيقولون: ما شاء الله وشاء محمد. فنهى عن ذلك، ولم يمنعه من قبول الحق أنَّه صدر عن يهودي[50].

وإنَّ منهج أهل السنة في هذا هو قبول الحقّ من كل من قال به وردّ الباطل على كل من قاله، قال ابن تيمية: "عَامَّةُ مَا تَنَازَعَ فِيهِ النَّاسُ يَكُونُ مَعَ هَؤُلَاءِ بَعْضُ الْحَقِّ؛ وَقَدْ تَرَكُوا بَعْضَهُ كَذَلِكَ مَعَ الْآخَرِينَ، وَلَا يَشْتَبِهُ عَلَى النَّاسِ الْبَاطِلُ الْمَحْضُ؛ بَلْ لَا بُدَّ أَنْ يُشَابَ بِشَيْءِ مِنْ الْحَقِّ؛ فَلِهَذَا لَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ إلَّا مَنْ رَحِمَ رَبُّك؛ فَإِنَّهُمْ هُمْ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْحَقِّ كُلِّهِ؛ وَصَدَّقُوا كُلَّ طَائِفَةٍ فِيمَا قَالُوهُ مِنْ الْحَقِّ؛ فَهُمْ جَاءُوا بِالصِّدْقِ وَصَدَّقُوا بِهِ فَلَا يَخْتَلِفُونَ"[51].

وما أحسن ما ذكره ابن القيم: في بيان هذا المنهج فقال عن أهل الموقف الوسط بين طرفي الإفراط والتفريط في باب أسماء الله وصفاته: "هم الحكام على أرباب المقالات والمميزون لما فيها من الحق والشبهات، يردون على كلٍ باطله ويوافقونه فيما معه في الحق، فهم في الحقّ سَلَمَه وفي الباطل حَرَبَه، لا يميلون مع طائفة على طائفة ولا يجحدون حقها لما

قالته من باطل سواه؛ بل هم ممتثلون قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا تَعۡمَلُونَ﴾ [المائدة: ٨]، فإذا كان قد نهى عباده أن يحملهم بغضهم لأعدائه أن لا يعدلوا عليهم مع ظهور عداوتهم ومخالفتهم وتكذيبهم لله ورسوله فكيف يسوغ لمن يدعي الإيمان أن يحلمه بغضه لطائفة منتسبة إلى الرسول تصيب وتخطيء على أن لا يعدل فيهم؟! بل يجرد لهم العداوة وأنواع الأذى ولعله لا يدري أنهم أولى بالله ورسوله وما جاء به منه علما وعملا ودعوة إلى الله على بصيرة وصبرا من قومهم على الأذى في الله وإقامة لحجة الله ومعذرة لمن خالفهم بالجهل"[52].

الضابط الثامن: الأحكام تجري على الظواهر وأمّا البواطن فلا يعلمها إلا الله:

الأصل معاملة الناس على ما يظهرون ووكل سرائرهم إلى الله، فإن أظهروا ما يؤآخذون به حوسبوا عليه، ولهذا شواهد ثابتة عن النبي ﷺ، منها ما رواه أسامة بن زيد س قال: بَعَثَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ فِي سَرِيَّةٍ، فَصَبَّحْنَا الْحُرَقَاتِ مِنْ جُهَيْنَةَ[53]، فَأَدْرَكْتُ رَجُلًا فَقَالَ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ، فَطَعَنْتُهُ، فَوَقَعَ فِي نَفْسِي مِنْ ذَلِكَ، فَذَكَرْتُهُ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **(أَقَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَقَتَلْتَهُ؟)**. قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّمَا قَالَهَا خَوْفًا مِنَ السِّلَاحِ، قَالَ: **(أَفَلَا شَقَقْتَ عَنْ قَلْبِهِ حَتَّى تَعْلَمَ أَقَالَهَا أَمْ لَا؟)** فَمَا زَالَ يُكَرِّرُهَا عَلَيَّ حَتَّى تَمَنَّيْتُ أَنِّي أَسْلَمْتُ يَوْمَئِذٍ[54].

ولما اعترض رجل على قسمة النبي ﷺ الذُهيبة[55] التي أرسلها على بن أبي طالب من اليمن قال خالد بن الوليد: يارسول الله ألا أضرب عنقه؟ فقال ﷺ: **(لاَ، لَعَلَّهُ أَنْ يَكُونَ يُصَلِّي)** فقال خالد: وَكَمْ مِنْ مُصَلٍّ يَقُولُ بِلِسَانِهِ مَا لَيْسَ فِي قَلْبِهِ. قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **(إِنِّي لَمْ أُومَرْ أَنْ أَنْقُبَ عَنْ قُلُوبِ النَّاسِ وَلاَ أَشُقَّ بُطُونَهُمْ)**[56].

وأتى رجل من الأنصار النبي ﷺ فسارَّه يستأذنه في قتل رجل من المنافقين، فَجَهَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَقَالَ: **(أَلَيْسَ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ؟)**. قال الأنصاري: بَلَى يَا رَسُولَ اللهِ، وَلَا شَهَادَةَ لَهُ. قَالَ ﷺ: **(أَلَيْسَ يَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللهِ؟)** قَالَ: بَلَى يَا رَسُولَ اللهِ، وَلَا شَهَادَةَ لَهُ. قَالَ: **(أَلَيْسَ يُصَلِّي؟)**. قَالَ: بَلَى يَا رَسُولَ اللهِ، وَلَا صَلَاةَ لَهُ. فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **(أُولَئِكَ الَّذِينَ نَهَانِي اللهُ عَنْهُمْ)**[57].

فهذه ثلاثة مواقف يقرر فيها النبي ﷺ أن من أظهر الإيمان وشهد شهادة الحق وصلى مع المسلمين فإنَّه معصوم الدم والمال والعرض، يجب أن يعامل على حسب ما يظهر منه، وأمَّا سريرته فنكلها إلى الله. قال ابن حجر: "إِنَّ إِظْهَارَ الْإِيمَانِ يُحْصِنُ مِنَ الْقَتْلِ، وَكُلُّهُمْ -أي الفقهاء- أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ أَحْكَامَ الدُّنْيَا عَلَى الظَّاهِرِ وَاللهُ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ"[58].

الضابط التاسع: أهل السابقة أحقُّ بالعذر والعفو:

السابقة: ما يُسبق إليه من الفعال الحسنة، فيقال: هذا صاحب سابقة، أي: سبق غيره إلى فعل حسن، وتسمى أيضا: القُدْمَة والقَدَمُ، ومنها قوله تعالى:﴿وَبَشِّرِ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنَّ لَهُمْ قَدَمَ صِدْقٍ عِندَ رَبِّهِمْ ۗ قَالَ ٱلْكَٰفِرُونَ إِنَّ هَٰذَا لَسَٰحِرٌ مُّبِينٌ﴾ [يونس: ٢][59].

واحترام أهل السابقة وعَذْر المخطىء منهم منهج شرعي، فالله تعالى عفا عن يونس عليه السلام لما خالف أمره فخروج من قومه قبل أن يأذن له ربه، وكان العفو لسابقته في العبادة والطاعة والتسبيح، فقال الله عز وجل:﴿ فَٱلْتَقَمَهُ ٱلْحُوتُ وَهُوَ مُلِيمٌ ﴿١٤٢﴾ فَلَوْلَآ أَنَّهُۥ كَانَ مِنَ ٱلْمُسَبِّحِينَ ﴿١٤٣﴾ لَلَبِثَ فِى بَطْنِهِۦٓ إِلَىٰ يَوْمِ يُبْعَثُونَ﴾[الصافات: ١٤٢ – ١٤٤]

واعتذر النبي ﷺ عن أبي بكر في خصومته مع عمر م لسابقته في الإسلام، مع أنَّ أبا بكر أقرَّ بأنَّه كان المخطئ على عمر، إلا أنَّه قال: **(إِنَّ اللهَ بَعَثَنِي إِلَيْكُمْ فَقُلْتُمْ: كَذَبْتَ، وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: صَدَقَ، وَوَاسَانِي بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ)**[60].

وكذلك عفا ﷺ عن حاطب ابن أبي بَلْتَعَة رضي الله عنه لما كتب كتابا أرسله إلى أهل مكة يخبرهم بمسير النبي ﷺ إليهم، وأفصح عن سبب عفوه أنَّه سابقته في الإسلام والجهاد وحضور بدر مجاهدا في سبيل الله، قال ابن القيم: "إنَّ النبي ﷺ لم يهجر حاطبا ولا عاقبه وقد جَسَّ عليه[61]، وقال لعمر لما هَمَّ بقتله: **(وما يدريك لعلَّ الله اطَّلع على أهل بدر فقال: اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم)**[62]"[63].

الضابط العاشر: الاجتهاد السائغ لا يبيح الأعراض ولا يؤدي للفرقة:

الاجتهاد: بذل الوسع[64]. وفي الاصطلاح: استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي؛ وبذل المجهود في طلب المقصود من جهة الاستدلال[65].

السائغ: الجائز، فيقال: ساغَ له ما فعل، أي: جاز له ذلك[66].

والاجتهاد السائغ: هو ما لم تظهر مخالفته النص أو الإجماع[67].

وإنَّ الضابط الذي يميّز المسائل الاجتهادية التي يجب ألا يؤدي الاختلاف فيها إلى الفرقة واستحلال الأعراض المسلمة هو: أن تكون تلك المسائل ممّا لم يُنص على حكمها في الكتاب والسنة، ولم ينعقد على حكمها إجماع سابق، وللاجتهاد فيها مساغ لتعارض الأدلة أو خفاء الدلالة فيها[68].

وعليه يجب وزن كل ما يصدر عن المخالفين بهذا الميزان، فإن كان خلافهم فيما لا نص فيه ولا إجماع فإنَّه لا يبنى عليه ولاء ولا براء، ولا يتحزب فيه الناس للبعض دون البعض الآخر، ويجب أن لا يؤدي ذلك للتقاطع والتباعد، بل يكون محفوفاً بالمحبة والأخوة الإيمانية، ولا يعني هذا عدم بيان خطئهم والمناصحة في ذلك، بل يتحاور الناس في هذه المسائل طلباً للحق ورغبة في الهدى مع بقاء المحبة والموالاة كما كان يفعل سلف الأمة ن. قال ابن تيمية: "وقد كان العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم إذا تنازعوا في الأمر اتبعوا أمر الله تعالى في قوله:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾[النساء: ٥٩]، وكانوا يتناظرون في المسألة مناظرة مشاورة ومناصحة، وربما اختلف قولهم في المسألة العلمية والعملية، مع بقاء الألفة والعصمة وأخوة الدين"[69].

فالمحبة والأخوة الإيمانية ينبغي ألا تذوب عند الاختلاف لبقاء عصمة المسلم في دمه وماله وعرضه؛ فلا يجوز أن تُنسى الفضائل أو تستحل الأعراض، قال القرافي: "التَّفَكُّهُ بِأَعْرَاضِ الْمُسْلِمِينَ حَرَامٌ، وَالْأَصْلُ فِيهَا الْعِصْمَةُ"[70].

الضابط الحادي عشر: من أدَّى الواجب الذي عليه استحق ما يجب له:

قد أوجب الله تعالى أفعالا ورتَّب مقابلها حقوقا، فمن ألتزم بما عليه من الواجبات واللوازم ثبتت له الحقوق التي منحه إياها الشرع، فمتى التزم المسلم بأحكام الإسلام وأدَّى الواجبات وكفَّ عن المحرمات ثبتت له حقوق المسلم على أخيه المسلم، التي بينها النبي ﷺ بقوله: (**حَقُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتٌّ**) قِيلَ: مَا هُنَّ يَا رَسُولَ الله؟، قَالَ: (**إِذَا لَقِيتَهُ فَسَلِّمْ عَلَيْهِ، وَإِذَا دَعَاكَ فَأَجِبْهُ، وَإِذَا اسْتَنْصَحَكَ فَانْصَحْ لَهُ، وَإِذَا عَطَسَ فَحَمِدَ اللهَ فَسَمِّتْهُ، وَإِذَا مَرِضَ فَعُدْهُ، وَإِذَا مَاتَ فَاتَّبِعْهُ**)[71]، وكذلك إذا أدَّى الذمي

الجزية والتزم بشروط عقد الذمة استحق الحماية والنصرة على ظالمه وإن كان مسلما، والمعاهد كذلك محفوظ الدم والمال والعرض مادام ملتزما بالعهد.

ومما يدل على هذا أنَّ جابر بن عبدالله ﷺ كان يستدين من يهودي مالا إلى جذاذ النخل، فعجز الجذاذ عن سداد الدَّين، فطلب جابر من اليهودي مهلة إلى العام المقبل فأبى، فأُخبر النبي ﷺ بذلك فقال لأصحابه: (**امْشُوا نَسْتَنْظِرْ جَابِرٍ مِنَ الْيَهُودِيِّ**)، فجعل النبي ﷺ يكلِّم اليهودي فيقول: أبا القاسم لا أُنظره. فكرر النبي ﷺ الطلب من اليهودي ثلاثا وهو لا يستجيب، فقال ﷺ عند ذلك: (**يَا جَابِرُ جُدَّ وَاقْضِ**)، قال جابر: فَوَقَفَ فِي الجَدَادِ، فَجَدَدْتُ مِنْهَا مَا قَضَيْتُهُ، وَفَضَلَ مِنْهُ، فَخَرَجْتُ حَتَّى جِئْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَبَشَّرْتُهُ، فَقَالَ: (**أَشْهَدُ أَنِّي رَسُولُ اللهِ**)[72]. فالنبي ﷺ على قدره وعلو منزلته ذهب لليهودي يستشفعه في الإمهال؛ لأنَّه صاحب حقٍّ، ولما لم يستجب أمر بإعطائه حقه، وكانت آية من آيات نبوته؛ لذا قال: أشهد أني رسول الله. قال العيني: "إِنَّمَا قَالَ ذَلِك لِأَنَّ فِيهِ خرق الْعَادة الظَّاهِرَة، وَهُوَ دَلِيل من أَدِلَّة النُّبُوَّة وَعلم من أعلامها حَيْثُ قضى بِالْقَلِيلِ الَّذِي لم يكن يَفِي بِدينِهِ تَمام الدّين وَفضل مِنْهُ مثله"[73].

ولما جاءه يهودي يشتكي إليه أبا حدرد الأسلمي[74] قائلا: يا محمد: إنَّ لي على هذا أربعة دراهم وقد غلبني عليها، قال: (**أَعْطِهِ حَقَّهُ**). قال: والذي نفسي بيده ما أقدر عليها، قد أخبرته أنَّك تبعثنا إلى خيبر فأرجو أن تُغنِمنا شيئا فأرجع فأقضيه، قال: (**أَعْطِهِ حَقَّهُ**). وكان رسول الله ﷺ إذا قال ثلاثًا لم يراجع، فخرج أبو حدرد س إلى السوق فباع بردته وقضاه دينه[75]. فهذا موقف آخر يقضي فيه النبي ﷺ لليهودي على المسلم مادام ملتزما بعهده مع المسلمين.

الضابط الثاني عشر: العبرة بالحال الكثير الغالب لا بالقليل النادر:

إنَّه متى كان المخالف من أهل الإيمان والصلاح والتقوى ثم وقع منه خلاف الحقَّ قولا أو عملا فإنَّ ذلك لا يسقطه بالكلية، قال الذهبي: " الكمال عزيز، وإنما يمدح العالِم بكثرة ما له من الفضائل، فلا تُدفن المحاسن لورطةٍ ولعلّه رجع عنها، وقد يُغفر له باستفراغه الوسع في طلب الحق، ولا قوة إلا بالله"[76]. وقال سعيد ابن المسيّب: "ليس من شريفٍ ولا عالم ولا ذي سلطان إلا وفيه عيب، لا بد، ولكن من الناس من لا تُذكر عيوبه: من كان فضله أكثر من نقصه وُهب نقصه لفضله"[77]. وقال ابن القيم مبينا قاعدة شرعية في هذا الأمر: "من قواعد الشرع

والحكمة أيضا أنَّ من كثرت حسناته وعظمت، وكان له في الإسلام تأثير ظاهر فإنَّه يُحتمل له مالا يُحتمل لغيره، ويُعفى عنه مالا يعفى عن غيره"[78].

فهذه بعض أقوال أهل العلم من أئمة الإسلام يؤكدون فيها وجوب مسامحة المخطئ من العلماء والدعاة المصلحين حيث تغتفر أخطاؤهم في مقابل حسناتهم العظيمة، وهذا هو إنصافهم، قال ابن رجب: "المنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه"[79].

وإنَّ مخالفة هذا المنهج تؤدي إلى تعطيل العلم والدعوة، وفساد العلاقات، ووقوع الفرقة والاختلاف والتنازع بين المسلمين، قال ابن القيم: "لَوْ كَانَ كُلُّ مَنْ أَخْطَأَ أَوْ غَلِطَ تُرِكَ جُمْلَةً، وَأُهْدِرَتْ مَحَاسِنُهُ، لَفَسَدَتِ الْعُلُومُ وَالصِّنَاعَاتُ، وَالْحُكْمُ، وَتَعَطَّلَتْ مَعَالِمُهَا"[80].

الضابط الثالث عشر: لازم القول ليس بقول:

ينبغي ألا نتجاوز قول وفعل المخالف إلى ما وراءها من النيات أو اللوازم التي لم تنطق بها ألسنتهم، لأنَّ كلام الإنسان عرضةً للجهل والنقص وسوء التعبير؛ فلا يمكن أن تؤخذ لوازم أقوالهم على أنَّها أقوال لهم، بخلاف كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ فإنَّ لوازمها معتبرة لاستحالة الخطأ في كلام الله وعصمة النبي ﷺ فيما ينطق به.

وقد نبَّه على هذا الإمام ابن حزم: فقال: أمّا من كفّر الناس بما تؤول إليه أقوالهم فخطأ؛ لأنه كذب على الخصم، وتقويل له ما لم يقل به، فلا يُكفَّر أحد إلّا بنفس قوله ونص معتقده، ولا ينفع أحد أن يعبر عن معتقده بلفظ يحسِّن به منهجه، لكن المحكوم به هو مقتضى قوله فقط[81].

الضابط الرابع عشر: الحب والبغض القلبي لا يؤثر في العدل والإنصاف:

العدل والإنصاف مع الناس حكم شرعي لا يجوز أن يتأثر بالمشاعر القلبية أبدا، حتى وإن كانت تلك المشاعر أحكاما دينية كالولاء والبراء، لأنَّه إن تأثر بها جار الإنسان وظلم وتعدى.

ومن شواهد هذا أنَّ النبي ﷺ أرسل عبدالله بن رواحة س ليخرص[82] ثمار خيبر، فخرصها ثم قال لليهود: (**يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ، أَنْتُمْ أَبْغَضُ الْخَلْقِ إِلَيَّ، فَقَتَلْتُمْ أَنْبِيَاءَ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَكَذَبْتُمْ عَلَى اللهِ، وَلَيْسَ يَحْمِلُنِي بُغْضِي إِيَّاكُمْ عَلَى أَنْ أَحِيفَ عَلَيْكُمْ. فَقَالُوا: بِهَذَا قَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ**)[83].

ومثلها ما مرَّ من الوقائع التي أنصف فيها المسلمون غيرهم في الأقضية، فهي من شواهد هذا الضابط أيضا.

الضابط الخامس عشر: الرجوع عن الخطأ فضيلة:

ينبغي للمسلم إذا وقع منه خطأ علمي أو عملي أن يتجرد من حظ نفسه ويراجع الحقَّ والصواب، فإنَّ فعل هذا ازداد قربا من الله والتزاما بالحق ورفعة في الدنيا والآخرة. ولقد كان هذا ديدن السلف الصالح ن، قال ابنُ الجوزي: "وقد كان في السلف -قدَّس اللهُ أرواحهم- مَنْ إذا عرف أنه قد أخطأ لم يستقرَّ حتى يُظهر خطأه، ويُعلم من أفتاه بذلك"[84].

وكتب عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبي موسى الأشعري ﷺ قائلا: (لَا يَمْنَعُكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ بِالْأَمْسِ رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ وَهُدِيتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ وَمُرَاجَعَةَ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ)[85].

ولقد رجع كثير من الصحابة والتابعين عن آراء ارتأوها وأقوال أفتوا بها لما تبين خطؤها، وقد ذكر ابن عبدالبر: جانبا منها ثم قال: "هَذَا كَثِيرٌ فِي كُتُبِ الْعُلَمَاءِ وَكَذَلِكَ اخْتِلَافُ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَالتَّابِعِينَ وَمَنْ بَعْدَهُمْ مِنَ الْمُخَالِفِينَ، وَمَا رَدَّ فِيهِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ لَا يَكَادُ أَنْ يُحِيطُ بِهِ كِتَابٌ فَضْلًا أَنْ يُجْمَعَ فِي بَابٍ، وَفِيمَا ذَكَرْنَا مِنْهُ دَلِيلٌ عَلَى مَا عَنْهُ سَكَتْنَا"[86].

فالرجوع عن الخطأ مستفيض في سير السلف الصالح من لدن الصحابة إلى يومنا هذا، فإنَّ الأئمة والعلماء إذا تبين لهم خطأ رأيهم رجعوا عنه وأعلنوا رجوعهم عنه تقربا إلى الله تعالى وحتى لا يقتدي بهم الناس فيه.

المطلب الثاني: أبرز التطبيقات المعاصرة لضوابط العدل والإنصاف:

فيما يلي أبرز التطبيقات المعاصرة لضوابط العدل والإنصاف، لم أقصد فيها الاستيعاب؛ بل قصدت التمثيل بما كان مشتهرا في الواقع ويكثر فيه الجور والتعدي من بعض الناس.

1. ينبغي لمن أراد التواصل مع الآخرين والتعليق على منشوراتهم ومناقشة آرائهم وأفكارهم التي يطرحونها للنقاش أن يتجرَّد من حظ نفسه فلا يخالفهم إلا بناء على الدليل، ولزوم العدل والإنصاف معهم عند المحاورة والتعليق.

2. لو نشر أحدهم منشورا أو كتب تغريدة توهم خلاف الحق والصواب فينبغي إحسان الظن به، وحمل الكلام الصادر منهم على أحسن

المحامل، مع إرشاده لمحل الخطأ من كلامه مع اقتراح التعديل المناسب.

3. تتبع زلات المخالفين من أهل العلم والدعوة ونشرها للناس للتنفير عنهم وطي جهودهم وحسناتهم مخالف للعدل معهم.

4. مع كثرة القنوات الخاصة على اليوتيوب التي تُعنى بالرد على المخالفين فيجب عند النقد أن يكون موجها للفكرة وإقامة الدليل على بطلانها لا لأصحابها، مع لزوم حمل كلام المخالفين على ظاهره وعدم التعرض للنوايا والبواطن إذ لا يطَّلع على ذلك إلا الله تعالى.

5. إنَّه مع انتشار الأحزاب والجماعات الدعوية وغيرها يجب نبذ الغلو في قادة تلك الأحزاب والجماعات حتى وإن كانوا علماء ودعاة صالحين، وتحذيرهم من ظلم المخالفين، وتكفير أو تفسيق أحد من أهل القبلة حتى تقوم عليه الحجة وتنتفي المحجة.

6. لو نشر شخص منشورا فيه مخالفة للحق ونبَّهه الأخرون عليها فالواجب أن يتراجع عن ذلك ويعترف بخطئه ويعتذر عن ذلك المنشور ويزيله من حسابه إن كان مما يمكنه التحكم فيه.

7. يلزم المسلم قبول تعدد الاجتهادات وتنوعها فيما لا نص فيه من المسائل، كمن يخالف في مسألة المشاركة في البرامج الدينية عبر القنوات الفضائية غير المنضبطة، والمشاركة في الأحزاب السياسية والحكومات التي لا تحكم بالشريعة، فلا يكون ذلك بابا لظلم المخالف والاستطالة في عرضه.

8. إذا افتى أحد من العلماء في مسألة برأي يخالف ما تواطأ عليه الجمهور مما لا نص فيه ولا إجماع فينبغي إشاعة خصلة العذر بين المسلمين، فيعذر بعضهم بعضا في اجتهاداتهم مع بقاء الألفة والأخوة الإيمانية بينهم.

9. إذا برز أشخاص في وسائل التواصل الاجتماعي فصاروا مشاهير لهم متابعون كثيرون فلا يجوز القدح فيهم لمجرد شهرتهم أو بلدانهم وجنسياتهم؛ بل تنبغي معاملتهم بالعدل والانصاف حسب ما يظهر منهم ووكْل السرائر والبواطن إلى الله.

10. وجوب قبول الحقِّ الذي يكون مع المخالفين أيا كانت مذاهبهم وبلدانهم ومشاربهم العقدية والفكرية وتوجهاتهم السياسية، فيذكر الحقُّ ولا يُنكر وإلا ضاع تبعا للمشاعر القلبية والمواقف

النفسية، وهنا يتسرب الهوى إلى الإنسان فيجور على الناس ويظلمهم.

11. إن قال أحد قولا في الرد على عالم أو تهوين حديث صحيح لا يلزم من قوله الاستخفاف بالسنة وعداوة أهل العلم ونحو ذلك من اللوازم التي تنبني على قوله، فلا يجوز أن يحكم عليه بفسق أو بدعة أو كفر بناء عليها، بل لا بد من التأكد من ذلك.

12. إذا زلَّ عالم أو داعية أو مفكر أو غيرهم ممن لهم أثر حسن في الناس عبر الوسائل الحديثة في مسألة من المسائل فينبغي ألا يُهدر حقه أو ينكر جهده وإلا لن يسلم أحد، لأنَّ كل ابن آدم خطاء؛ بل ينبغي العدل معه.

13. ينبغي ألا يُجحد فضل أصحاب الفضل لمخالفتهم في أمر من الأمور حتى لو كانت مخالفته للحقّ ناتجة عن اتباعٍ للهوى- كالآراء التي تبرر الظلم أو تدفع إليه- مع نصيحته فيما خالف فيه، وعدم اتباعه في ذلك.

14. الفضاء المفتوح يُمكِّن المسلم من الاطلاع على آدراء من يخالفونه في العقيدة أو المنهج فينبغي ألا تُخلط الأمور ببعضها، فلا يحكم للصحيح من الأقوال والأفعال بحكم الفاسد، ولا للفاسد بحكم الصحيح، وإنما يحكم على كلٍ بحسبه.

15. أنَّه ليس من شرط من يُشارك في وسائل التواصل الحديثة ألا يخطئ ولا يغلط ولا يهم، بل هو إنسان قد تغلب عليه طبيعته البشرية فيخطئ أو يظلم ويجور ويتبع الهوى، فيقبل منه الحق ويرد الباطل ويحفظ له حقه ما دام غالب حاله الصواب.

16. لا تنبغي إعادة التغريد أو مشاركة المنشورات المتضمنة لأحاديث نبوية أو نسبة أقوال لأشخاص إلا بعد التثبت من صحة الأحاديث وصدق نسبة الأقوال لأصحابها.

الخاتمة:

لقد خلص البحث إلى بعض النتائج من أبرزها مايلي:

1. أنَّ العدل والإنصاف خلقان أمر بهما الإسلام، وهما من أبرز مميزات الشريعة الإسلامية، والاتصاف بهما أمارة من أمارات الإيمان وعلامة على الكمال البشري والسمو الأخلاقي.

2. أنَّ من التزم بضوابط العدل والإنصاف سيتمكن من العدل وإنصاف المخالفين، وسيسهل عليه ذلك.

3. أنَّ الرسوخ في العدل والإنصاف بحاجة إلى خلق رفيع ودين متين يقوى بهما على كبح الهوى وشهوات النفوس وغلبة الطباع الرذيلة على الإنسان.

4. إنَّ ضوابط العدل والإنصاف تكتنف ما يصدر عن المسلم قبل القول والفعل وأثناءهما وبعدهما، فالتثبت مثلا يكون قبل الموقف، ولين القول أثناءه، والرجوع عن الخطأ بعده. ومنها ما يكون ملازما له في الأحوال الثلاثة كإحسان الظن بالمسلمين.

5. أنَّ من ضوابط العدل والإنصاف ما يكون خاصا بالمخالف من المسلمين كإحسان الظنِّ، ومنها ما يكون عاما مع المخالفين المسلمين وغيرهم، كضابط لين القول مع المخالف.

الهوامش:

(1) ينظر: محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقى (ت711هـ)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، 1414، (ط3)، (19/ 439)، وإبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط**، د.م، دار الدعوة، د.ت، (د.ط)، 1/ 533.

(2) ينظر: أحمد بن محمد الحنفي الحموي (ت1098هـ)، **غمز عيون البصائر**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ، (ط1)، 2/ 5. ومحمد رواس قلعجي وصاحبه، **معجم لغة الفقهاء**، عمَّان، دار النفائس، 1408هـ، (ط2)، ص281.

(3) من تلك الكتب التي تساهلت في إطلاق اسم القواعد أو الضوابط دون تفريق بينهما في الاصطلاح كتاب الأصول والضوابط الفقهية للنووي، والقواعد للمقري، وغيرهما.

(4) ينظر: الخليل بن أحمد الفراهيدي(ت170هـ)، **كتاب العين**، ت: د. مهدي المخزومي وصاحبه، د.م، دار ومكتبة الهلال، د. ت، (د.ط)، (2/ 38)، و أحمد بن فارس بن زكريا الرازي(ت395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، ت: عبدالسلام محمد هارون، دمشق، دار الفكر، 1399هـ، (د.ط)، 4/ 246، وأحمد بن محمد بن علي الفيومي(ت نحو770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، بيروت، المكتبة العلمية، د.ت، (د.ط)، 2/ 396، و محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (ت817هـ)، **القاموس المحيط**، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1426هـ، (ط8)، ص1030.

(5) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**(9/ 330)، الفيروزآبادي، **القاموس المحيط** (ص856)،

زين الدين محمد عبد الرؤوف المناوي(1031هـ)، **التوقيف على مهمات التعاريف**، القاهرة، عالم الكتب، 1410هـ، (ط1)، ص99، ود. سعدي أبو جيب، **القاموس الفقهي**، دمشق، دار الفكر، 1408هـ، (ط2)، ص244.

(6) محمّد بن محمّد المرتضى الزَّبيدي(ت1205هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، ت: مجموعة من المحققين، د.م، دار الهداية، د.ت، (د.ط)، (24/ 413).

(7) ينظر: الحسن بن عبد الله العسكري (ت: نحو 395هـ)، **الفروق اللغوية**، ت: محمد إبراهيم سليم، القاهرة، دار العلم والثقافة، د.ت، (د.ط)، ص224.

(8) ينظر: إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي (ت774 هـ)، **تفسير القرآن العظيم**، ت: سامي بن محمد سلامة، الرياض، دار طيبة، 1420هـ، (ط2)، 7/ 196، ومحمد الطاهر ابن عاشور(ت1393هـ)، **التحرير والتنوير**، تونس، الدار التونسية، 1984هـ، (د. ط)، 25/ 68، ومحمد الأمين الجكني الشنقيطي(ت1393هـ)، **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، بيروت، دار الفكر، 1415هـ، (د.ط)، 7/ 65.

(9) أخرجه أحمد بن الحسين البيهقي (ت458هـ)، **شعب الإيمان**، ت: د. عبد العلي عبد الحميد حامد، الرياض، مكتبة الرشد، 1423هـ، (ط1)، المقدمة، باب القول في زيادة الإيمان ونقصانه، رقم(48).

(10) المناوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**(ص64).

(11) ابن عاشور، **التحرير والتنوير**(23/ 244).

(12) محمد بن جرير الطبري (ت310هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن**، ت: أحمد محمد شاكر، بيروت، الرسالة، 1420هـ، (ط1)، 17/ 279.

(13) ورد في القرآن الكريم لفظان متشابهان: الأول: قَسَطَ، أي: أقسط، ومعناه: العدل والإنصاف، فيقال: أقسط يُقْسِط إقساطًا، فهو مُقسط، إذا عدل في حكمه وأصاب الحقَّ فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ﴾[البقرة: ٢٨٢]، أي: أعدل عند الله. والثاني: قَسَطَ يَقْسِط قِسطا، فهو قاسط، أي: جَارَ وظَلَم، ومنه قول ﷻ: ﴿وَأَمَّا ٱلْقَٰسِطُونَ فَكَانُواْ لِجَهَنَّمَ حَطَبًا﴾[الجن: ١٥]، يعني: الجائرون. ينظر: الطبري، جامع البيان 6/ 77، 7/ 541، 15/ 21.

(14) أخرجه مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت261هـ)، **المسند الصحيح**، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، (د.ط)، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، رقم(1827).

(15) ينقسم الناس إلى قسمين: موافقين، ومخالفين، والمخالفون نوعان، وهذا هو الذي دفع الباحث إلى جعل عنوان المبحث: أنواع المخالفين وليس أقسامهم.

(16) ينظر: إبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط** 1/ 251.

(17) كلام الشيخ عبدالرحمن المعلمي: هذا إنَّما هو في باب الولاء والبراء، وهما عملان قلبيان كما هو معلوم، وليس كلامه في باب المعاملة، فينبغي التنبه لذلك.

(18) عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني (ت1386هـ)، **التنكيل بما في تأنيب الكوثري من الأباطيل**، تخريج وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني وآخرون، بيروت، المكتب الإسلامي، 1406هـ، (ط2)، 3/ 427.

(19) ينظر: الطبري، جامع البيان(22/ 303، 304).

(20) متفق عليه، أخرجه محمد بن إسماعيل البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، ت: محمد زهير الناصر، السعودية، دار طوق النجاة، 1422هـ، (ط1)، كتاب الأدب، باب:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجْتَنِبُواْ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ﴾،رقم(6066)، ومسلم، **المسند الصحيح**، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظنّ، رقم(2563).

(21) حمد بن محمد البستي المعروف بأبي سليمان الخطابي (ت388هـ)، **معالم السنن**، حلب، المطبعة العلمية، 1351هـ، (ط1)، 4/ 123.

(22) ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم** 6/ 29.

(23) هو: حاطب بن أبي بَلْتَعَة بن عمرو اللخمي، حليف بني أسد بن عبد العزى، وقيل كان مولى لعبيدالله بن حميد فكاتبه فأدَّى كتابه وعُتق، صحابي، شهد بدرا، وهو صاحب الكتاب المشهور الذي أرسله إلى أهل مكة ينبئهم بمسير رسول الله ﷺ إليهم في الفتح، توفي سنة ثلاثين من الهجرة. ينظر: محمد بن سعد بن منيع الزهري(230هـ)، **الطبقات الكبرى**، ت: إحسان عباس، بيروت، دار صادر، 1968م، (ط1)، 3/ 114، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت852 هـ)، **الإصابة في تمييز الصحابة**، ت: علي محمد البجاوي، ط1، دار الجيل، بيروت، 1412هـ، (ط1)، 2/ 4.

(24) أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب المغازي، باب فضل من شهد بدرا، رقم(3983).

(25) ينظر: الحسين بن إسماعيل المحاملي (ت330هـ)، **الأمالي**، ت: د. إبراهيم القيسي، الأردن، المكتبة الإسلامية، 1412هـ، (ط1)، ص395.

(26) أخرجه البيهقي، **شعب الإيمان**، كتاب حسن الخلق، باب ترك الغضب وكظم الغيظ، رقم(7992).

(27) ينظر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد الجزري(ت606هـ)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ت: طاهر أحمد الزاوى وصاحبه، بيروت، المكتبة العلمية، 1399هـ، (د.ط)، 1/ 175.

(28) ينظر: أحمد بن موسى بن العباس التميمي -أبو بكر بن مجاهد البغدادي(ت324هـ)، **السبعة في القراءات**.

ت: شوقي ضيف، مصر، دار المعارف، 1400هـ، (ط2)، ص236.

(29) ينظر: عبد الملك بن هشام المعافري(ت 213هـ)، **السيرة النبوية**، ت: مصطفى السقا وآخرون، مصر، شركة مكتبة ومطبعة الحلبي، 1375هـ، (ط2)، 2/ 222.

(30) ينظر: سعد بن محمد آل عبد اللطيف، **التعريفات الاعتقادية**، الرياض، دار الوطن، 1422هـ، (ط1)، ص91.

(31) متفق عليه، أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، رقم(3481)، ومسلم، **المسند الصحيح**، كتاب التوبة، بابٌ في سعة رحمة الله، رقم(2756).

(32) ينظر: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية(ت728هـ)، **مجموع الفتاوى**، ت: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، المدينة النبوية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ، (د.ط)، 3/ 231.

(33) ينظر: ابن تيمية، **مجموع الفتاوى** 22/ 15.

(34) هم قبيلة من كنانة ينتسبون إلى جذِيمة بن عامر بن عبد مناة بن كنانة. ينظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت852)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ت: محب الدين الخطيب، بيروت، دار المعرفة، 1379هـ، (د.ط)، 24/ 262.

(35) أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب المغازي، باب بعث النبي ج خالدا إلى بني جذيمة، رقم(4339).

(36) ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**(8/ 57).

(37) ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم** 5/ 294.

(38) مالك بن أنس الأصبحي(ت179هـ)، الموطأ، ت: محمد مصطفى الأعظمي، أبو ظبي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، 1425هـ، (ط1)، 1/ 265.

(39) عبد الرحمن بن ناصر السعدي (ت1376هـ)، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ت: عبدالرحمن بن معلا اللويحق، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1420هـ، (ط1)، ص154.

(40) الطبري، **جامع البيان** 2/ 296.

(41) أخرجه مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب البر والصلة، باب النهي عن لعن الدواب، رقم(2599).

(42) أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب الحدود، باب الضرب بالجريد والنعال، رقم(6777).

(43) المكس: الجباية، وغلب استعماله في الضريبة التي يأخذها الظَلَمة من الناس عند البيع والشراء. كما قال الشاعر:

وفي كل أسواق العراق إتاوة وفي كل ما باع امرؤ مَكْس درهم.

ينظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة** 5/ 345، 346، وابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر**4/ 349.

(44) أخرجه مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم(1695).

(45) علي بن أحمد ابن حزم الأندلسي.(ت456هـ)، **الأخلاق والسير في مداواة النفوس**، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1399هـ، (ط2)، ص82.

(46) محمد بن أبي بكر -ابن قيم الجوزية- (ت751ه)، **تهذيب السنن**، ت: كامل مصطفى الهنداوي، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، د.ط، 1/ 95.

(47) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى** 16/ 96.

(48) السعدي، **تيسير الكريم الرحمن** ص205.

(49) أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب بدء الوحي، باب صفة إبليس وجنوده، رقم(3275).

(50) أخرجه ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، تعليق وأحكام محمد ناصر الدين الألباني، الرياض، مكتبة المعارف، 1429هـ، (ط2)، كتاب الكفارات، باب النهي عن قول ما شاء الله وشئت، رقم(2118)، وصححه الألباني.

(51) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى** 8/ 37.

(52) محمد بن أبي بكر-ابن قيم الجوزية- (ت751هـ)، بدائع الفوائد، بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت، (د.ط)، 2/ 165، 166.

(53) نسبة إلى الحُرقة، واسمه: جُهيش بن عامر بن ثعلبة بن مودعة بن جهينة، وسمِّي بالحُرقة؛ لأنه حرَّق قوما بالقتل وبالغ في ذلك. ينظر: ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** 7/ 517.

(54) أخرجه مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب الإيمان، باب تحريم قتل الكافر بعد أن قال: لا إله إلا الله، رقم(96).

(55) الذُّهيبة: قطعة صغيرة من الذهب. ينظر: ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث والأثر** 2/ 173.

(56) متفق عليه، أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب المغازي، باب بعث علي بن أبي طالب وخالد بن الوليد، رقم(4351)، ومسلم،

المسند الصحيح، كتاب الجنائز، باب الخوارج وصفاتهم، رقم(1064).

(57) أخرجه أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت241هـ)، **المسند**، ت: شعيب الأرناؤوط وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1421هـ(ط1)، باب أحاديث من أصحاب رسول الله ج، باب حديث عبيدالله بن عدي الأنصاري س، رقم(23670)، وصحح إسناده المحقق.

(58) ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**(12/ 273).

(59) ينظر: الفراهيدي، **كتاب العين** 5/ 122، وإبراهيم مصطفى وآخرون، **المعجم الوسيط** 1/ 414.

(60) أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب أصحاب النبي ج، باب قول النبي ﷺ: لو كنت متخذا خليلا لاتخذت أبا بكر خليلا، رقم(3661).

(61) الجس: تعرف الخبر بلطف، ومنه الجاسوس، لأنه يتعرف الأخبار ويجبر بها في خفية. ينظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة** 1/ 414.

(62) متفق عليه، أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب الجهاد والسير، باب الجاسوس، رقم(3007). ومسلم، **المسند الصحيح**، كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل أهل بدر، رقم(2494).

(63) محمد بن أبي بكر -ابن قيم الجوزية- (ت751هـ)، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، ت: شعيب الأرناؤوط - عبدالقادر الأرناؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1407هـ، (ط14)، 3/ 501.

(64) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب** 3/ 135.

(65) ينظر: علي بن محمد الجرجاني (ت816هـ)، **التعريفات**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، (ط1)، ص10.

(66) ينظر: ابن منظور، **لسان العرب** 8/ 435، والرازي، **مختار الصحاح** 1/ 157.

(67) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى** 33/ 143.

(68) ينظر: محمد بن أبي بكر -ابن قيم الجوزية- (ت751هـ)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ت: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمي، 1411هـ، (ط1)، 3/ 224.

(69) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى** 24/ 172.

(70) أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، د.م، عالم الكتب، د.ت، (د.ط)، 4/ 206.

(71) أخرجه مسلم، **المسند الصحيح**، كتاب السلام، باب حق المسلم للمسلم، رقم(2162).

(72) أخرجه البخاري، **الجامع المسند الصحيح**، كتاب الأطعمة، باب الرطب والتمر، رقم(5443).

(73) محمود بن أحمد العيني (ت855 ه)، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، (د.ط)، 21/ 70.

(74) هو: صحابي أشتهر بكنيته واختلف في اسمه، فقيل سلامة بن عمير، وقيل: عبد، وقيل: عبيد، وهو والد الصحابي: عبدالله بن أبي حدرد، ووالد أم الدرداء ك. ينظر: علي بن أبي الكرم محمد بن محمد الجزري-عز الدين ابن الأثير- (ت630هـ)، **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، ت: علي محمد معوض وصاحبه، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415هـ، (ط1)، 3/ 509، وابن حجر، **الإصابة** 7/ 73.

(75) أخرجه أحمد، **المسند**، مسند المكيين، حديث أبي حدرد الأسلمي، رقم(15489)، وجوَّد إسناده محمد ناصر الدين الألباني(ت: 1420هـ)، **السلسلة الصحيحة**، الرياض، مكتبة المعارف، د.ت، (ط1)، 5/ 142.

(76) محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت748هـ)، **سير أعلام النبلاء**، ت: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1405هـ، (ط3)، 16/ 285.

(77) أحمد بن علي الخطيب البغدادي (ت463هـ)، **الكفاية في علم الرواية**، ت: أبو عبدالله السورقي وصاحبة، المدينة النبوية، المكتبة العلمية، د.ت، (د.ط)، ص79.

(78) محمد بن أبي بكر-ابن قيم الجوزية- (ت751هـ)، مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإرادة، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، (د.ط)، 1/ 176.

(79) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي(ت795هـ)، **القواعد**، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، (د.ط)، ص3.

(80) محمد بن أبي بكر -ابن قيم الجوزية- (ت751هـ)، **مدارج السالكين في منازل إياك نعبد وإياك نستعين**، بيروت، دار الكتاب العربي، 1426هـ، (ط3)، 2/ 40.

(81) ينظر: علي بن أحمد ابن حزم(ت456هـ)، **الفصل في الملل والأهواء والنحل**، القاهرة، مكتبة الخانجي، د.، (د.ط)، 3/ 139.

(82) الخَرْصُ: حَزْرُ ما على النَخل من الرُطَب تمراً. ينظر: محمد بن أبي بكر الرازي(ت666هـ)، **مختار الصحاح**، ت: يوسف الشيخ محمد، بيروت، المكتبة العصرية، 1420هـ، (ط5)، ص89.

(83) أخرجه أحمد، **المسند**، مسند المكثرين، مسند جابر بن عبدالله س، رقم(14953)، وقال المحقق: إسناده قوي على شرط مسلم.

(84) عبدالرحمن بن محمد -المعروف بابن الجوزي-، **تعظيم الفتوى**، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، الأردن، الدار الأثرية، 1427هـ، (ط2)، ص91.

(85) أخرجه علي بن عمر الدارقطني (ت385هـ)، سنن الدارقطني، ت: شعيب الارناؤوط وآخرون، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1424هـ، (ط1)، كتاب القضية، باب عمر إلى أبي موسى الأشعري م، رقم(4471).

(86) يوسف بن عبد الله ابن عبد البر النمري القرطبي (ت463هـ)، **جامع بيان العلم وفضله**، ت: أبي الأشبال الزهيري، السعودية، دار ابن الجوزي، 1414هـ، (ط1)، 2/ 919.

مقاصد الاستثمار الشرعية دراسة تأصيليه تطبيقية في المصارف الإسلامية

أ.د. محمد خالد منصور *　　هبة محمد منصور**

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م　　تاريخ قبول البحث:7/ 10/ 2020م

الملخص

يتناول هذا البحث موضوعاً مهماً، وهو مقاصد الاستثمار عند الفقهاء القدامى، وعند المعاصرين، وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية.

وتتركز مشكلة الدراسة في تحديد هذه المقاصد الشرعية الموجهة للاستثمار في المعاملات المالية مما يعد معيارا ينظر إليه في تحقيق غايات صور الاستثمار في الفقه الإسلامي، وما نتج عنه من صور معاصرة في الاستثمار.

وقد حاول البحث استنتاج مقاصد الاستثمار الأصلية والتبعية، ليكون هذا التقسيم منسجماً مع طبيعة المقاصد الشرعية عموماً، وليضبط تلكم العمليات الاستثمارية المالية.

وقد ظهر جليا من خلال نتائج البحث أن هذه المقاصد سواء أكانت أصلية أم تبعية لها أثر كبير في تحقيق العقود المالية الاستثمارية غايتها ومقصودها، وحققت غرضها، وأبعدت عنها شبهة الصورية في العقود وشبهها بالعقود التي يتحقق فيها الربح دون النظر إلى غايات شرعية هي أصل في سبب الربح في الفقه الإسلامي، مع مراعاة أن تكون هذه الغايات مقدمة خدمة حقيقية للمستثمرين، ولمجتمعهم، ورفدا للحلول الشرعية في الاستثمار، مما يشكل نقطة مهمة في التنمية الحقيقية في المجتمعات المسلمة.

وقد انعكس ذلك في البحث باستعراض بعض التطبيقات لمقاصد الاستثمار في المصارف الإسلامية مما يشكل فتحا لباب الدراسات الشرعية المعاصرة في أثر هذه المقاصد على تنمية الاستثمار المعاصر من خلال منتجات المصارف الإسلامية.

* أستاذ دكتور، فقه وأصولة، كلية الشريعة، جامعة الكويت.

*طالبة دكتوراه، بقسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية

The purposes of legitimate investment: an applied study in Islamic banks

Dr. Mohamed Mansour **Heba Mansour**

Abstract

This research deals with an important topic, which is the objectives of investment among the ancient jurists and contemporary scholars, and their applications in Islamic banks.

The problem of the study is concentrated in defining these Sharia objectives directed to investment in financial transactions, which is considered a standard to be seen in achieving the goals of investment images in Islamic jurisprudence, and the resulting contemporary forms of investment.

The research attempted to conclude the original and subordinate investment intentions, so that this division would be consistent with the nature of the legitimate aims in general, and to control these financial investment operations.

It has been evident through the results of the research that these intentions, whether original or subsidiary, have a great impact in achieving financial investment contracts, their goal and purpose, and achieved their purpose, and removed from them the suspicion of mock in contracts and likening them to contracts in which profit is achieved without considering legitimate goals that are the origin of the cause Profit in Islamic jurisprudence, bearing in mind that these goals are a real service provider to investors, their community, and a supplement to legitimate solutions in investment, which constitutes an important point in real development in Muslim societies.

This was reflected in the research by reviewing some applications of the purposes of investment in Islamic banks, which constitutes an opening for contemporary legal studies on the impact of these objectives on the development of contemporary investment through the products of Islamic banks.

Key words: destinations, investment, Islamic banks.

المقدمة: الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد، ، ،.

فإن البحث في مقاصد الشريعة عموماً، ومقاصد الأحكام الشرعية في الموضوعات المختلفة يعطينا محددات واضحة لصحة سير الأحكام لتحقيق أغراضها؛ فحيث كانت المقاصد صحيحة ومتجهة نحو تحقيق ما يريده الشارع من عباده؛ كلما كانت الأحكام أقرب للصواب، ومحققة لمقاصد الشارع سواء أكانت عامة أم خاصة.

وهذا البحث يدقق النظر في استنتاج مقاصد الاستثمار في الفقه الإسلامي، ومقاصد المنتجات المالية المعاصرة، والتي

تهدف لتحقيق مقاصد المال الأصلية والتبعية، والتي بدورها يمكن أن تحقق أغراضها وغاياتها من حيث إحياء المسؤولية المجتمعية للاستثمار في الفقه الإسلامي، والتحقق من أن العقود المالية القديمة والحديثة محققة للأهداف والغايات الاستثمارية وهي الحصول على الربح الحلال وتنمية المال وفق الضوابط الشرعية.

أهمية الدراسة:

تتلخص أهمية الدراسة فيما يلي:

حاجة البحث الشرعي إلى معرفة مقاصد الشريعة في الأموال ووسائلها سواء أكانت أصلية أم تبعية، وحاجة الدراسات في المعاملات المالية المعاصرة، والدراسات في الاستثمار الشرعي إلى استنتاج مقاصد الاستثمار المعاصر لتوجيه المنتجات المالية والمصرفية نحو مقصودها المالي والشرعي والاجتماعي من خلال تطبيقاتها في المصارف الإسلامية، وبيان أثر ذلك في فائدة هذه المنتجات من الناحية المالية والاجتماعية، ومعرفة جهود البنوك الإسلامية وتطبيقها لحفظ مقاصد الشريعة في الأموال، ولتوجيه الدراسات الشرعية والمالية نحوها.

مشكلة الدراسة:

تتركز مشكلة الدراسة في النقاط الآتية:

أولا: ما مفهوم المقاصد والاستثمار في الفقه الإسلامي؟

ثانياً: ما مفهوم مقاصد الاستثمار في الفقه الإسلامي؟

ثالثاً: ما المقاصد الأصلية والتبعية في المال وما وسائلها؟

رابعاً: ما المقاصد الأصلية والتبعية في الاستثمار في الفقه الإسلامي والمعاصر وما تطبيقاتها في المصارف الإسلامية؟

أهداف الدراسة:

أولا: بيان مفهوم المقاصد والاستثمار في الفقه الإسلامي.

ثانيا: استقراء وتحليل واستنتاج مفهوم مقاصد الاستثمار في الفقه الإسلامي.

ثالثاً: استقراء المقاصد الأصلية في المال واستقراءاهم وسائلها.

رابعاً: استنتاج المقاصد الأصلية في الاستثمار في الفقه الإسلامي والمعاصر والتطبيق عليها في المصارف الإسلامية.

خامساً: استقراء المقاصد التبعية في المال واستقراءاهم وسائلها.

سادساً: استنتاج المقاصد التبعية في الاستثمار في الإسلامي والمعاصر والتطبيق عليها في المصارف الإسلامية.

الدراسات السابقة:

لم يقف الباحث على دراسة متخصصة في مقاصد الاستثمار الشرعية المعاصرة، سواء أكانت أصلية أم تبعية، وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية ولكنه وقف على بعض الدراسات العامة في الاستثمار في الفقه القديم، ولم تتعرض لمقاصد الاستثمار المعاصرة على تجددها، وتغيرها بتغير الزمان والمكان، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الجبوري، عثمان رحيم محمد، أثر المقاصد في استثمار الأموال (نماذج تطبيقية مختارة)، وهو بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، المجلد الثالث، تطرقت الدراسة لبيان مفهوم المقاصد الشرعية ومفهوم الاستثمار وبينت أثر المقاصد في استثمار الأموال من حيث تنميتها، لكن الدراسة غفلت عن بيان مقاصد الشريعة في الأموال عموماً ومقاصدها في الاستثمار المعاصر إنما انحصرت الدراسة على بيان أثر المقاصد على الاستثمار في الفقه القديم دون بيان مقاصد الاستثمار المعاصر، وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية.

ثانياً: أحمد شبير أحمد مولي، مقاصد الشريعة في الأموال عند الإمام محمد الطاهر ابن عاشور، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا، المجلد 20، ذكر الباحث فيه مقاصد الشريعة الإسلامية في التصرفات المالية عند الإمام الطاهر ابن عاشور بشكل عام دون التعرض لشيء من مقاصد الاستثمار القديم أو المعاصر، فضلا عن تطبيقاتها في المصارف الإسلامية.

ما ستضيفه الدراسة:

1. بيان مفهوم مقاصد الاستثمار في الفقه الإسلامي.

2 .استنتاج مقاصد الاستثمار الأصلية، وفي الاستثمار المعاصر وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية.

3 .استنتاج مقاصد الاستثمار التبعية، وفي الاستثمار المعاصر وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية.

منهج الدراسة:

تقوم الدراسة على المنهج العلمي القائم على استقراء نصوص الشرعية في الاستثمار الشرعي، واستقراء نصوص الأصوليين لبيان مفهوم المقاصد الشرعية، واستقراء مفهوم الاستثمار واستقراء نصوص الأصوليين لبيان مقصد الشريعة من حفظ الأموال وأثر ذلك على الاستثمار المعاصر، واستقراء التطبيقات المعاصرة للاستثمار المصارف الإسلامية، والمنهج التحليلي القائم على تحليل النصوص الشرعية ونصوص الفقهاء والأصوليين المتعلقة بمقصد حفظ الأموال، وتحليل نصوص المعاصرين في الاستثمار المعاصر وبيان مقصد الشريعة من حفظ الأموال ومدى تأثير تطبيق قواعد الشريعة في الاستثمار على تنميته والسير به نحو تحقيق أهدافه، وتحليل بعض المنتجات المالية في المصارف الإسلامية بغية استنتاج مقاصد الاستثمار الشرعي فيها، وكيفية تنميتها، واستنتاج مقاصد الاستثمار الشرعية الأصلية والتبعية المعاصرة في حفظ الأموال وتنميتها، واستنتاج أثره في مجالات الاستثمار والتطبيق على منتجات المصارف الإسلامية في مدى تحقق المقاصد الأصلية والتبعية للاستثمار المعاصر.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: مصطلحات الدراسة

المطلب الأول: المقاصد الشرعية، تعريفها، وأنواعها من حيث رتبتها.

الفرع الأول: تعريف المقاصد الشرعية.

الفرع الثاني: أنواع المقاصد من حيث رتبتها.

المطلب الثاني: تعريف الاستثمار لغة وفقها.

المطلب الثالث: التعريف التركيبي لمقاصد الاستثمار الشرعية.

المبحث الثاني: مقاصد الاستثمار الأصلية وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية.

المطلب الأول: مقاصد الشريعة الأصلية في الأموال ووسائلها في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: مقصد حفظ المال في الشريعة.

الفرع الثاني: مقصدا الرواج والعدل في الأموال ووسائلها.

الفرع الثالث: مقصدا الوضوح والثبات في الأموال ووسائلها.

المطلب الثاني: المقاصد الأصلية في الاستثمار المعاصر وتطبيقاته في المصارف الإسلامية.

المبحث الثالث: مقاصد الاستثمار التبعية وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية.

المطلب الأول: المقاصد التبعية لمقصد حفظ المال.

الفرع الأول: مقصد حفظ المال ودوره في حفظ الدين.

الفرع الثاني: مقصد حفظ المال ودوره في حفظ النفس.

الفرع الثالث: مقصد حفظ المال ودوره في حفظ النسل.

المطلب الثاني: المقاصد التبعية في الاستثمار المعاصر وتطبيقاته في المصارف الإسلامية.

الفرع الأول: الاستثمار ودوره في حفظ مقصد الدين.

الفرع الثاني: الاستثمار ودوره في حفظ مقصد النفس والنسل.

المبحث الأول: مصطلحات الدراسة وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقاصد الشرعية

الفرع الأول: تعريف المقاصد الشرعية

المقاصد الشرعية لغة:

المقصد في اللغة: قصدت الشيء وله وإليه قصدا من باب ضرب طلبته بعينه وإليه قصدي ومقصدي بفتح الصاد واسم المكان بكسرها نحو مقصد معين (1).

والشريعة من شرع الشين والراء والعين أصل واحد، وهو شيء يفتح في امتداد يكون فيه ومن ذلك الشريعة، وهي مورد الشاربة الماء واشتق من ذلك الشرعة في الدين

والشريعة (2)، قال الله تعالى:﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [المائدة: 48]

وأما في الاصطلاح فقد عرفت المقاصد الشرعية بعدة تعريفات متقاربة سأذكر أهمها كما يلي:

فقد عرفها الطاهر بن عاشور بأنها "المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها "(3).

وعرفها الريسوني بأنها "الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها، لمصلحة العباد "(4).

والحكم ونحوها التي راعاها الشارع في التشريع عموما وخصوصا من أجل تحقيق مصالح العباد "(5)

وغاية الشريعة هي مصلحة الإنسان كخليفة في المجتمع الذي هو منه، وكمسئول أمام الله الذي استخلفه، على إقامة العدل والإنصاف، وضمان السعادة الفكرية والاجتماعية، والطمأنينة النفسية كل أفراد الأمة (6).

فإن مهمة الرسل: هي الإرشاد عن طريق التربية بالكتاب والسنة؛ إلى كل ما فيه صلاح الإنسانية وصلاح مجتمعها، وهذه المصالح هي القصد من النبوة، ومن الشريعة (7).

والشرائع الإلهية تتفق في أصولها العامة التي هي ضرورية لإقامة الدين والعدل، والرغبة في الوحدة، ولكنها تختلف بحسب ظروفها وطبيعة الأمة المنزلة عليها (8)، وجاء القرآن الكريم والشريعة الإسلامية الخاتمة لتؤكد وحدة الأصول العامة.

كما أن المقصد العام للشريعة الإسلامية هو عمارة الأرض وحفظ نظام التعايش فيها، واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة، ومن صلاح في العقل وفي العمل، وإصلاح في الأرض، واستنباط لخيراتها وتدبير لمنافع الجميع (9).

مما سبق يتبين أن المقاصد الشرعية هي الغايات الكبرى التي أنزل الشارع الشريعة من أجلها لتحقيق مصالح العباد، ومقاصد

الخالق من الخلق، ومقاصد المكلفين للسعادة في الدنيا والآخرة.

الفرع الثاني: أنواع المقاصد وموقع مقاصد الاستثمار منها:

مما هو معلوم أن المقاصد تقسم إلى ضرورية وحاجيه وتحسينية حيث يقول الإمام الشاطبي: "تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام أحدها: الضرورية، والثاني: أن تكون حاجية، والثالث: أن تكون تحسينية "(10)، وفيما يلي بيان تفصيلها:

أولاً: المقاصد الضرورية: هي المقاصد التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين (11)، وقال ابن عاشور: "هي التي تكون الأمة بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها بحيث لا يستقيم النظام باختلالها فإذا انخرمت تؤول حالة الأمة إلى فساد وتلاش (12).

ومجموع هذه المقاصد كما أشار العلماء هي خمسة حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل (13).

وحفظ المال: يقع من ضمن المقاصد الضرورية ويدخل فيها نظام المعاملات في الفقه الإسلامي، ويقول ابن عاشور في ذلك: "وأما حفظ أموال الأمة من الإتلاف ومن الخروج إلى أيدي غير الأمة بدون عوض وحفظ أجزاء المال المعتبرة عن التلف بدون عوض "(14).

ثانياً: المقاصد الحاجية: هي التي يفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب (15).

ويدخل حفظ المال في المقاصد الحاجية ضمن منظومة المعاملات في الفقه الإسلامي مثل عقد المساقاة والسلم وإلغاء التوابع في العقد كثمرة الشجر وغيرها، حيث يقول ابن عاشور "ويظهر أن معظم قسم المباح في المعاملات راجع إلى الحاجي "(16).

ومما يحسن الإشارة اليه في هذا الباب: أن كثيرا من المعاملات ليست من الضروري

ولكنها تكميلية لحفظ المال، وليست داخلة في أصل حفظ المال مثل بيوع الآجال المحظورة لأجل سد الذريعة ومثل تحريم الربا وأخذ الأجر على الضمان وعلى بذل الشفاعة (17).

ثالثاً: المقاصد التحسينية: معناها الأخذ بما يليق من محاسن العادات (18)، وهي ما كان بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة ولها بهجة منظر المجتمع في مرأى بقية الأمم (19).

ويدخل حفظ المال في التحسينات كما مثل لها الإمام الشاطبي "وهي جارية فيما جرت فيه الأوليان: كالمنع من بيع النجاسات وفضل المال والكلأ "(20).

وهذا بيان لبعض المصطلحات التي لا بد من عرضها، للحاجة إليها في بناء المبحث الثاني فكما هو واضح مما سبق فحفظ المال يدخل في المقاصد الضرورية التي لا بد منها لاستقامة حياة الإنسان فالمال هو عصب الحياة وبه تحفظ باقي مقاصد الشريعة.

ونجد أن معظم المعاملات المالية تدخل ضمن المقاصد الحاجية والتي تقوم في جملتها على التوسعة ورفع الحرج عن المكلف، وبعضها يدخل في قسم التحسينيات والتي تقوم في جملتها على مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وهذا المعنى يظهر جلياً في مقصد حفظ المال، فهو بحاجة ماسة لحسن الخلق حتى يتم من خلاله مقصود الشرع في حفظ المال.

المطلب الثاني: تعريف الاستثمار:

الاستثمار لغة: مصدر استثمر يستثمر استثماراً وهو من استثمر المال إذا نماه ووظفه في أعمال تدر عليه ربحاً واستثمر المرء جهده: استغله، والاستثمار هو استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية وإما بطريق غير مباشر كشراء الأسهم والسندات(21).

الاستثمار اصطلاحاً: تناول الفقهاء القدامى هذا المصطلح في كتبهم ولكنهم استخدموه بالمعنى وبألفاظ أخرى مثل تثمير الأموال (22)، واستخدمه المعاصرون في الاقتصاد الحديث (23).

وقد عرف المعاصرون الاستثمار بتعريفات متعددة، منها:

أن الاستثمار: "هو أي ارتباط مالي بهدف تحقيق منافع يتوقع الحصول عليها على مدى فترة من الزمن "[24].

وقد عرف ابن عاشور المال بأنه: "كل ما به غنى صاحبه في تحصيل ما ينفع لإقامة شؤون الحياة "[25].

وأما استثمار الأموال: "فهو عبارة عن استعمال الأموال في الحصول على الأرباح "[26].

من خلال ما سبق يمكن تعريف الاستثمار بأنه: النشاط الذي يقوم به الأفراد والمؤسسات بهدف تنمية الأموال للحصول على الأرباح، فالاستثمار بمفهومه يؤدي إلى تداول الأموال وتحقيق النفع للأفراد والمؤسسات والدول ويخدم جميع القطاعات منها الاجتماعية والاقتصادية والصناعية.

المطلب الثالث: تعريف مقاصد الشريعة في الاستثمار.

يمكن القول بأن المقاصد الشرعية في الاستثمار: الأهداف التي قصدها الشارع من هذا النشاط بهدف الحصول على الأرباح وهي الغايات التي قصد الشارع تحققيها والتي تؤدي إلى حفظ المال الذي هو مقصد ضروري من مقاصد الشريعة الإسلامية وبحفظه يتم حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فغاية الشريعة من الاستثمار وتنمية الأموال تخدم بدورها جميع مقاصد الشريعة الأخرى فالمال عصب الحياة فبحفظه تحفظ بقية المقاصد، وفي المبحث القادم سيتم بحث مقاصد الاستثمار من جهتين الأولى يمكن تسميتها بالمقاصد الأصلية للاستثمار والأخرى يمكن تسميتها بالمقاصد التبعية للاستثمار.

ويعنى بالمقاصد الاصلية: الغايات الأساسية التي قصدها الشارع من تنمية الأموال بقصد الربح.

ويعنى بالمقاصد التبعية: الأهداف والغايات التي تنتج من تحقيق المقاصد الأصلية.

ويمكن القول بأن الاستثمار في الشريعة الإسلامية نظام مميز عن باقي أنظمة الاستثمار الوضعية فهو مبني على قواعد الشريعة الإسلامية التي تقوم على مبدأ العدل وتحريم الربا وتحريم الغش وتقف في طريق كل

معاملة تؤثر على عدم تداول الأموال واحتكارها ومنعها من التداول وحصرها في أيدي فئة معينة، وفرض الزكاة وشجع على التجارة فنظام المعاملات في الشريعة الإسلامية بجملته نظام قائم على حفظ المال والحث على تنميته وهذا كله واضح في قواعد كلية شرعها الله ﷻ حيث قال: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾[النساء:5].

المبحث الثاني: مقاصد الاستثمار الأصلية في الفقه الإسلامي

يتضمن هذا المبحث جملة من المطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: المقاصد الشرعية الأصلية في الأموال ووسائلها

مما هو معلوم أن المال هو عصب الحياة وهو ضروري من ضرورات الحياة بحيث لا تستقيم باقي المصالح بغير استقامة المال فكان لا بد من حفظه والسعي في تنميته واستثماره فالشريعة جاءت لحفظ نظام الأمة وتقوية شوكتها وهذا لا يتم إلا بحفظ مال الأمة وثروتها الأمر الذي يؤدي بدوره إلى حفظ الأمة.

فوظيفة المال هو حماية وتأمين جميع احتياجات الأفراد والدول والمؤسسات فالمال هو الأداة الأولى للاستثمار فلا يتم الاستثمار بدون المال وإذا نظرنا إلى المال بمفهومه العام فلا يمكن حصره بالنقدين بل يشمل كل ما يتموله الإنسان ويشمل حفظ مال الأمة وحفظ مال الأفراد، يقول اليوبي في ذلك: "والحاجة إلى المال ماسة في حق الفرد والجماعة أو الأمة خصوصاً إذا علمنا أن المقصود كل ما يتموله الإنسان من متاع أو نقد أو غيره وليس خصوصاً بالنقدين كما يتبادر إلى أذهان البعض "[27].

وبذلك يكون الاستثمار المعاصر ضمن الضوابط الشرعية ومجالاته الاقتصادية والزراعية والتجارية الأداة الأولى لحفظ مقصد الشارع الضروري وهو حفظ المال الذي يؤدي بدوره إلى حفظ وخدمة بقية المقاصد الأخرى من حفظ الدين والنفس والعقل والنسل.

ومن هنا لا بد أولاً من بيان المقصد من حفظ المال عموماً ويمكن اعتماد تقسيم الامام ابن عاشور في ذلك لمقاصد التصرفات المالية، حيث يقول ابن عاشور في ذلك: "والمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها ووضوحها وحفظها وثباتهاوالعدل فيها "[28].

حيث إن منهج ابن عاشور في بيان مقصد حفظ المال يخدم مقاصد الاستثمار المعاصر لأنه نظر إلى المال نظرة حضارية عامة شمولية حيث لم يتقيد ابن عاشور كثيراً في بيان المال بالمصطلحات والألفاظ المتداولة عند الفقهاء السابقين بل نظر إليه نظرة اجتماعية حضارية كلية معتبراً معانيه اللغوية ودلالته الشرعية والعرفية ولذلك نجد عنده تعريفات متعددة للمال كلها تدور على هذه النظرة والاعتبار بما جعل كلامه عليه قريبا إلى ما هو شائع من مفاهيم علماء الاقتصاد ومعهود في لغة عامة الناس في عصرنا[29]، ثم سيتم بيان مقصد الشريعة في الاستثمار المعاصر بمعناه الواسع.

الفرع الأول: مقصد حفظ المال في الشريعة:

بعد استقراء نصوص الأصوليين تبين أن المقصود بحفظ المال في الشريعة الإسلامية هو السعي في نماء المال و تثميره وزيادته بالطرق المشروعة ودورانه بين الأفراد وعدم حصره في أيدي فئة معينة من الناس والمحافظة عليه من الإتلاف والضياع، حيث يقول نور الدين خادمي: "حفظ المال معناه: إنماؤه وإثراؤه وصيانته من التلف والضياع والنقصان "[30].

وقد جاءت النصوص الشريعة والقواعد الكلية والأحكام الجزئية دليلاً على مقصد الشارع في حفظ المال حيث يعد نظام المعاملات في الشريعة الإسلامية دليلاً على رعاية الشرع لهذا المقصد فأحل البيع وحرم الربا وشرع معاملات للمحافظة على التداول وفرض الزكاة وهذه الجزئيات كثيرة في الفقه الإسلامي.

ونجد هذا المقصد متجلياً في أسمى صورة عند دراسة خصائص المعاملات في الشريعة الإسلامية، حيث أوضح هذه الخصائص محمد عثمان شبير فقال: "إن فقه

المعاملات يقوم على أساس المبادئ العامة والقواعد الكلية ولم يوغل في التفصيلات كي يترك للفقهاء فرصة الاجتهاد في الصور التي يستخدمها الناس، والأصل في المعاملات من عقود وشروط الإباحة، وفقه المعاملات مبني على مراعاة العلل والمصالح، وهو فقه يجمع بين الثبات والمرونة "[31]، فهذه الخصائص بجملتها تجعله فقهاً يستوعب مستجدات العصر والمعاملات المالية المعاصرة، وهذا دليل على رعاية الشارع لمقصد حفظ المال.

أما حفظ المال عند ابن عاشور، "فهو حفظ أموال الأمة من الإتلاف ومن الخروج إلى أيدي غير الأمة بدون عوض، وحفظ أجزاء المال المعتبرة عن التلف بدون عوض، وذلك أن المقصد الأهم هو حفظ مال الأمة وتوفيره لها، وأن مال الأمة لما كان مجموعا، فحصول حفظه يكون بضبط أساليب إدارة عمومه، وبضبط أساليب حفظ أموال الأفراد، وأساليب إدارة عمومه وبضبط أساليب حفظ أموال الأفراد، وأساليب إدارتها، فإن حفظ المجموع يتوقف على حفظ جزئياته، وإن معظم قواعد التشريع المالي متعلقة بحفظ أموال الأفراد، وآيلة إلى حفظ مال الأمة؛ لأن منفعة المال الخاص عائدة إلى المنفعة العامة لثروة الأمة "[32].

ومقصد حفظ المال قد يكون من الضروري وقد يكون في الحاجي وقد يكون تحسينياً، فالضروري منه أشار له ابن عاشور وهو حفظ أموال الأمة من الخروج إلى أيدي غير الأمة بدون عوض كما سبق بيانه حيث يقول الأصفهاني في ذلك: "أما الحاجي في أصله، فكالبيع والإجارة والقراض والمساقاة وغيرها من المعاملات، وبعضها آكد من بعض، وقد يكون في رتبة الضروري، كالإجارة على تربية الطفل، وشرى المطعوم والملبوس للطفل ولغيره، فإنها في رتبة الضروري، لأن الهلاك قد يحصل بانتفائها وأما ما هو مكمل للحاجي، كرعاية الكفاءة، ومهر المثل في تزويج الصغيرة؛ لأن ذلك أفضى إلى دوام النكاح الذي هو محل الحاجة، وأما غير الحاجي لا بد وأن يكون في محل التحسين، وإلا لم يكن مقصودا، ويسمى تحسينيا، كسلب أهلية الشهادة عن العبد

لنقصه عن المناصب الشريفة، جريا على ما هو المألوف والمعهود من محاسن العادات "[33].

ووسائل حفظ المال في الشريعة الإسلامية: تنقسم إلى قسمين: الأول: حفظها من جانب الوجود والآخر: حفظها من جانب العدم.

القسم الأول: وسائل حفظ المال من جانب الوجود

والمقصود بهذه الوسائل مجموعة الطرق التي أباحها الشارع وشرعها لإيجاد المال وتنميته وتكثيره بالطرق المشروعة، يقول الريسوني: "حفظها من جانب الوجود أي بشرع ما يحقق وجودها وتثبيتها ويرعاها "[34]، مثل الصناعة والتجارة والزراعة وغيرها من الأنشطة المشروعة التي توجد المال وتنميه وبعد الاستقراء نجد أن معظم العلماء جعل هذه الوسائل عند طريق التكسب [35]، وأضاف ابن عاشور وسيلة التملك [36].

أما التكسب فقد عرفه ابن عاشور بأنه: "معالجة إيجاد ما يسد الحاجة، إما بعمل البدن، أو بالمرضاة مع الغير وهناك عناصر ثلاثة هي بمثابة الأصول أو الوسائل الأساسية للتكسب، وهي الأرض، والعمل، ورأس المال "[37].

ومن وسائل التكسب المشروعة التي تكفل وجود المال:

1. فتح الطرق المشروعة في الكسب من عمل اليد والتجارة والزراعة ومختلف الصنائع التي بها يحصل التملك المشروع الدعوة إلى العمل والكسب والدعوة إلى الضرب في الأرض[38].

ومن أمثلته: قوله تعالى:﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾[الجمعة:10].

ومن أمثلته كذلك: قول رَسُولِ اللهَّ ﷺ: «مَا أَكَلَ أَحَدٌ طَعَامًا قَطُّ، خَيْرًا مِنْ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ، وَإِنَّ نَبِيَّ اللهَّ دَاوُدَ عليه السلام، كَانَ يَأْكُلُ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ»[39].

2. الترغيب في المال بذكر ما يحصل بسببه منافع دينية وأخروية [40].

ومن أمثلته الآيات والأحاديث الدالة على الترغيب في المال والحث على الإنفاق مثل قوله تعالى:﴿مَّثَلُ ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمۡوَٰلَهُمۡ فِى

سَبِيلِ ٱللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنۢبَتَتۡ سَبۡعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنۢبُلَةٖ مِّاْئَةُ حَبَّةٖۗ وَٱللَّهُ يُضَٰعِفُ لِمَن يَشَآءُۚ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ﴾[البقرة:261].

أما التملك: فهو أصل الإثراء البشري، وهو اقتناء الأشياء التي يستحصل منها ما تُسَدُّ به الحاجة بغلاته أو أعواضه أي أثمانه، ومن أسباب التملك في الشرع: الاختصاص بشيء لا حق لأحد فيه كإحياء الموات، والعمل في الشيء مع مالكه كالمغارسة، والتبادل بالعوض كالبيع والانتقال من المالك إلى غيره كالتبرعات والميراث (41).

مما سبق يتبين: أن الشريعة الإسلامية دعت إلى حفظ المال من جهة الوجود حيث وفرت الوسائل المشروعة لوجوده وحفظه وضمان تنميته وتكثيره بالطرق المشروعة فحث على الصناعة والتجارة وعدم حصره في أيدي فئة معينه حيث فرض الزكاة وشرع البيع وحث على الصدقة وأمثله إثبات هذا المقصد كثيرة في الكتاب والسنة والفقه الإسلامي، وعند النظر إلى مفهوم الاستثمار الإسلامي المعاصر نجده لا يخرج عن هذه الصور المشروعة، ولا يخرج عن القواعد الكلية المشروعة لحفظ المال مما يجعل حفظه مقصدا ضروريا.

القسم الثاني: حفظ المال من جهة العدم:

ومعنى حفظها من جهة العدم: ويقصد بذلك: "إبعاد ما يؤدي إلى إزالتها، أو إفسادها، أو تعطيلها، سواء أكان واقعاً أو متوقعاً "(42)، ومن الشواهد على ذلك ما يلي:

1. تحريم الاعتداء على الأموال، حيث قال الله تعالى:﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾[البقرة:188].

2. حرم السرقة وشرع حد القطع على السارق رعاية لمقصد حفظ المال حيث يقول القرافي: "نَصَّبَ اللهُ تَعَالَى السَّرِقَةَ سَبَبًا لِلْقَطْعِ لِحِكْمَةِ حِفْظِ الْمَالِ "(43).

3. ضمان المتلفات والتعويض على المتلف والمعتدي، وجعل سببها الإتلاف (44).

4. نظام الأسواق والاحتكار، وضبط مصارف الزكاة والمغانم، ونظام الأوقاف العامة(45).

5. حذر من آفات المال ومضارة، كالطمع، والشح، والبخل والشح، واستخدامه في المعاصي والتعلق به لذاته والانشغال به عن الصلاة والذكر (46).

والشواهد على مقصد حفظ المال ووسائله من جهة العدم كثيرة وبجملتها تقوم على حفظ المال وإذا قمنا بتطبيق هذه الوسائل على مشاريع الاستثمار المعاصر وكنا قادرين على الوصول إلى استثمار إسلامي فنحن بذلك نفوق الشركات الاستثمارية الكبرى؛ لأننا نملك نظاماً شرعياً يقوم على هذه المبادئ والوسائل الشرعية المنضبطة بتحقيق المصالح الشريعة.

الفرع الثاني: مقصدا الرواج والعدل في الأموال ووسائلها.

1. رواج المال ووسائله

المقصود برواج الأموال دورانه بين أيدي أكثر من يمكن من الناس بوجه حق، يقول ابن عاشور: "وهو مقصد عظيم دل عليه الترغيب في المعاملة بالمال "(47).

ومن الوسائل التي تؤدي لهذا المقصد دعوة الشريعة الإسلامية وترغيبها بالتجارة، تشريع عقود المعاملات لنقل الحقوق المالية بمعاوضة أو بتبرع وجعل لزومها حصول صيغ العقود وهي الأقوال الدالة على التراضي بين المتعاقدين، وتسهيلاً لمقصد الرواج شرعت عقود مشتملة على شيء من الغرر مثل المغارسة والسَّلم والمزارعة والقراض، وذلك لتسهيل المعاملات بقدر الإمكان، وترجيح جانب ما فيها من المصلحة على ما عسى أن يعترضها من خفيف المفسدة، ولأجل مقصد الرواج كان الأصل في العقود المالية اللزوم دون التخيير إلا بشرط، ويعتبر ابن عاشور أن التداين من أعظم أسباب رواج المعاملات؛ لأن المقتدر على تنمية المال قد يعوزه المال فيضطر إلى التداين ليظهر مواهبه في التجارة أو الصناعة أو الزراعة، ولأن المترفِه قد ينضب المال من بين يديه، فإذا لم يتداين اختل نظام ماله، فشرع الله تعالى للناس بقاء التداين المتعارف بينهم كيلا يظنوا أن تحريم الربا والرجوع المتعاملين إلى رؤوس أموالهم إبطال للتداين كله(48).

مما سبق يتبين أن الشريعة الإسلامية سعت وشجعت بجميع الطرق والوسائل لتأمين رواج الأموال الذي بدوره يعتبر من أهم المقاصد الشرعية التي تؤدي إلى تأمين فرصة الاستثمار الحلال، وتضمن دوران الأموال بين الأفراد وتدعم أصحاب المشاريع الصغيرة عن طريق القرض الحسن والمضاربة المشتركة وغيرها من الصيغ التي تستخدمها المصارف الإسلامية، وسيأتي في المبحث الثالث بيان أثر هذا المقصد على المعاملات المالية المعاصرة والصيغ التي تطبقها، ومدى تأثيرها على الاستثمار.

2. العدل في الأموال ووسائله

المقصود بالعدل في الأموال: بأن يكون حصولها بوجه غير ظالم وذلك إما أن تحصل بعمل مكتسبها وإما بعوض من مالكها أو تبرع، وإما بإرث ومن الوسائل التي شرعت لتحقيق مقصد العدل: مراعاة العدل بحفظ المصالح العامةً ودفع الأضرار والعدل في تحصيل الأموال، والعدل في توزيع الدخل والثروة، والعدل والتوازن في الإنفاق والاستهلاك (49).

الفرع الثالث: مقصدا الوضوح والثبات في الأموال ووسائلها:

1. قصد الوضوح في الأموال ووسائله:

من المقاصد الشرعية الإسلامية في الأموال والمعاملات المالية الوضوح، ومعنى الوضوح: أن تتسم المعاملات بالضبط والتحديد والبيان وإبعادها عن الجهالة والغرر والضرر والتعرض للخصومات بقدر الإمكان ومن الوسائل التي شرعت لحفظ هذا المقصد: الإشهاد والرهن والتداين (50).

2. قصد ثبات المال ووسائله:

والمقصود بثبات الأموال كما يبين ابن عاشور تقررها لأصحابها بوجه لا خطر فيه ولا منازعة، ومن الوسائل التي شرعت لهذا المقصد اختصاص المالك الواحد أو المتعدد بما تملكه بوجه صحيح، وانبناء أحكام صحة العقود وحملها على الصحة والوفاء بالشرط، وفسخ ما تطرق إليه الفساد منها لمنافاته لمقصد الشريعة أو لمعارضة حق آخر اعتدي عليه، وكذلك الحجر على السفيه، ومنع التعامل بالربا وغيرها من الوسائل (51).

المطلب الثاني: المقاصد الأصلية من الاستثمار المعاصر وتطبيقاته في المصارف الإسلامية.

والمقاصد الأصلية التي يعنيها الباحث هنا هي الغايات الأساسية التي قصدها الشارع من تنمية الأموال بقصد الربح، والمقاصد الأصلية للاستثمار متعددة وسيأتي بياتها في هذا المطلب وعرض بعض التطبيقات الصور التي تمارسها المصارف الإسلامية:

أولاً: استدامة تداول المال والثروة بين الناس، وهذا يشير إلى تفتيت الثروة بين الناس وعدم اكتنازها بيد طائفة محددة منهم، ولكي لا يكون هناك ثراء فاحش في يد طبقة من الناس، ويؤدي بذلك إلى سيطرتهم على أرزاق الناس وأعمالهم، ويؤدي إلى إلجاء الناس إلى الصور المحرمة من الكسب.

فالمقصود الأصلي للاستثمار بصوره المعاصرة في المصارف الإسلامية إشراك أكبر عدد ممكن من الأفراد في تشغيل رؤوس الأموال من خلال ما يأتي:

أ-توسيع دائرة المضاربة المشتركة التي تعتبر أساسا مهما من أسس الاستثمار لأموال الناس في البنوك الإسلامية، فالمضاربة المشتركة تتيح لعدد كبير من المستثمرين الاشتراك في استثمار أموالهم، حيث إن المصارف الإسلامية تقوم على هذا الأساس في خلط أموال الناس، ومحاولة توزيع أرباح الأموال على أكبر عدد ممكن من المشتركين، وهذا من أهم خصائص المضاربة المشتركة.

ب- توسيع دائرة الصكوك الإسلامية، وتداولها يتيح لعدد كبير من المستثمرين الاشتراك في المشاريع التي تصكك مما يجعلها متداولة بين قطاع كبير من عامة الناس.

ج- فكرة البنوك الإسلامية تقوم على جمع الأموال الفائضة عند عامة المشتركين لتشغيلها واستثمارها، وهذا يعزز تفتيت الثروة والأموال بين أكبر عدد من المشتركين أيضا.

ثانياً: دوران المال بين الناس دورانا طبيعياً يحقق منع اكتناز الثروة بيد الأغنياء، وهذا يعتبر تطبيقاً لمقصد رواج المال في الشريعة الإسلامية.

وهناك في المصارف الإسلامية تطبيقات وصور عديدة تدل على تحقيق هذا المقصد منها:

1. **المرابحة للآمر بالشراء**: والصورة الموجودة في البنوك والتي طورتها المصارف الإسلامية لتكون بديلاً شرعياً للقرض الربوي في كثير من الحالات، فهي المرابحة للآمر بالشراء وهي قيام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالنقد الذي يدفعه البنك كلياً أو جزئياً وذلك مقابل التزام الطالب بالشراء ما أمر به وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء (52)، حيث أن هذا النوع من المعاملات له دور فاعل في تنمية الاستثمار الحلال من خلال دعم المشاريع الصغيرة وتحريك الأسواق(53).

وتعد المرابحة للآمر بالشراء من أهم أدوات التمويل في البنوك الإسلامية حيث يدخل في مجال استهلاك الأفراد فيتم تمويلهم بمختلف السلع الاستهلاكية المتوافرة بالسوق كالسيارات والأثاث.

ويدخل كذلك في مجال التجارة حيث يتم تمويل التجار بمختلف احتياجاتهم كالأقمشة ومواد البناء والمواد الغذائية ويدخل في مجال الصناعة حيث يتم تمويل الصناعيين بما يحتاجونه من مواد خام أو معدات أو مصانع وفي مجال الزراعة والمقاولات وغيرها من المجالات التي تسهم في تنمية الاقتصاد وتوفير فرص العمل (54).

2. **الإجارة المنتهية بالتمليك**: وهي إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها بوثيقة مستقلة عن عقد الإجارة ويتم التمليك فيها بعدة طرق منها الوعد بالبيع بثمن رمزي أو بثمن حقيقي أو وعد بالهبة أو عقد هبه معلق على شرط سداد الأقساط(55).

فالإجارة المنتهية بالتمليك تعد من أهم صور تأمين الاستثمار الحلال التي يقوم بها البنك الإسلامي والتي ساهمت في تحريك الأموال وشجعت الأفراد على القيام بالمشاريع.

ثالثاً: تحقق آثار العقود الشرعية في المعاملات وتحقيق مقاصدها الفرعية، وهذا

ما تسعى المصارف الإسلامية إلى تحقيقه من خلال التحقق من الأركان الشرعية للعقود والمنتجات التي تقوم بها المصارف الإسلامية **في مجالاتها المختلفة**.

رابعاً: منع الصورية في العقود المالية وتحقيقها لمقاصدها ومنع جعلها وسيلة للاقتراض الربوي المحرم، وذلك بمنع التحيّل والصورية في العقود وبيع العينة، وذلك من خلال تحقيق الشروط الشرعية في التقابض الحكمي في المرابحة للآمر بالشراء، ومنع أخذ الأجرة على عقود خطابات الضمان، وتحمل رب المال الخسارة في المضاربة المشتركة، والمضاربة المنتهية بالتمليك، وغيرها من الشروط التي يتحقق فيها الغرض الشرعي منها بعيدا عن الصورية في العقود.

خامساً: تحقيق التنمية الاقتصادية الحقيقة في المجتمع بدخول العقود المالية والمنتجات المالية لبناء اقتصاد حقيقي تشمل عقوده التجارة والزراعة والصناعة والإسكان وعالم الخدمات المعاصر مثل: شركات الطيران وشركات الشحن، والتجارة الالكترونية، وتطبيقاته في المصارف الإسلامية كثيرة منها:

1. **المضاربة المشتركة**: ويقصد بها تسلم البنك النقود التي يرغب أصحابها في استثمارها سواء بطريقة الإيداع في حسابات الاستثمار المشترك أو بالاكتتاب في سندات المقارضة المشتركة (56).

وتعد المضاربة من أهم صور الاستثمار الحلال التي تقدمها البنوك الإسلامية حيث تسهم في زيادة عدد المشاريع الإنتاجية والاستثمارية كما يمكن لهذه الصيغة التغلغل في كافة أوجه النشاط الاقتصادي وهذا يسهم في زيادة فرص العمل وبالتالي التشغيل وهذا النوع من الممارسات يسهم بشكل فاعل بالنهوض بأهداف المسؤولية الاجتماعية (57).

ومن البنوك الإسلامية التي تتعامل مع هذا النوع من الاستثمار بنك أبو ظبي الإسلامي وبنك قطر الإسلامي وبنك التمويل الكويتي والبنك العربي الإسلامي الدولي والبنك الإسلامي الأردني (58).

2. **السلم**: وهو اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً وللمشتري في المثمن

أجلاً فالمبيع يسمى مسلماً فيه والثمن يسمى رأس المال والبائع يسمى مسلماً إليه والمشتري يسمى رب السلم (59).

وكما يشير محمود السرطاوي إلى مزايا التمويل بالسلم في البنوك والمؤسسات الإسلامية فيمكن للبنوك أن تعمل على تمويل القطاعات الزراعية والصناعية بطريق بيع السلم فيشتري البنك الثمار والحبوب بثمن عاجل ويتسلمها في الموسم بأسعار رخيصة نسبياً ثم يقوم بتسويقها بثمن الحاضر أو مؤجل فيستفيد فرق السعر، وللتمويل بالسلم في الوقت الحاضر عدة ميزات منها أنه يعتبر بديلاً شرعياً للتمويل بالقرض الربوي ويأثر التعامل بالسلم على زيادة الإنتاج (60).

ومن خلال ما سبق يتبين لنا: أن السلم يعد من أهم الأدوات التمويلية التي تطبقها البنوك الإسلامية والتي تسهم بدورها بتأمين الاستثمار الحلال لأفراد المجتمع وتساهم في التنمية الاقتصادية والتي تدخل في جميع المجالات الصناعية والزراعية والتجارية، وهناك صور أخرى يتبناها البنك الإسلامي مثل الاستصناع وغيره من العقود التي تؤدي إلى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في تنمية الأموال وتكثيرها.

سادساً: تحقيق التنمية والمسؤولية الاجتماعية للمنتجات المالية المعاصرة لتحقيق هذين البعدين بكون هذه المنتجات تحقق الوظائف الشرعية من التكافل والتعاون والتعاضد المجتمعي من خلال عوائد هذه المنتجات وبصورة مباشرة كالقرض الحسن وصورة غير مباشرة بتمكين أصحاب الدخول المحدودة بالاستفادة من هذه الخدمات في المشاريع الصغيرة والمتوسطة.

ومن تطبيقاتها في المصارف الإسلامية الخدمات المصرفية التي تقدمها المصارف الإسلامية دون البنوك التجارية التقليدية ولا يعود من خلالها للبنك أي ربح مالي وإنما الهدف الأساسي منها هو خدمة أفراد المجتمع ومن صورها:

1. **القرض الحسن**: حرصت قوانين المصارف الإسلامية على التعامل بالقرض بالحسن وهو أحد السمات التي تميز بها المصرف الإسلامي عن غيره انطلاقاً من إيمانه بواجبه تجاه المجتمع فحرص على تقديم

الخدمات الاجتماعية والتي من أهمها القرض الحسن الذي يهدف إلى تقديم قروض استهلاكية بدون فائدة أو مصاريف إدارية لذوي الاحتياجات الضرورية كالزواج والمرض أو في حالات الكوارث وغيرها، وهذا كان له دور كبير وأثر في دعم المسؤولية الاجتماعية حيث كان له أثر واضح في سد الحاجات الأساسية من خلال القروض الاستهلاكية أو في دعم المستوى الصحي إذا كانت هذه القروض موجبها للقيام بعملية طبية أو لشراء العلاج (61)، ويطبق هذا النوع كثير من المصارف الإسلامية مثل بنك دبي الإسلامي، وبنك فيصل الإسلامي المصري وغيره من البنوك (62)، ومن المصارف الإسلامية التي تقدم هذه الخدمة البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار حيث جاء في بعض التقارير للبنك أن البنك استمر بتقديم القروض الحسنة كالتعليم والعلاج والزواج واستفاد منها نحو 12078 مواطناً (63).

2. **التأمين التبادلي**: وهو نوع من أنواع التأمين الذي تقوم به الجمعيات الخيرية والتعاونية لتأمين حاجات المنسبين إليها وذلك من خلال اتفاق أعضاء الجمعية فيما بينهم على تعويض من ينزل به خطر ما ويرتبون على كل عنصر دفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع والمؤازرة ورأب الصدع الذي ينزل بالأفراد(64).

حيث يعتبر صندوق التأمين التبادلي من الصور التي تطبقها البنوك وهدفها الرئيسي لها تلبيه حاجات أفراد المجتمع، ولا تقصد من ورائها الحصول على الأرباح.

سابعاً: تحقيق المقاصد الشرعية العليا في تطبيق القواعد العامة في المعاملات المالية بصورة حلال تبتعد عن الربا والغش والاستغلال والغبن والتغرير والاحتكار والمضارة بالنفس أو بالغير مسلماً كان أو غير مسلم، وتحقيق البعد العقدي والأخلاقي في التعامل المالي والاقتصادي مما يجعل الربا والغش والاكتناز محرماً على كل أحد في كل زمان ومكان وتحت أي ظرف، ومن الأمثلة في الواقع المعاش حالياً ما حدث في شركات الكمامات والمعقمات من احتكار الكمامات الطبية والمعقمات في ظل أزمة كورنا التي يمر

بها العالم وزيادة أسعارها على المستهلكين استغلالاً للظرف الذي يمر به العالم، حيث نشرت جريدة عكاظ مقالاً جاء فيه: "شهد سوق بيع الكمامات والمعقمات ارتفاعا جنونيا في أسعارها، مع ندرة واضحة في المعروض وفق عدد من العاملين في الصيدليات ومحلات بيع أدوات النظافة والمعقمات، الذين برروا ارتفاع الأسعار بزيادة قيمتها من قبل الموردين "(65).

ثامناً: يرى البحث بأن الاستثمار الشرعي بصورته القديمة أو المعاصرة يسهم في إيجاد نظام اقتصادي وآلية مالية تعتمد على المنظومة الشرعية لمنع الربا ومتعلقاته وآثاره والتقليل من هيمنة النظم الاقتصادية الوضعية الربوية والتخفيف من غلوائها وآثارها كما فعل الشرع في بيع السلم فكان في بيع غير معلوم وكيل غير معلوم إلى بيع منضبط يقلل من الآثار السلبية لوقوع النزاع بين أطراف العقد ومنع الربا والاقتراض الربوي باستبداله بنظام الإقراض المباح عن طريق السلم.

تاسعاً: يرى البحث بأن من مقاصد الاستثمار القديمة والمعاصرة قطع الطريق على هيمنة الفائدة الربوية والاقتراض الربوي وتحويلها إلى أعمال حقيقية تجارية ذات أبعاد اقتصادية وأخلاقية تحقق تنمية المجتمع.

عاشراً: التدرج في تغيير المنظومة الاقتصادية غير الشرعية في العالم واستبدالها بالمنظومة الشرعية لما لها من إيجابية على المنظومة الاقتصادية العالمية للتقليل من مخاطر التضخم الربوي الموهوم من امثلته الأزمة العقارية في أوروبا وأزمة كورونا التي حولت اقتصادات العالم إلى اقتصادات مفلسة حيث اطرت الاقتصادات العالمية إلى تخفيض سعر الفائدة وبعضها جعلها صفرية لتلافي التضخم في الاقتراض الربوي واستخدام كثير من البنوك العالمية سندات المقارضة كبديل آمن بعيد عن المخاطر الربوية، وهذا ما حدث في الاقتصاد خلال أزمة كورنا العالمية وفي هذا السياق يقول عبد الحافظ الصاوي: "في ضوء حالة الركود التي بدأت مع أزمة فيروس كورونا، تداعت المصارف المركزية إلى قرارات تخص السياسة النقدية، مفادها تخفيض سعر الفائدة، وتخفيض الاحتياطات الإلزامية لدى المصارف؛ مما

يوفر لها المزيد من السيولة، كما قامت بعض الحكومات بشراء سندات الدين الخاصة بها، لتشجع الأفراد على الاستهلاك "(66).

ففي أميركا، اتخذ مجلس الاحتياط الفدرالي في 16 مارس/ آذار الجاري 2020 قرارا بخفض سعر الفائدة بين (صفر و0.25٪)، وهو ما أدى إلى اتخاذ كافة الاقتصادات المرتبطة بالدولار قرارات مماثلة، وخفض سعر الفائدة، كما حدث في بريطانيا، التي خفضت سعر الفائدة ليصل إلى 0.25٪.

وكذلك فعلت دول الخليج، التي تراوحت قرارات بنوكها المركزية بتخفيض سعر الفائدة بين 0.75 و1.5٪. وكانت مصر أكبر الدول العربية تخفيضا لسعر الفائدة بمعدل 3٪.

وفي منتصف الشهر الحالي، قرر البنك المركزي الصيني خفض نسبة الاحتياطي الإلزامي لدى البنوك بمعدل 1.5٪، ليتيح سيولة قدرها نحو 79 مليار دولار(67).

المبحث الثالث: المقاصد التبعية في الاستثمار وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية

والمراد بالمقاصد التبعية: الأهداف والغايات التي تنتج من تحقيق المقاصد الأصلية، وما يحققه مقصد حفظ المال لغيره من مقاصد الشريعة وفي المطلب يتم بحث الأهداف والغايات والمقاصد التعبية في تحقيق مقصد حفظ مال حيث يقول اليوبي: "والمقصود من المال في الشريعة ليس هو كنزه أو التفاخر به وأعظم وأجل "(68).

المطلب الأول: المقاصد التبعية لمقصد حفظ المال، وذلك ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: مقصد حفظ المال ودوره في حفظ الدين

يعد حفظ النفس أكبر الكليات الخمس وأعلاها ومعناه إقامة أركانه وتثبيت قواعده وأحكامه في الوجود الإنساني ومحاربة الكفر والإلحاد والتهاون في المقدسات، فأصول العبادات راجعة إلى حفظ الدين فمن أجل حفظ الدين شرع الإيمان والنطق بالشهادتين وإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان وحج البيت لمن استطاع اليه سبيلا وسائر

الأعمال التي تحقق الدين في النفوس وبذلك فإن الدين محفوظ بشرع الزواجر عن الردة والمقاتلة مع أهل الحرب (٦٩).

والمراد بهذا المقصد أن المال يعتبر في بعض الحالات أصلاً لحفظ الدين فلا بد من المال لحفظ الدين، وإقامة العبادات التي لا بد فيها من المال كالزكاة والحج والجهاد فالمال وسيلة للتعبد فالمساجد ودور العبادة تحتاج إلى المال لإقامتها وحفظها ورعايتها، ويدخل المال في حفظ الدين كذلك عن طريق الدعوة إلى الله ونشر الدين الإسلامي، ويدخل المال في حفظ الدين من حيث إن المال يجعل الأمة الإسلامية أمة قوية غنية فلا يفرضون سلطانهم عليها ولا يستطيعون نشر العادات المنحرفة، بخلاف الأمة الضعيفة الفقيرة فتكون معرضة لنشر الأفكار المنحرفة والعقائد غير السليمة، فنجد أن الدول الفقيرة تتعرض بسبب الفقر إلى هجمات فكرية وعقدية عن طريق استغلال فقرهم وحاجتهم فيقومون بإنشاء المدارس والمعاهد التي تبث الأفكار التي تخل بمقصد حفظ الدين، فالمال ضروري لقوة الأمة، فالأمة الغنية مادياً يجعلها غير خاضعة لسياسة النقد الدولية، فيجعل منها أمة مستقلة لها نظام استثماري قائم على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية والبعد عن الربا والاحتكار والغش.

يقول اليوبي في هذا السياق: "الأمة مطالبة بمجموعها بالدفاع عن دين الله والجهاد في سبيله ولا بد لذلك من عدة تدافع بها و لا يكون ذلك إلا بالمال، وإذا لم تملك الأمة هذه العدة فإنها تكون فريسة سهلة لأعدائها ولقمة سائغة يأكلونها متى شاءوا وكيف شاءوا وفي ذلك إخلال بمقاصد أخرى كالدين والأنفس والأعراض فعلم من هذا ضرورة المال في نشر الإسلام في جميع أقطار الأرض والدفاع عن أهله في كل مكان، فالأمة الفقيرة يتسلط عليها أعدائها ويذلونها، فالمال لا يحمد إلا إذا كان خادماً للدين ينفقه صاحبة في سبيل الله "(٧٠).

الفرع الثاني: مقصد حفظ المال ودوره في حفظ النفس

حفظ النفس حاصله في إقامة أصله بشرعة التناسل، وحفظ بقائه بعد خروجه من

العدم إلى الوجود، من جهة المأكل والمشرب والملبس والمسكن (71).

والمراد بهذا المقصد أن المال يعتبر في بعض الحالات أصلا لحفظ النفس فيتوقف حفظ النفس على حفظ المال فبذلك يحقق حفظ المال حفظ مقصد أخر وهو النفس، فمثلاً الإنسان لا يستطيع العيش من دون الطعام والشراب وتوفر مقومات الحياة الأساسية ووجود هذه المقومات التي يتوقف حفظ النفس عليها لا تتوفر من غير المال فيكون حفظ النفس متوقف على حفظ المال وتنميته والسعي في تحصيله واستثماره بالطرق المشروعة، يقول الإمام الشاطبي: "لو عدم المال لم يبق عيش وأعني بالمال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه ويستوي في ذلك الطعام واللباس والشراب وما يؤدي إليها من جميع المتمولات فلو ارتفع ذلك لم يكن بقاء "(72).

فالإنسان محتاج إلى المال من حيث قيام مصالحة الدنيوية والدينية وحفظ حياته بتوفير الأكل والشرب وكذلك الملابس الواقية من الحر والقر (73).

الفرع الثالث: مقصد حفظ المال ودوره في حفظ النسل

يقصد بحفظ النسل: التناسل والتوالد لإعمار الكون عن طريق القيام بالتناسل المشروع بالعلاقة الزوجية وليس التناسل الفوضوي كما هو عند الحيوانات أو في بعض المجتمعات الإباحية، وحفظ النسل بتحريم الزنا والأمر بحفظ الفروج عن الحرام (74).

والمراد بهذا المقصد أن المال يكون سبباً وطريقاً لحفظ النسل، فإذا نظرنا للزواج فهو بحاجة لنفقات مادية ويعد المال عائقاً لكثير من المقبلين على الزواج وقد تودي عدم القدرة المادية على الزواج إلى الوقوع بالمحرم فنجد أن المال في هذا السياق يحقق مقصد حفظ النسل ويسد باب الزنا، فبذلك كان المال طريقاً لحفظ مقصد النسل.

المطلب الثاني: المقاصد التبعية من الاستثمار المعاصر وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، وذلك ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: الاستثمار ودوره في حفظ مقصد الدين.

من المقاصد التبعية للاستثمار المعاصر هو مقصد حفظ الدين والمراد به: قيام البنك الإسلامي ببعض الأمور والخدمات المتعقلة بواجبات المسلمين تجاه دينهم ولها صور متعددة في المصارف الإسلامية منها إدارة الزكاة والأمور المتعلقة بالحج، حيث تقوم البنوك الإسلامية بإعانة المسلمين على تأدية واجباتهم الشرعية والمتمثلة في أركان الإسلام فيما يخص الزكاة والحج وذلك من خلال جمع الزكاة وتأديتها على الحسابات المستحقة للمساهمين والمودعين والمستثمرين وكذلك أرباح البنك، أو إعانة المتعاملين مع البنك (موظفين وعملاء) على جمع المدخرات لتأدية فريضة الحج من خلال صندوق الحج.

ومن تطبيقاتها في المصارف الإسلامية:

إدارة الزكاة: تقوم معظم المصارف الإسلامية بإدارة الزكاة ويقصد بذلك تحصيل الزكاة وصرفها بموجب مصارفها الشرعية، ونجد كثيراً من البنوك الإسلامية قامت بتطبيق هذا النوع من الصور والذي يعتبر صورة من صور تلبية حاجات أفراد المجتمع، حيث يتم تحديد موارد الزكاة وفئات المزكين وطرق تجميع موارد الزكاة وفئات المستحقين للزكاة، ويعد بنك ناصر الاجتماعي أول مصرف مارس هذه العملية حيث قام بتشكيل لجنة شعبية تتولى هذه المهمة وبعدها انشرت هذه الفكرة في باقي المصارف الإسلامية(٢٥).

ومن أهم الدراسات في هذا المجال ما جاء في كتاب تقويم الدور الاجتماعي للمصارف الإسلامية حيث قام الباحثون في هذا المجال بدراسة ما يقارب 35 بنكاً إسلامياً وقاموا بتقويم الأنشطة الاجتماعية لها والتي كان من أهمها الزكاة والعناية بإدارة الزكاة ودرسوها من مجالات متعددة مثل عدد الأفراد المسؤولين عن الزكاة ومؤهلاتهم وعدد لجان الزكاة ومدى انتشارها جغرافياً وغير ذلك من المجالات، ومن خلال النظر في النتائج العامة للدراسة والنسب التي

توصل إليها الباحثون فالبنوك الإسلامية كان دور فاعل في إدارة الزكاة وبيان مصارفها والذي يعد من أهم الصور على تطبيق المسؤولية الاجتماعية من ناحية تلبية حاجات أفراد المجتمع(76).

الفرع الثاني: الاستثمار ودوره في حفظ مقصد النفس والنسل

من المقاصد التعبية للاستثمار المعاصر ما تقدمة الاستثمارات المعاصرة من تسخير المال للحفاظ على النفس والنسل حيث يصبح المال مسخراً للحفاظ على النفس وبقاء النسل، ومن أصدق الشواهد على ذلك ما يعيشه العالم في أزمة فيروس كورونا المستجد حيث أصبحت الاستثمارات مسخرة لحفظ النفس البشرية بالتالي الحفاظ على النسل، حيث أن جميع الدول خصصت استثماراتها وأموالها لشراء وتوفير المعدات الطبية وتوفير الرعاية الصحية، وقامت بعض الدول بتفعيل قانونالدفاع الذي يقضي بحظر التجول وعطلت بعض القطاعات الاقتصادية بشكل كلي للحفاظ على صحة المواطنين، وأوقفت الدول حركة الطيران والمطارات بشكل كلي وجزئي للحفاظ على النفس البشرية وهي بذلك تكون حافظت على النسل الذي يؤدي إلى بقاء النوع البشري، حيث نجد أن المال أصبح مسخراً لمقصد حفظ النفس والنسل، ومن يدعم هذا المقصد، فقد أعلنت حكومة كندا، أنها رصدت مبلغ 27 مليون دولار لتطوير الأبحاث لمواجهة فيروس كورونا المستجد كوفيد –19، حيث بدأ معهد أبحاث الصحة الكندي وحكومة كندا في العمل سويا مع المقاطعات والأقاليم الكندية والشركاء الدوليين لحماية صحة المواطنين (77)، وقد "صوّتَ مجلس الشيوخ الأميركي على النسخة النهائية من حزمة المساعدات الاقتصادية بقيمة ترليوني دولار (ألفيْ مليار دولار)، وتشمل هذه المساعدات العائلات والشركات الأميركية التي تضررت من تداعيات انتشار فيروس كورونا الذي أجبرها على التوقف عن العمل والإنتاج "(78)، وهذا يدلل ويوضح بأن الأموال والاستثمارات تسخر لحفظ مقصد النفس والنسل.

وأما تطبيقاتها في المصارف الإسلامية فهي متعددة سأكتفي بكر بعض الصور:

1. **برنامج المعونة الخاصة:** وتهدف مثل هذه البرامج إلى دعم وتمكين الطبقة الفقيرة في المجتمع ومن صورها: برامج المعونة التي يقدمها البنك الإسلامي للتنمية والذي يهدف إلى تنمية المجتمعات الإسلامية في الدول غير الأعضاء بالبنك في مجال التعليم والصحة وتقديم الإغاثة العاجلة لضحايا الكوارث واللاجئين في الدول الأعضاء بالبنك والدول غير الأعضاء، وتغطي عدة مجالات منها: دعم المجتمعات الإسلامية بالدول غير الأعضاء بالبنك في مجال التعليم والصحة مثل إنشاء المدارس ومراكز التدريب المهني وسكن الطلاب وكذلك تقديم المساعدة لضحايا الكوارث الطبيعية مثل الجفاف والفيضانات والزلازل وغيرها[79].

2. **الرعاية الصحية:** ويقوم بها مصرف الراجحي الإسلامي الذي تأسس في الرياض، حيث تبرع المصرف ب 600 جهاز ومعدة طبية للمرضى المحتاجين لصالح جمعية أصدقاء المرضى، ونظم مصرف الراجحي الإسلامي برامج تعليمية لمنع حدوث العمى بسبب مرض السكري وقد بلغ قيمة المشروع 4 ملايين ريال سعودي[80].

3. **تقديم القروض للمقبلين على الزواج:** حيث يقوم البنك الإسلامي الأردني بهذه الخدمة فهناك عدد من هذه القروض تم منحها لشباب مقبلين على الزواج بالتعاون مع جمعية العفاف الخيرية وقد بلغ إجمالي هذه القروض لعام 2018 م بلغت حوالي 327 ألف دينار أردني استفاد منها 327 شاباً [81].

الخاتمة:

من خلال البحث المتقدم قد ظهرت النتائج الآتية:

أولا: الاستثمار هو النشاط الذي يقوم به الأفراد والمؤسسات بهدف تنمية الأموال للحصول على الأرباح، فالاستثمار بمفهومه يؤدي إلى تداول الأموال وتحقيق النفع للأفراد والمؤسسات والدول ويخدم جميع القطاعات منها الاجتماعية والاقتصادية والصناعية.

ثانيا: المقاصد الشرعية في الاستثمار: هي الأهداف التي قصدها الشارع من هذا النشاط بهدف الحصول على الأرباح وهي الغايات التي قصد الشارع تحققيها والتي تؤدي إلى حفظ المال الذي هو مقصد ضروري من مقاصد الشريعة الإسلامية وبحفظه يتم حفظ الدين والنفس والعقل والنسل، فغاية الشريعة من الاستثمار وتنمية الأموال تخدم بدورها جميع مقاصد الشريعة الأخرى فالمال عصب الحياة فبحفظه تحفظ بقية المقاصد، وتم بحثها من جهتين الأولى يمكن تسميتها بالمقاصد الأصلية للاستثمار والأخرى يمكن تسميتها بالمقاصد التبعية للاستثمار.

ثالثا: المقاصد الاصلية: هي الغايات الأساسية التي قصدها الشارع من تنمية الأموال بقصد الربح.

رابعا: المقاصد التبعية: هي الأهداف والغايات التي تنتج من تحقيق المقاصد الأصلية.

خامساً: من المقاصد التبعية للاستثمار المعاصر، ما يأتي:

من المقاصد التبعية للاستثمار المعاصر في مقصد حفظ الدين ويقصد به قيام البنك الإسلامي ببعض الأمور المتعقلة بواجبات المسلمين تجاه دينهم والتي من صورها إدارة الزكاة والأمور المتعلقة بالحج، وتقوم بتطبيقها معظم البنوك الإسلامية.

ومن المقاصد التعبية للاستثمار المعاصر ما تقدمة الاستثمارات المعاصرة من تسخير المال للحفاظ على النفس والنسل حيث يصبح المال مسخراً للحفاظ على النفس وبقاء النسل ومن أصدق الشواهد على ذلك ما يعيشه العالم في أزمة فايروس كورونا المستجد حيث الاستثمارات أصبحت الاستثمارات مسخرة لحفظ النفس البشرية بالتالي الحفاظ على النسل، حيث إن جميع الدول خصصت استثماراتها وأموالها لشراء وتوفير المعدات الطبية وتوفير الرعاية الصحية، ومن تطبيقاتها في البنوك الإسلامية برامج الرعاية الصحية وبرامج المعونة الخاصة.

سادساً: تقوم المصارف الإسلامية بدور فاعل وواضح في تحقيق مقاصد الاستثمار

سواء أكان مقصداً أصلياً أو مقصداً تبعاً وقد ورد في البحث جملة من هذه التطبيقات.

التوصيات:

1. يوصي البحث بعمل ندوة علمية متخصصة بدراسة الاستثمار المعاصر وصورة في المصارف الإسلامية ومدى تحقيقه للمقاصد الشرعية.

2. يوصي البحث بتناول موضوع مقاصد الاستثمار الشرعية دراسة تأصيليه تطبيقية في المصارف الإسلامية في رسالة ماجستير.

قائمة المصادر والمراجع:

-ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ- 2004م.

-أحمد شبير أحمد مولي، مقاصد الشريعة في الأموال عند الإمام محمد الطاهر ابن عاشور، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا.

-أحمد محي الدين حسن، عمل شركات الاستثمار الإسلامية في السوق العالمية.

-الأصبهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، دار المدني، السعودية.

-حبيب، محمد بكر إسماعيل، مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، الشركة الوطنية الموحدة للتوزيع، مكة المكرمة، إدارة الدعوة والتعليم.

-حنون، محمد حسن، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية (دراسة مقارنة)، الناشر: محمد حسن حنون، عمان، الأردن، الطبعة الأولى.

-الخادمي، نور الدين مختار، علم المقاصدالشرعية، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى2001م.

-خوالد، أبو بكر، طبيعة المسؤولية الاجتماعية في المصارف الإسلامية: دراسة حالة مجموعة البركة المصرفية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، عنابة، الجزائر.

- الرازي، أبو عبدالله محمد بن عمر بن الحسن بن حسين التيمي (ت: 606 ه)، المحصول، (تحقيق: د. طه جبر فياض العلواني)، ط3، مؤسسة الرسالة، 1418هـ- 1997م.

- الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الثالثة: 1416هـ- 1995م.

- السرطاوي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، الناشر: دار الفكر، عمان الأردن، الطبعة الأولى 2015م.

-الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، ط4، تقديم فضيلة الشيخ بكر بن عبدالله أبو زيد،

وضبطه وعلق عليه وخرج أحاديثه: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم، الرياض، ودار ابن عفان، القاهرة، 2013م.

- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الناشر: دار النفائس عمان الأردن.

-شوادر، حمزة، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، الناشر: المكتبة الوطنية، عمان الأردن، 2014م.

-الشوكاني، محمد بن علي (ت: 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط1، (تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية دمشق-كفر بطنا)، دار الكتاب العربي، 1419هـ-1999م.

-العاني، أسامة عبد المجيد، طبيعة المسؤولية الاجتماعية في المصرف الإسلامي (دراسة حالة البنك الإسلامي الأردني)، 2016م.

-عبدالمولى، عصام، ميهوب، نزار، المسؤولية الاجتماعية في المصارف الإسلامية، الأكاديمية السورية الدولية للتدريب والتطوير، 2009 م.

- الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت.

-الفاسي، علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، تونس.

-لجنة من الأساتذة والخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين، تقويم الدور الاجتماعي للمصارف الإسلامية.

-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مصر- القاهرة، الناشر: دارالدعوة.

- محمد، عثمان رحيم، أثر المقاصد الشرعية في استثمار الأموال، الجامعة العراقية، كلية العلوم الإسلامية.

- مختار، أحمد وفاق، مقاصد الشريعة عند الإمام الشافعي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى.

- مختار، عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، دار علم الكتاب.

-اليوبي، محمد سعيد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998م.

المواقع الإلكترونية:

1.https://www.aljazeera.net/amp/ebusiness/2020/3/25

2https://www.aljazeera.net/amp/ebusiness/2020/4/4/%D9%85%D

3https://www.raialyoum.com/index.php/%D8%AD%D9%83%D9%

الهوامش:

1)الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 2/ 504.

2)الرازي، معجم مقاييس اللغة، 3/ 262.

3)ابن عاشور، مقاصد الشريعة، ص51.

4)أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 19

5)محمد بن سعد اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص37.

6)علال الفاسي، مقاصد الشريعة، ص: 11.

7)علال الفاسي، مقاصد الشريعة، ص: 20.

8)علال الفاسي، مقاصد الشريعة، ص: 24.

9)علال الفاسي، مقاصد الشريعة، ص: 46.

10)الموافقات، 2/ 8.

11)الموافقات، 2/ 8.

12)مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 300.

13)انظر: الشاطبي، الموافقات، 2/ 10، ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 300.

14)ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 304.

15)الشاطبي، الموافقات، 2/ 10.

16)مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 306.

17)مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 307.

18)الموافقات، 2/ 11.

19)مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 309.

20)الموافقات، 2/ 11.

21)انظر: عبد الحميد، أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، 1/ 327، المعجم الوسيط، 1/ 100.

22)انظر المزني، الحاوي الكبير، 5/ 362، النووي، المجموع شرح المهذب، 14/ 392.

23)انظر: حسن، أحمد محي الدين أحمد، عمل شركات الاستثمار الإسلامية، ص 19، محمد، عثمان رحيم، أثر المقاصد الشرعية في استثمار الأموال، ص 108.

24)انظر: حسن، أحمد محي الدين أحمد، عمل شركات الاستثمار الإسلامية، ص 20.

25)ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 311.

26)محمد، عثمان رحيم، أثر المقاصد الشرعية في استثمار الأموال، ص 108.

27)اليوبي، مقاصد الشرعية الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص 283.

28)ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 464.

29)بتصرف انظر: أحمد، شبير أحمد مولوي، الميساوي، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة في الأموال ووسائلها عند الإمام الطاهر ابن عاشور، ص 239.

30)مقاصد الشرعية، ص 84.

31)شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص 18-22.

32)مقاصد الشرعية الإسلامية، ص 455.

33)بيان المختصر شرح ابن الحاجب، 3/ 119.

34)الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 146.

35)انظر: اليوبي، مقاصد الشرعية الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص 287، ابن عاشور، مقاصد الشرعية الإسلامية، ص 459، حبيب، محمد بكر إسماعيل، مقاصد الشريعة تأصلاً وتفعيلاً، ص 332.

36)مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 459.

37)المرجع السابق، ص 462.

38)انظر اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاتها بالأدلة الشرعية، ص 289، مختار، أحمد وفاق، مقاصد الشريعة عند الإمام الشافعي، ص 384، حبيب، محمد بكر إسماعيل، مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، ص332.

39)أخرجه البخاري، ح: 2072، باب كسب الرجل من عمل يده، 3/ 57.

40)انظر اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاتها بالأدلة الشرعية، ص 290.

41)ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 461.

42) الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 146.

43) القرافي، الفروق، 3/ 121.

44)انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 474، اليوبي، مقاصد الشرعية الإسلامية وعلاتها بالأدلة الشرعية، ص 301، حبيب، محمد بكر إسماعيل، مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، ص336.

45)ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص474.

46)حبيب، محمد بكر إسماعيل، مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، ص: 336.

47)مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 464.

48)بتصرف انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 475.

49)بتصرف انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 477.

50)بتصرف انظر ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 473.

51)بتصرف انظر: المرجع السابق، ص 475– 476.

52)انظر: السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص 43، شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص 309.

53 شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص 309.

54) انظر: حنون، محمد حسن، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية، ص 449.

55) السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، ص 135.

56) شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص 343.

57) شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة، ص 343.

58) انظر: حنون، محمد حسن، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية، ص 356.

59)السرطاوي، محمود علي، الضوابط المعيارية لصيغ الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية ص 58.

60)المرجع السابق، ص 74.

61) العاني، أسامة عبد المجيد، طيعة المسؤولية الاجتماعية في المصرف الإسلامي دراسة حاله البنك الإسلامي، ص 29.

62)انظر: العاني، أسامة عبد المجيد، طبيعة المسؤولية الاجتماعية في المصرف الإسلامي دراسة حاله البنك الإسلامي، ص 29، ميهوب، عبد المولى، نزار، عصام، المسؤولية الاجتماعية في المصارف الإسلامية، ص 42.

63) انظر: حنون، محمد حسن، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية، ص 115.

64) شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 86.

65)إبراهيم علوي، جريدة عكاظ، الجمعة/ 18 رجب/ 1441 هـ 13/ 3/ 2020 م.

66)عبد الحفيظ الصاوي، موقع الجزيرة الإخباري، 21/ 3/ 2020.

67)المرجع السابق.

68)مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة التبعية، ص 285.

69)بتصرف انظر: الرازي، المحصول، 5/ 160، الشاطبي، الموافقات، 2/ 8.

70)اليوبي، مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص284 –286.

71)الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 176.

72)الموافقات، 2/ 17.

73)اليوبي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ص 384.

74)انظر: الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 2/ 129، الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص 174، الخادمي، نور الدين، علم المقاصد الشرعية، ص 83.

75) انظر: العاني، أسامة عبد المجيد، طبيعة المسؤولية الاجتماعية في المصرف الإسلامي دراسة حاله البنك الإسلامي، ص 30، لجنة من الأساتذة الخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين، تقويم الدور الاجتماعي للمصارف الإسلامية، ص 52، حنون، محمد حسن، الأعمال والخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية، ص 116.

76) انظر: لجنة من الأساتذة والخبراء الاقتصاديين والشرعيين والمصرفيين، تقويم الدور الاجتماعي للمصارف الإسلامية، ص 154.

77)صحيفة رأي اليوم، الجمعة 27 / 3/ 2020 م.

78)موقع الجزيرة الإخباري، الجمع 27 / 3/ 2020 م.

79) المرجع السابق، ص 23.

80)ميهوب، عبد المولى، نزار، عصام، المسؤولية الاجتماعية في المصارف الإسلامية، ص 36.

81) التقرير السنوي للبنك الإسلامي الأردني لعام 2018.

تخريج الأصول من الفروع عند الإمام الليث بن سعد

د. عبد الغفور محمد الصَّيَّادي*

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث:11/ 10/ 2020م

الملخص

اسم البحث ((تخريج قواعد الليث بن سعد الأصولية من فروعه الفقهية دراسة تأصيلية)) عرض فيه الباحث لنشأة هذا العلم، وتعريفه، وموضوعه، وأهميته، وفوائده. وقد ركز البحث على استخلاص بعض القواعد الأصولية المختارة لِلَّيْثِ، التي أظهرت المكانة الاجتهادية الرفيعة لهذا العالم الفذّ، وذلك من خلال الفتاوى الفقهية المثورة في بطون المصادر الفقهية المختلفة، كالمحلَّى لابن حزم، والمغني لابن قدامة وغيرهما؛ لأنه رغم علمه الغزير – ولا سيما في الفقه – لم يترك مؤلفاتٍ، لأن تلاميذه لم يدونوا علمه، ثم ختم بذكر أهم نتائج البحث.

كلمات مفتاحية: مقاصد، الاستثمار، المصارف الإسلامية.

* أستاذ مساعد، كلية العلوم الإسلامية، جامعة ماردين آرتكلو.

Origins Inferred from the Branches at the Imam Al Laith Bin Sa'd

Dr.ABDUL GHAFOUR AL SAYADY

Abstract

The name of the research ((Origins Inferred from the Branches at the Imam Al-Laith bin Saad)) in which the researcher presented to identify this science, clarify its subject, importance and origination, where the research focused on extracting some of fundamental instructions, which were chosen from Al-Laith, which showed the high jurisprudence of this distinctive scientist, and that through doctrinal fatwas scattered in various doctrinal sources, such as (Al-Muhallaa of Ibn Hazm), and (Al-Mugni of Ibn Qudamah) and others; This because despite his abundant knowledge - especially in jurisprudence - he did not leave literature, because his students did not write his knowledge..

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أمّا بعد:

فإن علم أصول الفقه من أعظم العلوم الشرعية قدرًا، وأكثرها فائدةً، لأنه يوضح طرق استنباط الأحكام الشرعية من النصوص، وأهم ما في أصول الفقه قواعده.

ولهذا فإن علماء الإسلام – رحمهم الله تعالى– قد اهتموا اهتمامًا كبيرًا بعلم أصول الفقه، فألفوا فيه المؤلفات الكثيرة النافعة.

وقد ظهر على مر التاريخ الإسلامي علماء أجلاء، بلغوا درجة الاجتهاد المطلق، وكانوا من

المبرزين في الفقه والأصول وسائر علوم الشريعة، إلا أنهم لم يتركوا مؤلفاتٍ تبين القواعد الأصولية التي اعتمدوا عليها في الاستنباط، إنما تركوا فتاوى وآراء في الفقه متناثرة في مؤلفات العلماء الذين جاؤوا بعدهم.

وإنَّ الاهتمام بدراسة أصول أئمة الفقه المشهورين أمر لا تنكر أهميته.

ومن أبرز هؤلاء العلماء الإمام الليث بن سعد رحمه الله تعالى، فقد بلغ درجة عالية في الاجتهاد، وحصّلَ قدرًا كبيرًا من العلم وانتفع به، وقد تميّز برجاحة العقل وعمق النظرة إلى الأمور والاعتبارات الشرعية في الأصول والفروع الفقهية فهو من طبقة الإمام مالك، بل عُدَّ أفقهَ من الإمام مالك، فقد قال الإمام الشافعي: ((الليث أفقه من مالك إلّا أنَّ أصحابه لم يقوموا به))[1].

ولما كان الليث بهذه الدرجة الرفيعة في العلم أردت أن أكتب في تخريج القواعد الأصولية عند هذا الإمام، من خلال فقهه، وقد اتُّفِقَ على تسمية هذا العلم بـِ((تخريج الأصول من الفروع)).

وسميت بحثي: ((تخريج الأصول من الفروع عند الإمام الليث بن سعد)).

الدراسات السابقة:

قد وُجدت بعض الدراسات عن الليث بن سعد فيما يتعلق بفقهه، أو دراسات عن حياته، أما ما يتعلق بالقواعد الأصولية فلا أعلم أن أحدًا كتب في هذا الموضوع.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى الأمور الآتية:

1 – العناية بجانب مهم من جوانب التخريج، لم يُعْنَ به الدارسون لِعِلْمِ التخريج عند الأصوليين عناية كافية، وهو تخريج الأصول من الفروع.

2 – إبراز شخصية الليث بن سعد وإظهار مكانته العلمية.

3 – دراسة آرائه الفقهية ومقارنتُها بمذاهب العلماء، واستنباطُ القواعد الأصولية التي اعتمد عليها في استنباطه للأحكام. وفي هذا فوائدُ جليلة، ولاسيما أن الليث رحمه الله لم يترك قواعد أصولية مدونة.

خطة البحث:

وأما خطتي في البحث فقد اشتملت على ثلاثةِ مباحثَ، وخاتمةٍ.

المبحث الأول: تكلمت فيه بإيجاز عن حياة الإمام الليث بن سعد.

المبحث الثاني: تخريج الأصول من الفروع، ويتناول تمهيدًا في نشأته، وتعريفه، وموضوعه، وأهميته، وفوائده.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لنماذج مختارة من القواعد الأصولية المستنبطة من الفروع الفقهية عند الإمام الليث بن سعد.

الخاتمة: وتضمنت خلاصة النتائج التي توصل إليها البحث.

منهج البحث:

وأمَّا منهجي في البحث فيتلخص في ما يأتي:

1 – جمعت المادة العلمية الأصولية من مصادرها الأصلية، كالإحكام للآمدي، وكشف الأسرار للبزدوي، والمستصفى للغزالي، وغير ذلك من المصادر.

2 – اقتصرت دراستي على اختيار عدد من الفتاوى الفقهية لليث، وذلك بعد مقارنتها بالمصادر الفقهية الأخرى، ثم اجتهدت في استخلاص القواعد الأصولية من هذه الفروع.

3ـ ولما كان الليث لم يترك مؤلفات كما أسلفت، لأن تلاميذه لم يدونوا علمه رغم غزارته – حاولت التعرف على آرائه الفقهية من خلال الكتب الفقهية التي دونت أقواله.

المبحث الأول: موجز عن حياة الإمام الليث بن سعد:

أولًا: اسمه وكنيته[2]:

أ– هو: اللَّيْث بن سعد بن الفَهْمي، الإمام، الحافظ، شيخ الإسلام، وعالم الديار المصرية.

والفَهْمي: بفتح الفاء وسكون الهاء وبعدها ميم، نسبة إلى فَهْم، وهم بطن من قيس عيلان.

ب– وكنيته: أبو الحارث.

ثانيًا: مولده ونشأته وعلمه

أ– مولده: وُلد اللَّيْث بن سعدٍ يوم الخميس، لأربع عشرة من شعبان، سنة أربعٍ وتسعين، بقَلْقَشَنْدَهْ، بمصر، قال ابن بكير: سمعتُ الليث يقول: ((وُلدتُ في شعبان سنة أربع وتسعين))[3].

ب ـ نشأته وعلمه

نشأ الليث بقلقشندة وأحبها حبًّا شديدًا، وهي بلدة تمتاز بطيب الهواء، وبالخصوبة وجودة الفواكه، وقد أكسبته هذه البلدة بطبيعتها لين الجانب ورقة النفس ورضا الخلق.

وطلب العلم على الطريقة التي كانت سائدة في ذلك العصر، فبدأ بحفظ القرآن، وتعلم عن طريق ذلك الكتابة والقراءة، وعلوم القرآن، والحديث، والفقه، وعلوم الإسلام بوجه عامّ.

فقد أتقن العلوم الإسلامية جميعها، إلا أنه كان مبرزًا بعلم الفقه والحديث، وقد ظهرت نجابته في سن مبكرة، بل كان إمامًا يفتي وهو في ريعان شبابه.

وقد قال عنه النووي: ((أجمعوا على جلالته وعلو مرتبته في الفقه والحديث))[4].

وفيما يتعلق بالحديث قال عنه علي بن المديني: ((الليث بن سعد ثبت))[5].

وقال أبو يعلى الخليلي: ((كان إمامَ وقته بلا مدافعة))[6].

أما الفقه فقد كان فقيهًا مجتهدًا، قال عنه الإمام الشافعي: ((ما فاتني أحد فأسفتُ عليه ما أسفت على الليث بن سعد وابن أبي ذئب))[7].

وقال عبد الله بن وهب: ((والله الذي لا إله إلّا هو ما رأينا أحدًا قط أفقه من الليث))[8].

ثالثًا: مجالس الليث

كان لليث أربعة مجالس علمية كل يوم. قال أشهب بن عبد العزيز: ((كان الليث بن سعد له كل يوم أربعةُ مجالس يجلس فيها: أمَّا أولها فيجلس لنائبة السلطان في نوائبه وحوائجه، وكان الليث يغشاه السلطان، فإذا أنكر من القاضي أمرًا أو من السلطان كتب إلى أمير المؤمنين فيأتيه العزل. ويجلس لأصحاب الحديث، وكان يقول: نجحوا أصحاب الحوانيت فإنَّ قلوبهم معلقة بأسواقهم. ومجلس للمسائل يغشاه الناس فيسألونه. ومجلس لحوائج الناس لا يسأله أحد فيردّه كبِرتْ حاجته أو صَغُرتْ))[9].

وبوجه عام أجمع العلماء على جلالته وعلو مرتبته في الفقه والحديث، قال ابن بكير: ((ما رأيت أحدًا أكملَ من الليث: كان فقيهَ النفس، عربيَّ اللسان، يُحسنُ القرآن والنحو، ويحفظ الحديث والشعر، حسنَ المذاكرة))[10].

رابعًا: أخلاقه

لم تذكر المصادر تفصيلًا في هذا الجانب من حياة الليث رحمه الله تعالى سوى السخاء والعلم، اللذين ظهرا ظهورًا واضحًا في شخصيته.

إلا أن ما ذكر عن الرجل من كلمات جامعة قد تكون أبلغَ من كل تفصيل، من ذلك ما وصفه ابن حبان في الثقات فقال: ((كان الليث من سادات أهل زمانه فقها وورعا وعلما وفضلا وسخاء)). وقال بن أبي مريم: ((ما رأيت أحدا من خلق الله أفضل من ليث وما كانت خصلة يتقرب بها إلى الله إلا كانت تلك الخصلة في الليث))[11].

خامسًا: كرمه

كان اللَّيْثُ رحمه الله سمحًا جوادًا سخيًا يمد يد العون لكل محتاج، إلا أنه كان يؤثر أهل العلم على غيرهم، وكان يعد أن الإنفاق على أهل العلم من أفضل وجوه الإنفاق.

وكان كرمه رحمه الله كثيرًا ما يوقعه في فاقة، فيحتاج إلى الاستدانة من الآخرين في آخر العام، رغم أن دخله كان واسعًا، بل ذكروا أنه لم تجب عليه الزكاة في ماله قط.

يقول شعيب بن الليث: قال أبي: ((ما وجبَتْ عليَّ زكاة قطّ منذ بلغتُ))[12].

ومما يدل على كرمه ما يأتي:

قال ابن وهب: كان اللَّيْث بن سعد يصل مالك بن أنس بمئة دينار في كل سنة، وكتب مالك إليه: إن عليَّ دَينًا، فبعث إليه بخمس مئة دينار))[13].

وقال منصور بن عمار: ((لمَّا مرض عبدالله بن لهيعة مرضه الذي مات فيه، دخل عليه اللَّيْث بن سعد، فقال له: ما تشتكي؟ قال: الدَّينَ، قال كم دَينُك؟ قال: ألف دينار، فأتى فأعطاه إياه))[14].

وروى أبو نعيم عن علان بن المغيرة، قال: سمعت أبا صالحٍ يقول: ((كنا على باب مالك بن أنسٍ، فامتنع علينا، فقلنا: ليس يشبهُ صاحبَنا، قال: فسمع مالكٌ كلامنا، فأدخَلَنا عليه، فقال لنا: مَن صاحبكم؟ قلنا: اللَّيْث بن سعدٍ، فقال: تشبِّهوني برجلٍ كتبنا إليه في قليل عصفرٍ نصبغ به ثياب صبياننا، فأنفَذ إلينا ما صبغنا به ثيابنا، وثياب صبياننا، وثياب جيراننا، وبِعْنا الفضلة بألف دينارٍ؟!))[15].

وقال قتيبة بن سعيد: سمعتُ ابن الليث يقول: ((خرجتُ مع أبي حاجًّا، فقدم المدينة، فبعث إليه مالك بن أنس بطبق رُطَبٍ، قال فجعل على الطبق ألفَ دينار، وردَّهُ إليه))[16].

وقال قتيبة بن سعيد: ((كان اللَّيْث بن سعدٍ يركب في جميع الصلوات إلى الجامع، ويتصدق كل يومٍ على ثلاث مئة مسكينٍ))[17].

وقال أشهب: ((كان الليث لا يرُدُّ سائلًا، وكان يطعم الناس الهرائس بعسل النحل وسمن البقر في الشتاء، وفي الصيف بشيءٍ منَ اللَّوزِ))[18].

سادسًا: شيوخه: عطاء بن أبي رباحٍ، وابن أبي مليكة، ونافع مولى عبدالله بن عمر، وسعيد بن أبي سعيدٍ المقبري، وابن شهابٍ الزهري، وأبو الزبير المكي، وعبدالرحمن بن القاسم، وعُقَيل بن خالدٍ، ويونس بن يزيد، وحكيم بن عبدالله بن قيسٍ، وعامر بن يحيى المعافري، وكثير بن فرقد، وهشام

بن عروة، وأيوب بن موسى، والحارث بن يزيد الحضرمي، وخالد بن يزيد، وصفوان بن سليمٍ، وأبو الزناد، وقتادة بن دعامة، ويحيى بن سعيدٍ الأنصاري، وغيرهم كثيرٌ[19].

سابعًا: تلاميذه: روى عنه خلقٌ كثيرٌ، منهم: ابن لهيعة، وهشيمٌ، وابن وهبٍ، وابن المبارك، وأشهب، والقَعْنبي، وسعيد بن أبي مريم، وآدم بن أبي إياسٍ، وأحمد بن يونس، وشعيب بن اللَّيْث – ولده – ويحيى بن بكيرٍ، وعبد الله بن عبد الحكم، ومنصور بن سلمة، ويونس بن محمدٍ، ويحيى بن يحيى اللَّيْثي، وقتيبة بن سعيدٍ، ومحمد بن رمحٍ، وعبدالله بن يوسف[20].

ثامنًا: وفاته: توفي اللَّيْث بن سعدٍ (رحمه الله) بمصر، يوم الجمعة، في النصف من شعبان، سنة خمسٍ وسبعين ومئةٍ، وكان عمره إحدى وثمانين سنة، ودُفن يوم الجمعة بمصر القرافة الصغرى[21].

قال خالد بن عبد السلام الصدفي: ((شهدت جنازة اللَّيْث بن سعدٍ مع والدي، فما رأيت جنازةً قط أعظم منها، رأيت الناس كلهم عليهم الحزن، وهم يعزي بعضهم بعضًا، ويبكون، فقلت: يا أبت، كأن كل واحدٍ من الناس صاحب هذه الجنازة، فقال: يا بني، لا ترى مثله أبدًا))[22].

تاسعًا: ثناء العلماء عليه: قال أحمد بن حنبل: ((اللَّيْث بن سعدٍ كثير العلم، صحيح الحديث))[23].

قال أحمد بن سعدٍ الزهري: سمعت أحمد بن حنبلٍ يُسأل عن اللَّيْث بن سعد فقال: ((ثقةٌ، ثبتٌ))[24].

قال علي بن المديني شيخ البخاري: ((اللَّيْث بن سعدٍ ثبت))[25].

قال يحيى بن بكيرٍ: ((لم أرَ مثلَ اللَّيْث ولا أكمل منه))[26].

المبحث الثاني: تخريج الأصول من الفروع، ويتناول، تمهيداً في نشأته، وتعريفه، وموضوعه، وأهميته، وفوائده.

تمهيد: في نشأة علم تخريج الأصول من الفروع

قد نشأت بذرة علم تخريج الأصول من الفروع، منذ عهد الصحابة – رضي الله عنهم –، إذ ظهر مجتهدون يفتون الناس في النوازل والحوادث، ولا يتصور أنَّ هؤلاء المجتهدين يصدرون فتاواهم دون اعتماد على أصول، إنما المتصور واللائق بمقامهم أنهم كانوا عند استنباطهم للأحكام الفقهية، يستندون إلى قواعد أصولية راسخة في أذهانهم.

ومن أمثلة ذلك أن ابن مسعود ﷺ ذهب إلى أن المرأة إذا كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل، سواء وقعت الفرقة بينها وبين الزوج بالطلاق أو بالموت، لقوله تعالى:﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق: 4].

ولمَّا قيل لابن مسعود إنَّ عليًّا ﷺ يقول: إنَّ عِدَّة الحامل تنتهي بأبعد الأجلين: إمّا الولادة، أو مضي أربعة أشهر وعشرا، قال ﷺ : من شاء قاسمته أن هذه الآية التي في سورة النساء القصرى يعني: سورة الطلاق – :﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[البقرة: 234]، يعني بذلك أن هذه الآية التي في سورة الطلاق هي الأخيرة، وأن ابن مسعود اعتمد في استنباطه هذا الحكم على قاعدة أصولية هي: تخصيص العامّ، يعني: أن آية الطلاق مخصصة لعموم آية البقرة[27].

فتخريج الأصول من الفروع منهج معروف في مناهج الفقهاء المتقدمين في تحصيل أصول الأئمة. إلَّا أن العلماء كانوا يصرحون بأصولهم التي اعتمدوا في استنباطهم للفروع في بعض الأحيان، وكانوا لا يصرحون بأصولهم في أحيانٍ أخرى.

وقد كان أتباع المذهب الحنفي أسبق من غيرهم في اتباع تخريج الأصول من الفروع، فقد اجتهدوا في إظهار الأصول التي سار عليها أئمتهم في استنباط الأحكام، وذلك عن طريق تقرير القواعد الأصولية على مقتضى ما نقل عن أئمتهم من الفروع، ظنًّا منهم أنها هي القواعد التي لاحظها أولئك الأئمة عندما فرعوا الفروع الفقهية. ولعل السبب الذي دعا علماء الحنفية إلى اتباع هذه الطريقة أنَّ أئمتهم لم يتركوا قواعد مدونة، كالقواعد التي تركها الإمام الشافعي لتلاميذه، إنما تركوا لهم فروعًا كثيرة، فجمعوا الفروع المتشابهة واستخلصوا منها القواعد وجعلوها أصولًا لمذهبهم؛ ولهذا كثرت الفروع الفقهية في المؤلفات الأصولية عند الحنفية، لأنها في الحقيقة هي الأصول لتلك القواعد، وإن كانوا يذكرونها على جهة التفريع والبناء على القواعد الأصولية.

وقد أشار إلى هذا الإمامُ الدهلوي بقوله: ((واعلمْ أنِّي وجدت أكثرَهم يزعمون أن بناء الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي رحمهما الله على هذه الأصول المذكورة في كتاب البزدوي

ونحوه، وإنَّما الحقُّ أن أكثرها أصول مخرجة على قولهم.

وعندي أن المسألةَ القائلة بأن الخاص مبيّن ولا يلحقه البيان، وأن الزيادة نسخ، وأن العام قطعي كالخاص، وأن لا ترجيح بكثرة الرواة، وأنَّه لا يجب العمل بحديث غير الفقيه إذا انسد به باب الرأي، وأن لا عبرة بمفهوم الشرط والوصف أصلًا، وأن موجب الأمر هو الوجوب البتة، وأمثال ذلك: أصولٌ مخرجة على كلام الأئمة وأنه لا تصح بها رواية عن أبي حنيفة وصاحبيه))[28].

ومما تجدر الإشارة إليه أن الحنفية وإن كانوا أوَّلَ من سار على هذه الطريقة، فإنها لم تنحصر بهم، فإن بعض العلماء من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي قد سلكوا هذه الطريقة في الأصول، التي تطبق على الفروع الجزئية في المذهب.

وقد أشار إلى ذلك الإمام الحجوي بعد كلامه على طريقة الحنفية بقوله: ((وعلى نمطها ألَّف القرافي قواعده في المذهب المالكي، وعياض، والمقري، والونشريسي، والزقاق، وأمثالهم. فتلك القواعد إنما هي مأخوذة بالاستقراء من كثير من الفروع لا من كلها.

وهكذا في مذهب الشافعية والحنابلة ألَّف أصحابها على هذا النمط بيان الأصول التي عليها مبني جُلّ المسائل، أخذوها من صنيع الإمام وأصحابه في استنباطهم، بل كثير من الأحكام اجتهدوا واستنبطوا لها علـلًا لم ينصّ عليها الإمام ولا عليةُ أصحابه، ففتحوا بها بابًا للاجتهاد والاستنباط على مذهب الإمام وأصحابه في استنباطه))[29].

وذكر بعضهم أن إمام الحرمين الجويني كان يخرج بعض الأصول للشافعي من فروع مذهبه، وفي ذلك يقول الزركشي: ((واعلم أن إمام الحرمين كثيرًا ما يستنتج من الفقه مذهب الشافعي في أصول الفقه))[30].

تعريف علم تخريج الأصول من الفروع

أ- تعريف التخريج في اللغة: التخريج مصدر للفعل المضعف خَرَّجَ، نقول: خَرَّجَ، يُخَرِّجُ تَخريجًا، ولا يَخْرُجُ معنى التخريج عن معنيين:

1 – النَّفاذ من الشيء والظهور، وهو ضد الدخول، وهذا المدلول هو الأكثر استعمالًا.

2- اختلاف اللَّونين.

قال ابن فارس: (خرج): الخاء والراء والجيم أصلان، وقد يمكن الجمع بينهما، إلَّا أنَّا سلكنا

الطريق الواضح. فالأول: النَّفاذ عن الشيء. والثاني: اختلاف لونين))[31].

ومن الأصل الأول: الذي بمعنى النفاذ عن الشيء، المعاني الآتية:

1- الاستخراج والاخْتِراج: الاستنباط.

2- والتخريج: التعليم والتدريب، يقال: خَرَّجَهُ في العلم أو الصناعة: درَّبه وعلمه، والمتعلم: خَريج، وخِرّيج.

3- وناقة مخترجة: إذا خرجت على هيئة الجمل.

4- الخَراج والخَرْج: الإتاوة، وهو المال الذي يؤخذ من الناس، ويجمعان على أخراج وأخاريج وأخرجة.

5- والخراج: ما يخرج من غلة الأرض.

6- والخريج: لعبة من لعب فتيان العرب.

7- والخُراج ما يخرج في البدن من القروح[32].

فجميع هذه المعاني تندرج تحت: النفاذ عن الشيء.

ومن المعنى الثاني: الذي هو بمعنى اختلاف لونين:

1- خرِجَ النَّعام: خالط بياضَه سوادٌ.

2- خَرِجَ العام: أخصب بعضه وأجدب بعضه.

3- أخرجَ الناس: مرَّ بهم عام نصفه جدب ونصفه خِصب.

4- الخَرَج: لونان بين بياض وسواد.

5- كبش أخرج: لونه بين البياض والسواد.

6- نَعْجَةٌ خَرْجاءُ: السوداء البيضاءُ إِحدى الرجلين أَو كلتيهما.

7- والأَخْرَجُ من المِعْزَى: الذي نصفه أَبيض ونصفه أَسود.

8- أرض مُخَرَّجَةٌ: أن يكون نبتها في مكان دون مكان.

9- والخَرْجاءُ: قرية في طريق مكة. سُمِّيَتْ بذلك لأَنَّ في أَرضها سوادًا وبياضًا إِلى الحمرة[33].

فجميع هذه الأمثلة دلت على اختلاف اللونين والنوعين.

ويظهر أنَّ المعنى المناسب لموضوع (التخريج) هو المعنى الأول، وهو النفاذ من الشيء والظهور؛ وذلك لأنَّ عملية التخريج إنما هي إظهار للعلاقة بين أصلين أو فرعين أو بين أصل وفرع، وإبراز أحدهما على الآخر[34].

والأصول: جمع أصل، وهو ما يبنى عليه غيره، حِسًّا كان أو معنى.

والفروع: جمع فرع، وهو ما يبنى على غيره، سواء أكان بناءً حسيًّا أو معنويًّا[35].

ب – تعريف التخريج في الاصطلاح:

التخريج في اصطلاح الأصوليين هو: الاستنباط، وهو موافق لمعناه اللغوي[36].

والتخريج ثلاثة أنواع:

1 – تخريج الأصول من الفروع.

2 – تخريج الفروع على الأصول.

3 – تخريج الفروع من الفروع.

ويمكن أن يضاف إلى هذه الأنواع نوع رابع من أنواع التخريج، وهو ((تخريج الأصول على الأصول))، وذلك أنَّنا نجد بعض القواعد الأصولية تبنى على قواعد أصولية أخرى تتبع لها وتتفرع عنها. وقد ألمح الإمام الزركشي إلى ما يدل على اعتبار هذا النوع من التخريج في مقدمة كتاب ((سلاسل الذهب في أصول الفقه))، فقال: ((فهذا كتابٌ أذكر فيه بعون الله مسائلَ من أصول الفقه عزيزةَ المنال، بديعةَ المثال، منها ما تفرع على قواعد منه مبنيّة، ومنها ما نظر إلى مسألة كلامية، ومنها ما التفت إلى مباحثَ نحويَّةٍ، نقَّحها الفكر وحررها))[37].

والذي يهمنا من هذه الأقسام هو القسم الأول: تخريج الأصول من الفروع.

تعريف علم تخريج الأصول من الفروع

لم يرد عن علماء الأصول المتقدمين تعريفٌ لهذا العلم، إلّا أني وجدت تعريفًا لأحد العلماء المعاصرين، وهو الدكتور يعقوب الباحسين فقال:

وإذا أردنا أن نضع تعريفًا تقريبيًّا له، قلنا: إنه ((العلم الذي يكشف عن أصول وقواعد الأئمة من خلال فروعهم الفقهية وتعليلاتهم للأحكام))[38].

يعني أن علم تخريج الأصول من الفروع: هو العلم الذي يُتوصل به إلى أصول الأئمة وقواعدهم التي بَنَوْا عليها ما توصلوا إليه من أحكام في الفروع الفقهية المنقولة عنهم، من خلال استقراء وتتبع هذه الفروع، واكتشاف عللها وما بينها من علاقات[39].

موضوع علم تخريج الأصول من الفروع

قد اتضح أن موضوع ((تخريج الأصول من الفروع)) هو نصوص الأئمة المجتهدين، وأفعالهم، وتقريراتهم، واستخراج القواعد والأصول التي استند إليها أولئك الأئمة في الاستنباط، إلا أننا لا يمكننا بهذا المعنى أن نَعُدَّه علمًا مستقِلًّا، إنَّما هو منهج وطريقة خاصة في تحصيل أصول الفقه.

ولهذا نجد الباحسين بعد أن عرّف ((تخريج الأصول من الفروع)) قد لاحظ ذلك مستدركًا على التعريف بقوله: ((وفي الحقِّ إنَّ التخريج بالمعنى المذكور ليس علمًا محدَّدًا، ولكن ثمرته هي أصول الفقه وقواعده الكليَّةُ، كما أنه ليس علمَ أصول الفقه نفسَهُ؛ لأنَّ ثمرة الشيء خارجةٌ عنْ حقيقته وماهيَّتِهِ))[40].

فائدة وأهمية علم تخريج الأصول من الفروع[41]

إن تخريج الأصول من الفروع له فوائد عديدة، لعل أهمها ما يأتي:

1 – إن كشف هذا العلم عن قواعد الأئمة يُمَكِّنُ العالِمَ من ترجيح الأقوال واختيار ما هو أقواها دليلًا، وذلك عن طريق قوة القاعدة ومتانتها. فعلماء الفقه المقارن بحاجة إلى تقوية بعض الأدلة على البعض الآخر، لكي يفتوا بالمذهب الراجح.

2 – إنَّ هذا العلم يساعد الباحث على معرفة العلاقات القائمة بين الفروع الفقهية، ممَّا يُمَكِّنُه من التعليل والفهم السليم، وضبط الفروع المروية عن الأئمة.

3 – تُمَكِّنُ نتيجته العالِمَ من تخريج المسائل والفروع الفقهية التي لم يَنُصَّ عليها المجتهدون ولا أتباعهم، لأنها لم تكن في زمانهم؛ بناءً على تلك القواعدِ المُخَرَّجةِ ووفقًا لها، ولاسيما في النوازل والمستجدات التي تطرأ على الإنسان في هذه الحياة.

4 – يُمَكِّنُ هذا العلمُ العالِمَ من فهم العلوم الأخرى، فالمفسر لا يمكنه تفسير آيات القرآن الكريم إلا في ضوء هذه القواعد، وإنزال اللفظ القرآني عليها، وكذلك يُمَكِّنُ شارح الأحاديث النبوية من فهمها حقَّ الفهم وشرحها، وكذلك سائر العلوم الشرعية فإن أصحابها يستفيدون من هذا العلم. وهذه الفائدة يشترك فيها هذا العلم مع علم أصول الفقه في أنَّ كُلًّا منهما يحقق هذه الفائدة.

5 – يُمَكِّنُنا هذا العلم من معرفة أسباب اختلاف الفقهاء؛ لأننا نفتقد في كتب الأصول نسبةَ الآراء إلى أصحابها، فإنَّ غالب ما يذكر في هذه الكتب هو نسبة الآراء إلى المذاهب، دون أن يُذكرَ صاحبُ الرأي بعينه، فتأتي هذه الآراء من آراء الإمام نفسِهِ، ومن آراء تلاميذِهِ، ومن آراء المُخَرِّجين الذين جاؤوا فيما بعد.

6 – في هذا العلمِ إثراءٌ لعلم أصول الفقه بالأمثلة الجزئية وتعزيزٌ له بالجوانب التطبيقية العملية.

المبحث الثالث: دراسة تطبيقية لنماذجَ مختارةٍ من القواعد الأصولية المستنبطة من الفروع الفقهية عند الإمام الليث بن سعد.

سبق أنَّني ذكرت أن الليث رحمه الله تعالى لم يترك مؤلفاتٍ، وذكرت أن السبب في ذلك أن تلامذته لم يدونوا علوم شيخهم، وإنما نجد آراءه الفقهية مبثوثة في مصادر العلماء الذين أتَوْا بعده، كـَ ((مختصر مذاهب العلماء للجصاص))، و((المحلى لابن حزم))، و((المغني لابن قدامة))، وغيرها.

ولهذا اخترت عددًا من القواعد الأصولية التي اجتهدت أن الليث اعتمد عليها في آرائه الفقهية، وفيما يلي تلك القواعد.

القاعدة الأولى: الأمر بالشيء نهي عن ضده

ومعنى القاعدة: أن الشارع إذا أمر المكلف بأمر، فإنه يُعَدُّ أمرًا بما أمر به ونهيًا عن ضد هذا المأمور؛ لأن الإتيان بالأمر لا يمكن إلا إذا انتهى المكلف عن ضده، فإذا أمر بإقامة الصلاة مثلًا، كان هذا الأمر متضمنًا النهي عن عدم الإتيان بها.

وقد ذهب إلى العمل بموجب هذه القاعدة جمهور الأصوليين والفقهاء، ومنهم الإمام الليث، كما سيتضح ذلك.

وذهب آخرون، منهم المعتزلة وبعض الشافعية إلى أن الأمر بالشيء ليس نهيًا عن ضده.

وقد استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة، أهمها:

1 – أنَّه لا يمكن التوصل إلى فعل المأمور به إلَّا بترك ضده؛ لذا وجب أن يكون الأمر به نهيًا عن ضده، لأنه إذا قال له: ((قُمْ)) لا يمكنه فعل القيام إلا بترك القعود، فوجب أن يكون نهيًا عن القعود، فصارت المسألة من باب مالا يتم المأمور إلّا به يجب كوجوبه[42].

2 – أنَّ ضد المأمور به، إما أن يكون مأمورًا به أو منهيًّا عنه أو مباحًا، ولا يصحُّ أن يكون مباحًا، وإلا لجاز له فعل الضد، وجواز فعل ضد المأمور به يفضي إلى جواز ترك المأمور به؛ لاستحالة الجمع بين الضدين، فإذا فَعل ضد المأمور به فقد ترك المأمور به[43].

3 – أنَّ صِيغَة الْأَمر تَقْتَضِي إِيقَاع الْفِعْل وتمنع من الْإِخْلَال بِهِ، وَمِن كل فعل يمْنَع من فعل الْمَأْمُور بِهِ فَيكون من هَذِه الْجِهَة محرما لضد الْمَأْمُور بِهِ[44].

ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة عند الليث:

تحريم البيع عند أذان الجمعة:

ذهب الليث رحمه الله تعالى والمالكية إلى أنه إذا أَذَّنَ المؤذن يوم الجمعة بين يدي الإمام وهو على

المنبر لم يجز البيع حتى ينصرف الإمام والناس من الجمعة[45].

ودليل هذا قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ ذَٰلِكُمۡ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾ [الجمعة: 9].

والاستدلال بهذه الآية من وجهين:

أحدهما قوله تعالى:﴿وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾ ﴿فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ﴾، وهو أمر بالسعي، والأمر بالشيء نهي عن ضده، فيجب أن يكون منهيًّا عمَّا يشغله عنه، والنهي يقتضي الفساد.

وثانيهما: قوله تعالى:﴿وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾، وهذا نص في تحريم البيع، وذلك يتضمن فساده إذا وقع، ولأنه عقد معاوضة نُهي عنه لحقِّ الله تعالى، لا يجوز التراضي بإباحته، فوجب فساده إذا وقع كالربا والغرر[46]، وفي الآية أيضًا أمرٌ بترك البيع، والأمر بالترك نهي عن الإقدام.

فدلت هذه المسألةُ على أنَّ من قواعد الليث الأصولية: ((الأمر بالشيء نهي عن ضده)).

كما دلت أيضًا على قاعدة أصولية أخرى من قواعد الليث رحمه الله، هي: ((النهي يقتضي الفساد)).

القاعدة الثانية: تخصيص الكتاب بالسنة

تعريف العام:

لغةً: اسم فاعل من عَمَّ الشيء يعمُّ فهو عام، أي: شامل، فيقال: خير عامّ، ومطر عام.

قال الراغب الأصفهاني: ((العموم: الشمول، وذلك باعتبار الكثرة، ويقال: عمَّهم كذا، وعمَّهم بكذا عمًّا، وعمومًا))[47].

وأما تعريف العامِّ اصطلاحًا: فقد عرفه السبكي بأنه: ((لفظ يستغرق ما يصلح له بوضع واحد))[48].

وعرفه الدكتور فتحي الدريني بأنه: ((اللفظ الدَّالُّ على استغراق جميع الأفراد التي يصدق عليها معناه، دَفْعَةً واحدَةً، دون حصر، سواءٌ دل عليها بالوضع اللغوي أو بالقرينة))[49].

ومثاله: لفظ ((المؤمنون)) في قوله تعالى: قَدۡ ﴿أَفۡلَحَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ﴾ [المؤمنون:1] فإنَّه وُضع في اللغة لمعنى واحد، وهو من صيغ العموم لأنه جمع معرف بالألف واللام الاستغراقية، فيتناول كل الأفراد التي ينطبق عليها معناه دفعة واحدة[50].

فالحكم الذي أسند إلى هذا اللفظ العام، ثابت لكل فرد من أفراده بخصوصه، لا للمجموع من حيث هو مجموع.

تعريف التخصيص:

التخصيص لغةً: هو جعل الشيء خاصًّا، أو جعل الشيء ذا خصوصية.

واصطلاحًا: قصر العام على بعض أفراده))[51].

إذا ورد لفظ عام في القرآن الكريم فإن يجوز تخصيصه بالسنة، قولية كانت، أو فعلية، أو تقريرية.

وقد حصل اتفاق العلماء على هذا إذا كانت السنة متواترةً، أما إن كانت السنة من أخبار الآحاد، فقد اختلف العلماء في ذلك، وأكثر العلماء على جواز التخصيص بها، وهو مذهب الأئمة الأربعة.

قال ابن الجزري: ((وتخصيص الكتاب بالسنة المتواترة جائز: قولًا كانت، أو فعلًا، والوقوع دليله))[52].

وقال الآمدي: ((يجوز تخصيص عموم القرآن بالسنة. أما إذا كانت السنة متواترةً فلم أعرف فيه خلافًا، وأمَّا إذا كانت السنة من أخبار الآحاد، فمذهب الأئمة الأربعة جوازه، ومن الناس من منع ذلك مطلقًا))[53].

تطبيقات القاعدة:

1- رجم الزاني المحصن:

ذهب عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، ومنهم الليث رحمه الله، إلى وجوب رجم الزاني المحصن، رجلًا كان أم امرأةً.

ودليلهم أن النبي ﷺ رجم ماعزًا ولم يجلده، وهذا تخصيص لعموم قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور:2]؛ لأن لآية الكريمة تقتضي بعمومها جلدَ كلِّ زانٍ، محصنا كان أم غيرَ محصن[54].

وبهذا يتبين أن قاعدة: ((تخصيص الكتاب بالسنة)) من قواعد الليث رحمه الله تعالى، والله أعلم.

2- قراءة المأموم خلف الإمام:

ذهب الليث رحمه الله إلى وجوب قراءة المأموم الفاتحة خلف الإمام في جميع الصلوات السرية والجهرية، وبهذا القول قال سعيد بن المسيب والأوزاعي، وهو الصحيح من مذهب الشافعي[55].

واستدل أصحاب هذا المذهب بقول النبي ﷺ:- ((لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب))[56].

ويظهر أن استدلال الليث ومن وافقه من باب تخصيص العام الوارد في القرآن بالسنة، فقد خصصوا بهذا الحديث عمومَ قوله تعالى:﴿وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُواْ لَهُۥ وَأَنصِتُواْ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الأعراف: 204].

فدل هذا على أن من قواعد الليث الأصولية: ((تخصيص الكتاب بالسنة)).

وعضدوا هذه القاعدة أن النبي ﷺ صلى الصبح فثقلت عليه القراءة، فلمّا انصرف قال: ((إني أراكم تقرؤون خلف إمامكم؟)) قلنا: إي والله يا رسول الله، قال: ((فلا تفعلوا إلا بأم القرآن، فإنه لا صلاة إلا بها))[57].

وذهب آخرون إلى عدم وجوب القراءة خلف الإمام، منهم النخعي والثوري وابن عيينة وغيرهم.

وإليه ذهب أبو حنيفة، ومالك، وأحمد[58].

القاعدة الثالثة: مفهوم العدد حجة

قَسَّمَ جمهور الأصوليين (غير الحنفية) الدلالات على قسمين: دلالة المنطوق، ودلالة المفهوم.

فدلالة المنطوق: هي دلالة اللفظ على حكم ذكر في الكلام ونطق به[59].

ودلالة المفهوم تنقسم على قسمين: مفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة.

مفهوم الموافقة هو: دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه.

ومن أمثلته قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ﴾ [الزلزلة: 7]، فقد دلت الآية على أن مَنْ عمل قدر ذرة من الخير فإنه يثاب عليه، فمِن باب أولى أن يثاب على ما هو أكثر من الذرة.

ويُسمَّى أيضًا فحوى الخطاب ولحن الخطاب، والمراد به معنى الخطاب.

وقد اتفقت كلمة العلماء عل صحة الاحتجاج بمفهوم الموافقة، وفقهاء الحنفية يطلقون على هذا المفهوم دلالة النص.

فالمسكوت عنه موافق للمنطوق به في الحكم[60].

وأما مفهوم المخالفة: ((فهو إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه))[61].

ومن أمثلته: قوله ﷺ: ((في سائمة الغنم الزكاة))، دل الحديث بمنطوقه أن الغنم السائمة تجب فيها الزكاة، ودل بمفهومه المخالف أن المعلوفة لا تجب فيها الزكاة.

ومفهوم المخالفة حجة عند الجمهور، وخالف في ذلك الحنفية وبعض المتكلمين[62].

ولمفهوم المخالفة أنواع، أشهرها ما يأتي:

1 –مفهوم الغاية.

2 –مفهوم العدد.

3 –مفهوم الشرط.

4 –مفهوم الصفة.

5 –مفهوم الحصر.

6 –مفهوم الاستثناء.

7 –مفهوم اللقب. وهو أضعفها، فقد اختلف الأصوليون في الاحتجاج بهذا المفهوم اختلافًا كثيرًا[63].

والذي يعنينا من هذه المفاهيم: مفهوم العدد.

تعريف مفهوم العدد هو: ((تَعْلِيقُ الْحُكْمِ بِعَدَدٍ مَخْصُوصٍ يَدُلُّ على انْتِفَاءِ الْحُكْمِ فِيمَا عَدَا ذلك الْعَدَدِ زَائِدًا كان أم نَاقِصًا))[64].

ومن أمثلته: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: 4]، فالآية تدل بمفهومها المخالف على أنه لا يجوز ضربهم أكثر من ذلك ولا أقل.

ومذهب الجمهور أن مفهوم العدد حجة[65].

والتطبيق الفقهي عند الليث على هذه القاعدة هو:

الإقرار بمال كثير

إن أقر فقال: له عليَّ مال كثير، أو عظيم، أو جليل، أو خطير، أو عظيم جدًّا:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال:

فذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يقبلُ فيه أقل من عشرة دراهم.

وذهب أبو يوسف ومحمد: إلى أنه لا يقبل فيه أقلُّ من مئتيْ درهمٍ.

وقال الشافعية والحنابلة: إنه لا يتقدَّرُ بمقدار، بل إذا فسَّره بما يقع عليه اسم المال قُبل منه.

وقال الليث بن سعد رحمه الله: لا يُقبل فيه أقلُّ من اثنين وسبعين، مستدلًّا بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ ٱللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ [التوبة: 25]، وكانت غزواته ﷺ اثنتين وسبعين غزوةً[66].

ويبدو أن الليث رحمه الله استند في هذا الحكم على قاعدة: ((مفهوم العدد حجة))، فحمل الكثير الوارد في الآية على عدد غزوات النبي ﷺ، والله أعلم.

القاعدة الرابعة: المصالح المرسلة حجة

المَصالِح لغةً: بفتح الميم وكسر اللام جمع مفردها المصلحة، وهي المنفعة من الصلاح ضد الفساد.

والمرسلة: هي المطلقة. فقد جاء في لسان العرب: ((أرسل الشيءَ أطلقه وأهمله))[67].

ومعنى إطلاقها: أن الشرع لم يقيدها باعتبار أو إلغاء.

والحُجَّةُ: بضمِّ الحاء وتشديد الجيم، جمع حجج: هي الدليل والبرهان[68].

وأما تعريفها اصطلاحًا: هي جلب المنفعة أو دفع المضرة، أي: المفسدة[69].

المصلحة هي المنفعة التي قصدها الشارع لعباده من حفظ دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم ومالهم.

قال الإمام الغزالي في معنى المصلحة: ((أما المصلحة: فهي عبارة – في الأصل – عن: جلب منفعةٍ أو دفع مضرة.

ولسنا نعني به ذلك، فإنَّ جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم.

لكنَّا نعني بالمصلحة: المحافظة على مقصود الشرع.

ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم: دينَهمْ، ونفسَهم، وعقْلَهُمْ، ونَفْسَهُمْ، ومالَهُمْ))[70].

والمصالح ثلاثة: منها ما شهد الشارع له بالاعتبار، ومنها ما شهد له الشارع بالإلغاء، ومنها ما سكت عنه.

فالأولى: هي المصالح المعتبرة، والثانية: هي المصالح الملغاة، والثالثة: هي المصالح المرسلة.

ومن أمثلة المصالح المعتبرة: إيجاب القصاص من القاتل المتعمِّد.

ومن أمثلة المصالح الملغاة: مصلحة التسوية بين الذكر والأنثى في الميراث وغيره، فهي مصلحة موهومة[71].

ومن أمثلة المصالح المرسلة: جمع القرآن الكريم في عهد أبي بكر ﷺ، وهي مصلحة لم يرد نص على اعتبارها أو إلغائها.

فالمصالح المرسلة هي: المصالح التي لم يشهد لها الشارع باعتبار ولا بإلغاء[72].

وذهب جمهور العلماء إلى أنَّ المصالح المرسلة حجة في غير العبادات، تثبت بها الأحكام.

فقد أشار الزركشي: إلى أنَّ كل من أنكر الأخذ بالمصلحة فهو يعمل بها، وإنَّ العمل بالمصلحة موجود في المذاهب كلِّها[73].

وذهب بعض العلماء إلى أنها ليست بحجة، وهو مذهب الظاهرية وبعض الشافعية والمالكية.

أدلة القاعدة:

استدل القائلون بحجية المصالح المرسلة بأدلة كثيرة نوجز أهمها فيما يأتي:

1 – مصالح الناس كثيرة متجددة مع تجدد الحوادث وتطور الزمان، ولو لم يعمل بالمصالح المرسلة لتعطلت مصالح الناس، وهذا لا يتفق مع ما قُصِدَ بالتشريع من تحقيق مصالح الناس، ولأدى ذلك إلى الحرج، والحرج مرفوع بنص القرآن الكريم[74].

2 – من يتتبع تاريخ الصحابة يتبين له أنهم كانوا يعدون المصالح المرسلة مصدرًا من مصادر استنباط الأحكام، فقد نُقِلَ عنهم كثيرٌ من الأحكام التي بنَوْها على المصلحة، من ذلك: توسعة المسجد النبوي، واتخاذ السجون، وتدوين الدَّواوين، وتضمين الصناع، وغير ذلك[75].

3 – إنَّ الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد، فإذا وجدنا مصلحة غلب على الظنِّ أنها مطلوبة للشرع فنعتبرها، لأنَّه حيث وجدت المصلحة فثَمَّ شرع الله تعالى[76].

التطبيق الفقهي: آثار الإيلاء:

إذا آلى الرجل من زوجته، وهو أن يحلف ألا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر، فانقضت أربعة الأشهر، فإن فاء إليها لم يلزمه إلّا كفارة اليمين.

أمّا إن لم يفء إليها فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

فذهب الثوري والحنفية: إذا كان موليًا فمضت أربعة أشهر قبل أن يقربها، بانت بالإيلاء.

وذهب الليث بن سعد ومالك والشافعي وأحمد والظاهريَّة: إلى أن القاضي يوقفه حتى يفيء أو يطلق.

ويظهر أن ما ذهب إليه الليث ومن معه، من أن القاضي يطلق عليه إن أبى الفيء أو الطلاق مبني على مصلحة المرأة التي يلحقها الضرر بسبب امتناع الزوج[77].

فتبين من هذا التطبيق أن قاعدة: ((المصالح المرسلة حجة)) من قواعد الليث رحمه الله تعالى.

القاعدة الخامسة: سد الذرائع أصل شرعي:

معنى سد الذرائع في اللغة والاصطلاح:

الذرائع في اللغة: جمع ذريعة، والذَّريعة لغة: الوسيلة المفضية إلى الشَّيء[78].

جاء في ((لسان العرب)): ((الذريعة الوسيلة، وقد تذرّع فلان بذريعة أي توسل بوسيلة، السبب إلى الشيء، والجمع ذرائع))[79].

والسَّدُّ في اللغة: معناه الحاجز والمانع، ويأتي أيضًا بمعنى الجبل. جاء في ((القاموس المحيط)): ((والسّدُّ والجبل والحاجز ويُضمُّ، أو بالضمِّ ما كان مخلوقًا لله تعالى، والفتح من فعلِنا))[80].

أما تعريف سد الذرائع في الاصطلاح فيبدو أنَّ أفضلها وأجمعها هو تعريف محمد التمسساني: ((أمر ظاهر الإباحة، فيفضي إلى مكروه، أو محرم في الباطن))[81].

قوله: ((أمر)) جنس يشمل جميع الطرق والوسائل التي من شأنها أن تؤدي إلى ممنوع، محرم أو مكرروه، سواء أكانت من الأقوال أم من الأفعال أم من غيرها، مباحةً كانت أم محظورةً.

قوله: ((ظاهره الإباحة)): أي: أنه مشروع ومأذون به في الظاهر، لخلوه من المفسدة، وهذا القيد يخرج الذرائع التي هي مفسدة في ذاتها، كالقتل والظلم والزنى. فهي محرمة لكونها في نفسها فسادًا.

قوله: ((يفضي)): أي: يؤدي، فلو تجردت الذريعة عن الإفضاء لم تكن هناك مفسدة.

قوله: ((مكروه)): هو قيد من مسمى الذريعة، وأكثر الباحثين المعاصرين أهملوه، بل صرح أكثرهم: أن الذريعة التي تُسَدُّ هي التي تفضي إلى المحرم فقط، والواقع أن سد الذريعة نوعان: الأول: ما يُندب سدُّها، وهي ذريعة المكروه. والثاني: ما يجب سدُّها، وهي ذريعة المحرَّم[82].

وأكثر المذاهب عملًا بقاعدة سد الذرائع هم المالكية والحنابلة.

وقد قسَّم العلماء سدَّ الذرائع على ثلاثة أقسام رئيسة:

الأول: ما أجمعوا على سده، أي: إعمال حكمه، كالمنع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى حينئذ، والمنع من حفر الآبار في طريق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن.

الثاني: أجمع الناس على عدم سدِّه، أي: على إلغاء حكمه، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر، والمنع من التجاور في البيوت خشية الزنى، فلم يمنع شيء من ذلك ولو كان وسيلةً وسببًا للمحرَّم.

الثالث: ما اختلفوا فيه، كالنظر إلى المرأة الأجنبية بغير شهوة من حيث إنه ذريعة للزنى، فبعض العلماء يجيزه كالإمام مالك، وبعضهم يمنعه[83].

وهذا النوع هو الذي حصل فيه الخلاف.

دليل القاعدة: استدل القائلون بحجية سد الذرائع بأدلة كثيرة سأقتصر على ذكر أهمها:

1 – قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ﴾ [الأنعام: 8].

وجه الدلالة في الآية: أنّ الله تعالى نهى عن سب الأوثان والأصنام، حتى لا يكون سبهم ذريعة إلى أن يسبوا الله تعالى[84].

2 – قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا وَقُولُواْ ٱنظُرۡنَا وَٱسۡمَعُواْۗ وَلِلۡكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٞ﴾ [البقرة: 104].

نهى الله تعالى المسلمين عن أن يقولوا للرسول ﷺ ﴿رَٰعِنَا﴾؛ حتى لا يحمله اليهود على معنى متعارف لديهم، وهو السب المشتق من الرعونة، فيجعلونه ذريعةً إلى شتم النبي ﷺ[85].

3 – قول النبي ﷺ: ((إنَّ من أكبر الكبائر أن يلعنَ الرجلُ والديه، قالوا: يا رسول الله، كيف يلعن الرجل والديه؟ قال: يسبُّ أبا الرجل فيسبُّ أباه، ويسبُّ أُمَّهُ فَيسبُّ أُمَّهُ))[86].

4_ نهى ﷺ عن قطع أيدي السارق في الحرب حتى لا يكونَ ذلك ذريعة لأن يلتحق السارق بالمشركين، ولأجل ذلك لا تقام الحدود أثناء الحروب.

5 – وكان ﷺ يكف عن قتل المنافقين؛ لأنه ذريعة إلى قول الكفار: إنَّ محمَّدًا يقتل أصحابه[87].

تطبيقات القاعدة:

1 – **توريث الزوجة في مرض الموت**: ذهب الليث رحمه الله إلى أنَّ المريض مرض الموت إن طلق زوجته ثلاثًا فإنها ترثه ما دامت في العدة.

وهو مذهب أبي حنيفة، وهو قول للشافعي، ورواية عن أحمد[88].

وذهب آخرون إلى أنها ترث وإن انقضت عدّتها.

وهو مذهب مالك، وأحمد في أظهر الروايتين عنه، وهؤلاء الفقهاء – ما عدا مالكًا – قالوا: إن تزوجت بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها.

وقال مالك: ترث وإن تزوجت[89].

وذهب بعض الفقهاء إلى أنها لا ترث كالمطلقة في حال الصحة.

وهو قول ابن حزم، والشافعي في أظهر قوليه[90].

ويبدو أن الليث ومن وافقه، القائلين بتوريث المطلقة في مرض الموت، إنما ورّثوها بسبب فرار الزوج من ميراثها، وهو من باب سد الذريعة، والله أعلم.

2 – حكم شهادة الزوجين على بعضهما:

ذهب الليث، والشعبي، والنخعي، والأوزاعي، وإسحاق، ومالك، وأبو حنيفة، وهو ظاهر مذهب أحمد: إلى عدم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر.

وذهب شريح، والحسن، وأبو ثور، والشافعي، ورواية عن أحمد: إلى جواز شهادة أحدهما للآخر.

وقال الثوري، وابن أبي ليلى: تقبل شهادة الرجل لزوجه، ولا تقبل شهادتها له[91].

ويبدو أن الليث رحمه الله ومن وافقه قد بَنَوْا اجتهادهم في عدم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر، على قاعدة سد الذرائع؛ وذلك للتهمة الحاصلة في شهادتهما بسبب القرابة، فالناس غالبًا يتعاطفون مع أقربائهم، والله أعلم.

القاعدة السادسة: قول الصحابي حجة:

الصحابي عند الأصوليين ((اسمٌ لِمَنْ اختص بالنبيﷺ، وطالت صحبتُه معه، على طريق التتبع له والأخذ منه))[92]. وهو المراد من الصحابي في هذه القاعدة.

المراد من قول الصحابي: هو ما نقل إلينا عن أحد أصحاب رسول الله ﷺ من فتوى أو قضاء، في حادثة شرعية لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع.

فإذا نقل إلينا شيء من هذا بطريق صحيح، هل يجب العمل به، ويُعَدُّ حجة في بناء الأحكام تقدم على القياس؟

لا خلاف بين العلماء: أن مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد – إمامًا كان أم حاكمًا أم مفتيًا – ليس بحجة على صحابيٍّ مجتهدٍ آخرَ.

وإنَّما ينحصر الخلاف في هذه القاعدة: في قول الصحابي المبني على الرأي والاجتهاد، ثم ظهر نقل

هذا القول في التابعين ومن بعدهم من المجتهدين، ولم يرد عن غيره من الصحابة خلاف ذلك، هل يكون حجَّةً ملزمة أم لا[93]؟

مذاهب العلماء في حجية قول الصحابي:

اختلفوا فيها على أقوال، أشهرها قولان:

1 – ذهب مالك، وأكثر الحنفية، وأحمد في أظهر الروايتين عنه،، والشافعي في القديم، إلى أنه حجة مقدمة على القياس[94].

2 – وذهب الشافعي في الجديد، ورواية عن أحمد، والمعتزلة، والكرخي من الحنفية، إلى أنه ليس حجة مطلقًا، ولا يجوز تقليده[95].

أدلة القائلين بحجية قول الصحابي:

استدل القائلون بحجية قول الصحابة بأدلة كثيرة: من القرآنِ الكريمِ، والسُّنَّةِ، والمعقولِ، أكتفي بذكر أهمها:

أما الدليل من القرآن الكريم فقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّٰبِقُونَ ٱلۡأَوَّلُونَ مِنَ ٱلۡمُهَٰجِرِينَ وَٱلۡأَنصَارِ وَٱلَّذِينَ ٱتَّبَعُوهُم بِإِحۡسَٰنٖ رَّضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمۡ وَرَضُواْ عَنۡهُ﴾[التوبة: 100]

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة: أن الصحابة قد – رضي الله عنهم وعن سيرتهم وأقوالهم وأعمالهم–.

وأما الدليل من السنة ما رواه أبو بردة بن أبي موسى الأشعري، عن أبيه ﷺ قال: ((صَلَّيْنَا الْمَغْرِبَ مع رَسُولِ الله ﷺ، ثُمَّ قُلْنَا: لو جَلَسْنَا حتَّى نُصَلِّيَ معهُ العِشَاءَ قالَ فَجَلَسْنَا، فَخَرَجَ عَلَيْنَا، فَقالَ: ما زِلْتُمْ هَاهُنَا؟ قُلْنَا: يا رَسُولَ الله، صَلَّيْنَا معكَ الْمَغْرِبَ، ثُمَّ قُلْنَا: نَجْلِسُ حتَّى نُصَلِّيَ معكَ العِشَاءَ، قالَ أَحْسَنْتُمْ، أَوْ أَصَبْتُمْ قالَ فَرَفَعَ رَأْسَهُ إلى السَّمَاءِ، وَكانَ كَثِيرًا ممَّا يَرْفَعُ رَأْسَهُ إلى السَّمَاءِ، فَقالَ: النُّجُومُ أَمَنَةٌ لِلسَّمَاءِ، فَإِذَا ذَهَبَتِ النُّجُومُ أَتَى السَّمَاءَ ما تُوعَدُ، وَأَنَا أَمَنَةٌ لأَصْحَابِي، فَإِذَا ذَهَبْتُ أَتَى أَصْحَابِي ما يُوعَدُونَ، وَأَصْحَابِي أَمَنَةٌ لِأُمَّتِي، فَإِذَا ذَهَبَ أَصْحَابِي أَتَى أُمَّتِي ما يُوعَدُونَ))[96].

وجه الاستدلال: أن الحديث يقتضي-عموم الاقتداء بالصحابة والاحتجاج بقولهم.

وأما الدليل من المعقول فهو: أن الصحابة أقرب إلى الصواب وأبعد من الخطأ لأنهم؛ حضروا التنزيل وسمعوا كلام الرسول ﷺ منه فهم أعلم بالتأويل، وأعرف بالمقاصد، فهذه أمور لا يشاركهم فيها أحد من المجتهدين الذين جاؤوا بعدهم، فيكون قولهم أرجحَ وأوْلى من قول غيرهم من المجتهدين[97].

تطبيقات القاعدة:

1 -تضمين الصناع:

ذهب الليث رحمه الله تعالى إلى أن الصنَّاعَ -وهم الأجراء المشتركون -كالصبّاغ والقصّار والخيّاط كلهم يضمنون ما أفسدوا، أو ما هلك عندهم[98].

وبهذا قال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، ومالك، وأحمد[99].

وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بما رواه البيهقي، عن علي -رضي الله عنه- ((أنه كان يضمن الغسال، والصباغ، والصائغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك))[100].

فهذه المسألة مبنية على قاعدة: ((قول الصحابي حجة)).

2 - تفضيل الرجل بعضَ أولادة في العطية:

اختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في العطية:

فذهب طاووس وأحمد وإسحاق وأهل الظاهر: إلى أنه لا يجوز التفضيل[101].

واحتجّوا بما روى النعمان بن بشير قال: تصدَّق عليَّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي إلى رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته، فقال: أكل ولدك أعطيت مثله؟ قال: لا. قال: فاتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم. قال: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة))[102]. قالوا: والارتجاع يقتضي بطلان الهبة.

وذهب الليث والثوري ومالك والشافعي إلى جواز ذلك[103].

واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور: أنه كان نحل عائشة - رضي الله عنها- جذاذ عشرين وسقا من دون سائر ولده[104].

وردّوا على أصحاب المذهب الأول، الذين استدلوا بحديث النعمان بن بشير؛ بأنَّ المراد من الحديث الندب، والدليل على ذلك أن في بعض رواياته: ((ألست تريد أن يكونوا لك في البر واللطف سواء؟ قال: نعم، قال: فأشهد على هذا غيري))، فلو لم تصِحَّ الهبة لما أمره بأن يُشهدَ غيره، وإنما امتنع ﷺ من أن يشهد على ذلك؛ لئلّا يصير ذلك سُنَّة.

ويظهر أن الليث رحمه الله تعالى أنه استند في جواز تفضيل الرجل بعض أولاده في العطية، على قاعدة ((قول الصحابي حجة))؛ لأنه أخذ هذا الحكم من قول أبي بكر رضي الله عنه في تفضيل عائشة - رضي الله عنها-، والله أعلم.

القاعدة السابعة: شَرْعُ مَنْ قَبلنا شرع لنا ما لم ينسخ[105]:

المقصود بشرع من قبلنا: الأحكام التي شرعها الله ﷻ للأمم السابقة بواسطة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وقصها علينا في القرآن الكريم والسنة المطهرة.

فهل الأحكام التشريعية الثابتة في تشريع الأمم السابقة تعتبر شرعًا وحجة وأصلًا للتشريع والاستنباط في شريعتنا؟

أقسام الأحكام الواردة في شرائع من قبلنا:

القسم الأول: الأحكام التي لم يرد ذكرها في القرآن الكريم ولا في سنة الرسول ﷺ، فهذه ليست بشرع لنا باتفاق العلماء.

القسم الثاني: الأحكام التي جاءت في القرآن الكريم والسنة المطهرة، وهذه ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الأحكام التي قام الدليل على نسخها في شريعتنا، أي: أنها خاصة بالأمم السابقة، وهذه لا تكون شرعًا لنا باتفاق العلماء.

ومن أمثلة هذا النوع: ما حُرِّم من أكل الشحوم على بني إسرائيل وأُحلَّ لنا، ومثل قطع الثوب النجس للطهارة عند بني إسرائيل، وأن التوبة لا تكون إلا بقتل النفس، ومنه قوله تعالى:﴿ وَعَلَى ٱلَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا كُلَّ ذِى ظُفُرٍ ۖ وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ أَوِ ٱلْحَوَايَآ أَوْ مَا ٱخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ۚ ذَٰلِكَ جَزَيْنَٰهُم بِبَغْيِهِمْ ۖ وَإِنَّا لَصَٰدِقُونَ﴾ [الأنعام: 146]، فالآية الكريمة دلت على تحريم أشياء لم تحرم علينا، بل أبيحت لنا.

ومن أمثلته أيضًا: قوله ﷺ: ((وأحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي))[106] دل الحديث على حل الغنائم للمسلمين، بعد أن كانت محرمة على الأمم السابقة.

النوع الثاني: الأحكام الشرعية التي جاءت في القرآن أو السنة ونص على أنها كانت شريعة لمن قبلنا، ونص على أنها مفروضة علينا كما كانت مفروضة عليهم. وهذا النوع شريعة لنا، ويجب علينا العمل باتفاق العلماء.

ومن أمثلة هذا النوع قوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: 183]. فقد دلت الآية الكريمة على أن الصيام كان مفروضا في الشرائع السابقة، وقد فرضه الله علينا أيضا في شريعتنا.

النوع الثالث: الأحكام التي جاءت في نصوص الكتاب أو السنة ولم يرد دليل على اعتبارها أو نسخها.

ومن أمثلة هذا النوع: قوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِى ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: 32]، وقوله تعالى: ﴿كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: 45].

فهذا النوع هو الذي اختلف العلماء في حجيته على قولين:

القول الأول: أنَّ شرعَ مَنْ قبلنا شرع لنا، ذهب إلى ذلك كثير من الحنفية، وجمهور المالكية، وكثير من الشافعية، وأحمد في أصح الروايتين[107].

القول الثاني: ذهب الإمام الشافعي، وبعض أصحابه، والرواية الثانية عن أحمد، وبعض المالكية، والمعتزلة، إلى أن شرع من قبلنا ليس شرعًا لنا، ولا يلزمنا اتباعه[108].

واستدل القائلون بحجية شرع من قبلنا بأدلة من القرآن الكريم، والسنة، والإجماع، أهمها:

أ- الأدلة من القرآن الكريم:

1-قوله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَى ٱللَّهُ فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ قُل لَّآ أَسْـَٔلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِنْ هُوَ إِلَّا ذِكْرَىٰ لِلْعَٰلَمِينَ﴾ [الأنعام: 90].

2-وقوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِۦٓ إِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰٓ أَنْ أَقِيمُوا۟ ٱلدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا۟ فِيهِ﴾ [الشورى: 13].

دلت الآية على وجوب اتباع نوح عليه السلام ومن ذكر معه من الأنبياء عليهم السلام، فدل ذلك على أن شرع من قبلنا شرع لنا.

جاء في ((فواتح الرحموت)): ((واستدل ثانيًا بآيات أمر فيها باقتفاء الأنبياء السابقة صلوات الله على نبينا وآله وأصحابه وعليهم، كقوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا﴾، وقوله: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَآ إِلَيْكَ أَنِ ٱتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ وقوله: ﴿فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾[109].

ب- الأدلة من السنة:

1- استدلوا بأنَّ النبي ﷺ قضى في السن بالقصاص وقال: ((كتاب الله القصاص))[110] وليس في القرآن الكريم ما يقضي بالقصاص في السنّ إلا ما حكاه القرآن في قوله تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾[المائدة: 45].

قال الخطابي: قوله: ((كتاب الله القصاص)) قال بعضهم: أراد به قولَ الله ﷻ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾، وهذا يدل على قول من يقول: إنَّ شرائع الأنبياء لازمة لنا، وإن الرسول ﷺ كان يحكم بما في التوراة))[111].

2- واستدلوا بقوله ﷺ: ((من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها))[112] وتلا قوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكْرِىٓ﴾ [طه:14].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ استدل على هذا الحكم، وهو أنه عند التذكر تجب الصلاة، بقوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكْرِىٓ﴾ وهذه الآية خطاب لموسى عليه السلام.

قال في فواتح الرحموت: ((واستدل أولًا بقوله ﷺ: ((من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها)) فإنَّ الله يقول: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكْرِىٓ﴾ وهي خطاب لموسى عليه السلام، فقد أمرنا بالقضاء لما كان في شرع موسى، فيكون شرعه واجبَ الاتباع))[113].

ج- الأدلة من الإجماع:

استدل الحنفية على حجية شرع من قبلنا بالإجماع، وهو الإجماع المنعقد على الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ [المائدة: 45].

جاء في ((فواتح الرحموت)): ((ولنا على الاستدلال بشرع من قبلنا الإجماع على الاستدلال بقوله تعالى: ﷻ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ على وجوب القصاص في شرعنا))[114].

تطبيقات القاعدة:

1- عدم اشتراط الشهود في النكاح:

ذهب الليث رحمه الله إلى صحة النكاح بغير شهود، وهو مذهب مالك، والإمامية[115].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشهود شرط في صحة النكاح، فلا يصح نكاح بغير شهود.

واستدلوا بما روت السيدة عائشة – رضي الله عنها– قالت: قال رسول الله ﷺ: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل))[116].

ويبدو أن الليث ومن وافقه في عدم اشتراط الشهود في النكاح أنهم قد بنَوْا اجتهادهم في هذه المسألة على قاعدة: ((شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يُنسخْ))؛ لأن الذي يظهر أن الإشهاد في النكاح في شرع من قبلنا لا يُشتَرطُ، يدل على هذا ما جاء في قصة شعيب مع موسى عليهما السلام، في قوله تعالى: ﴿قَالَ ذَٰلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ ۖ أَيَّمَا ٱلْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ ۖ وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ [القصص: 28] فظاهر هذه الآية الكريمة أنهما اكتفيا بقولهما: ﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيل﴾ من غير إشهاد، ولو أنهما اشترطا الشهود لجاء ذكره في القرآن الكريم، والله أعلم.

قال القرطبي: ﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾قيل: هو من قول موسى. وقيل: هو من قول والد المرأة. فاكتفى الصالحان صلوات الله عليهما في الإشهاد عليهما بالله ولم يشهدا أحدا من الخلق))[117].

2– وجوب الأضحية:

ذهب الليث رحمه الله إلى أن الأضحية واجبة، وبه قال ربيعة، والثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، ومالك[118].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنَّ الأضحية سنة مؤكدة وليست بواجبة، وروي ذلك: عن أبي بكر وعمر وأبي مسعود البدري وابن مسعود وابن عباس، وابن عمر وبلال، وإليه ذهب سعيد بن المسيب وعطاء وإسحاق، وهو مذهب الشافعي وأحمد[119].

والذي يظهر أن الليث ومن وافقه القائلين بوجوب الأضحية، قد أخذوا هذا الحكم من شرع مَنْ قبلنا، الوارد في قوله تعالى: قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٦٢﴾ لَا شَرِيكَ لَهُۥ ۖ وَبِذَٰلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا۠ أَوَّلُ ٱلْمُسْلِمِينَ﴾ [الأنعام: 162 – 163]، وهذا الحكم جاء على لسان سيدنا إبراهيم عليه السلام، والآية دلت على وجوب الأضحية على سيدنا إبراهيم؛ لأن الأمر يفيد الوجوب، وما وجب على سيدنا إبراهيم وجب علينا أيضًا[120].

الخاتمة:

بعد الانتهاء من البحث يمكن استخلاص النتائج الآتية:

1- علم تخريج الأصول من الفروع نشأته تعود إلى عهد الصحابة -رضي الله عنهم-، فظهر مجتهدون يفتون الناس في الحوادث المستجدة.

2- وكانوا يستندون في فتاواهم إلى قواعدَ أصوليةٍ راسخةٍ في أذهانهم.

3- فتخريج الأصول من الفروع منهج معروف في مناهج الفقهاء المتقدمين في تحصيل أصول الأئمة، إلا أنهم كانوا لا يصرحون بأصولهم في غالب الأحيان.

4- وقد كان لفقهاء الحنفية الأسبقيةُ على غيرهم في تخريج الأصول من الفروع.

5- إنَّ الحنفية وإن كانوا أولَ من سار على هذه الطريقة، إلا أنها لم تقتصر عليهم، فكثير من فقهاء المذاهب الأخرى سلكوا هذا الطريق.

6- فهذا العلم هو الذي يكشف عن أصول وقواعد الأئمة من خلال فروعهم الفقهية وتعليلاتهم للأحكام.

7- ومن أهم فوائد هذا العلم أنها تكشف قواعد الأئمة، التي تُمَكِّنُ العالِمَ من ترجيح الأقوال واختيار ما هو أقواها دليلًا.

كما أنَّ هذا العلمَ هو إثراءٌ لعلم أصول الفقه بالأمثلة الجزئية وتعزيزٌ له بالجوانب التطبيقية العملية.

8- وتظهر فائدة هذا العلم لدى المجتهدين الذين لم يتركوا مؤلفات أصولية حتى نعرف قواعدهم منها.

9- ويأتي على رأسهم الليث بن سعد رحمه الله، فهو من المجتهدين الذين برزوا في الفقه وغيره.

10- لذا اجتهدت بقدر الطاقة في استنباط جملة من القواعد الأصولية عند هذا الإمام النحرير؛ لعلها تكون مفتاحًا للتوجه إلى استخراج درره بشكل أوفى وأشمل.

التوصيات:

1- توجيه أنظار الباحثين إلى هذا النوع من البحث؛ لفوائده الكبيرة، ويمكن أن يُمثل لذلك: بتخريج الأصول من الفروع عند سعيد بن المسيِّب، أو عند الإمام الأوزاعي، وغيرهما.

2- الاستفادة من أمثال هذه البحوث، أو من كتب الفقه التي اعتنت بالتخريج باستثمار ما فيها من أمثلة في تدريس أصول الفقه، فإن ذلك خير

معين على تصور القاعدة الأصولية، فإن بكثرة الأمثلة وتنوعها تتجلى القاعدة الأصولية، وتزداد وضوحًا، وكما قيل: بالمثال يتضح المقال.

3- يمكن أن يقوم أحد طلاب الدراسات العليا بالكتابة في تخريج الأصول من الفروع عند الليث بن سعد، ودراسة آرائه الفقهية جميعها، واستخلاص القواعد الأصولية منها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

الهوامش:

(1) يوسف المزي(ت742هـ)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار معروف، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1983م(ط2)، ج24، ص270.

(2) أحمد بن محمد بن خلكان(ت681هـ)، وفيات الأعيان، تحقيق: إحسان عباس، بيروت، دار صادر، 1968م(د.ط)، ج4، ص128.

(3) أحمد بن علي الخطيب البغدادي(ت463هـ)، تاريخ مدينة السلام، تحقيق: بشار معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 2001م(ط1)، ج14، ص528.

(4) يحيى بن زكريا النووي(ت676هـ)، تهذيب الأسماء واللغات، تحقيق: مكتب البحوث، بيروت، دار الفكر، 1996م (ط1)، ج2، ص382.

(5) يوسف المزي(ت742هـ)، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار معروف، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1983م(ط2)، ج24، ص264.

(6) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت852هـ)، تهذيب التهذيب، بيروت، دار الفكر، 1984م(ط1)، ج8، ص465.

(7) المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج24، ص270.

(8) ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج4،ص127.

(9) الخطيب البغدادي، تاريخ مدينة السلام، ج14، ص532.

(10) الخطيب البغدادي، تاريخ مدينة السلام، ج14، ص528.

(11) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت852هـ)، تهذيب التهذيب، بيروت، دار الفكر، 1984م(ط1)، ج8، ص816.

(12) ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج14،ص530.

(13) ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج14،ص530.

(14) علي بن هبة الله بن عساكر(ت571ه)، تاريخ دمشق،ج50، ص374.

(15) أحمد بن عبد الله الأصفهاني(ت430ه)، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، بيروت، دار الكتب العلمية، 1988م(ط1)، ج7، ص319.

(16) الخطيب البغدادي، تاريخ مدينة السلام، ج14، ص531.

(17) ابن عساكر، تاريخ دمشق، ج50، ص374.

(18) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني(ت 852هـ)، الرحمة الغيثية بالترجمة الليثية، القاهرة، المطبعة الأميرية،1301هـ(ط1)، ص6.

(19) ابن عساكر، تاريخ دمشق، ج50، ص348.

(20) الأصفهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج7، ص324.

(21) ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج4، ص128.

(22) ابن عساكر، تاريخ دمشق،ج50، ص377.

(23) الخطيب البغدادي، تاريخ مدينة السلام، ج14، ص535.

(24) المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج 24، ص261.

(25) ابن عساكر، تاريخ دمشق، ج50، ص363.

(26) الذهبي، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، تحقيق: بشار معروف، ج4، ص712.

(27) ينظر: محمد بن جرير الطبري(ت310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1420 هـ – 2000م (ط1)، ج23، ص453.

(28) ولي الله الدهلوي(ت1176ه)، الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، دار النفائس، 1986م(ط3)، ص88 فما بعدها.

(29) محمد بن الحسن الحجوي(ت1376ه)، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، تحقيق: أيمن شعبان، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995م(ط1)، ج1، ص425.

(30) محمد بن بهادر الزركشي.(ت794ه)، سلاسل الذهب في أصول الفقه، تحقيق: صفية خليفة، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2008م(ط1)، ص106.

(31) ينظر: أحمد بن فارس الرازي(ت395ه)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، بيروت، دار الجيل،، 1992م(د.ط)، ج2، ص175.

(32) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص175 فما بعدها، إسماعيل بن حماد الجوهري(ت398ه)، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: محمد تامر، القاهرة، دار الحديث، 2009م(د.ط)، ص147، ومحمد بن يعقوب الفيروز آبادي(ت817ه)، القاموس المحيط، تحقيق: أنس الشامي وزكريا أحمد، القاهرة، دار الحديث، 2008(د.ط)، ص 385، ومجمع اللغة

العربية في القاهرة، المعجم الوسيط، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، 2004(ط4)، ج1، ص224.

(33) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ص175 فما بعدها والجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، ص147، و الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص385، و ومجمع اللغة العربية في القاهرة، المعجم الوسيط، ج1، ص224، ومحمد بن مكرم بن منظور (ت711ه)، لسان العرب، تحقيق: أمين عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي، بيروت، دار إحياء التراث العربي،، 1999م (ط3)، ج4، ص55.

(34) ينظر: عثمان شوشان، تخريج الفروع على الأصول، الرياض، دار طيبة للنشر والتوزيع، 1998م(ط1)، ج1، ص61.

(35) ينظر: زكريا بن محمد الأنصاري(ت926ه)، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق: مازن المبارك، بيروت، دار الفكر المعاصر، 1991م(ط1)، ص 66، و مسعود بن عمر التفتازاني(ت792)، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق: زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية،، 1996م(ط1)، ج1، ص15.

(36) ينظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، بيروت، دار الفكر العربي، 1958م(د.ط)، ص18.

(37) الزركشي، سلاسل الذهب في أصول الفقه، ص103.

(38) يعقوب الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، الرياض، مكتبة الرشد، 1414ه(د.ط)، ص 19.

(39) ينظر: الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص19.

(40) الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين 19.

(41) ينظر: أحمد بن علي بن برهان البغدادي(ت518ه)، الوصول إلى الأصول، تحقيق: عبد الحميد أبو زنيد، الرياض، مكتبة المعارف، 1404ه-1983م(ط1)، ج1، ص53، ويوسف عبد الرزاق ومحمد عيسى منون، حياة الشيخ عيسى منون (ت1377هـ 1957م)، تحقيق: يوسف عبد الرزاق ومحمد عيسى منون، 1377ه- 1957م (د.ط)، ص115 فما بعدها، وعبد الوهاب خلاف(ت1956م)، علم أصول الفقه، القاهرة، مكتبة الندوة الإسلامية شباب الأزهر، (ط8)، ص14. الباحسين، التخريج عند الفقهاء والأصوليين، ص21، وشعبان محمد إسماعيل، أصول الفقه الميسر، بيروت، دار ابن حزم،، 1429هـ 2008م(ط1)،ج1، ص26- 29.

(42) ينظر: إبراهيم الشيرازي(ت476ه)، شرح اللمع، تحقيق: عبد المجيد التركي، بيروت، دار

الغرب الإسلامي، 1408هـ- 1988م(ط1)، ص262، وأحمد بن محمد بن علي الوزير(ت1372هـ)، المصفى في أصول الفقه، بيروت، دار الفكر المعاصر، 1996م(ط1)، ص 459.

(43) محمد بن أحمد الحسني التلمساني(ت771هـ)، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، تحقيق: محمد علي فركوس، بيروت، مؤسسة الريان، 1988م(ط1)، ص 407 فما بعدها.

(44) محمد بن علي بن الطيِّب البصري(ت436هـ)، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: محمد حميد الله، دمشق، المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية، 1384هـ- 1964م(د.ط)،ج1، ص106 فما بعدها.

(45) ينظر: أحمد بن علي الجصاص(ت370هـ)، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق: عبد الله أحمد، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 1995م(ط1)، ج3، ص63.

(46) ينظر: عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي(ت422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، بيروت، دار ابن حزم، 1420هـ- 1999م(ط1)، ج1، ص 136.

(47) الراغب الأصفهاني(ت425هـ) ، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان داوودي، دمشق، دار القلم، 1430هـ- 2009م(ط4)، ص585.

(48) علي بن عبد الكافي السبكي(ت756هـ)، **الإبهاج في شرح المنهاج**، تحقيق: شعبان إسماعيل، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1401هـ- 1981م(ط1)، ج2، ص80.

(49) محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1418هـ- 1997م(ط3)، ص393.

(50) ينظر: محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية، ص394.

(51) محمد بن عبد الدائم البرماوي(ت830هـ)، الفوائد السنية في شرح الألفية، تحقيق: عبد الله رمضان موسى، المدينة المنورة، مكتبة النصيحة، 1436هـ- 2015م(ط1)، ج 4، ص1466.

(52) شمس الدين محمد بن يوسف الجزري(ت711هـ)، شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، تحقيق: شعبان إسماعيل، القاهرة، مطبعة الحسين الإسلامية، 1413هـ- 1993م(ط1)، ج1،ص390.

(53) علي بن محمد الآمدي(ت631هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، الرياض، دار الصميعي، 1424هـ- 2003م(ط1)، ج2، ص394.

(54) ينظر: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي(ت620هـ)، المغني، تحقيق: عبد السلام شاهين، بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ-

1994م(ط1)، ج 8، ص110، ومحمود بن أحمد بن موسى، المعروف ببدر الدين العيني(ت855هـ)، البناية شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح، بيروت، دار الكتب العلمية، 1420هـ- 2000م(ط1)، ج6، ص287.

(55) ينظر: ابن قدامة، المغني،ج1، ص392،ومحيي الدين بن شرف النووي(ت676هـ)، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، جدَّة، مكتبة الإرشاد، ج3، ص736، وعلي بن محمد اللخمي(ت478هـ)، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، قطر، إصدارات وزارة الأوقاف، ج1، ص267.

(56) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم، حديث رقم (756)، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة، حديث رقم (394).

(57) ابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة، باب القراءة خلف الإمام وإن جهر الإمام، حديث رقم (1581).

(58) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج1، ص392، والنووي، المجموع، ج3، ص736، واللخمي، التبصرة، ج1، ص267.

(59) المنطوق في اللغة: الملفوظ. ينظر: ابن النجار، شرح الكوكب المنير، ج3، ص473.

(60) ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3، ص84.

(61) أحمد بن إدريس القرافي(ت684هـ)، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، بيروت، دار الفكر، 1424هـ- 2004م(ط1)، ص 49.

(62) ينظر: عبد المؤمن بن كمال الدين عبد الحق البغدادي الحنبلي(ت739هـ)، قواعد الأصول ومعاقد الفصول، تحقيق: علي عباس الحكمي، مكة المكرمة، طبعة جامعة أم القرى، 1409هـ- 1988م(ط1)، ص 68.

(63) ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام،ج3، ص118.

(64) محمد بن بهادر الزركشي-(ت794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: عبد القادر العاني، الكويت، دار الصفوة، 1992م(ط2)، ج4، ص41.

(65) ينظر: جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي(ت772هـ)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، عَمّان، مؤسسة الرسالة، 1400هـ- 1980م(ط2)، ص252.

(66) ينظر: يحيى بن أبي الخير بن سالم العِمْراني الشافعي اليمني(ت558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، بيروت، دار المنهاج، 1421هـ- 2000م (ط1)،

ج13، ص439 فما بعدها، ابن قدامة، المغني 5/ 115.

(67) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص215، ومحمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، بيروت، دار النفائس، 1416هـ-1996م(ط1)، ص404.

(68) ينظر: علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني(ت716ه)، التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، القاهرة، دار الفضيلة، ص73، و قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص154.

(69) ينظر: سليمان بن عبد القوي الطوفي(ت716ه)، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله التركي، الرياض، وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، د.ت(د.ط)، ج3، ص204.

(70) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي(ت505ه)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة زهير حافظ،ج2، ص481 فما بعدها.

(71) ينظر: مصفى البغا، أثر الأدلة المختلف فيها، دمشق، دار الإمام البخاري، ص33.

(72) ينظر: الغزالي، المستصفى ج2، ص481 فما بعدها.

(73) ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ص215.

(74) ينظر: ابن الوزير، المصفى في أصول الفقه، ص372.

(75) ينظر: الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج3، ص211.

(76) ينظر: الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج3، ص211.

(77) ينظر: الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج2، ص474، وعلي بن أحمد بن حزم(ت456)، المحلى، تحقيق: أحمد شاكر، القاهرة، مطبعة النهضة، 1374ه(د.ط)، ج10، ص 47فما بعدها، ومحمد بن أحمد بن رشد(ت595ه)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: ماجد الحموي، بيروت، دار ابن حزم، 1995م(ط1)، ص1116،ومحمد بن أحمد القرطبي(ت671ه)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: عبد الله التركي، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2006م(ط1)، ج4، ص26.

(78) ابن منظور، لسان العرب،، ج6، ص96، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص589.

(79) ابن منظور، لسان العرب، ج5، ص35.

(80) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص757.

(81) محمد التمسماني، الاجتهاد الذرائعي في المذهب المالكي وأثره في الفقه الإسلامي قديمًا وحديثًا، الرباط، دار الأمان للنشر والتوزيع المغرب، 2010م(ط1)، ص94.

(82) ينظر: التمسماني، الاجتهاد الذرائعي في المذهب المالكي وأثره في الفقه الإسلامي قديمًا وحديثًا، ص94 فما بعدها.

(83) ينظر: أحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، الفروق، تحقيق: خليل المنصور، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998م(ط1)، ج3، ص436.

(84) ينظر: إبراهيم بن موسى الشاطبي(ت790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، القاهرة، المكتبة التجارية الكبرى، د.ت(د.ط)، ج2، ص360.

(85) ينظر: الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، ص360.

(86) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه، رقم (5973). ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها، رقم (90). واللفظ للبخاري.

(87) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية، رقم (3518)، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب نصر الأخ ظالمًا أو مظلومًا، رقم (2584).

(88) ينظر: محمد بن إدريس الشافعي(ت204هـ)، الأم، تحقيق: حنان عبد المنان، عمان، بيت الأفكار الدولية، د.ت(د.ط)، ص1086.علي بن أبي بكر المرغيناني(ت953هـ)، الهداية شرح بداية المبتدي، كراتشي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، 1417هـ(ط1)، ج3، ص241 فما بعدها، وابن قدامة، المغني، ج5، ص227، و البغدادي، الإشراف، ج2، ص752.

(89) ينظر: البغدادي، الإشراف، ج2، ص751.

(90) ينظر: الشافعي، الأم، ص1086، وابن حزم، المحلى، ج10، ص218.

(91) ينظر: الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج3، ص343، وابن رشد، بداية المجتهد، ص1805، والعمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج13، ص314، وابن قدامة، المغني، ج9، ص140.

(92) عبد العزيز بن أحمد البخاري(ت730هـ)، كشف الأسرار، تحقيق: عبد الله عمر، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997م(ط1)، ج2، ص560.

(93) ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص182، ومصطفى الخن، أثر الأدلة المختلف فيها، ص339.

(94) ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص182، وصفي الدين الهندي محمد بن عبد الرحيم(ت725هـ)، نهاية الوصول في دراية الأصول، تحقيق: صالح اليوسف وسعد السويح، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، د.ت(د.ط)، ج8، ص3982، وعبد الرحيم بن الحسن الإسنوي(ت772هـ)، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، تحقيق: محمد بخيت المطيعي، القاهرة، عالم الكتب، د.ت(د.ط)، ج4، ص408.

(95) ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص182، والبرماوي، الفوائد السنية، ج5، ص2107.

(96) مسلم، صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب بيان أن بقاء النبي ﷺ أمان لأصحابه، حديث رقم: (2531).

(97) ينظر: عبد الله بن احمد بن قدامة(ت620هـ)، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق: محمود حامد عثمان، ص161. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي 201.

(98) ينظر: الجصاص، مختصر اختلاف العلماء 4ج، ص86.

(99) ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار 3ج، ص124، ومالك بن أنس الأصبحي (ت179هـ)، المدونة الكبرى رواية سحنون، بيروت، دار الكتب العلمية،، 1415هـ-1994م(ط1)، ج3، ص403، وموفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي (ت620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس ومسعد السعدي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1414هـ- 1994م(ط1)، ج2، ص184.

(100) ينظر: السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، ج6، ص122.

(101) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ص 1534 فما بعدها، وابن قدامة، المغني ج5، ص395 فما بعدها.

(102) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الهبة، باب الإشهاد على الهبة، رقم الحديث(2587).

(103) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ص 1534 فما بعدها، والعمراني، البيان في مذهب الشافعي ج8، ص111.

(104) البيهقي، سنن البيهقي، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، رقم الحديث(11948).

(105) إبراهيم بن علي الشيرازي(ت476هـ)، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن هيتو، دمشق، دار الفكر، 1980م(ط1)، ص286.

(106) أحمد بن حنبل، مسند أحمد، حديث رقم (9377).

(107) ينظر: الآمدي، إحكام الأحكام، ج4، ص172، والبخاري، كشف الأسرار،ج3، ص315، ومحمد بن علي الشوكاني(ت1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق:سامي بن العربي،، دار الفضيلة،، 1421هـ- 2000م (ط1)، ص983.

(108) المصادر أنفسها.

(109) عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي (ت 1225هـ)، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق: عبد الله محمد عمر، بيروت، دار الكتب العلمية،1423هـ- 2002م (ط1)، ج2، ص231.

(110) البخاري، صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن،، باب يأيها الذي آمنوا كتب عليكم القصاص، رقم: (4500).

(111) حمد بن محمد الخطّابي البُستي (ت 388هـ)، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، حلب، المطبعة العلمية، 1352هـ – 1934م(ط1)، ج4، ص42.

(112) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المسجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الصلاة الفائتة، حديث رقم (680).

(113) السهالوي، فواتح الرحموت،ج2، ص230 فما بعدها.

(114) السهالوي، فواتح الرحموت،ج2، ص230 فما بعدها.

(115) ينظر: الجصاص، مختصر اختلاف الفقهاء، ج2، ص51، والبغدادي. الإشراف، ج2، ص691 فما بعدها، ومحمد حسن النجفي (ت1266هـ)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تحقيق: حيدر الدباغ، قم، مؤسسة النشر الإسلامي،1417هـ(ط1)، ج30، ص261.

(116) ينظر: شمس الدين السرخسي (ت384 هـ) ، المبسوط، ج 5، ص30 فما بعدها، ومحمد بن الخطيب الشربيني(ت977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد عيتاني، بيروت، دار المعرفة،1418هـ– 1997م(ط)1، ج3، ص194، وابن قدامة، المغني، ج6، ص315.

(117) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج16، ص271.

(118) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج8، ص425، و النووي، المجموع، ج8، ص355، والسرخسي، المبسوط، ج12، ص8، والقرافي، الذخيرة، ج4، ص140.

(119) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج8، ص425، و النووي، المجموع، ج8، ص355، والسرخسي، المبسوط، ج12، ص8، والقرافي، الذخيرة، ج4، ص140.

(120) ينظر: محمود بن أحمد الزنجاني(ت656هـ)، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد أديب صالح، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1982م(ط4)، ص370 فما بعدها.

الوصية الواجبة للكتابية من زوجها المسلم (دراسة فقهية مقاصدية)

د. سلغريوفا برلنت ماجوميدوفنا*

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث:12/ 10/ 2020م

الملخص

أباحت الشريعة الإسلامية للمسلم أن يتزوج الكتابية، وقد أجمع الفقهاء أن من آثار عقد الزواج أن يرث كلٌ من الزوجين الآخر، إلا أنهم أجمعوا كذلك على عدم توريث الزوجة الكتابية من زوجها المسلم، إذ لا توارث بين المسلم وغير المسلم، ولذلك وحتى لا تترك الزوجة الكتابية دون أن تستفيد من ثروة زوجها فللزوج أن يوصي بوصية اختيارية لزوجته الكتابية بما لا يزيد عن ثلث التركة.

ولكن إذا لم يقم الزوج بذلك فقد تتضرر هذه الزوجة، لذلك كانت هذه الدراسة لبحث هذه المسألة في ضوء مقاصد الإسلام وقواعده العامة الداعية إلى العدل والإحسان، ورفع الظلم.

وقد توصلت الدراسة إلى ضرورة أن ينص قانون الأحوال الشخصية على وجوب الوصية للزوجة الكتابية إذا لم يقم الزوج بالوصية الاختيارية لها بما يعادل حصتها من الميراث لو كانت مسلمة على الأقل.

الكلمات المفتاحية: أهل الكتاب، الوصية، الوصية الواجبة، الأحوال الشخصية، قانون الأحوال الشخصية.

* أستاذ مساعد، الفقه و أصوله، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

The Mandatory Will from a Muslim husband to his Wife who is of the People of the Book an objective-based juristic study

Abstract

Islamic law permits a Muslim to marry a non-Muslim provided that she is of the People of the Book, and the jurists have unanimously agreed that one of the effects of the marriage contract is that each of the Muslim spouses may inherit the other, but they also unanimously agreed that the wife who is of the People of the Book should not inherit from her Muslim husband, as there is no inheritance between a Muslim and a non-Muslim, and therefore, in order for the wife not to be left with no share from her husband's wealth, it is recommended to assign an optional will to wife of no more than a third of the estate.

But if the husband does not do that, his wife may be harmed. Therefore, this study examined this issue in light of the objectives of Islam and its general rules which call for justice and goodness.

The study concluded that the Personal Status Law should stipulate the obligatory will of the non-Muslim wife, equivalent to the share of the inheritance of Muslim wife if the husband did not make the optional will for her.

Keywords: People of the Book, the will, the obligatory will, personal status, personal status law

المقدمة:

العدل والإحسان مبدآن رئيسان حاكمان في التشريع الإسلامي، وهما أصلٌ يجب الاحتكام إليهما في كل القضايا والمسائل التي تعرض لنا في الحياة.

لقد أباحت الشريعة الإسلامية مع الكراهة للمسلم أن يتزوج الكتابية، وأن يبني معها أسرة على المودة والسكينة والرحمة، فإذا مات أحد الزوجين فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يرث أحدهما الآخر؛ لأنه لا توارثَ بين المسلم وغيره، وهنا يثور التساؤل: هل من العدل والإحسان الذي قامت عليه شريعة الإسلام ألا يكون لهذه المرأة حصة مما ترك الزوج؟ علماً بأن الزوجية أحد أسباب الوراثة بإجماع الفقهاء[1] وقد يرد بعضهم بأن له الحق أن

يعطيها من ماله قبل موته، أو أن يوصي إليها من ماله بعد الموت، ولكن يبقى السؤال ما الحال إذا لم يوص إليها؟ هل يتقاسم الورثة المال، وقد يكون لها دور في جمعه وتخرج هي خالية الوفاض؟ فهذه المسألة هي ما ستقوم هذه الدراسة ببحثها والإجابة عليها.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة فيما يلي:

أولا: ما مفهوم الوصية الواجبة وما هو حكمها؟

ثانيا: ما حكم الوصية الواجبة للزوجة غير المسلمة في الفقه الإسلامي ومقاصد الشريعة؟

ثالثا: ما شروط استحقاق الوصية الواجبة للزوجة الكتابية؟

أهمية البحث:

1- تكثر حالات زواج المسلمين بغير المسلمات نظرا لانفتاح العالم على بعضه، وعيش كثير من غير المسلمين كمواطنين في البلاد الإسلامية، ووجود أعداد كبيرة من المسلمين في البلاد غير المسلمة.

2-ويستدعي ذلك البحث في بعض الآثار الشرعية والقانونية التي تخص الزوجين، ومنها موضوع بحثنا الوصية الواجبة للزوجة الكتابية بعد موت زوجها المسلم إن لم يوص لها أو يعطيها في حياته ما تنفق به على نفسها، لأن ذلك يخالف مبدأ العدل والإنصاف الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية.

3- ترك الزوجة الكتابية بعد وفاة زوجها المسلم بلا تعويض قد يوصل رسالة سلبية عن دين الإسلام لدى هذه المرأة وغيرها من غير المسلمين.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى الإجابة على مجموعة من التساؤلات التي تثار اليوم عند المفكرين وغيرهم سواء أكانوا من المسلمين أم من غيرهم حول:

1 – توضيح مفهوم الوصية الواجبة وبيان حكمها.

2 – بيان حكم الوصية الواجبة للزوجة الكتابية.

3 – تحديد شروط الوصية الواجبة للزوجة الكتابية.

منهج الدراسة:

اتبعت الدراسة المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص التشريعية المتعلقة بهذا الموضوع، ودراسة فلسفة التشريع الإسلامي

والتركيز على الجانب المقاصدي للوصول إلى النتائج المبتغاة من البحث، وكذلك المقارنة بين أقوال الفقهاء للوصول إلى الرأي الراجح.

الدراسات السابقة:

لم يطلع الباحث على أي دراسة فقهية مستقلة سابقة في موضوع الوصية الواجبة للزوجة الكتابية في حدود علمه واطلاعه. وتعد هذه الدراسة هي الأولى في بحث هذا الموضوع كدراسة فقهية مقاصدية، ولكن هنالك بعض الدراسات في موضوع الوصية الواجبة بشكل عام والوصية الواجبة للأحفاد بشكل خاص، وقد تطرقت بعضها إلى أحكام التوارث بين المسلم وغير المسلم واتفقت على عدم جوازه، وكذلك بحثت مسألة وصية المسلم للذمي واتفقت على جوازها.

ومن هذه الدراسات:

1 – أثر اختلاف الدين في الأحكام الشرعية، أطروحة دكتوراه من جامعة الأزهر لمحمد أحمد حسن القضاة، 1984، تناول فيها الباحث أثر اختلاف الدين على بعض الأحكام الشرعية المتعلقة بالولاية، والشهادة، والجنايات والحدود، والمعاملات المالية، وأثر اختلاف الدين في الوصية، وهذه الجزئية الأخيرة لها علاقة بهذه الدراسة، إلا أنه لم يتناول مسألة الوصية الواجبة للزوجة الكتابية.

2 – اختلاف الدين وأثره في قضايا الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في كلية الشريعة/ الجامعة الأردنية/ 2007/ إعداد بكير بن داود حمودين. تناول فيها الباحث حكم زواج المسلم بالكتابية، وأثر اختلاف الدين في مقدمات وتوابع عقد الزواج، وأثر اختلاف الدين في الوصية والميراث، وبيّن إجماع العلماء على عدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم، وجواز وصية المسلم للذمي إلا أنه لم يتعرض لموضوع هذه الدراسة وهو الوصية الواجبة للزوجة الكتابية.

3 – أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي/ رسالة ماجستير في جامعة النجاح الوطنية/ فلسطين/ 2007/ إعداد أميرة مازن عبدالله أبو رعد.

حيث بيّنت فيها أحكام زواج المسلم من الكتابية، وأثر هذا الزواج في بعض الأحكام الشرعية كالشهادة، والحضانة، والنفقة، والميراث. وبيّنت إجماع العلماء على عدم جواز التوارث بين

المسلم وغير المسلم، إلا أنها لم تتعرض إلى موضوع هذه الدراسة وهو الوصية الواجبة للزوجة الكتابية.

4-الوصية الواجبة دراسة فقهية مقارنة، إعداد ريم عادل الأزعر، (رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية: غزة، 2008م). تناولت فيها الباحثة مفهوم الوصية، والوصية الواجبة، وأركانها وشروطها، ومقدار الوصية الواجبة، ومستحقو الوصية الواجبة، وكيفية إخراجها، ولم تتعرض لمسألة الوصية الواجبة للزوجة الكتابية وهي موضوع هذه الدراسة.

5-الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة- تأليف: بريزة أزقاغ، (رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة: الجزائر، 2014م). تناولت تعريف الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي ومشروعيتها وحكمها، وبيّنت موقف قانون الأسرة الجزائري من الوصية الواجبة مقارنا مع قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، ولم تتعرض لمسألة الوصية الواجبة للزوجة الكتابية وهي موضوع هذه الدراسة.

6-الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري -دراسة فقهية مقارنة- إعداد الباحثة عائشة بلعاقب، (رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد: الجزائر، 2015م). تناولت فيها الباحثة أحكام الوصية والوصية الواجبة من حيث المفهوم والأحكام والمستحقون، والفرق في أحكام الوصية الواجبة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ولم تتعرض لمسألة الوصية الواجبة للزوجة الكتابية وهي موضوع هذه الدراسة.

7-الوصية الواجبة والمندوبة والوصي -دراسة فقهية مقارنة- بحث محكم من إعداد عبد الملك عبد الرحمن السعدي، (مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية: جامعة العلوم الإسلامية العالمية، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2016م). تناول البحث تعريف الوصية بالمال والأحكام الخاصة فيها، كما بينت صفات الموصي، والقدر المأذون بالوصية به، ومتى تثبت، وأشارت بالحديث عن الوصية من أحد الزوجين للآخر والمسلم لغير المسلم والعكس، ولم تتعرض لمسألة الوصية الواجبة للزوجة الكتابية وهي موضوع هذه الدراسة.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مطالب وخاتمة كما يلي:

المقدمة، وتناول فيها الباحث مشكلة البحث وأهميته وأهدافه ومنهج البحث والدراسات السابقة وخطة البحث.

المطلب الأول: مفهوم الكتابي وحكم الوصية له.

ويتضمن تمهيدا وثلاثة فروع:

التمهيد مبادئ معاملة أهل الكتاب في الإسلام

الفرع الأول: مفهوم الكتابي وعلة إباحة الزواج من الكتابية

الفرع الثاني: التوارث بين الكتابية وزوجها المسلم.

الفرع الثالث: حكم الوصية للكتابي

المطلب الثاني: مفهوم الوصية الواجبة وحكمها بين الشريعة والقانون

الفرع الأول: مفهوم الوصية وحكمها الشرعي.

الفرع الثاني: مفهوم الوصية الواجبة وحكمها الشرعي.

المطلب الثالث: التأصيل الشرعي للوصية الواجبة للكتابية من زوجها المسلم:

ويتضمن أربعة فروع:

الفرع الأول: مقاصد تقسيم التركة في الإسلام

الفرع الثاني: العدل والإحسان تجاه الزوجة الكتابية بعد موت زوجها المسلم

الفرع الثالث: الوصية الواجبة للزوجة الكتابية في الفقه المقاصدي

الفرع الرابع: شروط الوصية الواجبة للزوجة الكتابية

الخاتمة، وتناول فيها الباحث أهم النتائج التي توصل إليها وتوصياته.

المطلب الأول: مفهوم الكتابي وحكم الوصية له.

ويتضمن تمهيدا وثلاثة فروع:

التمهيد مبادئ معاملة أهل الكتاب في الإسلام

الفرع الأول: مفهوم الكتابي وعلة إباحة الزواج من الكتابية

الفرع الثاني: التوارث بين الكتابية وزوجها المسلم.

الفرع الثالث: حكم الوصية للكتابي

التمهيد: مبادئ معاملة أهل الكتاب في الإسلام.

العدل والإحسان يمثلان قاعدة التعامل في الإسلام بين الناس جميعا، سواء أكانوا مسلمين أو غير مسلمين، وقد أكدت هذا الأمر آيات كثيرة في كتاب الله ﷻ كقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ

ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل:90]، فهذا خطاب عام يشمل الناس جميعا، وهو الأساس الذي بنيت عليه كل قواعد السلوك الاجتماعي في الإسلام، ذلك أن العدل يؤمّن الاستقرار في المجتمع، ويحفظ مصالحه وتماسكه، أمّا الإحسان فيجعله فاضلا ساميا، ولذلك كانت هذه الآية جامعة لأصول التشريع[2]، يقول ابن عاشور: المسلم مأمور بالعدل في المعاملة، مع المخلوقات وهذا من أصول المخالطة الاجتماعية في الأقوال والأفعال.[3]

ويؤكد هذا المبدأ أيضاً قوله تعالى:﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء:58]، يقول محمد رشيد رضا عن هذه الآية التي تليها وهي قوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾[النساء: 59] هاتان الآيتان هما أساس الحكومة الإسلامية، ولو لم ينزل في القرآن غيرهما لكفتا المسلمين في ذلك إذا هم بنوا جميع الأحكام عليهما".[4]

ومن هذه الآيات أيضا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِ ۖ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُواْ ۚ ٱعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرٌۢ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾[المائدة:8].

إن الآيات السابقة كلها تؤكد مبدأ العدل الذي هو قاعدة أساسية سامية في الشريعة الإسلامية، تخضع لها كل الأحكام الفرعية، ولا يجوز أن تتناقض معها، وهي تدل بعمومها على أن مبدأ العدل مبدأ عام مع الجميع مسلمين أو غير مسلمين.

وبناء على ما سبق فإن الذي يعيش في المجتمع الإسلامي يتمتع بهذا العدل وتطبيقاته، حتى لو لم يكن مسلما، قال تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ۚ﴾[الممتحنة:8]. وتطبيق هذا المبدأ مهم للمجتمع؛ لأنه لا يمكن تحقيق الأمان في حياة الناس إذا ترك أحدهم يواجه محنة، والذين حوله ليسوا على استعداد لمد يد المعونة إليه، يقول الرسول:ﷺ : " مَنْ كَانَ مَعَهُ فَضْلُ ظَهْرٍ، فَلْيَعُدْ بِهِ عَلَى مَنْ لَا ظَهْرَ لَهُ، وَمَنْ كَانَ لَهُ فَضْلٌ مِنْ زَادٍ، فَلْيَعُدْ بِهِ عَلَى مَنْ لَا زَادَ لَهُ»"[5] والحديث النبوي حدّد تماما معنى التكافل المطلوب بين أفراد

المجتمع؛ لأن العون والمساعدة في الإسلام حق لكل محتاج، وإن كان غير مسلم.

ومع أن هذه القاعدة عامة مع كل مواطني الدولة المسلمة على اختلاف أديانهم ومعتقداتهم إلا أن من يستقرئ النصوص القرآنية المتعلقة بأهل الكتاب والأحاديث النبوية الشريفة والأحكام الشرعية الخاصة بهم يجد أن هنالك تمييزا خاصا لأحكام التعامل مع أهل الكتاب، حيث خص أهل الكتاب بأحكام تميزهم عن المشركين، وذلك لوجود قواسم مشتركة بين الإسلام والديانات السماوية التي سبقته، كالإيمان بالله واليوم الآخر، لذلك أمر الله تعالى رسوله ﷺ أن يخبر أهل الكتاب:﴿وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ ٱللَّهُ رَبُّنَا وَرَبُّكُمْ لَنَآ أَعْمَٰلُنَا وَلَكُمْ أَعْمَٰلُكُمْ لَا حُجَّةَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ ٱللَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَنَا وَإِلَيْهِ ٱلْمَصِيرُ﴾ [الشورى: 15]، ومعنى قوله تعالى: ﴿لَاحُجَّةَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ﴾كما قال المفسرون: لاخصومة.[6]

إن القاعدة العامة في حقوق أهل الذمة في البلاد الإسلامية أن لهم ما لنا، وعليهم ما علينا، لذا فإن غير المسلمين في المجتمع الإسلامي يتمتعون بكامل الحقوق وحماية أموالهم وممتلكاتهم، وحرية ممارسة شعائرهم الدينية، وحق العمل في المجالات كلها إلا بعض الوظائف المتعلقة بطبيعة دينية التي مقصدها حماية الدين الإسلامي[7]، ذلك أنهم كما يقول السرخسي: " قبلوا الذمة لتكون أموالهم وحقوقهم كأموال المسلمين وحقوقهم "[8].

وقد شدد النبي ﷺ على الوصية بغير المسلمين الذين يعيشون في المجتمع المسلم، وتوعّد كل مخالف لهذه الوصايا بسخط الله وعذابه، قال ﷺ: " من ظلم معاهدا، أو انتقصه أو كلفه فوق طاقته، أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس منه، فأنا حجيجه يوم القيامة".[9]

الفرع الاول: مفهوم الكتابي، وعلة إباحة الزواج من الكتابية.

ويتضمن مسألتين:

المسألة الأولى: مفهوم الكتابي.

المسألة الثانية: علة إباحة الزواج من الكتابية.

المسألة الأولى: مفهوم الكتابي

لقد فرّق سبحانه وتعالى بين أهل الكتاب و المشركين حيث قال تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾[البينة: 1]، وفي آية أخرى يقول تعالى:﴿مَّا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَلَا ٱلْمُشْرِكِينَ أَن يُنَزَّلَ عَلَيْكُم مِّنْ

خَيْرٍ مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة:105]، مما يقتضي أن هنالك فرقا بين أهل الكتاب والمشركين، والعلة في ذلك أنهم يؤمنون بوجود الله وإن كان هنالك خلل ينقص من إيمانهم.

يقول السرخسي:" فإن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب فدل أن اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا".[10]

قال ابن تيمية في أهل الكتاب أنه" ليس في أصل دينهم شرك، فإن الله إنما بعث الرسل بالتوحيد، فكل من آمن بالرسل، والكتب، لم يكن في أصل دينهم شرك، ولكن النصارى ابتدعوا من الشرك الذي لم يأمر الله به فوجب تمييزهم عن المشركين لأن أصل دينهم اتّباع الكتب المنزلّة التي جاءت بالتوحيد لا بالشرك".[11]

وقد فرق الله ﷻ بين أهل الكتاب والمشركين في آيات عدة أخرى غير ما سبق منها قوله تعالى:﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلصَّٰبِـُٔونَ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلْمَجُوسَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُوٓاْ إِنَّ ٱللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾[الحج:17].

مما سبق يتبين أن لفظ المشرك لا يتناول أهل الكتاب، فالمشركون عند أكثر العلماء هم عبدة الأوثان الذين يكفرون بالله ولا يعترفون بالأنبياء ولا بالكتب المقدسة. وأهل الكتاب يقرون بوجود الخالق ويؤمنون باليوم الآخر.

أمّا بالنسبة لمفهوم الكتابي عند الفقهاء فاختلفوا فيه إلى فريقين:

الفريق الأول وهم الحنفية الذين عدوا الكتابي بأنه كل من يعتقد دينا سماويا كاليهود والنصارى أو له كتاب منزّل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود.[12]

الفريق الثاني وهم جمهور الفقهاء الذين قصروا الكتابي على اليهود والنصارى.[13]

والقول الثاني هو الأرجح حيث إن القرآن الكريم قد قصر هذا اللفظ على اليهود والنصارى كما في قوله تعالى:﴿قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ لَسْتُمْ عَلَىٰ شَيْءٍ حَتَّىٰ تُقِيمُواْ ٱلتَّوْرَىٰةَ وَٱلْإِنجِيلَ وَمَآ أُنزِلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْۗ﴾[المائدة:68].

المسألة الثانية: علة إباحة الزواج من الكتابية.

ليس بين أهل العلم اختلاف في جواز زواج المسلم بالكتابية مع كراهيتهم له،[14] إلا ما روي عن ابن عمر بأنّه لم يجزه وكان يعد الكتابية مشركة.[15] وقد استدلوا على جواز الزواج من الكتابية بقوله تعالى:﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ

أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ﴾[المائدة:5].

وهذه الآية تدل صراحة على حل نكاح الكتابية وهي آية من سورة المائدة وهذه السورة لم ينسخ منها شيء فهي من آخر ما نزل من القرآن.[16]

وقد ردوا على من استدل بحرمة نكاح الكتابية بقوله تعالى:﴿وَلَا تُمۡسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلۡكَوَافِرِ﴾[الممتحنة: 10]، أن الكافرات المنهيّ عن التمسك بعصمتهن في الآية الكريمة إنما هنّ الوثنيات المشركات، أمّا قوله تعالى الذي أبيحت فيه للمسلمين نساء أهل الكتاب:(وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ) [المائدة:5] فهو متأخر في نزوله عن آية المشركات.[17]

كما استدلوا بفعل أصحاب رسول الله ﷺ حيث تزوج عدد منهم بالكتابيات.[18]

إن نكاح المسلم للكتابية ليس الأصل وإنما هو حالة استثنائية، والأصل أن المسلم يتزوج مسلمة وذلك حفظا لمقاصد الأسرة، وضمان تحقيق أسس نجاح واستقرار الزواج في الإسلام الذي من مقاصده المودّة والسكن والطمأنينة وهي ناتجة عن التوافق بين الزوجين في المبادئ والمعتقدات والقيم، لأن الأسرة، هي المخالطة الضيّقة بين الطرفين، فاختلاف المعتقدات قد يؤدي إلى العداوة الدينية بين الزوجين وهي مانعة غالبا من تحقيق الاستقرار في الحياة الزوجية.[19]

أما في الحالات الاستثنائية إذا تمّ الاقتران بغير المسلمة، فأجيز للرجل المسلم أن يتزوج المرأة الكتابية، لوجود قواسم مشتركة بين المسلمين وأهل الكتاب كاعترافهم بوجود الخالق ﷻ والرسل في الجملة، واليوم الآخر، مما يساعد الزوجين في حياتهما المشتركة على التفاهم والتعايش والسكينة والمودّة.

الفرع الثاني: التوارث بين الكتابية وزوجها المسلم.

إن الزواج في الإسلام يترتب عليه آثار قانونية وحقوق بين الزوجين، وإن من الحقوق التي اتفق الفقهاء على ثبوتها بموجب عقد الزواج هو حق التوارث بين الزوجين[20]، إلا أنه في حالة زواج المسلم بالكتابية فإن هذا الحق لا ينطبق عليها استنادا إلى ما أجمع عليه أهل العلم أن غير المسلم لا يرث المسلم،[21] وذلك لعموم الأدلة الواردة في الموضوع، قال النبيﷺ: " لاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ الْمُسْلِمَ،"[22] وفي حديث آخر:" لا يتوارث أهل

ملتين شتى".[23] وعلّة عدم التوارث بين المسلم والكافر انقطاع الولاية بينهما[24].

وما دام الفقهاء أجمعوا على أنه لا توارث بين المسلم والكافر فلا بد من البحث عن الوسائل التي تحقق العدل والطمأنينة لهذه المرأة التي تزوجت المسلم بما سمح لها الشارع وبقيت معه في حلو ومر، بحيث يتم تأمين متطلبات حياتها بعد وفاة زوجها كما يتم في حق الزوجة المسلمة حيث أن من حكم التوارث بين الزوجين في الإسلام تحقيق رعاية مصلحة الزوجة بعد وفاة عائلها، وهذه الزوجة الكتابية قد لا ينفق عليها أب ولا أخ نتيجة زواجها بالمسلم ثم تحرم من ثروة زوجها السابق الذي ربما يكون لها دور في تكوينها خلال حياتها المشتركة بشكل مباشر أو غير مباشر.

الفرع الثالث: حكم الوصية للذمي.

اتفق الفقهاء على مشروعية الوصية للمسلم وللذمي[25] لأن قصد المسلم من هذه الوصية التقرب إلى الله وتعتبر صدقة وتبرعا منه يجزى بهما سواء أكانت لمسلم أم لغير مسلم.[26] واستدلوا في جواز الوصية للذمي بما روي أن صفية زوج النبيﷺ أوصت لأخيها بثلث تركتها، وكان ذميا يهوديا.[27]

وقد أجاز قانون الأحوال الشخصية الأردني الوصية لغير الوارث مع اختلاف الدين شريطة ألا يتجاوز قدرها ثلث التركة، حيث جاء في المادة 274:

(أ)تصح الوصية مع اختلاف الدين أو الجنسية.

(ب)تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث، أما ما زاد على ذلك فلا، إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي[28].

إن من حِكم توريث الزوجة في الإسلام رعاية مصلحتها بعد وفاة زوجها خاصة إذا لم تكن تستطيع إعالة نفسها ولم يكن هنالك من يعيلها من أب أو أخ، فإذا لم تكن ترث من زوجها كما لو كانت كتابية فالوصية لها من زوجها المسلم تعوضّها ما فاتها من الإرث.[29]

فالحل المقترح في حالة زواج المسلم بغير المسلمة أن يقوم الزوج في حالة حياته بتمليك الزوجة جزء من ماله أو ثروته بما يعادل حصتها من الميراث كما لو كانت مسلمة.

المطلب الثاني: مفهوم الوصية الواجبة وحكمها بين الشريعة والقانون.

ويتضمن فرعان:

الفرع الأول: مفهوم الوصية وحكمها الشرعي.

الفرع الثاني: مفهوم الوصية الواجبة وحكمها الشرعي

الفرع الأول: مفهوم الوصية وحكمها الشرعي

وتتكون من مسألتين:

المسألة الأولى: مفهوم الوصية

المسألة الثانية: الحكم الشرعي للوصية

المسألة الأولى: مفهوم الوصية

الوصية لغة: لفظ مأخوذ من الفعل الثلاثي وصى، وتتضمن الوصية عدّة معاني مشتركة فيما بينها من حيث المفهوم منها:

1 – الأمر[30] ومنه قوله تعالى:﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾ [النساء:11]، أي يأمركم.

2 – العهد[31] ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَتَوَاصَوۡاْ بِٱلۡحَقِّ وَتَوَاصَوۡاْ بِٱلصَّبۡرِ﴾[العصر 3]، أي تعاهدوا به.

3 – الإيصاء،[32] فمن عهد إليه بشيء فقد أوصاه[33].

أمّا الوصية اصطلاحا فتعريفات الفقهاء لها متقاربة، وهي تدور على أنها: " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع"،[34] وفي قانون الأحوال الشخصية الأردني، فقد عرفت بأنها:" تصرف بالتركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي".[35]

وفي المجمل نرى أن الوصية تتضمن التصرف في المال وتمليكه بعد الموت بنية التبرع، وبذلك لم يختلف الفقهاء في مضمونها اختلافا جوهريا

أمّا الوصية عند الفقهاء فتعددت آراؤهم حول تعريفها حيث عدّها بعضهم من باب التمليك، وبعضهم الآخر اعتبرها من باب التبرّع.

المسألة الثانية: الحكم الشرعي للوصية

اتفق الفقهاء من الحنفية[36] والمالكية[37] والشافعية[38] والحنابلة[39] على مشروعية الوصية على ألا تزيد عن ثلث المال ولا تكون للوارث، وقد جاء بمشروعيتها عدد من الأدلة الشرعية منها قوله تعالى: ﴿أَمۡ تُرِيدُونَ أَن تَسۡـَٔلُواْ رَسُولَكُمۡ كَمَا سُـِٔلَ مُوسَىٰ مِن قَبۡلُۗ وَمَن يَتَبَدَّلِ ٱلۡكُفۡرَ بِٱلۡإِيمَٰنِ فَقَدۡ ضَلَّ سَوَآءَ ٱلسَّبِيلِ﴾[البقرة:180]،

حيث أوجبت الآية بنصها على المرء قبل موته أن يوصي بجزء من ماله لمن لا يرثه بالمعروف[40] تجنبا للظلم وتحقيقا للعدل.[41]

كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [المائدة:106]، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى حثّ على الإشهاد على الوصية فدلّ ذلك على مشروعيتها.[42]

وعن عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما-: أن رسول الله ﷺ قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده". [43] فقد حثّ النبي ﷺ في الحديث على المسارعة إلى كتابة الوصية،[44] مما يدل على مشروعيتها، وغير ذلك من الأدلة.

أما حكمها التكليفي فقد اتفق العلماء أنها كانت واجبة في صدر الإسلام للوالدين والأقربين[45] لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾[البقرة:180] أما بعد نزول آية المواريث فقد ذهب العلماء إلى قولين في حكمها:

القول الأول وذهبت إليه المذاهب الأربعة بأن الوصية مندوبة لغير الوارثين،[46] بعد أن كانت واجبة في البداية قبل نزول آية المواريث، وقالوا بأن آية المواريث نسخت الوجوب في حق الورثة، وأصبح حكم الوصية الندب لغير الورثة[47]، ومما يدل على ذلك أن النبي ﷺ توفي ولم يوص[48]، وكذلك أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك، ولنقل عنهم نقلا ظاهرا.[49]

القول الثاني: أن الوصية واجبة للأقرباء غير الوارثين، وممن قال بذلك سعيد بن المسيب والحسن البصري والزهري والضحّاك وأبو ثور،[50] وقال به الظاهرية،[51] والشوكاني.[52]

وقد استدلوا لقولهم بعدّة أدلة منها: قوله تعالى:﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 180]، فقوله تعالى﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ﴾أي فرض الله عليكم وأوجبه.[53]

كما استدلوا بقول النبي ﷺ: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيتُ ثَلَاثَ لَيَالٍ، إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ»، قَالَ عَبْدُ اللهِ بْنُ عُمَرَ: «مَا

مَرَّتْ عَلَيَّ لَيْلَةٌ مُنْذُ سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ ذَلِكَ إِلَّا وَعِنْدِي وَصِيَّتِي».[54]

وقد ردوا على الجمهور بأنه ﷺ لم يوص لأنه لم يملك شيئا من المال قبل أن يتوفى وهذا ما ورد في حديث عن عائشة ﷺ قالت: «لَقَدْ تُوُفِّيَ النَّبِيُّ ﷺ وَمَا فِي رَفِّي مِنْ شَيْءٍ يَأْكُلُهُ ذُو كَبِدٍ، إِلَّا شَطْرُ شَعِيرٍ فِي رَفٍّ لِي، فَأَكَلْتُ مِنْهُ، حَتَّى طَالَ عَلَيَّ، فَكِلْتُهُ فَفَنِيَ».[55]

والراجح هو قول الجمهور بالندب لا بالوجوب الذي يقويه فعل النبي ﷺ والعدد الكبير من الصحابة الين لم يوصوا.

الفرع الثاني: مفهوم الوصية الواجبة وحكمها الشرعي

ويتكون من مسألتين:

المسألة الأولى: مفهوم الوصية الواجبة.

المسألة الثانية: الحكم الشرعي للوصية الواجبة.

المسألة الأولى: مفهوم الوصية الواجبة

لم يرد تعريف للوصية الواجبة عند الفقهاء القدماء لأنها لم تكن معروفة لديهم، وإنما عرفت في العصور الحديثة، وقد قام بعض العلماء المعاصرين بتعريفها وهذه التعريفات متشابهة وتدور على أنها:

"نصيب من التركة يستحقه فرع ولد الميت الذي مات قبل أصله أومعه إن لم يكونوا وارثين بضوابط خاصة يأخذونه إلزاماً بحكم القانون "[56]

الذي يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر الوصية الواجبة بالأحفاد، بينما يمكن أن تكون هنالك حالات أخرى تستحق الأخذ بالوصية الواجبة ومنهم الزوجة الكتابية.

وعليه فإن الباحث يرى تعريف الوصية الواجبة بأنها: " جزء من التركة يجب للمستحق لا يتجاوز ثلثها، تعويضا لما فاته من الميراث، وصّى به الموصي أم لا، ثابت له بحكم القانون".

والوصية الواجبة أخذت أسمها من الوجوب القانوني حيث أن القانون هو الذي أوجبها لفئة من الأقارب ليس لهم نصيب من الميراث وهم أحفاد المتوفى الذين مات أبوهم في حياة جدهم، وبالتالي فإن أبناء المتوفى وهم أعمام الأحفاد يحجبونهم فلا يرثون، فجاء القانون لمعالجة هذه المسألة فقرر لهم حصة واجبة في التركة بمقدار حصة أبيهم على أن لا تزيد عن ثلث التركة، وقد عملت بهذا الكثير من قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، كقانون الوصية المصري لعام 1946، وقانون الأحوال الشخصية السوري لعام 1953، وقانون

الأحوال الشخصية الأردني[57] وغيرها من القوانين.[58]

والوصية الواجبة تختلف عن الوصية الاختيارية من جوانب عدة منها:

1 –أن الوصية الاختيارية ثابتة بإرادة الموصي، بينما الوصية الواجبة ثابتة بحكم القانون

2 – أن الوصية الاختيارية يمكن للموصي أن يتراجع عنها لأنها عبارة عن تبرع، ويمكن للمتبرع الرجوع عن تبرعه[59]، أما الوصية الواجبة فليس له حق الرجوع فيها لأنها ثبتت بحكم القانون، وأصبحت واجبا على الموصي لمن ثبتت لهم.

3 –تحديد مقدار الوصية الاختيارية عائد للموصي على أن لا تتجاوز ثلث التركة، بينما الوصية الواجبة محددة بالقانون بما لا يتجاوز مقدارا معينا بحسب اختلاف حالات صاحب هذه الوصية وهو ما سيبينه الباحث بخصوص الزوجة الكتابية.

أمّا الشبه بين الوصية الواجبة والوصية الاختيارية فهي أنهما لا تزيدان عن ثلث التركة، وتقدمان في توزيعهما على الميراث.

المسألة الثانية: الحكم الشرعي للوصية الواجبة.

أما حكم الوصية الواجبة فالقصد من الوجوب هنا هو الوجوب القانوني لا الوجوب الشرعي، أي أنها واجبه بحكم لاقانون الذي وضعه ولي الأمر لمعالجة مسألة خرجت عن العدل فاراد أن يحقق بها العدل.

وقد استدل بعض العلماء على وجوبها ببعض النصوص التي يفهم منها وجوب الوصية، ولكن سبق للباحث أن بين أن هذه النصوص لا تسعفهم في القول بالوجوب لأنه على الراجح أن هذا الوجوب إنما كان قبل آية المواريث ثم نسخ بها، والصحيح عدم وجود دليل مباشر على ثبوت هذا الحق، ولكن عدم وجود الدليل المباشر لا يعني عدم ثبوت الحق، ولذلك يمكن القول بوجوبها بالاستناد إلى ما يلي:

1 –قول من ذهب من العلماء بوجوب الوصية للأقارب والأرحام غير الوارثين وهو ما قاله بعض العلماء ممن سبق بيانهم عند الحديث عن حكم الوصية، كسعيد بن المسيب والحسن البصري والزهري والضحّاك وأبو ثور،[60] والظاهرية[61]، والشوكاني[62]، وقال ابن قدامة: "وحكي ذلك عن مسروق، وطاوس، وإياس، وقتادة، وابن جرير.

واحتجوا بالآية، وخبر ابن عمر، وقالوا: نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين"[63]

وعليه فإن لولي الأمر أن يختار من أقوال العلماء ما يحقق المصلحة للناس حسب تغير الأحوال والظروف حتى لو لم يكن الأقوى دليلا.

2-الوصية الواجبة تعمل على تعويض المستحَق لما فاته من الميراث لسبب من الأسباب، ويؤكد ذلك قول الجصاص أن "الوصية الواجبة للوالدين والأقربين فيكون حكمها ثابتا لمن لا يرث منهم".[64]

3- الاستناد إلى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية كقاعدة العدل والإحسان، حيث إن هذا القريب أو الرحم الذي حرم من الميراث يمكن أن يلحقه شيء من الظلم كحالة الحفيد الذي مات والده في حياة جده، وبالتالي تأتي الوصية الواجبة له لرفع بعض الظلم عنه.

4- أن لولي الأمر أن يفرض من التشريعات ما يحقق العدل للرعية ويحصل بها المصالح ويدرأ عنهم المفاسد.

لذلك يرى الباحث صحة ما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية في إثبات الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد، ويرى ضرورة أن يتوسع القانون فيها لتشمل الوصية للزوجة الكتابية قياسا على الوصية الواجبة لأبناء المتوفى أبوهم بوجود جدهم على قيد الحياة، بل هي أولى من هؤلاء الأحفاد لأنها شريكة هذا المتوفى في حياته والقائمة برعايته. ووجه القياس هو تضرر كلا من الطرفين بوفاة مورثه ولم يحصل على أي جزء من الميراث مما يعينه في حياته.

المطلب الثالث: التأصيل الشرعي للوصية الواجبة للكتابية من زوجها المسلم.

ويتضمن أربعة فروع:

الفرع الأول: مقاصد تقسيم التركة في الإسلام

الفرع الثاني: العدل والإحسان تجاه الزوجة الكتابية بعد موت زوجها المسلم.

الفرع الثالث: الوصية الواجبة للزوجة الكتابية في الفقه المقاصدي

الفرع الرابع: شروط الوصية الواجبة للزوجة الكتابية.

الفرع الأول: مقاصد تقسيم التركة في االإسلام.

حدد نظام الميراث في الإسلام لكل وارث نصيبه في التركة كي لا يظلم أحد من الورثة، فعن

أبي أُمَامَةَ الْبَاهِلِيَّ قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حِجَّةِ الْوَدَاعِ «إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[65]، وهناك نصوص شرعية أخرى وردت في شأن الميراث، جاءت مجملة لكنها واضحة في إشارتها إلى حق القريب.

ومنها قوله تعالى:﴿ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنۢ بَعۡدُ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ مَعَكُمۡ فَأُوْلَٰٓئِكَ مِنكُمۡۚ ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ ﴾" [الأنفال: 75]. (وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ) أي ذوي القرابات، (بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ) مقصود الإرث والتوارث.[66]

إن نظام الميراث في الإسلام يقصد منه التعاون والتماسك والتكافل بين أفراد الأسرة وبين أفراد المجتمع، وبه تتقوى الروابط المعنوية والاجتماعية بين الناس، ومن العدل في الميراث تقديم الورثة بعضهم على بعض حسب قوة القرابة بين الوارث والمورث.

وإن من أسباب الميراث في الإسلام الزوجية حيث إن كلًا من الزوجين يرث الآخر، وذلك للقرابة الحكمية التي تنشأ بين الزوجين بعد العقد حيث يترتب عليه الحقوق والالتزامات، لأن كل واحد منهما يصبح شريكا لصاحبه في حياتهما المشتركة.

فإن تزوج المسلم كتابية فيجب ألا تختلف الحقوق الثابتة للمرأة المسلمة عن المرأة الكتابية. إن المقصد من الميراث توريث أقرب الناس إلى المتوفى بعد أصحاب الفروض وهو من وسائل التكافل المطلوبة في الإسلام، والزوجة هي من أقرب الناس للزوج بغض النظر إن كانت مسلمة أم كتابية.

الفرع الثاني: العدل والإحسان تجاه الزوجة الكتابية بعد موت زوجها المسلم.

العدل من أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، وقد أمر سبحانه وتعالى بإقامته في حياة الناس حيث قال في كتابه الكريم: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ﴾ [النحل:90]، وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: 58].

والمسلم مأمور بالعدل في المعاملة، مع المخلوقات جميعا، وهذا العدل من أصول المعاشرة والمخالطة الاجتماعية في الأقوال والأفعال، ومن

هذا تفرعت شعب نظام المعاملات الاجتماعية من آداب، وحقوق وأقضية، ومعاملة مع الأمم.[67]

وإن من العدل استحقاق الزوجة الكتابية ما تأخذه الزوجة المسلمة بعد موت الزوج لعدم اختلافهن في الالتزامات والواجبات الناشئة بموجب عقد الزواج، حيث إنها مارست بزواجها من المسلم أمراً أباحه الإسلام وهو حل الزواج بالكتابية.

ولما كانت الزوجة الكتابية لا ترث زوجها المسلم، فالوصية للزوجة الكتابية تضمن تأمين مستقبلها وعدم تركها بعد السنوات التي أمضتها مع زوجها بلا رعاية مصالحها. قد يقصر أولادها معها- إن وجدوا أو الورثة، فالوصية الواجبة هي وسيلة لحماية حاجات الزوجة الكتابية التي توفى عنها زوجها المسلم، التي تدفع عنها الحاجة، وتقدم صورة إيجابية للإسلام لدى هذه المرأة، وتكون وسيلة لدعوتها إلى الإسلام وتحبيبه لديها، كما أن الوصية هي فرصة بأن يتدارك المتوفى ما فاته من خير نحو زوجته، تبرئة لذمته وتحقيقا للعدل والإحسان تجاه إنسانة شاركته حياته.

والوصية الواجبة من الوسائل التي بها يتحقق البر والصلة تجاه الأقارب الذين لا يرثون بعد موت المسلم، وأولى الناس بالبر والصلة بعد الوالدين الزوجة.

فالحل المقترح في حالة زواج المسلم بغير المسلمة هو أن يقوم الزوج في حالة حياته بتمليك الزوجة جزء من ماله أو ثروته بما يعادل حصتها من الميراث كما لو كانت مسلمة، أو أن يقوم بكتابة وصية اختيارية لها بما لا يزيد عن ثلث التركة، حيث اتفق الفقهاء كما مر سابقا على صحة وصية المسلم للذمي، ولكن المشكلة تظهر إذا لم يوص لها فالح الذي يراه الباحث ويدلل له ويؤصل له أن ترث بوصية واجبة بما يعادل حصتها من الميراث لو كانت مسلمة إذا لم يقم الزوج بهذه الخطوة خلال حياته.

الفرع الثالث: الوصية الواجبة للزوجة للكتابية في الفقه المقاصدي

سبق أن بين الباحث إجماع العلماء وأن للمسلم أن يوصي بجزء من ماله لغير الورثة سواء أكانوا من أقاربه أو أرحامه أو غيرهم، كما بين إجماعهم على منع التوارث بين المسلم وغيره، وكذلك اتفاقهم على جواز وصية المسلم للكتابي.

ومن خلال هذه المقدمات نستطيع القول إنه يمكن للزوج المسلم أن يوصي لزوجته الكتابية

وصية اختيارية لا تزيد عن ثلث التركة، حيث إنها غير وارثة، ولكن إذا لم يقم الزوج بهذه الوصية، فليس من العدل والإنصاف والإحسان أن تترك الزوجة دون أن تنال شيئا من ثروة زوجها، وقد تكون ساهمت في بنائها.

إن المبررات التي دعت العلماء المعاصرين للقول بالوصية الواجبة للأحفاد الذين توفي والدهم في حياة جدهم التي ذكرت سابقا تقود إلى القول بالوصية الواجبة للزوجة الكتابية التي توفي زوجها ولم يوص لها بحيث تكون هذه الحصة من الإرث تعادل حصتها لو كانت مسلمة، وهو القول الذي يتوافق مع عدالة الإسلام.

فليس هنالك من موانع شرعية تمنع الأخذ بالوصية الواجبة للزوجة الكتابية في حدود ثلث أموال زوجها المتوفى، لما يحققه ذلك من سد حاجاتها وتيسير الحياة عليها، دون ظلم أحد أو انتقاص من حقه وبما تقرره القاعدة الفقهية: (الضرورة تقدر بقدرها)[68]

ويرى الباحث ضرورة إقرار الوصية الواجبة للزوجة الكتابية لأن التشريع الإسلامي مبني على مبدأ جلب المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم،[69] فهذه المرأة التي عاشت مع زوجها المسلم وتحملت أعباء الحياة الزوجية المشتركة، ليس من المنصف في حقّها أن تترك في آخر حياتها بلا عون وتعويض.

إن تغير أحوال الناس وتغير الظروف، وفساد الأخلاق وضعف الوازع الديني، وضعف التكافل الاجتماعي تستدعي إعادة النظر في الحكم الشرعي بما يحقق المصلحة المرجوة ودفع المفسدة المتوقعة، إحقاقا للحق والخير استنادا إلى القاعدة الفقهية الأصولية: " لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان".[70]

ويمكن أن يستند مبدأ الوصية الواجبة للزوجة الكتابية أيضا إلى عدد من القواعد الفقهية منها:

أ-قاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[71]

فمع التسليم بأن الميراث والأنصبة المنصوص عليها من الثوابت في الدين فلا يجوز الاجتهاد فيها، بينما الحالات التي لم يرد فيها نص بعينها فيجوز النظر فيها كونها من المسائل التي تختص بمعاملات الناس فيما بينهم فتركت لتقدير الزمن والظرف والعادات لأن كثيرا من الأحكام الاجتهادية ذات ارتباط بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكثيرا من مثل هذه الأحكام التي كانت صالحة لزمن معين فأصبحت بعد جيل أو أجيال

لا توصل إلى المقصود منها أو أصبحت تفضي إلى عكسها بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق. ولهذا فقد افتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون. وصرح المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو اختلاف الزمان وفساد أخلاق الناس.[72]

ويمكن أن يدخل في هذا مسألة الوصية الواجبة للزوجة الكتابية في هذا الزمن خشية من ضرر وتقصير قد تتعرض له بعد وفاة زوجها من الورثة نظرا لفساد الذمم وابتعاد الناس عن الدين في هذا الزمن.

ب-قاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)

إن الوصية الواجبة للزوجة الكتابية هدفها رفع الظلم أو الإهمال المتوقع حدوثه غالبا لها بعد وفاة زوجها المسلم وقد قضى رسول الله ﷺ أَنْ: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"[73] والضرر هو الإخلال بمصلحة للنفس أو الغير تعديا أو تعسفا أو إهمالا.[74]

ج-قاعدة: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح).

إن التشريع الإسلامي قائم على جلب المصالح ودرء المفاسد، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.[75] وفي مسألة الوصية الواجبة للزوجة الكتابية يرى الباحث أن المفاسد المترتبة على ترك هذه الزوجة دون تركة أو وصية أكثر من المصالح المتحققة للورثة بزيادة حصتهم من التركة، كما أن مصالح الالتفات غلى حاجات هذه المرأة غالبة، كما إ أنها تحقق مصلحة إظهار عدالة هذا الدين ورفقه بالناس كلهم بلا تمييز.

د-السياسة الشرعية:

يمكن أن يستند القول بالوصية الواجبة للزوجة الكتابية على مبدأ السياسة الشرعية في الإسلام الذي يقر صلاحيات الإمام أن يأمر بما فيه المصلحة للرعية، ويمنع عمّا يؤدي إلى ضررهم.

وبناء على ما تقدم فالإلزام القانوني بما لم تنص عليه النصوص الشرعية من التصرف في مال التركة، واقتطاع جزء منه تحت مسمى الوصية الواجبة لا يعد اعتداء على حق الورثة، وإنما يكون من حق المتوفى ولصالحه، كما يكون أداء لواجب

رعاية مصلحة الزوجة التي كانت هي من أقرب الناس إليه.

يقول ابن عاشور:" إن الجمع بين المقاصد هو غرض التشريع، وإن كانت تفوت بذلك بعض جزئيات من المقصد الواحد، فإنها لا يعبأ بفواتها... فعقود التبرعات قائمة على أساس المواساة بين أفراد الأمة... فالصدقة والهبة والوصية داخلة في عداد النفقات".[76] ونفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء أكانت مسلمة أم كتابية.

قد يكون في إعطاء الوصية للزوجة الكتابية بعد موت زوجها فوات جزء من المقصد العام وهو عدم التوارث بين المسلم وغير المسلم، ولكنه يحقق جملة مقاصد مطلوبة ومرغوبة في الإسلام وهي تحقيق العدل والإحسان، والتصرف بالقسط والإنصاف، والدعوة إلى الله بما هو أحسن.

ومن الأدلة كذلك ما ذهب إليه ابن عاشور الذي عد المساواة أصلا من الأصول التي انبنت عليها الشريعة الإسلامية، ويرى تطبيق هذا الأصل في مسألة ما لأمر عارض فيه لمصلحة راجحة أو مفسدة غالبة[77] فإجراء المساواة بين الزوجة الكتابية والزوجة المسلمة في الحقوق المالية لا يؤدي إلى الفساد وضياع ولاية المسلم، بل تكون تطبيقا للأصول الشرعية كالعدل والإحسان.

ومن خلال ما سبق يمكن تلخيص المؤيدات التشريعية للأخذ بالوصية الواجبة للزوجة الكتابية بما يلي:

1 – المبادئ الإسلامية العامة التي تقتضي تطبيق العدل والإحسان والإنصاف في كل جوانب حياة المسلمين، والمواطنين غير المسلمين، ومن ذلك تأمين الحياة الكريمة للزوجة الكتابية بعد موت زوجها بالعدل والإحسان.

2 – ما سبق بيانه في أسس التعامل مع أهل الكتاب استنادا إلى قوله تعالى: ﴿لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾[الممتحنة:8]

3 – الدعوة إلى الإسلام خاتم الأديان السماوية بتطبيق كمال شرعه في حق الناس أجمعين وترغيب غير المسلمين في الدين الإسلامي.

4 – العمل بالسياسة الشرعية بما يحقق مصالح الناس في دنياهم وأخراهم، ومنها حفظ منظومة الأسرة التي أقامها الإسلام بغض النظر أكانت الزوجة مسلمة أم كتابية، على المودة والرحمة

والطمأنينة، وإن من مبادئ السياسة الشرعية أن ولي الأمر له أن يتخير من أقوال الفقهاء ما يراه محققا للمصلحة ودارئ للمفسدة حتى لو كان أضعف دليلا، واختياره لقول من الأقوال يجعله واجب التطبيق لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف.[78]

وعليه فإن لولي الأمر أن يرجح القول بالوصية الواجبة لما يحققه من مصلحة بعض أقارب المورث ممن لم يكن لهم نصيب في التركة. وقد أخذت أكثر قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية بهذا المبدأ.

5-إذا سن ولي الأمر تشريعا لتحقيق المصلحة العامة، ولم يكن في هذا التشريع ما يصادم حكما قطعيا ولم يكن فيه مخالفة شرعية فإن تنفيذ التشريع واجب قضاء وديانة، قال تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾ [النساء: 59]، ووجه الدلالة أنه سبحانه وتعالى أوجب طاعة ولي الأمر؛ لما فيه المصلحة على ألا يشتمل على مخالفة شرعية[79] والوصية الواجبة تحقق كثيرا المصالح، وليس فيها مخالفة شرعية.

الفرع الرابع: شروط الوصية الواجبة للزوجة الكتابية.

لما كانت الوصية الواجبة للزوجة الكتابية أمرا استثنائيا من قاعدة عدم التوارث بين المسلم وغيره، كان لابد من ضبطها بشروط محددة حتى لا تؤدي إلى عكس المراد منها، وتلحق ضررا بالورثة، وهذه الشروط والضوابط ما يلي:

1-إذا أوصى الزوج لزوجته الكتابية وصية اختيارية فيجب ألا تزيد عن ثلث التركة بناء الحديث الذي رواه سعد بن أبي وقاص، قَالَ: عَادَنِي النَّبِيُّ ﷺ، فَقُلْتُ: أُوصِي بِمَالِي كُلِّهِ؟ قَالَ: «لَا»، قُلْتُ: فَالنِّصْفُ؟ قَالَ: «لَا»، فَقُلْتُ: أَبِالثُّلُثِ؟ فَقَالَ: «نَعَمْ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»[80] وإن زادت الوصية عن الثلث فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى صحتها ولكن لا تكون نافذة في الجزء الزائد عن الثلث إلا بإجازة الورثة[81]. بينما ذهب المالكية أن الوصية تصح في دون الثلث وتبطل فيما زاد على الثلث[82].

2-إذا أوصى الزوج لزوجته الكتابية وصية اختيارية تعادل ثلث التركة فليس لها حق في الوصية الواجبة لأنها استوفت أكثر من حقها لو كانت وارثة.

3-إذا لم يوص الزوج لزوجته الكتابية وصية اختيارية فتستحق وصية واجبة تعادل حصّتها من الميراث لو كانت زوجة مسلمة، وهي ثمن التركة إن كان له ولد، وربعها إن لم يكن له ولد.

4-إن أوصى الزوج لزوجته الكتابية وصية اختيارية أقل من حصّتها من الميراث لو كانت مسلمة، فتستحق وصية واجبة بما يتمم حصّتها من الميراث.

5-الوصية الواجبة للزوجة الكتابية تقدم على توزيع التركة على الورثة حيث اتفق الفقهاء على أن الوصايا تقدم على توزيع التركات[83].

الخاتمة:

أولا: النتائج:

1-غير المسلمين في المجتمع الإسلامي يتمتعون بكامل الحقوق وحماية أموالهم وممتلكاتهم، ويملكون حرية ممارسة شعائرهم الدينية، ولهم حق العمل في المجالات كلها إلا بعض الوظائف المتعلقة بطبيعة دينية.

2-أن هنالك تفريقا واضحا في التعامل مع أهل الكتاب وغيرهم من المشركين، حيث خص أهل الكتاب بأحكام تميزهم عن المشركين، وذلك لوجود قواسم مشتركة بين الإسلام والديانات السماوية التي سبقته.

3-يندب أن يقوم الزوج حال حياته بتمليك زوجته الكتابية جزءًا من ماله بما يعادل حصتها من الميراث لو كانت مسلمة، أو أن يقوم بكتابة وصية اختيارية لها بما لا يزيد عن ثلث التركة.

4- الوصية الواجبة أخذت أسمها من الوجوب القانوني حيث إن القانون هو الذي أوجبها لفئة من الأقارب ليس لهم نصيب من الميراث.

5-من العدل استحقاق الزوجة الكتابية ما تأخذه الزوجة المسلمة بعد موت الزوج لعدم اختلافهن في الالتزامات والواجبات الناشئة بموجب عقد الزواج.

6- ليس هنالك موانع شرعية تحول دون الأخذ بالوصية الواجبة للزوجة الكتابية بما يعادل ميراثها كما لو كانت مسلمة، لما يحققه ذلك من سد حاجاتها وتيسير الحياة عليها، دون ظلم أحد أو انتقاص من حقه.

7- إن المبادئ العامة والسياسة الشرعية وجلب المصالح ودرء المفاسد وقاعدة العدل والإحسان هي المستندات الشرعية للقول بالوصية الواجبة.

8-**ثانيا: التوصيات**

1-يوصي الباحث ضرورة إعادة النظر في وضع الزوجة الكتابية ما بعد موت زوجها المسلم، وفيما ورد في تقنين الميراث بحقها بما يحقق مصالحها وبما يتناسب مع تطور الحياة واختلاف أحوال الناس شريطة ألا تكون منافية لمبادئ الشريعة ومقاصدها الثابتة.

2-ضرورة أن ينص قانون الأحوال الشخصية على الوصية الواجبة للزوجة الكتابية بما يعادل حصتها من الإرث لو كانت مسلمة إذا لم يقم الزوج بالوصية الاختيارية لها.

الهوامش:

1) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت 483 ه)، **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة، 1993م، ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد (ت 463 ه)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط2، 1980م، ج2، ص1052، الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب (ت 977 ه)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ج4، ص8، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد (ت620ه) **الكافي في فقه الإمام أحمد**، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ص2، ج294، أبو زهرة، محمد، **أحكام التركات والمواريث**، دار الفكر العربي، ص79.

2) ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر (ت1393ه)، **التحرير والتنوير**، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984 ه، ج14، ص254.

3)ابن عاشور، **التحرير والتنوير**، ج14، ص255.

4) رضا، محمد رشيد بن علي (ت 1354ه)، **تفسير المنار**، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م، ج5، ص136.

5) رواه مسلم، انظر: مسلم بن الحجاج (ت261ه)، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، باب استحباب المؤاساة بفضل المال، ح 1728، ج 3، ص 1354.

6)انظر: الطبري، محمد بن جرير بن يزيد (ت 310ه)، **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000 م، ج3، ص384.

7) انظر: زيدان، عبد الكريم، **أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام**، مكتبة القدس، بغداد، مكتبة الرسالة، بيروت، 1982م، ص70.

8)السرخسي، محمد بن أحمد، (ت 490 ه)، **شرح كتاب السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني**، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، ص260.

9) رواه أبو داود وصححه الألباني، انظر: أبو داود، سليمان بن الأشعث (ت 275ه)، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا/ بيروت، بَابٌ

فِي تَعْشِيرِ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِذَا اخْتَلَفُوا بِالتِّجَارَاتِ، ح3052، ج3، ص170.

10 السرخسي، المبسوط، ج4، ص210.

11 ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام (ت728 ه)، **الفتاوى الكبرى**، دار الكتب العلمية، ط 1، 1987م، ج3، ص117.

12)الزيلعي، عثمان بن علي (ت 743 ه)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، القاهرة، 1313 ه، ج2، ص110.

13)اللخمي، علي بن محمد (ت 478 هـ)، **التبصرة**، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط 1، قطر، 2011 م، ج5، ص2112. الماوردي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب(ت 450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، لبنان، 1999 م، ج14، ص287. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد (ت 620 ه)، **المغني**، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، 1968م، ج7، ص130

14)انظر: السرخسي، **المبسوط**، ج5، ص110. الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت 954 ه)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، ط3، 1992م، ج3، ص477. الشافعي، محمد بن إدريس (ت 204ه)، **الأم**، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، 1990م، 5 / 9، النووي، يحيى بن شرف (ت 676 ه)، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط1، 2005م، ص 212، ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد (ت 682ه)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج7، ص593.

15) العيني، محمود بن أحمد بن موسى (ت 855 ه)، **البناية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، ط 1، لبنان، 2000 م، ج5، ص 43.

16) الرازي، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين (ت606ه)، **مفاتيح الغيب**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420 ه، ج6، ص410.

17) انظر: ابن قدامة، **المغني**، 7/ 129، ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (ت595ه)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الحديث، بدون طبعة، القاهرة، 2004 م، ج3، ص67.

18) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت 751ه)، **أحكام أهل الذمة**، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري، رمادى للنشر، ط1، الدمام، 1997، ج2، ص 795، السرخسي، **المبسوط**، ج4،ص210.

19)ابن عاشور، محمد الطاهر، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، ط2، 2001، ص 430.

20) السرخسي، **المبسوط**،ج29، ص174، الخرشي، محمد بن عبد الله (ت 1101 ه)، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر للطباعة، بيروت، ج 8،ص222، السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت: 926هـ) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، دار الكتاب الإسلامي،،ج3، ص161، ابن تيمية الجد، عبد السلام بن عبد الله

(ت652هـ)، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1984م، ج1، ص394.

21) السرخسي، **المبسوط**، ج7، ص77، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت 1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4، ص417، الماوردي، **الحاوي**، ج8، ص78، ابن قدامة، **الشرح الكبير**، ج7، ص 159-160.

22) متفق عليه واللفظ لهما، انظر: البخاري، محمد بن إسماعيل، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ باب: لاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ الْمُسْلِمَ، ح6764، ج8، ص156، مسلم بن الحجاج، (ت261)، **صحيح مسلم**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كِتَابُ الْفَرَائِضِ، ح1614، ج3، ص1233.

23) رواه الأربعة وصححه الألباني، انظر: الترمذي، محمد بن عيسى (ت 279هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (جـ 4، 5)، ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1975 م، بَابُ لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ، ح2108، ج4، ص424، أبو داود، **سنن أبي داود**، بَابُ هَلْ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، ح2911، ج3، ص125، النسائي، أحمد بن شعيب(ت 303 هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001 م، سُقُوطُ الْمُوَارَثَةِ بَيْنَ الْمِلَّتَيْنِ، ح6348، ج6، ص124، ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني (ت273هـ)، **سنن ابن ماجه**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بَابُ مِيرَاثِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ مِنْ أَهْلِ الشِّرْكِ، ح2731، ج2، ص912.

24) ابن قدامة، **المغني**، ج 6، ص367.

25 الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد(ت 587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، ط2، 1986م، ج7، ص341. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف(ت 897 هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ج8، ص520. العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم(ت558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، ط1، جدة، 2000م، ج8، ص161. ابن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ج2، ص268.

26) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص341. المواق، **التاج والإكليل**، ج2، ص264.

27) رواه البيهقي، وقال ابن الملقن اسناده جيد، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى(ت 458 هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت، 2003م، باب الوصية للكافر، ح (12650)، ج6، ص459. وانظر: ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد(ت 804هـ)، **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير**، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط1، السعودية، 2004م، ج7، ص286.

28) **قانون الأحوال الشخصية الأردني**، مادة 274.

29) ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي (ت 710 هـ)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، تحقيق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، ط1، م 2009، ج12، ص148.

30) الأزهري، محمد بن أحمد بن الهروي، **تهذيب اللغة**، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، ط1، بيروت، 2001م، ج1، ص271.

31) الفيروزآبادى، محمد بن يعقوب (ت 817هـ)، **القاموس المحيط**، تحقيق: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط8، 2005م، باب: فصل العين، ص303.

32) الجوهري، إسماعيل بن حماد، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1987م، ج6، ص2525.

33) الرازي، أحمد بن فارس بن زكرياء (ت 395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م، ج 4، ص167.

34) السرخسي، **المبسوط**، ج12، ص47، وانظر أيضا في تعريف الوصية عند باقي المذاهب: المواق، **التاج والإكليل**، ج8، ص513. الغزالي، محمد بن محمد الطوسي (ت505هـ)، **الوسيط في المذهب**، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، ط1، القاهرة، 1417هج4، ص401. البهوتي، منصور بن يونس (ت1051هـ)، **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، ص468.

35) **قانون الأحوال الشخصية الأردني**، سنة 2019، المنشور في العدد 5578 من الجريدة الرسمية، ص3181.

36) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص330.

37) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج6، 364.

38) الماوردي، **الحاوي**، ج8، ص185.

39) الزركشي، محمد بن عبد الله (ت 772 هـ)، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، دار العبيكان، ط1، القاهرة، 1993م، ج4، ص 362.

40) الطبري، محمد بن جرير، (ت310) **جامع البيان عن تأويل القرآن**، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م، ج3، ص385.

41) انظر: الشافعي، **الأم**، ج4، ص103.

42) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص330.

43) متفق عليه واللفظ لمسلم، انظر: **صحيح البخاري**، كتاب الوصايا، باب: أَنْ يَتْرُكَ وَرَثَتَهُ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَتَكَفَّفُوا النَّاسَ، ح 2742، ج4، ص3، **صحيح مسلم**، كتاب الوصية، ح 1628، ج3، ص1252.

44) الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت 370هـ)، **شرح مختصر الطحاوي**، تحقيق: عصمت الله محمد، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، 2010م، 4/ 154.

45) السرخسي، **المبسوط**، ج 27، ص142، ابن رشد، محمد بن أحمد (ت 520هـ)، **المقدمات الممهدات**، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1988 م، ج3، ص118، الماوردي، **الحاوي**، ج8، ص185، ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص 138.

46) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود(ت 683 هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937م، ج5، ص62. العيني، **البناية شرح الهداية**، ج13،ص388. الحطاب، **مواهب الجليل**، ج6، ص346، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص3، ابن قدامة، **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ج2، ص265.

47) السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار (ت489 هـ)، **قواطع الأدلة في الأصول**، تحقيق: محمد حسن محمد اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1999م، ج1، ص81، النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود، (ت 710 هـ)، **مدارك التنزيل وحقائق التأويل** (تفسير النسفي)، تحقيق: يوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، ط1، بيروت، 1998م، ج1، ص157.

48) القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري (ت 671 هـ)، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1964م، ج2، ص260.

49) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص 138.

50) انظر: العمراني، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ج8، ص154. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد(ت1250هـ)، **نيل الأوطار**، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، ط1، مصر، 1993م، ج6، ص42.

51) ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد(ت 456 هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بدون طبعة، بيروت، ج 8، ص349.

52) الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج6، ص42.

53) الطبري، **جامع البيان في تأويل القرآن**، ج3، ص384.

54) رواه مسلم، انظر: **صحيح مسلم**، كتاب: الوصية، ح (1627)، ج 3، ص 1250.

55) رواه البخاري، انظر: **صحيح البخاري**، باب: فضل الفقر، ح (6451)، ج 8، ص 96.

56) الأزعر، ريم عادل، **الوصية الواجبة**، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير من الجامعة الإسلامية، غزة، 2008م، ص41

57) **قانون الأحوال الشخصية الأردني**، مادة 279.

58) الأزعر، **الوصية الواجبة**، ص39.

59) انظر: السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد(ت540هـ)، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 1994، ج3، ص 223، القرافي، أحمد بن إدريس(ات: 684هـ)، **الذخيرة**، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994 م، ج7، ص146. الشافعي، **الأم**، ج4، ص107.

60) انظر: البغدادي، عبد الوهاب بن علي بن نصر ـ (ت422هـ)، **عُيُونُ المَسَائِل**، تحقيق: علي محمَّد إبراهيم بورويبة، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 2009 م، ص641. العمراني، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ج8، ص154. الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج6، ص42.

61) ابن حزم، **المحلى**، ج8، ص349. البغدادي، عبد الوهاب بن علي بن نصر (422هـ)، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1،

1999م، ج2، ص1006، البغدادي، **عيون المسائل**، ص641.

62) الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج6، ص42.

63) ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص 138.

64) الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت 370 ه)، **أحكام القرآن**، المحقق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405 هـ ج1، ص 206.

65) رواه الأربعة، وقال الترمذي: حسن صحيح، وصححه الألباني، انظر: **سنن الترمذي**، باب: ما جاء لا وصية لوارث، ح(2121) ج4، ص434، **سنن أب داود**، باب: ما جاء في الوصية للوارث، ح(2870) ج3، ص114، **سنن النسائي**، باب: إبطال الوصية للوارث، ح(6435) ج6، ص158، **سنن ابن ماجة**، باب: لا وصية لوارث، ح(2713) ج2، ص905.

66) الطبري، **جامع البيان**، ج8، ص274.

67) ابن عاشور، **التحرير والتنوير**، ج14، ص255.

68) شبير، محمد عثمان، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، دار النفائس، ط2، الأردن، 2007، ص220. وانظر: الخادمي، نور الدين مختار، **علم القواعد الشرعية**، مكتبة الرشيد، ط2، السعودية، 2014، ص206.

69) العز بن عبد السلام، عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي (ت 660 ه)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، ط جديدة، القاهرة، 1991م، ج1، ص198.

70) الزحيلي وهبة بن مصطفى، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، ط4، دمشق، ج1، ص139.

71) شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ص259.

72) شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ص 262.

73) رواه ابن ماجة وحسنه ابن دقيق العيد، انظر: **سنن ابن ماجه**، ح 2340، ج 2، ص 784. ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري (ت 702ه)" **شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية**، مؤسسة الريان، ط 6، 2003م، ص 106.

74) شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ص 164.

75) شبير، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ص 182.

76) ابن عاشور، **مقاصد الشريعة الإسلامية**، ص487، 492.

77) انظر: ابن عاشور، **أصول النظام الاجتماعي في الإسلام**، ص 244، 251.

78) الحموي: أحمد بن محمد مكي الحسيني الحنفي (ت:1098ه)، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، (دار الكتب العلمية: بيروت، ط1، 1405ه-1985م)، 3/ 113.

79) الشافعي: محمد بن إدريس (ت: 204هـ)، **تفسير الإمام الشافعي**، تحقيق: أحمد بن مصطفى الفرَّان، دار التدمرية: المملكة العربية السعودية، ط1، 2006م، 2/ 619.،

الواحدي: علي بن أحمد بن محمد بن علي (ت: 468 هـ)، **الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم: دمشق، ط1، 1415هـ، ص271.

80) متفق عليه، انظر: **صحيح البخاري**، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، ح 2744، ج4، ص3. **صحيح مسلم**، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، ح 1628، ج3، ص 1252.

81) السرخسي، **المبسوط**، ج29، ص138. السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري (ت 926هـ) **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، دار الكتاب الإسلامي، ج3، ص 33. ابن قدامة، **الشرح الكبير**، ج6، ص432.

82) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4، ص427.

83) السرخسي، **المبسوط**، ج29، ص 138. العمراني، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، ج9، ص19. البهوتي، **كشاف القناع**، ج4، ص404. القرافي، **الذخيرة**، ج7، ص5.

الحكمة في المصطلح الأصولي المفهوم والمحددات

د عصام عبد المولى*

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث:26/ 10/ 2020م

الملخص

يتناول البحث بيان مفهوم الحكمة في المصطلح الأصولي، وقد انطلق الباحث في تعريف الحكمة من خلال الاتجاه القياسي والاتجاه المقاصدي، حيث ركز الاتجاه القياسي للحكمة على الثمرة العملية من عملية القياس، المنحصرة في التعدية، وناسب أن تكون الحكمة مطابقة العلة إذا كانت منضبطة، بخلاف الاتجاه المقاصدي المتناول لغايات الأحكام الشرعية، ومن هذه الزاوية عُرِّفت الحكمة بأنها غاية الحكم.

وكان التعريف الاصطلاحي المعتمَد للحكمة الذي وصل إليه الباحث مراعيًا الماهية المركزية للمصطلح أنها المعنى المناسب الذي من أجله صارت العلة علة، وقد بيّن الباحث المحددات الثلاثية الأساسية للمصطلح، وهي المعنى، ومن ثم المناسب، إضافة إلى العلة.

الكلمات المفتاحية: مقاصد الشريعة الإسلامية، الحكمة، المناسب، الانضباط، علة العلة، العلة، المعنى.

* أستاذ مساعد، المدير التنفيذي لمركز الاستشراف للدراسات والأبحاث، إسطنبول.

Alhikma in the Shari'ah Terminology Concept, basic identifiers

Dr. Isam Abdul Mola

Abstract

The research addresses the concept of Alhikma according to the fundamentalist terminology standing point. In providing definitions of Alhikma, the researcher elaborates on the juristic reasoning approach, the "Qiyas" as opposed to the objectives approach "Maqased". In the first approach, the "Qiyas", Alhikma takes center stage on the practical fruitful outcome of resorting to juristic reasoning when it is restricted to transitivity. Hence, Alhikma becomes appropriate with the causative element as long as it may remain inherently disciplined therewith. This is in contrast with the objective approach, Maqased, which deals with the purposes behind the Shari'ah rulings. From this point of view, Alhikma hence takes the definition as, the objective of a ruling.

The adopted terminological definition of Alhikma reached by the researcher falls in tune with the central core point of the term, i.e. taking appropriate meaning for which the causative factor itself has become a causer. Therefore, the researcher provides triple basic identifiers of the term, the meaning, the appropriateness, in addition to the cause.

Keywords: objectives of Islamic Shari'ah, law, Alhikma, appropriateness, disciplined, causative causer, cause, meaning

المقدمة:

توجه جهد كثير من الباحثين في الآونة الأخيرة نحو مقاصد الشريعة الإسلامية، وتنوعت الدراسات المتعلقة بهذا المجال الذي يركز على الأهداف التشريعية، وتنبع أهمية الدراسات المقاصدية من كونها تبين الرؤية الكلية للشريعة الإسلامية، وتعزز ثقة العبد بالأحكام الشرعية، وهذا الأثر يكون أدعى على الالتزام بالحكم والانضباط به، إضافة إلى أثرها في الاجتهاد والترجيح بين الأحكام المتعادلة. غير أن علم المقاصد معول ذو حدين، فحين لا يرتكز التقصيد على الأدوات الأصولية المنضبطة سيكون ذريعة

لتمييع الأحكام الفقهية، وفوضويتها. ومن هذه الزاوية يأتي هذا البحث لضبط مصطلح أساسي من المصطلحات المستخدمة في المجال المقاصدي، ألا وهو الحكمة.

مشكلة الدراسة:

تتمثل الدراسة في الإجابة عن الأسئلة الآتية:

-ما الاتجاه القياسي في تعريف الحكمة؟

-ما الاتجاه المقاصدي في تعريف الحكمة؟

-ما هي محددات التعريف الاصطلاحي للحكمة؟

أهداف الدراسة:

تسعى الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

تحرير مصطلح أساسي في مقاصد الشريعة الإسلامية.

بيان أثر الاتجاهات المتجاذبة في تحديد المصطلح.

الدراسات السابقة:

يرصد المستقرئ للدراسات التخصصية المتعلقة بشكل مباشر بالحكمة عدة دراسات، أغلب توجهاتها منحصرة في جزئية التعليل بالحكمة، وسأعرض بشكل مختصر لأهم تلك الدراسات حسب أقدميتها في النشر:

- **حقيقة الخلاف في التعليل بالحكمة وأثره في الفقه الإسلامي**، وهو بحث منشور في مجلة جامعة أم القرى، العدد التاسع، السنة السابعة، 1994، د. علي بن عباس الحكمي.
- **التعليل بالحكمة وأثره في قواعد الفقه وأصوله**، رائد أبو مؤنس، رسالة دكتوراه نوقشت في الجامعة الأردنية 2001.
- **التعليل بالحكمة**، رائد سليمان، رسالة ماجستير نوقشت في جامعة النجاح الوطنية 2003.
- **التعليل بالحكمة**، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، رقم العدد72، تاريخ 2006، أحمد بن عبدالله الضويحي.
- **الحكمة عند الأصوليين**، صباح السامرائي، رسالة دكتوراه نوقشت في جامعة بغداد 2007
- **التعليل بالحكمة**، جوازه ووقوعه في الشريعة والفقه، محمد سليم العوا، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، 2014
- **تعليل الأحكام بالحكمة**: مفهومه ومسالكه عند الإمام الشاطبي، د. عبدالعزيز وصفي، وهو بحث منشورعام 2016 عبر موقع الألوكة.
- **علاقة مقاصد الشريعة بالعلة والمناسبة والحكمة،**

أسامة الغنيمين، بسما ربابعة، مجلة دراسات، رقم العدد3، تاريخ 2015

- **العلة والحكمة والتعليل بالحكمة دراسة مصطلحية**، أيمن صالح، مجلة جامعة الأمير غبد القادر للعلوم الإسلامية، رقم العدد2، تاريخ 2017
- ودراسات أخرى متنوعة تناولت الحكمة من خلال المظلة المقاصدية..

الجديد الذي يقدمه البحث:

تتلخص الإضافة العلمية الجديدة التي يقدمها البحث في كونه يبين كنهَ مصطلح أصولي ذي بعد مقاصدي مهم في بابه، وهو الحكمة، وذلك من خلال بيان الارتباط بين المصطلح وأهم الاتجاهات التي تتجاذبه، وهي الاتجاه القياسي، ومن ثم الاتجاه المقاصدي، ومن ثَم الوصول إلى المحددات الأساسية للمصطلح التي تميزه عن غيره. ولم أجد أي دراسة تناولت جذور المصلطح من حيث الاتجاهات القياسية ولا المقاصدية.

محددات البحث:

تناول الباحثون الحكمة من أكثر من زاوية، والذي سأركز عليه في هذه الدراسة هو تحرير المفهوم فقط، من غير الخوض في بقية المباحث المتنوعة كالتعليل بالحكمة وغيرها من المسائل المتشعبة عن المفهوم، إضافة إلى أن الباحث لن يتناول المباحث المتعلقة بالعلة إلا فيما يخص البحث.

منهج البحث:

إن طبيعة البحث تقتضي الاعتماد على المنهج الاستقرائي القائم على التتبع للحصول على المعلومات ذات الصلة بمصطلح الحكمة، والاستقراء المستخدم في هذا البحث إن لم يكن حاصرًا فهو واسع، وهذا يقتضي أن نحصل على نتائج ذات وثوقية عالية ودقيقة من خلال تطبيق منهج التحليل بعد ممارسة نوع من المقارنة، إضافة إلى النقد الموضوعي البناء.

خطة البحث:

يتكون البحث من مبحثين وخاتمة:

المبحث الأول: اتجاهات الأصوليين في توصيف الحكمة.

المطلب الأول: الاتجاه القياسي في تعريف الحكمة

المطلب الثاني: الاتجاه المقاصدي في تعريف الحكمة

المبحث الثاني: محددات التعريف الاصطلاحي للحكمة.

المطلب الأول: المحدد الأول المعنى.

المطلب الثاني: المحدد الثاني المناسب.

المطلب الثالث: المحدد الثالث العلة.

المطلب الرابع: أمثلة الحكمة من المنظور المقاصدي.

المبحث الأول: اتجاهات الأصوليين في تعريف الحكمة.

قبل أن أشرع في بيان مقصد الأصوليين من مصطلح (الحكمة) أرى ضرورة بيان الرحم الذي وُلدت منه الحكمة ابتداءً، إضافة إلى بيان بقية المباحث التي تناول فيها الأصوليون المباحث المتعلقة بمصطلح الحكمة، وسأجعل الكلام عن هاتين النقطتين مثابة تمهيد بين يدي تعريف الحكمة.

يجد المستقرئ في كتب أصول الفقه أن الرحم الذي وُلدت منه (الحكمة) هو مبحث القياس، الذي هو جزء من الأدلة الشرعية، وكان الموضع الدقيق الذي تكلموا فيه عن الحكمة هو في تعريف العلة، والذي شُفع بذكرٍ لضوابطها. والمتصفح لمباحث القياس- وبالأخص المباحث المتعلقة بالعلة- يجد أن معظم الأصوليين قد ذكروا أن من شروط العلة أنْ تكون "وصفًا ضابطًا لحكمةٍ مقصودة للشارع"[1]، فهذه الزاوية تعتبر نقطة انطلاق مركزية لجل الأصوليين في حديثهم عن الحكمة من حيث ماهيتُها، ومن حيث إمكانية تعدية الحُكم بها.

قد ذكر الغزالي مثلًا مسألة (صلاحية الحكمة للتعدية) عندما شرع في بيان الركن الثالث من أركان القياس، وهو الحُكم[2]، في حين نرى أن الآمدي[3] تناول هذه المسألة عندما وضح أن المناسبة من أهم مسالك العلة.

يضاف إلى ذلك أن بعض الأصوليين تناولوا الحكمة عندما ذكروا مسألة (تخلف الحُكم المعلل عن معنى العلة)، والذي هو الحكمة المقصودة من الحُكم، ويُعنوَن لذلك بـ: (الكسر)[4]، الذي هو من نواقض العلة.

الذي تحصَّل من ذلك أن أغلب الأصوليين تكلموا عن الحكمة في مبحث القياس، وبالأخص عند الحديث عن العلة، وضوابطها، ومسالكها، ونواقضها.

ويبدو أن كلام الأصوليين عن الحكمة في هذا الموضع متناسب مع سياق حديثهم العام عن القياس، ومتناغم مع النتيجة المرجوة من القياس؛ فالغاية من القياس هو إمكانية توليد أحكام المسائل غير المنصوص على حكمها، والحكمة من هذه

الزاوية قد تترك هذا الأثر وتُنتجه، وهي مرشحة بقوة لذلك، كما سيظهر لاحقًا، فتموضع الحكمة بين ثنايا القياس هو تموضع دقيق تمام الدقة، وبعيد كل البعد عن الحشو غير المفيد.

ومن المباحث التي ذَكر الأصوليون فيها الحكمة وأثرها **مباحث الترجيح**، فالترجيح بين طرفي متعادلين متكافئين يحتاج إلى إضافةٍ تميل كفة أحد الطرفين، وبالتالي يَرجُح ذلك الطرف على غيره. وأثر الحكمة في آلية الترجيح واضح وظاهر بين الأقيسة التي ظهرت فيها الحكمة من الأقيسة التي لم تظهر فيها الحكمة.. والتوسع في هذه الفكرة يُطلب في مظانه.

يتبين مما سبق:

إن الكتلة الأساسية التي ذُكرت فيها المسائل المتعلقة بالحكمة هي مبحث القياس، وبالأخص المسائل المتعلقة بالعلة، وهذا كله مؤشر واضح على **قوة صلة الحكمة بالعلة**. وأما أثر الحكمة الأصولي فقد تكلم الأصوليون عن ذلك في مباحث الترجيح.

بعد التمهيد السابق المتلعق ببيان موقع الحكمة في أصول الفقه أصل إلى الفكرة الأساسية المبينة المتعلقة لاتجاهات الأصوليين في تعريف الحكمة، وسأجعل الكتلة الأساسية التي ولدت منها الحكمة – وهي القياس- المورد الأساسي لبيان ماهية الحكمة من حيث التوصيف، وسأعرج بعد ذلك على التعريف الاصطلاحي للحكمة، مسلطًا الضوءَ على المعنى المركزي الخاص بها.

وقبل الشروع في بيان المفهوم من حيث الجملة يجدر التنويه إلى أن الأصوليين انقسموا إلى اتجاهين من حيث توصيفهم لمصطلح الحكمة، وهو ما سأبينه في الصفحات القادمة.

المطلب الأول: الاتجاه القياسي في توصيف الحكمة.

وصَّف بعض الأصوليين الحكمة من زاوية الاتجاه القياسي الذي يُعوِّل على الثمرة العملية من عملية القياس، المنحصرة في الإلحاق والتعدية[5]، ومن المناسب لأصحاب هذا الاتجاه القياسي أن يُعرِّفوا الحكمة بما يخدم عملية التعدية بالعلة.

بعبارة أخرى: إن القياس وسيلة أساسية من وسائل التعدية من الوقائع المنصوص على أحكامها إلى المسكوتات المتظِرة لبيان حُكمها[6]، وهو يعتمد بشكل أساسي على العلة التي يدور معها الحكم وجودًا وعدمًا، ونظرًا للعلاقة الوثيقة بين العلة والحكمة فقد عَرَّف بعض الأصوليين الحكمة بما يخدم الغرض الأساسي من القياس، ألا وهو

التعدية، ومن أمثلة تلك التعريفات التوصيفية الموظَّفة للتعدية – عند أصحاب هذا الاتجاه– ما أورده الغزالي والشاطبي:

- "ولسنا نعني بالحكمة إلا العلة المخيلة والمعنى المناسب"[7].
- "ولا نعني بالحكمة والمعنى المخيل إلا الباعث على شرع الحكم"[8].
- "..الحكمة التي هي العلة على كمالها.."[9].

ومن خلال الأمثلة التي ضربها الغزالي على هذا التعريف يتبين أنه قد تطلق الحكمة على العلة (المعنى المؤثر) إذا أمكن ضبطها، وهذا الإطلاق موظف من أجل تعدية الحُكم من المنصوص إلى المسكوت، وكما نص الأصوليون فإن أهم شرط من شروط التعدية هو **الضبط**[10]، وهذا الشرط قد تحقق في هذا النوع من الحِكم.

مثال ذلك قول المصطفى عليه الصلاة والسلام: "**لا يَقضيَنَّ حَكَمٌ بين اثنينِ وهو غضبان**"[11].

جاء في كتاب (شفاء الغليل): "جُعل الغضب سببًا لتحريم القضاء، فعُقلت حكمته، وهو أنه يُدهش العقل، ويُزيح عنه أبواب الصواب، ويمنعه من استيفاء الفكر من طلب النصفة، وتحري العدل في القضية، وهذه الحكمة بعينها تدعو إلى نصب الجوع المفرط والألم المبرح مانعًا، فهذه حكمة معقولة في تعليل السبب، وتعديته"[12]. إن الملاحظ من نص الإمام الغزالي أن الحكمة في هذا المثال– ألا وهي تشويش العقل– منضبطة، وبسبب هذا الضبط يمكن توظيف الحكمة المنضبطة في تعدية الحُكم من المنصوص إلى المسكوت عن حكمه، فأينما وُجدت هذه الحكمة وجد الحُكم، ألا وهو النهي عن القضاء، فالجوع المفرط، أو العطش المفرط، أو الألم المبرح.. كل تلك الأمور مشوشات منضبطة يُبنى عليها الحُكم.

وإلى هذه المرحلة بدا الإمام الشاطبي متماشيًا مع فكرة الإمام الغزالي– وهي كون الحكمة قد تكون منضبطة– فقد ذكر الشاطبي نفس مثال الغزالي، وبين أن "تشويش الخاطر عن استيفاء الحجج هو العلة[13]". لكن في النهاية نجد الشاطبي انفصل عن الغزالي في كون الحكمة منضبطة، بل بادر إلى فك الارتباط بين الحكمة والضبط، فقد ذكر– تمهيدًا– أن المراد بالعلة هي: "الحِكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي[14]". ومن تتمة كلامه يظهر أنه وسع مفهوم العلة، فهو لا يشترط

في العلة الضبط، "فالمشقة – من وجهة نظره– علة في إباحة القصر والفطر في حق السفر، والسفر هو السبب الموضوع سببًا للإباحة، فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة، لا مظنتها؛ كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، منضبطة أو غير منضبطة[15]."

وهذا مثال واضح على أن الحكمة قد تكون أحيانًا مطابقة للمعنى المؤثر، أو المناط الذي يُدار عليه الحكم وجودًا وعدمًا، وبالتالي فإن الحكمة من هذه الزاوية موظفة لخدمة القياس؛ فهي من أجل التعدية والإلحاق. وتطابق الحكمة مع العلة يتجلى بوجود شيء مشترك بين هذا المصطلحات ألا وهو **الضبط**، فتشويش الفكر– كما ذُكر في المثال السابق– من أجل تحري العقل هو معنى **مضبوط**.

وأكد بعض علماء الحنابلة على الاتجاه القياسي نفسه كون الحكمة هي المعنى المناسبُ الذي ينشأ عنه الحكم[16]. فقد ذكروا هذا التعريف للحكمة في معرض كلامهم على أن العلة قد تطلق على حكمة الحكم.

ومن الأمثلة التي ذكرها الحنابلة: (مشقة السفر) بالنسبة إلى قصر الصلاة، حيث بينوا أن المناسبة واضحة، فحصول المشقة المترتبة على السفر (معنى مناسب) لتخفيف الصلاة عن المسافر عن طريق القصر. وبعبارة أخرى: مشقة السفر – من وجهة نظر الحنابلة كما نصوا على ذلك– هي علة (أي حكمة) استباحة القصر للمسافر[17].

ولمعرفة دقة كلام أصحاب هذا الاتجاه يجدر بنا الجواب عن هذا السؤال:

متى ينشأ الحكم.؟ وهل ينشأ الحكم ابتداء من الحكمة، أم بأمر آخر؟.

إن الحكم كما هو منصوص عليه عند علماء الأصول ينشأ ويُجلب من قبل العلة، لا الحكمة[18]، فقصر الصلاة في السفر حكم مرتبط بوجود علة منضبطة، والتي هي السفر ضمن مسافة محددة، وليس بوجود الحكمة فقط، والذي يبين صحة هذا الكلام انفكاك الحكمة عن العلة، فلو وجدت الحكمة – وهي المشقة– ولم توجد العلة فلن يوجد الحكم.

ويمكن توجيه كلام أصحاب هذه الرؤية – التي تنص على أن الحكمة المناسبة التي ينشأ عندها الحكم – بأن كلامهم يستقيم بأحد احتمالين:

الأول: أن يكون هناك تطابق بين العلة والحكمة، وبالتالي جاز لنا القول إن الحكمة (أو العلة) هي المعنى المناسب الذي ينشأ عنه

الحكم.

الاحتمال الثاني: أن تكون الحكمة هي المعنى التي ينشأ عنها الحكم انتهاءً، وليس ابتداءً؛ فالعلة هي المعنى المنضبط الذي يحدث الحكم عند حدوثه، ويكون وجود ذلك الحكم متعلقًا بوجودها، ومتى لم تكن العلة موجودة لم يكن الحكم موجودًا[19].

الخلاصة:

إن تعريف الحكمة بكونها (العلة) هو تعريف بذكر أهم سمات ماهيتها، لكن هذا التعريف ليس كافيًا؛ فهو لم يذكر الجانبَ الآخر الملازم لماهية الحكمة، وهذا ما سنستبينه عندما نذكر التعريف الراجح للحكمة. فتعريف طائفة من الأصوليين كالغزالي للحكمة هو تعريف توصيفي بذكر بعض صفات الحِكمة التي قد تلازمها، والذي يُضعِف هذا النوع من التعريفات التوصيفية هو انفكاك هذا التوصيف عن الحكمة في بعض الحالات، وهذا الانفكاك يبخس هذا النوع من التعريف ليُرجح التعريف القائم على بيان الماهية الحقيقية للمعرَّف.

بعبارة أخرى:

إن مطابقة بعض الأصوليين للحكمة بالعلة، وتعريفهم بها هو تعريف توصيفي يركز على صفة غير لازمة في الحكمة، وهي "الضبط"، وأما كثرة الأمثلة التي تكون فيها الحكمة منضبطة فلا يبرر ربطها بهذا الوصف، فانفكاك "الضبط" عن الحكمة في أمثلة مغايرة متنوعة يبعد المسافة بينها وبين العلة، التي من أهم سماتها "الانضباط".

المطلب الثاني: الاتجاه المقاصدي في تعريف الحكمة.

من خلال سرد مجموعة جديدة من تعريف بعض الأصوليين للحكمة نجد أن تعريفهم كان توصيفيًا من زاوية أخرى مغايرة للاتجاه القياسي، ومرتكزة على الاتجاه المقاصدي، المتناوِل لغايات الأحكام التي هي جوهر المقاصد؛ لذا ناسب أن تُعرَّف الحكمة لديهم بما يخدم هذا الاتجاه؛ لأن غايات الأحكام (المقاصد) تُدرَك بعدة أمور، ومن بين هذه الأمور الحكمة، والتي من أهم أوصافها كونها (غاية). وتعريف أصحاب هذا الاتجاه للحكمة من المنظور المقاصدي يلاحَظ من طريقين، **الأول** من خلال حصر الحكمة بالمصلحة، **والثاني** من خلال فك الارتباط مع الجانب النفعي، بحيث تكون الحكمة قرينًا للمصلحة ضمن المظلة المقاصدية، لا منصهرة بها. وفيما يلي بيان لكلا الطريقين:

الطريق الأول: الحكمة والمعنى النفعي.

في هـذا الاتجـاه عُرِّفـت الحكمـة بالمصـلحة، وتفسيرها بالمصلحة آتٍ من كون الحكمة قد تكون مـن غايـة الحكـم الشـرعي المتضـمن للمصـلحة، وسأذكر عينة ركزت على الوجه النفعي الموجود في الحكمة. والرائد في بسط الكلام وتعريف الحكمة بالمصلحة هو سلطان العلماء العز بن عبد السلام، وتبعه مجموعة من الأصوليين:

●**تعريف الإمام العز بن عبد السلام**[20]:

ذكر سلطان العلماء تعريف الحكمة لغة، وبين أن ماهيتها هي (المنع)، ومن ثَم عرّف الحكمة في الشرع بما يتناسب مع تلك الماهية بأنها: "عبارة عن **(ترك المأمورات) أو فعل المنهيات**".

وشرح ذلك التعريف بقوله: "وحاصله المنع من ترك المصالح الخالصة أو الراجحة، والمنع من فعل المفاسد الخالصة أو الراجحة، والوعظ وهو الأمر بجلب المصالح الخالصة أو الراجحة، أو النهي عن ارتكاب المفاسد الخالصة أو الراجحة".

ومن الواضح من توصيف سلطان العلماء ربط الحكمة بالمصلحة بشكل مباشر، أو بغير مباشر من خلال المنع من تركها أو منع عكسها.

- المراد من الحكمة المصلحة[21].
- هي الحاجةُ إلى جلبِ مصلحةٍ أو دفعِ مفسدةٍ[22].
- البديهة شاهدة بأن الغرض والحكمة ليس إلا جلب المنفعة أو دفع المضرة[23].
- الحاجة إلى تحصيل المصلحة ودفع المفسدة، وهي التي يسميها الفقهاء بالحكمة[24].
- هـي الأمـر الباعـث مـن المقاصـد»[25]«وجـاء في الإحكـام: "قـد ثبـت أن العلـة المسـتنبطة مـن الحكم لا بد أن تكون بمعنى الباعث لا بمعنى الأمـارة، **والباعـث** مـا اشـتمل عـلى تحصـيل مصـلحة أو تكميلهـا، أو دفـع مفسـدة أو تعليلها.."[26].
- هي المصلحة المقصودة من شرع الحكم[27]. وذُكر هـذا التعريـف في معـرض الكـلام عـن أن مـن شروط العلـة اشـتمالها عـلى الحكمـة. كحفـظ النفوس، فإنه حكمة ترتب وجود القود على علته السابقة، فإن من علم أن من قَتل اقتُص منه انكفّ عن القتل..
- هي جلب مصلحة أو تكميلها، أو دفع مفسدة أو تقليلهـا[28]. وذُكـر هـذا التعريـف أيضًـا في معـرض الكـلام عـن أن مـن شروط العلـة اشتمالها على الحكمة.

ولشدة صلة المصلحة (الوجه النفعي) بالحكمة عرفها الطوفي ببيان أهم أركان ماهيتها الخاصة بها، فقال[29]: "هي التي لأجلها صارت الوصف علة"، ومن ثَم عطف على ذلك التعريف العبارة التالية مبينًا أهم أوصافها، وهي كونها تشتمل على المصلحة فقال[30]: "وإن شئت قلت هي الغاية المطلوبة من التعليل، وهي جلب المصلحة، أو دفع المفسدة، كحفظ المال والعقل والنسب الذي جعل السكر والسرقة والزنا علة لوجوب الحد لتحصيله".

وقد سبق للطوفي أن كرر في أكثر من موضع كون المصلحة من أهم أوصاف الحكمة، فقد ذكر أن[31]: "الحكمة غاية الحكم المطلوبة بشرعه، كحفظ الأنفس والأموال بشرع القود والقطع". وأكد هذا المعنى بصياغة أخرى بقوله: "وكل حكم شرعي تعليلي فلابد له من سبب مناسب يقتضيه، ومن حِكمة هي الغاية المطلوبة منه تترتب عليه".

ويلاحظ من كلام الإمام الشاطبي أنه ينحو في توصيفه للحكمة نحو الاتجاه المقاصدي، فقد أطلق مصطلح العلة على الحكمة عندما بين أن المراد بالعلة: "الحِكم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، والمفاسد التي تعلقت بها النواهي[32]".

ثم عمق الكلام المقاصدي نحو الحكمة عندما ذكر مثالًا عمليًا عن العلة (المقصود بها الحكمة): "فالمشقة علة في إباحة القصر والفطر في حق السفر، والسفر هو السبب الموضوع سببًا للإباحة، فعلى الجملة العلة هي المصلحة نفسها أو المفسدة، لا مظنتها؛ كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، منضبطة أو غير منضبطة[33]." وقد أعدت ذكر النصين لتوظيفهما في الاتجاه المقاصدي.

الطريق الثاني: الحكمة والمنظور المقاصدي.

نجد فريقًا من العلماء لم يوافق على تعريف الحكمة بالمصلحة، فقام بفك الارتباط بينهما في التعريف، حيث تجاوزوا في تعريفهم للحكمة المصلحة، لتشمل توسعتهم لها المظلة الأساسية التي تندرج تحتها المصلحة، ألا وهي مظلة المقاصد[34]. وهذا ما يُستنتج من عباراتهم الآتية:

- المصلحة أو دفع المفسدة غير الحكمة المناسبة للحكم، وهو الوصف الذي إذا نظر لذاته يخال أنه علة... والمثال الذي ذُكر: كون السفر هو العلة، والوصف المناسب المشقة، وهو المراد بالحكمة، والمصلحة التخفيف[35].
- الحكمة هي الأمر المناسب لشرع الحكم، لا المصلحة المترتبة[36].

ومن خلال الكلام السابق المتعلق بربط الحكمة بالمقاصد، أو ربطها مباشرة بالمصلحة – والتي هي من أهم أقسام مقاصد الشريعة– لا يخفى أنهم عرفوا هذا المصطلح ببعض الأوصاف التي يشتمل عليها، ولا يصلح التعريف بِذكر بعض الأوصاف حتى وإن كان هناك تلازم شديد الصلة بين الماهية وبعض الأوصاف.

لذا فمن غير المناسب قصر الحكمة على المصلحة بغض النظر عن نوعية هذه المصلحة، وكيفية التحقق من وجودها، والذي يُرجح هذا الكلام اعتراض بعض الأصوليين على مَن زعم تطابق الحكمة مع المصلحة، فقد نص صراحة كما مر على أن "المصلحة أو دفع المفسدة غير الحكمة المناسبة للحكم"[37]. وهذا لا يعني أن الحكمة ليس فيها مصلحة، لكن المعنى المؤثر الذي في المصلحة لا يتطابق مع المعنى المؤثر الخاص بمصطلح الحكمة.

وبعبارة أخرى: كنه الحكمة مغاير تمامًا لكنه المصلحة، فزاوية الرؤية في المصالح والمعنى المؤثر فيها هي ما يتعلق بالنفع والضرر؛ أي: الوجه النفعي. أما المعنى المؤثر للحكمة المميِّز لها عن غيرها من المصطلحات فهو من زاوية أخرى، كما سيظهر لاحقًا، وهذا لا ينفي أن فيها مصلحة، فليس النفع هو المراد أصالةً بالحكمة، ولا شك أنها لن تأتي بضرر، ولا يُقصد عند تجريدها أنها تأتي بضرر، وبالتالي فهي بعيدة عن مفهوم المخالفة.

إن التقاطع بين الحكمة والمصلحة واضح جلي، لكن ليس من الدقة أن نعرف أحدهما بناء على التقاطع فقط، بل علينا أن نتناول المختلِفِ بين المصلحة والحكمة لكثرة الترابط بين هذين المصطلحين، ومن خلال بيان المختلف بينهما تتوضح بنية كل منهما بدقة.

المبحث الثاني: محددات التعريف الاصطلاحي للحكمة.

إن الملموسَ في كلا الاتجاهين السابقين الموصِّفين للحكمة أن **أغلب** الأصوليين لم يركزوا بشكل واضح على ماهية الحكمة وكنهها الخاص الذي يفصلها ويميزها عن بقية المصطلحات بقدر تركيزهم على بعض الأوصاف التي قد تقترن بالحكمة، وهذا يؤكد أن تحريرهم للمصطلح كان من زاوية التوصيف لا التعريف بالماهية الجوهرية للمصطلح، وكأن كل فريق يرغب بتوظيف الحكمة من الزاوية التي يريدها، ناسيًا بنيتها الأساسية المحورية، لكن يلاحظ على الرغم من

ذلك أن بعض الأصوليين ركزوا على جوهر المصطلح، وأهم أركان ماهيته، وهذه عينة من كلامهم حول بنية المصطلح المركزية:

– هي التي لأجلها صار الوصف علة؛ كذهاب العقل الموجب لجعل الإسكار علة[38].

– الحكمة علةٌ لعليةِ الوصف[39].

– هي التي توجِبُ كونَ الوصْفِ علةً مُعْتبَرَةً في الحكم[40].

وإذا اردنا أن نصوغ تعريفًا مختارًا للحكمة بناء على البنية الأساسية للمصطلح، فنستطيع أن نعرف الحكمة بأنها: **المعنى المناسب الذي من أجله صارت العلة علة.**

فلا يكفي في الحكمة كونها "علة العلة" فقط، كما ذكر البعض، بل ينبغي أن يضاف إليها كونها مناسبة، ومن خلال شرح التعريف، وتعقيبه بالأمثلة تتوضح الأمور بجلاء للقارئ.

شرح التعريف:

قد حوى التعريف المختار محددات ثلاثة، وهي: (المعنى، المناسب، العلة)، وسأبدأ ببيانها تباعًا.

المطلب الأول: المحدد الأول المعنى.

قد ذكر العلماء أن للشيء ثلاثَ مراتبَ في الوجود[41]:

الأولى: وجودُه في الذهن؛ وهي صورة مدلول اللفظ الحاصلة في الذهن. **والثانية**: وجودُه في الأعيان، وهو ما يمثل ظهور ذاته. **والثالثة**: وجودُه في اللسان؛ **أي**: اللفظ الدال عليه..[42]

وتوجد فروق بين هذه الموجودات، **لكنْ** الوجود الذي لا يختلف باختلاف الأشخاص، ولا اللغات هو **الوجود الذهني**؛ فالصورة الذهنية للرجل واحدة، وهي أنه الذكر البالغ من بني آدم، ولا يقع تفاوت للذهن فيها بين البشر، فهذه الصورة مستوية في ذهن العربي، وغير العربي، وتمثل حقيقة ذلك الشيء، وماهيته، ومفهومه.

أما **الوجود اللساني** فهو مختلف، واختلافه آية من آيات الله: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦ خَلْقُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱخْتِلَٰفُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَٰنِكُمْ ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّلْعَٰلِمِينَ﴾[الروم: 22] فالذكر البالغ من بني آدم يطلق عليه في اللغة العربية لفظ "**الرجل**"، وفي اللغة الإنكليزية يأخذ لفظ: "**man**"وفي بقية اللغات تأخذ ألفاظًا مختلفة..

وأما **الوجود العيني** فيتجلى بتشخص الماهية الذهنية في الواقع، وفي مثال "الرجل" يتجلى ذلك في أيِّ ذكر بالغ من بني آدم. ولابد من القول بأن الوجود العياني يختلف تبعًا لطبيعة الماهية، فالماهية المادية تتمثل بتشخص هذه الماهيات المادية بذاتها، كما في مثال (الرجل).

والماهية المعنوية تتمثل بتشخص هذه الماهيات المعنوية بغيرها، فالمشقة – كمفهوم- لها وجود عيني، ولكنها لا تتجلى بذاتها، بل بغيرها؛ لأنها معنى غير مادي.

بعد هذا التوضيح يتبين أن (المعنى) ينطبق على الوجود الأول من هذه الوجودات الثلاثة، ألا وهو الوجود الذهني، فالمقصود بالمعنى **الحقيقة الموجودة في الذهن**، والتي لا تختلف باختلاف الأشخاص ولا اللغات. وإلى هذا أشار المناوي حول اشتمال المعنى على الوجود الذهني عندما ذكر أن المعاني هي: "الصور الذهنية من حيث وضع بإزائها الألفاظ، والصورة الحاصلة في العقل من حيث إنها تقصد باللفظ تسمى معنى"[43].

ومن الممكن أن نفسر (المعنى) بناء على الوجود الذهني وأثره بأن نقول بأنه: **صورة ذهنية وُضع لها اللفظ ليعبر عنها، ولها تشخص في الواقع (سواء بذاتها أو بغيرها)**.

المطلب الثاني: المحدد الثاني المناسب.

وأما المحدد الثاني المحتوى في التعريف فهو المناسب، وقبل أن أشرع في بيان معنى المناسب يجدر التنويه إلى أن طائفة من الأصوليين أضافوا وصف (المناسب) عند تعريفهم للحكمة، فقد ذكروا أنها " الأمر المناسب لشرع الحكم.."[44]، وبعضهم ذكر بأن الحكمة هي المناسبة، والدليل على ذلك- من وجهة نظرهم- تمثيل الأصوليون للحكمة بمشقة السفر المعلل به القصر[45].

وأما معنى المناسب فقد عرّفه الأصوليون بقولهم: "وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودًا من شرع ذلك الحكم"[46]. وبين بعض الأصوليين بأن المناسب وصف لو عُرض على العقول – كونه علة لحكم- لتلقته بالقَبول؛ لصلاحيته لذلك الحكم المترتب عليه[47].

فقوام المناسب حسب السابق: الظهور والانضباط، والقَبول، إضافة إلى تحقيقه لمقاصد الشريعة، لكن من خلال شرح الأصوليين للتعريف يلاحظ القارئ أن الظهور والانضباط ليسا من السمات الملازمة للمناسب، فالذين أضافوا

لتعريفهم للمناسب وصف الظهور والانضباط عقبوا ذلك بقولهم[48]: "فإن كان خفيًا أو غير منضبط"، وضربوا الأمثلة على المناسب الخفي وعدم المنضبط[49]، وكل هذا يرجح أن قوام المعنى المركزي للمناسب أنه: وصف يلزم من ترتيب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودًا من شرع ذلك الحكم.

فالظهور والانضباط ليسا من السمات الملازمة للمناسب، بخلاف قَبوله من قبل العقول، ومراعاته لمقاصد الشريعة، وأكد الغزالي ارتباط المناسب بتحقيقه لمقاصد الشريعة عندما ذكر أن "جميع أنواع المناسبات ترجع إلى رعاية المقاصد، وما انفك عن رعاية أمر مقصود فليس مناسبًا، وما أشار إلى رعاية أمر مقصود فهو المناسب"[50].

وهكذا نجد أن ما يرجح كون المناسب من ماهية الحكمة أمران:

الأول يكمن في تنصيص بعض الأصوليين صراحة على ارتباط الحكمة بالمناسب كما ذكرت سابقًا. **والأمر الثاني** هو الأمثلة التي ضربها الأصوليون على الحكمة، ففي كل هذه الأمثلة يظهر المناسب بقوة عنصرًا أساسيًا في الحكمة. وهذا ينبغي ألا ينازع فيه أحد.

والذي يهمنا هنا هو أن المناسب من أركان الحكمة الأساسية، بغض النظر عن كونه ظاهرًا أو خفيًا، وأيضًا منضبطًا أو غير منضبط، وبالتالي يخرج من قيد (المناسب) الأوصاف غير المناسبة، والتي قد تظهر جليًا في الأحكام التعبدية.

المطلب الثالث: المحدد الثالث العلة.

وأما المحدد الأخير من محددات التعريف فهو العلة، ومن المعلوم أن العلة من الأبحاث الأساسية في باب القياس، ولا يمكن لصفحات قليلة أن تستوفي بحث العلة، فأرجو من القارئ أن يجد لي العذر عند الاختصار، ولاسيما أن العلة قد بُحثت بحثًا أكاديميًا لنيل شهادة الدكتوراه[51]، وصاحبها تجاوز فيها ثلاثمئة صفحة.

قد اتفق الأصوليين على أن الحُكم مربوط بعلة معينة، وأما عن كيفية ذلك الربط فإن بعض الأصوليين قد أجمل– عند تعريفه للعلة– عن كيفية الربط[52]، وأما البعض الآخر فقد فصل في كيفية الربط، على ثلاثة اتجاهات:

الأول بين أن العلة هي المعرِّفة للحُكم[53]، **والثاني** ذكر أنها المؤثر في الحُكم[54]، والاتجاه **الثالث** ركز على الباعثية[55].

وليس البحث في الموازنة بين هذه التعريفات، أو ببيان الأمثلة التفصيلية لهذه الاتجاهات، لكن من الملاحظ أن الذي يجمع هذه التعريفات هو كون العلة **وصف ظاهر منضبط أُنيط به الحكم وجودًا وعدمًا**، وبالتالي فإن الاطراد والظهور والانضباط من أهم السمات الملازمة للعلة[56].

ولا يعني من تعريف الحكمة بأنها (المعنى المناسب الذي من أجله صارت العلة علة) أن تشتمل على شروط العلة الأساسية، والتي تنحصر في الاطراد والظهور والانضباط، بل هذه الشروط الثلاثة غير أساسية في الحكمة، وبالمقابل فإن تحقق معنى المناسب كشرط أساسي في الحكمة غير مشترط في العلة[57]، فالعلة لها ماهيتها الخاصة المبينة سابقًا، والحكمة لها ماهية أخرى خاصة بها، ولا ينفي هذا الكلام وجود تقاطعات بين المصطلحين عندما يجمعهما الانضباط أو الظهور مثلًا، ولا ينفي أيضًا إطلاق أحد هذا المصطلحين على الآخر من باب الاستعارة كما نص على ذلك بعض الأصوليين[58].

إن المقصود من قولنا **"صارت العلة علة"** أن الحِكم أوصاف صالحة للتعليل ابتداء، وتفصيل هذا الكلام عندما نبين أن الصلاحية للتعليل من أهم سمات الحكمة.

ويخرج من هذا القيد (الوصف المناسب الذي لم ترتبط به العلة)، فلا يكون حكمة، ومثاله خروج الهواء من الفم (التجشؤ) فإنه وصف مناسب للتعليل بالحدث عند من يعلل الحدث بالقيء، ومع ذلك لم يعلل به الفقهاء للحدث.

ووجه مناسبته أنه كالريح التي تخرج من الدبر؛ فإنه يعلل بها الحدث على الرغم من كونها طاهرة. ويشترك في هذا المخرج الغائط، وهو حدث باتفاق، كما يشترك التجشؤ مع القيء في المخرج وهو الفم، وهذا الأخير حدث عند من يقول به من الفقهاء.

المطب الرابع: أمثلة الحكمة من المنظور المقاصدي.

بعد بيان التعريف المختار للحكمة، والتفصيل في شرح محددات التعريف نُعرج على ذكر بعض الأمثلة المناسبة للحكمة من المنظور المقاصدي، والتي تزيد في بيان ماهية هذا المصطلح، وتحديد هويته.

المثال الأول: الحكمة من قصر الصلاة والفطر في رمضان (المشقة).

من الأحكام المتعلقة بالسفر قصر الصلاة، أو الفطر في رمضان، ومن الأدلة المعتبرة على جواز

فطر المسافر في رمضان قوله تعالى:﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [185:البقرة]

ومن أدلة جواز قصر الصلاة الرباعية حديث ابن عمر رضي الله عنهما عندما قال: صحبتُ رسول الله ﷺ فكان لا يزيد في السفر على ركعتين، وأبا بكر وعمر وعثمان كذلك رضي الله عنهم[59].

وقالت السيدة عائشة رضي الله عنها: "فُرضت الصلاة ركعتين ركعتين في الحضر والسفر، فأُقرت صلاة السفر، وزِيد في صلاة الحضر"[60].

وقال ابن عباس: "إن الله فرض الصلاة على لسان نبيكم ﷺ على المسافر ركعتين، وعلى المقيم أربعًا"[61].

فمن هذه النصوص وغيرها استنتج الأصوليون أن العلة في قصر الصلاة وفي الفطر في رمضان بالنسبة للمسافر هو السفر، فالسفر هو الوصف المنضبط بالنسبة إلى حُكم جواز الفطر أو قصر الصلاة، والمعنى المستتر المناسب وراء هذه العلة والتي من أجلها جُعلت العلة علة هو المشقة[62].

وأشار السرخسي إلى هذه الحكمة بقوله: "فالمعنى المؤثر في هذه الرخصة فهو المشقة التي تلحقه بالصوم... لما بينا أن المعنى ما يكون مؤثرًا في الحكم، وذلك المشقة، وإليه أشار الله تعالى في قوله:﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾، إلا أن المشقة باطن تتفاوت أحوال الناس فيه، ولا يمكن الوقوف على حقيقته فأقام الشرع السفر بصفة مخصوصة مقام تلك المشقة؛ لكونه دالًا عليها غالبًا، وكذلك أقام المرض بوصفٍ مخصوصٍ مقام تلك المشقة..."[63]"

المثال الثاني: الحكمة من تحريم الخمر (الصد عن ذكر الله، وعن الصلاة..)

قال الرسول ﷺ: **كلُّ مسكر حرام**[64].

وهذا الحديث من الأدلة المعتبرة عند الفقهاء[65] في تحريم شرب الخمر.

وبين الأصوليين العلة في هذا الحُكم، ألا وهي الإسكار، وثنوا عليها ببيان الحِكم المتنوعة من هذا الحُكم ألا وهي[66]: الصد عن ذكر الله، وعن الصلاة.. وهذه الحِكم قد نطقت بها الآية، فقد قال تعالى:﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَـٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ

ٱلصَّلَوٰةِۖ فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾[90-91: المائدة].

فالله ﷻ قد نص في هذه الآية صراحة على حِكم تحريم الخمر بكونه يوقع العداوة والبغضاء، إضافة إلى أنه يصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، ووجه كون هذه المعاني حِكمًا لهذا الحُكم أن الإسكار لم يكن علة إلا بسبب كونه يصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، وو...[67]

المثال الثالث: الحكمة من قتل الجماعة بالواحد (عدم التذرع بالاستعانة في القتل على إسقاط القصاص)

إذا توافق مجموعة من الناس على قتل نفسٍ معصومة الدم عمدًا وعدوانًا، فقد اتفق جمهور فقهاء الحنفية[68] والمالكية[69] والحنابلة[70] على أن الجماعة تُقتل بقتلها لتلك النفس المعصومة، واستدلوا على ذلك بالأثر الوارد عن ابن عمر أنَّ غلامًا قُتل غِيلةً، فقال عمر ﷺ: لو اشتركَ فيها أهلُ صنعاءَ لَقَتَلْتُهُمْ[71]. فالعلة في هذا المثال هي القتل المشترك، والحكمة من ذلك يمكن استنتاجها من كلام الغزالي عندما نص على ذلك بقوله: "كيلا يتخذ الظلمة الاستعانة ذريعة إلى قتل الأعداء"[72]، وهذه الحكمة هي المعنى الذي من أجله صار القتل المشترك علة.

إن الحِكم الثلاث المذكورة في الأمثلة السابقة، وهي المشقة، والصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وعدم التذرع بالاستعانة بالقتل على إسقاط القصاص..

إن هذه الأوصاف تَحقق فيها ماهية الحكمة:

-فهي أولًا معانٍ وصورٌ ذهنية.

- وهذه المعاني وُجد فيها عنصر المناسب، فالمشقة مثلًا وصف مناسب يلزم من ترتيب الحكم عليه ما يصب في مقاصد الشريعة، وكذلك بقية الأمثلة.

- إضافة إلى أن هذه المعاني من أجلها أخذت العلة فاعليتها، فالسفر- والذي هو علة- لم يكن علة معتبرة في نظر الشريعة إلا باشتماله على معنى رشحه لنيل وصف العلية ألا وهو المشقة. وينسحب الكلام نفسه على بقية الأمثلة.

الخاتمة:

- يعد مبحث القياس هو الرحم الذي ولدت من خلاله الحكمة.

-يركز الاتجاه القياسي في تعريف الحكمة على ثمرة القياس، المنحصرة في التعدية.

- يركز الاتجاه المقاصدي في تعريف الحكمة على

جوهر المقاصد، وهو غايات الأحكام.

-تُعرف الحكمة اصطلاحيًا بكونها المعنى المناسب الذي من أجله صارت العلة علة.

-يركز التعريف الاصطلاحي للحكمة على محددات ثلاثة، وهي المعنى، المناسب، العلة.

التوصيات:

يوصي الباحث باستمرار الفكرة البحثية المتعلقة ببيان أثر الاتجاهات المتجاذبة في تحديد دقيق لمفاهيم مصطلحات أساسية في الجانب المقاصدي، لتكون متبوعة بذكر المحددات الأساسية للمصطلح، ومن ثم بيان المحددات الموهمة بكونها أساسية لكثرة لصوقها، وبالتالي تتحدد بنية المصطلح بدقة لدى المطلعين.

الهوامش:

(1) علي بن سليمان بن أحمد المرداوي (ت 885 هـ)، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، السعودية، مكتبة الرشد، 2000 (ط1)، ج7، ص3185؛ محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج (ت 879 هـ)، **التقرير والتحرير**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1983 (ط2)، ج3، ص141؛ عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت771هـ)، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، بيروت، عالم الكتب، 1999، (ط1)، ج4، ص174؛ علي بن أبي علي الآمدي (ت 631هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، بيروت، المكتب الإسلامي، 1981، (ط2)، ج3، ص224؛ تقي الدين السبكي (ت785هـ)، **الإبهاج في شرح المنهاج**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ج3، ص40؛ محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي- (ت 794هـ)، **البحر المحيط**، دار الكتبي، 1994، (ط1)، ج4، ص102

(2) محمد بن محمد الغزالي (ت505هـ)، **شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل**، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1971، (ط1)، ص: 612-613

(3) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج3، ص353 وينظر أيضًا: سليمان الطوفي (ت716هـ)، **شرح مختصر الروضة**، السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، 1998، (ط2)، ج3، ص 386

(4) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج3، ص252؛ إبراهيم بن علي الشيرازي (ت476هـ)، **المعونة في الجدل**، الكويت، جمعية إحياء التراث الإسلامي، 1986، (ط1)، ص107؛ إبراهيم الشيرازي (ت476هـ)، **شرح اللمع**، بيروت، دار الغرب، 1988، (ط1)، رقم: 1035

(5) تعرف التعدية بأنها: "مجاوزة الحكم من محله، وإثباته في آخر غيره، لاشتراكهما في المعنى المؤثر". عبد المولى، عصام، **الوقائع المسكوت عنها في الكتاب والسنة**، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2006، ص39

(6) قال الطوفي في شرح مختصر الروضة (3/ 378): "القياس تعدية حكم الأصل إلى الفرع بالجامع

المشترك". وقال في موضع آخر (3/ 301): "القياس تعدية حكم المنصوص عليه إلى غيره".

(7) الغزالي، **شفاء الغليل**، ص: 613

(8) الغزالي، **شفاء الغليل**، ص: 615

(9) إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت 790 هـ)، **الموافقات**، السعودية، دار ابن عفان، 1997، (ط1)، ج1، ص515

(10) جاء في البحر المحيط حول الضبط المتعلق بالعلة: "أَنْ يَكُونَ وَصْفًا ضَابِطًا:. الزركشي، **البحر المحيط**، ج7، ص168

(11) البخاري، كتاب: الأحكام. باب: هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان. رقم: 6739 ج9، ص65

(12) الغزالي، **شفاء الغليل**، ص: 613

(13) الشاطبي، **الموافقات**، ج1، ص411

(14) الشاطبي، **الموافقات**، ج1، ص411

(15) الشاطبي، **الموافقات**، ج1، ص411

(16) الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج1، ص424 ؛ عبد القادر بن أحمد بن محمد بدران (ت1346هـ)، **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1980، (ط1)، ص160 ؛ ابن اللحام، **المختصر في أصول الفقه**، ص66؛ محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (ت 972 هـ)، **شرح الكوكب المنير**، السعودية، مكتبة العبيكان، 1997، (ط2)، ج1، ص242 ؛ المرداوي، **التحبير شرح التحرير**، ج3، ص1059

(17) المراجع السابقة.

(18) تنوعت عبارات الفقهاء المتعلقة بكون العلة هي التي تجلب الحكم، ومن هذه العبارات:

- "العلة هي المعنى الذي عند حدوثه يحدُث الحكم" (الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت370هـ)، **الفصول في الأصول**، وزارة الأوقاف الكويتية، 1994، (ط2)، ج4، ص9
- "العلة موجبة للحكم.." الجصاص، **الفصول في الأصول**، ج4، ص179
- "الحكم ما جلبته العلة" الكَلْوَذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن (ت 510 هـ)، **التمهيد في أصول الفقه**، السعودية، مركز البحث العلمي، 1985، (ط1)، ج1، ص24
- "الحكم مجلوب العلة" الزركشي، **البحر المحيط**، ج7، ص153

(19) الجصاص، **الفصول في الأصول**، ج4، ص9

(20) ابن عبد السلام، عز الدين، الملقب بسلطان العلماء (ت660 هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، بيروت، دار المعارف، ج1، ص52

(21) التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر (ت793 هـ)، **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، (ط1)، ج2، ص134

(22) الزركشي، **البحر المحيط**، ج7، ص396 ؛ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني (ت1250هـ)، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، بيروت، دار الكتاب العربي، 1999، (ط1)، ج2، ص111

(23) الرازي، محمد بن عمر بن الحسن (ت606هـ)، **المحصول**، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1997، (ط3)، ج5، ص133

(24) الرازي، **المحصول**، ج5، ص287

(25) ابن أمير حاج، **التقرير والتحرير**، ج3، ص141

(26) **الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص228**

(27) الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، (ت926 هـ)، **غاية الوصول في شرح لب الأصول**، مصر، دار الكتب العربية الكبرى، ص133

(28) وهذا تعريف ابن الهمام. ينظر: **التقرير والتحرير**، ج3، ص141

(29) الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج3، ص445

(30) الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج3، ص445

(31) الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج3، ص386

(32) الشاطبي، **الموافقات**، ج1، ص411

(33) الشاطبي، **الموافقات**، ج1، ص411

(34) ذكر الآمدي هذه الفكرة في موضعين:

الأول: " فإذا كانت الحكمة وهي المقصود من شرع الحكم " الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص203

الثاني: " الحكمة وإن كانت هي المقصودة من شرع الحكم " الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص230

(35) الشربيني، عبد الرحمن (ت1326هـ)، **تقرير الشربيني على حاشية العطار**، بيروت، دار الكتب العلمية، ج2، ص278

(36) الشربيني، **تقرير الشربيني على حاشية العطار**، ج2، ص279

(37) الشربيني، **تقرير الشربيني على حاشية العطار**، ج2، ص279

(38) القرافي، أحمد بن إدريس (ت 684 هـ)، **الذخيرة**، بيروت، دار الغرب الإسلامي، 1994، (ط1)، ج1، ص131؛ الرازي، **المحصول**، ج5، ص287؛ القرافي، أحمد بن إدريس (ت 684 هـ)، **شرح تنقيح الفصول**، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1973، (ط1)، ص: 406؛ الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم العلوي، **نشر البنود**، المغرب، مطبعة فضالة، ج2، ص133

(39) الرازي، **المحصول**، ج5، ص396

(40) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، ج2، ص177

(41) يُنظر: الغزالي، **المستصفى**، ص18؛ ابن قدامة، **روضة الناظر**، ج1، ص220؛ الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج2، ص451؛ الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر (ت 794هـ)، **البُرهان في علوم القرآن**، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، 1957، (ط1)، ج1، ص377؛ ابن جزي، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، (ت741هـ)، **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003، (ط1)، ص: 143

(42) بعض العلماء أضاف مرتبة رابعة، وهي: **الكتابة الدالة على اللفظ بالقلم**.. ويبدو أن الكتابة لا تعدو عن ترجمة للفظ على شكل أحرف مرتبة بعضها على بعض.. يُنظر: الزركشي، **البرهان**، ج1، ص377؛ ابن جزي، **تقريب الوصول إلى علم الأصول**، ص: 143

(43) المناوي، محمد عبد الرؤوف، **التوقيف على مهمات**

التعريف، بيروت، دار الفكر، 1989، (ط1)، ص446 وسياق قول المناوي مهم، لذا سأذكره بتمامه، وهو:

"الصور الذهنية من حيث وضع بإزائها الألفاظ، والصورة الحاصلة في العقل من حيث أنها تقصد باللفظ تسمى **معنىً**، ومن حيث حصولها من اللفظ في العقل تسمى **مفهومًا**، ومن حيث أنها مقولة في جوابِ (ما هو؟) تسمى **ماهية**، ومن حيث ثبوتها في الخارج تسمى **حقيقة**، ومن حيث امتيازها من الأعيان تسمى **هوية**".

(44) الشربيني، **تقرير الشربيني على حاشية العطار**، ج2، ص279 ونص الطوفي وتبعه مجموعة من الأصوليين على أن الحكمة هي "المعنى المناسبُ الذي ينشأ عنه الحكم" الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج1، ص423 ؛ ابن بدران، **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ص160 ؛ ابن اللحام، **المختصر في أصول الفقه**، ص66 ؛ ابن النجار، **شرح الكوكب المنير**، ج1، ص242 ؛ المرداوي، **التحبير شرح التحرير**، ج3، ص1059

ومن التعريفات المعاصرة للحكمة التي أضافت عنصر المناسب إلى الماهية التعريف التالي: "الأمر المناسب الذي إذا نظر العقل لذاته يَخال أن الحكم شُرع له." ينظر: سليمان، رائد، **التعليل بالحكمة**، رسالة دكتوراه، جامعة النجاح، 2003م، ص: 32

(45) العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج1، ص345

(46) الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج2، ص312 وقد جاء تعريفه أيضًا بألفاظ متقاربة لتعريف الآمدي في المصادر التالية: السبكي، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، ج4، ص 330 ؛ ابن اللحام، **المختصر في أصول الفقه**، ص148

(47) جاء في التقرير والتحبير (ج3، ص141): "(المَناسِبُ فَهُوَ) أَيْ المُناسِبُ (مَا قَالَ أَبُو زَيْدٍ مَا) أَيْ وَصْفٌ (لَوْ عُرِضَ عَلَى الْعُقُولِ) كَوْنُهُ عِلَّةً لِحُكْمٍ (تَلَقَّتْهُ بِالْقَبُولِ) لِصَلَاحِيَّتِهِ لِذَلِكَ الْحُكْمِ المَتَرَتِّبِ عَلَيْهِ، وَفِيهِ الْمَعْنَى اللُّغَوِيُّ، يُقَالُ: هَذَا الشَّيْءُ مُنَاسِبٌ لِكَذَا؛ أَيْ: مُلَائِمٌ لَهُ."

(48) السبكي، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، ج4، ص330 ؛ المرداوي، **التحبير شرح التحرير**، ج7، ص3374

(49) كالمشقة بالنسبة للمسافر، فهي خفية وغير منضبطة. (السبكي، **رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب**، ج4، ص330)

(50) الغزالي، **شفاء الغليل**، ص: 159

(51) السعدي، عبد الحكيم، **مباحث العلة في القياس**، بيروت، دار البشائر الإسلامية، 2000، (ط2)

(52) ومن نصوص الأصوليين في تعريف العلة بغض النظر عن كيفية الربط: "المعاني المستنبطة من النصوص التي تعلقت بها معاني الأحكام، وتعدَّت بتعديتها إلى الفروع؛ لأن تلك المعاني بحكم حلولها في المنصوص عليها غيرت أحكامها." الدبوسي، تقويم أصول الفقه، 1/ 29 ويُنظر أيضًا: الغزالي، **المستصفى**، ج1، ص280

(53) العلة هي "المُعرِّف للحُكم؛ أي: التي جُعلت عَلَمًا على الحكم، فإن وُجد المعنى وُجد الحكم، فهي هنا دلت على وجود الحكم، وبالتالي ليست مؤثرة؛ لأن المؤثر هو الله

ﷺ". الزركشي، **البحر المحيط**، ج7، ص143؛ الفراء، **العدة في أصول الفقه**، ج5، ص 1424

(54) الجويني، **الكافية في الجدل**، رقم: 148 ؛ ابن قدامة، **روضة الناظر**، ج3، ص153

(55) العلة هي: " الباعث على التشريع؛ بمعنى أنه لابد أن يكون الوصف مشتملًا على مصلحة مقصودة للشارع من شرع الحكم. " الزركشي، **البحر المحيط**، ج7، ص144

(56) ينظر: الزركشي، **البحر المحيط**، ج7، ص164-165

(57) قال الغزالي: " أرباب المذاهب بأجمعهم ذهبوا إلى جواز التعليل بالوصف الذي لا يناسب". الغزالي، **شفاء الغليل**، ص: 343

(58) الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج1، ص423 ؛ ابن بدران، **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ص160 ؛ ابن اللحام، **المختصر في أصول الفقه**، ص66 ؛ ابن النجار الحنبلي، **شرح الكوكب المنير**، ج1، ص242 ؛ المرداوي، **التحبير شرح التحرير**، ج3، ص1059

(59) البخاري في أبواب تقصير الصلاة. باب: من تطوع في السفر. رقم: 1051 ج2، ص45

(60) مسلم، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها. باب: صلاة المسافرين. رقم: 685 ج1، ص478

(61) مسلم، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها. باب: صلاة المسافرين. رقم: 687 ج1، ص479

(62) الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج1، ص424 ؛ ابن بدران، **المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ص160 ؛ ابن اللحام، **المختصر في أصول الفقه**، ص66 ؛ ابن النجار الحنبلي، **شرح الكوكب المنير**، ج1، ص242 ؛ المرداوي، **التحبير شرح التحرير**، ج3، ص1059 ؛ حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ج1، ص345 ؛ القرافي، **الذخيرة**، ج1، ص131 ؛ الرازي، **المحصول**، ج5، ص287 ؛ القرافي، **شرح تنقيح الفصول**، ص: 406 ؛ الشنقيطي، **نشر البنود**، ج2، ص133

(63) السرخسي، أصول السرخسي، ج2، ص 318

(64) مسلم، كتاب: الأشربة. باب: بيان أن كل مسكر خمر وأن كل خمر حرام. رقم: 72

(65) ينظر: ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار، ج4، ص37-38** ؛ الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج4، ص 352 ؛ ابن قدامة، **المغني**، ج9، ص 158

(66) **الشيرازي**، اللمع، رقم 1145 ؛ الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص256**

(67) ونص ابن عاشور في معرض تفسيره للآية المحرمة للخمر بأن: "وهذه أربع علل –العداوة، والبغضاء، والصد عن ذكر الله، والصد عن الصلاة– كل واحدة منها تقتضي التحريم، فلا جرم أن اجتماعها مقتضيًا تغليظ التحريم". (التحرير والتنوير، ج7، ص27)

ونص القاسمي في معرض تفسيره للآية في كتابه محاسن التأويل (ج4، ص243): "حَكَم الله على الخمر والميسر.. بالتحريم، ثم أكد هذا الحُكم ببيان الحِكم

الملحوظة من هذا الحُكم عند بيان "مفاسدهما الدنيوية والدينية".

(68) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص357**

(69) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج4، ص 245

(70) ابن قدامة، **المغني**، ج7، ص 671

(71) صحيح البخاري، كتاب: الديات، باب: إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم. رقم: 6869 ج9، ص8 وعقب ابن حجر بقوله: "وهذا الأثر موصولًا إلى عُمر بأصح إسناد. (فتح الباري، ج7، ص397) وفي السنن الكبرى للبيهقي (رقم: 15751): عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قَتل نفرًا – خمسة أو سبعة– برجل قتلوه قتل غيلة، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا.

(72) الغزالي، **شفاء الغليل**، 146– 147

رقابة القضاء الدستوري على التعديلات الدستورية

د.. ممدوح حسن العدوان* أ.د. فيصل عقلة شطناوي**

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث:2/ 11/ 2020م

الملخص

تتمحور هذه الدراسة حول مدى اختصاص القضاء الدستوري ممثلا بالمحاكم والمجالس الدستورية في الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، حيث يوجد هناك اختلاف في موقف دساتير الدول اتجاه مسالة رقابة التعديلات الدستورية، كذلك نطاق هذه الرقابة أيًا كان نوعها وشكلها إلا أنها تشمل الرقابة القضائية على القيود الشكلية والموضوعية معًا حيث اختلفت الدساتير في موقفها من رقابة هذه القيود. وعليه فان هذه المسألة تثير عدة إشكالات وصعوبات قانونية قد تواجه القاضي الدستوري، فلا بدّ من معرفتها للوصول إلى سبل تفعيل التعديل الدستوري من جانبه الرقابي سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية.

الكلمات المفتاحية: تعديل الدستور، قيود التعديل، القضاء الدستوري، رقابة القضاء الدستوري.

* أستاذ مشارك، كلية الشريعة والقانون، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

** أستاذ دكتور، كلية الشريعة والقانون، قسم القانون المقارن، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Constitutional Judiciary Oversight of Constitutional Amendments

Dr.Mamdouh Al-Adwan **Prof .Faisal shatnawi**

Abstract

This study revolves around the extent of the jurisdiction of the constitutional judiciary represented by the courts and constitutional councils in judicial oversight of constitutional amendments, where there is a difference in the position of state constitutions regarding the issue of oversight of constitutional amendments, as well as the scope of this oversight, whatever its type and form, to include judicial oversight of formal and substantive restrictions However, the constitutions differed in their stance on the control of these restrictions. Accordingly, this issue raises several legal problems and difficulties that may face the constitutional judge, it must be known to reach ways to activate the constitutional amendment from its supervisory side, whether in substantive or procedural terms.

Key words: amendment of the constitution, restrictions of amendment, constitutional judiciary, control of constitutional judiciary.

المقدمة:

يعـدّ موضـوع التعـديلات الدسـتورية مـن المواضيع القانونية المهمة والحيوية، لكونه يتناول كيفية إجراء التعديلات على أهم وثيقة قانونية ألا وهي الدستور، وأن مكانة الدستور وقدسيته تأتي من كونه يعدُّ أعلى قاعدة قانونية في الدولة، أي له صفة السمو على جميع القوانين الأخرى التي تطبَّق في الدولة.

كما تعد مسألة التعديل الدستوري ضرورة قانونية وسياسية في كل الأنظمة الدستورية لكونه القانون الأساسي في الدولة ويكون عرضة للتعديل في أي وقت، بقدر ما يخدم مبادئ وأسس تنظيم

المجتمع، ووضعه للقواعد الأساسية للدولة من الناحية السياسية حتى نستطيع تبيان طبيعة الحكم بحسب ما تعيشه الدولة من أوضاع سياسية، اقتصادية، اجتماعية عند إصداره وتكون مرتبطة بالتغيير المستمر للمجتمع. إلى جانب ذلك اللجوء إلى الوسائل المشروعة لعملية التعديل الدستوري، حتى لا تفرض الضرورة تعديل الدستور بظروف غير شرعية تباعد بين الواقع السياسي للدولة والنصوص الدستورية مما يؤدي إلى وقوع تجاوزات قانونية ويلحق أضرار بالدولة.

تكمن أهمية رقابة التعديلات الدستورية، في ضمان ألا ينزل التعديل الدستوري بالحقوق إلى مستوى أقل من الحماية، أو ينزل ببعض الحقوق إلى أن تكون حقوقًا قانونية بعد أن كانت حقوقًا دستورية كفلها الدستور ذاته، وكذلك خلق توافقا لهذه التعديلات مع الفلسفة العامة للدستور، وحماية الحقوق والحريات العامة.

ويثير موضوع الرقابة على التعديلات الدستورية عدة إشكالات قانونية قد تواجه القاضي الدستوري عند رقابة هذه التعديلات، التي يكون لها صلة بالآثار المترتبة عن التعديل الدستوري في جميع المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية. وفي هذا الصدد فإن من الصعوبات التي تقف أمام رقابة التعديلات الدستورية افتقار هذه الرقابة إلى الأساس القانوني الصريح، لأنه في مجال الرقابة على التعديلات الدستورية، الأمر صعب التحقيق لصعوبة تطبيق مبدأ تدرج القوانين، لأن جميع أحكام الدستور لها قيمة دستورية واحدة، فكيف يمكن تحديد الأساس القانوني لهذه الرقابة؟ وهل يمكن اخضاع التعديلات الدستورية لرقابة القضاء الدستوري؟

من الواضح بداية أن الأمر هنا يتعلق بمسألة الاختصاص، لأنه إذا كان القضاء الدستوري يتمتع بصلاحية رقابة التعديلات الدستورية، فان مثل هذه الرقابة تكون ممكنة، أما إذا لم يتمتع القضاء الدستوري بمثل هذا الاختصاص، فان هذه الرقابة تكون غير ممكنة. وإذا كانت هذه الرقابة ممكنة، فإن التساؤل يثور حول نطاق هذه الرقابة: إلى أي مدى يمكن مراقبة دستورية التعديلات الدستورية؟ هل يمكن للقضاء الدستوري أن يراقب مضمون التعديلات الدستورية بالإضافة إلى سلامتها الشكلية والإجرائية؟

أهمية الدراسة:

يكتسي موضوع تعديل الدستور أهمية بالغة من حيث إن هذا الإجراء يهدف إلى مسايرة تطور المجتمع، وسدَ الثغرات التي تظهر عند التطبيق العملي لنصوص الدستور، كما تعدّ مسألة تعديل الدستور من الموضوعات الضرورية وذلك حماية لمبدأ سمو الدستور وعلوه، وتتمثل هذه الأهمية بضرورة وجود رقابة قضائية وتحديدا رقابة دستورية على السلطات المختصة بالتعديل ومدى تقيد هذه السلطات بالضوابط التي أقرها المشرع الدستوري في محتوى هذه الوثيقة، ولذلك رأينا من الأهمية بمكان مناقشة موضوع التعديلات الدستورية، وكيفية الرقابة عليها لضمان توفير غطاء قضائي لحماية الحقوق الدستورية التي وردت في الوثيقة الدستورية.

مشكلة الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في أهمية دور القضاء الدستوري في رقابته على التعديلات الدستورية، حيث اختلف الفقه الدستوري وكذلك الدساتير من مسألة رقابة التعديلات الدستورية، فقد وجدنا من خلال هذه الدراسة بأن هناك دساتير منحت للقضاء الدستوري رقابة التعديلات الدستورية وبشكل صريح، بينما بعض الدساتير وهي الأغلبية لم تنص على منح القضاء الدستوري هذا الاختصاص، كما كان الاختلاف أيضا في نطاق هذه الرقابة ومداها. وعليه فالمشرع الدستوري الذي وضع الدستور في وقت معين لا يمكن له أن يدعي بأنه أكثر سموًا من المشرع الدستوري الذي يعبر عن إرادة الشعب في وقت لاحق، ولهذا يجب أن تخضع تلك الدساتير إلى التعديلات ومن ثم الرقابة عليها. وعليه تتلخص إشكالية هذه الدراسة في عدد من التساؤلات لعل من أهمها: هل توجد قيود خارج نصوص الدستور تلزم سلطة تعديل الدستور باحترامها عند تعديل الدستور، وهل يمكن لجهة الرقابة الدستورية أن تراقب التعديلات الدستورية للتأكد من أن سلطات التعديل المختصة قد ألتزمت بضوابط وقيود التعديل؟

منهجية الدراسة:

لقد فرضت طبيعة موضوع الدراسة اللجوء إلى المنهج الوصفي، إذ لا بد من التعرف على الأساس القانوني للرقابة على التعديلات الدستورية وأهميته، وكذلك المنهج المقارن إذ إن طبيعة الموضوع كذلك تحتاج إلى المقارنة، لأن الأصل فيها الوقوف على موقف القضاء

الدستوري لمحل الدراسة. كما تفيد المقارنة في اللجوء إلى الخبرة الدستورية للدول في مجال تفعيل عملية الرقابة والاستفادة من خبرتها.

خطة الدراسة:

للإجابة على الإشكالية التي يثيرها هذا الموضوع، تم تقسيمه إلى مبحثين، يتم التعرض في المبحث الأول إلى أساس رقابة القضاء الدستوري على التعديلات الدستورية، أما المبحث الثاني فيخصص لدراسة نطاق رقابة القضاء الدستوري على التعديلات الدستورية.

المبحث الأول الأساس الدستوري لرقابة القضاء على التعديلات الدستورية:

تقوم السلطة التأسيسية الأصلية بفرض مجموعة من الضوابط على السلطة التأسيسية الفرعية أي السلطة المختصة بتعديل الدستور وتحديدها، وذلك لحماية الدستور من خروج السلطة التأسيسية الفرعية على المبادئ الأساسية للدستور، وتبين تعديلات دستورية من دون مراعاتها للقيود الإجرائية المنصوص عليها في الدستور لإجراء التعديل، وكذلك عند وصفها في استعمال سلطتها التقديرية الواسعة، بناء عليه فإن مبدأ جمهورية الدستور يصبح بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التأسيسية الفرعية، وذلك إذا لم تخضع أعمالها لرقابة القضاء الدستوري، وعليه فإنه لا يكفي أن ينص الدستور على بيان ما يجب أن يكون عليه مضمون التعديل الدستوري، ولكن لا بد من توافر ضمانات تكفل احترام المبادئ فوق الدستورية، ولا شك أن ذلك لا يتحقق إلا بوجود رقابة فعالة على دستورية القوانين، ومن ثم فليست مهمة القضاء الدستوري التقليل من سلطة التعديل الدستوري (السلطة التأسيسية الفرعية) وإنما للتأكد من أنها كانت تعمل في النطاق الذي سمح بها الدستور.

وتأسيسًا على ما تقدم سوف نستعرض موضوع أساس رقابة القضاء الدستوري على التعديلات الدستورية على النحو الآتي:

المطلب الأول: موقف الدساتير من الرقابة على التعديلات الدستورية

تستند مهمة الرقابة على التعديلات الدستورية غير الدستورية إلى جهات قضائية، تتمثل في المحاكم على مختلف درجاتها: (العادية، الدستورية، الفيدرالية الدستورية والمحكمة العليا)، سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو موضوع التعديل.

ومن الدساتير ما يمنح المحاكم الدستورية سلطة رقابة التعديلات الدستورية غير الدستورية، ومنها ما يحظر الرقابة على التعديلات الدستورية، ومنها أيضًا التي لا تتضمن نصًا دستوريًا يتعلق برقابة التعديلات الدستورية غير الدستورية.

الفرع الأول: الدساتير التي تمنح المحاكم الدستورية سلطة رقابة التعديلات الدستورية:

إذا كان هناك نص في دستور الدولة، يتعلق باختصاص المحكمة الدستورية في مجال رقابة دستورية التعديلات الدستورية، فإن مثل هذه الرقابة تكون ممكنة، إذ تخول دساتير بعض الدول المحاكم الدستورية – صراحة- الاختصاص برقابة دستورية التعديلات الدستورية، ومنها: الدستور التركي لعام 1961م، وعام 1982م، ودستور رومانيا لعام 1991م.

أولًا: دستور تركيا لعامي 1961م و1982م.

تنص المادة 147 من الدستور التركي لعام 1961م وفقًا لتعديل عام 1971م على أن: "المحكمة الدستورية التركية بمقدورها رقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية". وقد أصدرت المحكمة الدستورية التركية خلال الفترة الممتدة من 1971م إلى 1980م، خمسة قرارات تتعلق برقابة دستورية التعديلات الدستورية.

ينظّم الدستور التركي لعام 1982م أيضًا الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، حيث تنصّ الفقرة الأولى من المادة 148 من هذا الدستور – صراحة- على تخويل المحكمة الدستورية سُلطة رقابة التعديلات الدستورية، ومع ذلك يلاحظ أن نص هذه الفقرة يُقصر الرقابة القضائية على شكل التعديلات الدستورية.

وفي ظل دستور 1982م، لم تُتح الفرصة للمحكمة الدستورية التركية الفصل في دستورية التعديلات الدستورية إلا مرة واحدة.

ثانيًا: دستور رومانيا 1991م

تبنى الدستور الروماني شكل الرقابة القبلية أو الرقابة الوقائية على دستورية التعديلات الدستورية، حيث تمنح الفقرة الأولى من المادة 144 في شكلها الأصلي من دستور 1991م – التي أصبحت في الوقت الحاضر الفقرة الأولى من نسخة 2003م من الدستور– المحكمة الدستورية سُلطة "الفصل في مقترحات تعديل الدستور"؛ ولذلك يجب على البرلمان – قبل أن يبدأ إجراء تبني تعديل دستوري- أن يُحيل مشروع التعديل إلى

المحكمة الدستورية التي يجب أن تفصل في مدى مشروعيته خلال عشرة أيام من تاريخ الإحالة، ولا يصحُّ طرح اقتراح تعديل – أو تنقيح- الدّستور على البرلمان إلاّ بقرار من المحكمة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المحكمة الدستورية الرومانية قامت برقابة دستورية قبلية لمقترحات تعديل الدستور في الأعوام 1996م، 2000م، 2003م.

وقد فشلت مقترحات تعديل الدستور في عام 1996م و2000م في استكمال الإجراءات التشريعية، لأنها لم تستوفِ المتطلبات الدستورية اللازم توافرها لتعديل الدستور، وقد قامت المحكمة الدستورية في عام 2003م بمراقبة دستورية الاقتراح التشريعي الثالث بتعديل الدستور، وخلصت المحكمة الدستورية من جراء هذه المراقبة – في قرارها رقم 148 الصادر في 16 أفريل 2003م- إلى إعلان أن بعض نصوص هذا الاقتراح التشريعي غير دستورية، استنادًا إلى أنها تشكل تجاوزًا للقيود المفروضة على التعديلات الدستورية، وفقًا لما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 148 من دستور رومانيا لعام 1991م؛ وقد قام البرلمان لاحقًا بمناقشته والموافقة على النص المقترح الذي تم تعديله وفقًا لقرار المحكمة الدستورية، ولكن بعد موافقة البرلمان، وقُدم طعن على دستورية هذا التعديل بطريقة اعتراض عدم الدستورية.

غير أن المحكمة الدستورية رفضت –في قرارها رقم 686 الصادر في 30/ 9/ 2003م– هذا الاعتراض مستندة إلى أنها لا تتمتع باختصاص لرقابة التعديلات الدستورية بعد موافقة البرلمان عليها.

وما يمكن استنتاجه أن الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية ممكنة في رومانيا، ولكن فقط في إطار الرقابة القبلية لمقترحات التعديلات الدستورية، وأن الرقابة البعدية للتعديلات الدستورية بعد صدورها من البرلمان غير ممكنة.

الفرع الثاني: الدساتير التي تحظر الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية.

إذا ما تضمن الدستور حظرًا صريحًا للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فإن هذه الرقابة تصبح بطبيعة الحال مستحيلة.

إن المادة 368 من الدستور الهندي تحظر صراحة الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، وفق ذلك ينص البند الخامس من ذات

المادة على أنه لا يجوز وضع أي قيد على السلطة التأسيسية للبرلمان في تعديل الدستور في ظل هذه المادة بطريق الإضافة أو التغيير أو الإلغاء.

ومع ذلك فقد أخضعت المحكمة العليا الهندية في قضية "Minerva Mills" التعديل الـ: 42 للدستور لرقابتها القضائية، وتوصّلت المحكمة إلى أن هذا التعديل غير دستوري، لأنه يُشكل انتهاكًا "للهيكل الأساسي للدستور".

غير أن الرأي الذي تبنته المحكمة في القضية السابقة، محل جدل ونقاش يدور حول أن المحكمة الدستورية يجب ألا تتدخل لمراقبة التعديلات الدستورية غير الدستورية، ما لم يكن هناك شك في أن المشرع قد تجاوز صلاحياته، وهناك قد يقال إن المحكمة ربما تميل إلى إصدار قرارات قضائية تحد فيها من سلطة البرلمان المنتخب ديمقراطيًا، أو تحد بها من صلاحيات الحكومة.

إن المحكمة الهندية لا تتمتع باختصاص الفصل في دستورية التعديلات الدستورية، واستخدمت اختصاصًا لا تملكه في الواقع، كما اغتصبت المحكمة العليا الهندية أيضًا سُلطة تعديل الدستور، لأن هذه السلطة لم يمنحها المؤسّس الدستوري إلا للبرلمان بموجب المادة 368 من دستورها.

الفرع الثالث: الدساتير التي تتضمن نصًا دستوريًا يتعلق برقابة التعديلات الدستورية

إن الدستور يمكن أن يلتزم الصمت إزاء مسألة الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، عكس الدساتير المذكورة سابقًا، فإن الدساتير التي هي محل الدراسة لا تتضمن نصاّ يتعلق بالرقابة القضائية سواء بالإباحة أو الحظر على دستورية التعديلات الدستورية، على سبيل المثال: الدستور النمساوي لعام 1920م، الدستور الفرنسي لعام 1958م، القانون الأساسي الألماني لعام 1949م، الدستور المجري لعام 1949م، الدستور الهندي لعام 1950م (قبل عام 1970م)، الدستور الأيرلندي لعام 1937م، الدستور السلوفيني لعام 1991م، الدستور التركي لعام 1961م (قبل عام 1971م)، الدستور الأمريكي، والدستور المصري (المُلغى) لعام 1971م، حيث لا تنص الدساتير في هذه البلدان على مسألة ما إذا كانت المحاكم الدستورية أو المحاكم العليا مختصة برقابة دستورية التعديلات الدستورية.

وعندما يلتزم الدستور الصمت – كما ذكرنا سابقًا- بخصوص مسألة الرقابة القضائية على دستورية التعديلات الدستورية، فيجب التمييز بين الأنموذجين الأمريكي والأوروبي بشأن ذلك.

ففي الدول التي تعتمد الأنموذج الأمريكي للرقابة القضائية، يمكن لأصحاب الشأن الطعن في دستورية أحد التعديلات الدستورية أمام المحاكم والمحكمة العليا، باعتبارها الملجأ الأخير في رقابة دستورية التعديلات الدستورية، من خلال دعوى تتعلق بالتعديل الذي يخالف الإجراءات التي يُحدِّدها الدستور للتعديلات الدستورية، أو بموضوع هذا التعديل إذا كان يشكل انتهاكًا للقيود المفروضة على التعديلات الدستورية.

إن قيام المحاكم أو المحكمة العليا بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها في هذه الحالة، يعني أنها تبسط رقابتها على التعديل الدستوري المطعون فيه.

ولذلك فإن دستورية التعديلات الدستورية يمكن مراقبتها بواسطة المحاكم – في ظل الأنموذج الأمريكي للرقابة القضائية- حتى لو كان الدستور لا يخول المحاكم صراحة مثل هذا الاختصاص، ويعود ذلك أن المحاكم في غنى عن ترخيص صريح من الدستور للقيام بهذه المهمة، لأن كل المحاكم تتمتع بسلطة النظر في الدعوى المتعلقة بدستورية التعديلات الدستورية في ظل هذا النظام للرقابة القضائية.

وبالفعل يمكن القول إن دستورية التعديلات الدستورية قد خضعت للرقابة في قضايا متعددة في الدول التي تأخذ بالأنموذج الأمريكي، كالولايات المتحدة الأمريكية، أيرلندا الشمالية، والهند، وقد رُفعت فعلًا دعاوى أمام كل محكمة عليا في الدول المذكورة، كما رفضت كل من المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة العليا الإيرلندية الدعاوى المرفوعة أمامها في هذا السياق، وأيدتا دستورية التعديلات المطعون فيها المرفوعة أمامها، وفي المقابل، قبلت المحكمة العليا الهندية في بعض الدعاوى المرفوعة أمامها حجم المدعين، وأعلنت عدم دستورية بعض التعديلات الدستورية، ولا شك أن رفض الأسس أو قبولها التي تستند عليها هذه الدعاوى تتضمن إعمالًا للرقابة القضائية على التعديلات الدستورية.

أما بالنسبة للدول التي تعتمد النموذج الأوروبي:

تتمتع محكمة واحدة متخصصة (المحكمة الدستورية) باختصاص الرقابة أو الفصل في

دستورية القوانين، ولكي تبسط سُلطتها الرقابية على دستورية التعديلات الدستورية، يستلزم أن ينص الدستور على هذه الرقابة بالنسبة للدول التي تعتمد الأنموذج الأوروبي للرقابة القضائية.

وحتى إذا كان الدستور لا يحظر - صراحة- الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، فإن هذه الرقابة تظل غير ممكنة ما دام لا يوجد نص دستوري يخول المحكمة الدستورية – صراحة- الاختصاص بهذه المهمة. ويرجع السبب في ذلك إلى أن المحاكم الدستورية تعد محاكم مختصة، ولا تتمتع باختصاص قضائي عام؛ أي رقابة كل القواعد والأعمال القانونية، ولكن فقط تلك القواعد والأعمال التي خوّل الدستور هذه المحاكم – صراحة- الاختصاص برقابتها، هذا، وإذا كان الدستور قد التزم الصمت إزاء مسألة اختصاص المحكمة الدستورية برقابة التعديلات الدستورية، فمعنى ذلك أن المحكمة الدستورية لا تتمتع باختصاص رقابة دستورية التعديلات.

إن الأعمال التي لم يشملها هذا التعداد الصريح مثل التعديلات الدستورية، تكون مستبعدة من حقل الأعمال الخاضعة لرقابة المحكمة الدستورية.

المطلب الثاني: موقف الفقه من الرقابة على لتعديلات الدستورية

اختلف الفقه الدستوري بين مؤيّد ومعارض، فيما يتعلق بخضوع السلطة التأسيسية المنشأة لرقابة مدى احترامها للإجراءات والقيود التي وضعتها السلطة التأسيسية الأصلية من أجل تعديل الدستور، وقد ساق كل منهما الحجج والمبررات التي يدعم بها رؤية، وكذلك بيان فيما إذا كان هناك نص دستوري يسمح للقضاء الدستوري بأن يباشر رقابته على التعديلات الدستورية، لذلك سوف نستعرض آراء الفقهاء حول اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الرأي الرافض لرقابة التعديل الدستوري.

ذهب جانب من الفقه الدستوري إلى معارضة أن تكون رقابة التعديلات الدستورية مما يدخل في اختصاص القضاء الدستوري، وأنكر على هذا القضاء مد اختصاصه الرقابي إلى التعديلات الدستورية باعتبارها تخرج عن حدود ما هو مخول له قانونًا من اختصاص بالرقابة على دستورية القوانين أو التشريعات.

حيث يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن تخويل القضاء الدستوري الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية في ظل عدم وجود نص صريح يخوله ذلك والقول بانضواء هذه التعديلات في معنى القوانين التي تخضع لرقابة القضاء الدستوري غير منطقي للاختلاف القائم بين التعديلات الدستورية والقوانين العادية، وذلك سواء من حيث موضوعها إذ تتناول التعديلات الدستورية على عكس القوانين العادية تقرير الحقوق والحريات وتنظيم السلطات العامة، أو من حيث إجراءات سن كل منهما إذ يتطلب وضع التعديلات الدستورية خلافًا للقوانين العادية إجراءات أكثر صرامة وتعقيدًا، أو من حيث السلطة المختصة بإقرارها إذ يعود الاختصاص بإقرار التعديلات الدستورية دون القوانين العادية إلى السلطة (التأسيسية وحدها التي لا معقب عليها)[1].

وبما أن السلطة التأسيسية هي صاحبة الاختصاص الأصيل بممارسة السيادة سواء من حيث وضع الدستور أو تعديله، وهو ما يسوغ لها وضع القيد وكذلك تعديله، الأمر الذي يحول دون السماح لسلطة أخرى أوجدتها وهي القضاء الدستوري أن تتولى الرقابة على ما تسنه من قواعد دستورية لما في ذلك من اعتداء سلطة مؤسسة تعد فرعًا – وهي القضاء الدستوري – على سلطة تأسيسية تعد أصلًا – وهي سلطة التعديل – مما يشكل خطرًا (على فكرة الأمن القانوني)[2].

هذا ويرى معارضو الرقابة على التعديل الدستوري، أنه إذا كان الدستور يمكنه أن يحدد من بين قواعده تلك التي يمكن أن تُعدّل عن طريق الشعب، وتلك التي يمكن أن تعدل من قبل البرلمان المؤسس والمؤهل في ذلك من قبل الشعب، ويؤسس بذلك تدرجًا بين القواعد التي يمكن أن تعدلها السلطة التأسيسية وتلك التي يمكن أن تعدلها السلطة المؤسسة[3]، إلا أن الدستور لم يقم مثل هذا التمييز ضمن القواعد المتعلقة بتعديله، وعليه لا يمكن التمييز بين البرلمان المؤسس والشعب المؤسس[4].

ومن جهة أخرى نرى لا يمكن تصور وجود قواعد أسمى من الدستور التي يخضع التعديل الدستوري لاحترامها تحت رقابة القضاء الدستوري. توجد مثل هذه الفكرة التي مفادها وجود قواعد سامية، في الدستور الأردني، الكويتي، وهو ما يؤدي إلى اعتبار أن الشعب ليس

هو صاحب السيادة الحقيقي، لأنه خاضع لاحترام القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، ويتولى القاضي الدستوري مهمة الرقيب والمفسّر لها. لا يمكن إذن أن تكون هناك رقابة على التعديل الدستوري حسب هذا الاتجاه الفقهي، إلا إذا اعترفنا بوجود ضمن الدستور ذاته قواعد تسمو عليه.

وتعود استحالة الرقابة إلى تميّز قواعد الدستور والتعديلات التي يمكن أن تجرى عليه عن غيرها من القواعد القانونية، من حيث مضمونها إذ تحتوي قواعد تتعلق بتنظيم الدولة وتوزيع الاختصاصات على مختلف السلطات وأخرى تتعلق بحقوق وحريات الأفراد. كما يتميز أيضًا التعديل الدستوري بتعقيد إجراءات إعداده، ومن حيث صاحب إعداد التعديل المتمثل في السلطة التأسيسية الفرعية التي تؤسسها هي الأخرى السلطة التأسيسية الأصلية. يبدو أنه من غير المعقول حسب هذا الاتجاه أن يخضع المؤسس كالمشرع العادي أو كالسلطات المؤسسة للرقابة، فمن بين وظائف المؤسس أن يعدل الدستور بحرية مطلقة وبدون أن تمارس عليه أيّ رقابة[5].

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه إذا كان هناك بالإمكان وبصفة استثنائية أن تمارس رقابة على التعديل الدستوري، فلا يمكن تصوّرها إلا بالنسبة للتعديل الذي يتم بدون اللجوء إلى الاستفتاء، فيمكن أن تمارس الرقابة على التعديل الذي يعرض على البرلمان، والذي يتم فيه التصويت على التعديل وفقًا للأغلبية المطلوبة[6].

وبرأي الباحث أن السبب الذي يمنع المحكمة الدستورية في الأردن في رقابة التعديلات الدستورية، يكمن في أن الدستور لم يخوّل المحكمة الدستورية هذه الصلاحية. وعليه فإذا كان القانون يخضع لرقابة الدستورية، إلا أنها جاءت أي كلمة "قانون" بمفهوم ضيق، أي يقتصر على القانون العادي، وعليه لا يمكن أن تمتد رقابة دستورية القوانين إلى التعديل الدستوري.

وهنا يجب الإشارة إلى أن هناك رأي من الفقه[7] يدحض هذه المبررات التي تمنع رقابة التعديل الدستوري، حيث يروون أن اصطلاح القوانين أو التشريعات الوارد في النصوص المنظمة لاختصاص القضاء الدستوري جاء عامًا ومطلقا والقاعدة الأصولية أن العام يعمل به على عمومه ما لم يرد ما يخصصه والمطلق يعمل به على إطلاقه ما لم يرد ما يقيده، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يمنع من الأخذ بالمفهوم الواسع لمعنى تلك القوانين

والتشريعات بحيث تنصرف إلى القوانين الصادرة بالتعديلات الدستورية وذلك بغض النظر عن إجراءات إقرارها أو مرتبتها في سلم تدرج القواعد القانونية أو نوعية الموضوعات التي تتناولها، إذ إن ذلك كله لا يغير من انضوائها في المعنى العام للقوانين أو التشريعات.

الفرع الثاني: الرأي المؤيد لرقابة التعديل الدستوري

إن سلطة التعديل الدستوري سلطة من الناحية القانونية مشروطة أو مقيدة، في تبني فكرة تقييد التعديل الدستوري، هذا التقييد يرد على الاختصاص في التعديل وإجراءاته بحيث لا يمكن أن يتم الشروع فيه إلا بإتباع أشكال معينة، كما يمكن أن يمتد التقييد ليشمل الأحكام الموضوعية"[8].

هناك من الفقه من يؤيد إمكانية الرقابة على إجراءات التعديل الدستوري ويرفض بالمقابل أن تمتد الرقابة إلى موضوعه[9]، فعليه مجرد أن تحترم سلطة التعديل الدستوري القواعد الشكلية التي وضعها المؤسس، فيمكنها أن تعدل الدستور كما تشاء[10]. ولما يرى في ذلك من فائدة تتمثل في التأكد من التزام نواب الشعب أو السلطة التأسيسية المنشأة (سلطة تعديل الدستور) بالضوابط والقيود المقررة في الدستور لتعديل بعض نصوصه. كما يرى أصحاب هذا الرأي إلى أن مبدأ الشرعية ومفهوم الدولة القانونية يأتي مبررًا وأساسًا سليمًا لخضوع السلطة التأسيسية المنشأة للقيود التي فرضتها السلطة التأسيسية الأصلية لتعديل الدستور. ذلك أن من مقومات مبدأ المشروعية تنظيم رقابة قضائية على سائر أعمال السلطات العامة في الدولة للتأكد من احترامها لهذه المشروعية، مما يتطلب الاعتراف للقضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية لضمان التزام سلطة تعديل الدستور بالضوابط والقيود المقررة في الدستور لإجراء تلك التعديلات، وإلا فما فائدة وضع ضوابط وقيود لممارسة سلطة التعديل لاختصاصها إذا كانت مخالفة هذه الضوابط والقيود لا يقابلها جزاء قانوني[11].

إن النصوص المنظمة للقضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين لا تمنعه من مد اختصاصه إلى الرقابة على التعديلات الدستورية لورود اصطلاح القوانين الخاضعة لرقابته دون تحديد لهذه القوانين أو تخصيصها بنوع معين منها مما يسوغ معه اندراج قوانين التعديلات الدستورية في

المعنى الواسع لاصطلاح القوانين التي تخضع لتلك الرقابة لا سيما وأن إجراءات إصدار هذه التعديلات لا تختلف كثيرًا عن إجراءات سن القوانين العادية فهي جميعًا تعد عملًا تشريعيًا للبرلمان الأمر الذي لا يوجد معه ثمة ما يمنع من إخضاعها كلها إلى اختصاص القضاء الدستوري للتحقق من مشروعيتها ومدى احترامها للضوابط والقيود المنصوص عليها في الدستور.

إن فكرة الدولة القانونية تقتضي خضوع كافة المواطنين حكامًا ومحكومين للقواعد القانونية النافذة التزامًا بمبدأ المشروعية، وبالتالي فإنه إذا ما أصدرت السلطة التشريعية قانونًا يتعارض مع قواعد الدستور فإن القاضي الدستوري لا يتردد في الحكم بعدم دستورية هذا القانون ويكون لهذا الحكم حجيته في مواجهة السلطة التشريعية ويمثل لها مانعًا دستوريًا لمعاودة إصداره طالما لم يتم تطهيره مما علق به من عيب دستوري، وذلك دون أن يمتد هذا الالتزام بالحجية إلى سلطة تعديل الدستور التي يمكنها التحايل على حكم القضاء الدستوري، وتبني تلك النصوص التشريعية المقضي بعدم دستوريتها وإصدارها في صورة تعديل دستوري، وعندئذ ستمثل الرقابة على التعديلات الدستورية ضمانة هامة لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية للحيلولة دون التحايل على الموانع الدستورية الناتجة عن قرار وأحكام القضاء الدستوري[12].

وفي تقدير الباحث أن هذا الرأي الفقهي يفضل عن سابقه وكما أسلفنا لقوة الأسانيد التي أبداها لتعزيز رأيه التي تدور في مجملها حول الحفاظ على المشروعية الدستورية وكفالة الحقوق الأساسية والحريات العامة بحسبان أنه إذا كانت هناك سلطة ذات سيادة مطلقة خارج إطار الدستور وهي السلطة التأسيسية الأصلية مما لا يمكن إخضاعها لأي رقابة، فإنه في المقابل لا يمكن التسليم بوجود سلطة ذات سيادة مطلقة داخل إطار الدستور كما هو الشأن بالنسبة للسلطة التأسيسية المنشاة أو سلطة تعديل الدستور التي تستمد وجودها من الدستور نفسه. ويتعين عليها بالتالي الالتزام في أداء وظيفتها بالقيود والضوابط المنصوص عليها في الدستور، وضمان عدم إخلالها بذلك لا يتأتى بغير إخضاعها لرقابة القضاء الدستوري وإلا ظلت مخالفتها لتلك القيود والضوابط بلا جزاء قانوني وهو ما يتعارض مع مبدأ المشروعية وفكرة دولة القانون، ولهذا فإننا لا نتردد من حيث المبدأ في

الانضمام إلى الفقه المؤيد لاختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية، بيد أنه ينبغي في نظرنا أن يتم ذلك بموجب نص صريح يخول هذا القضاء الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية منعًا لأي جدل قد يثور حول مسألة على هذا القدر من الأهمية لا سيما وأن الأصل في قواعد الاختصاص القضائي أن الاختصاص لا يفترض.

هذا وقد استند الفقه الفرنسي[13] في إمكانية رقابة المجلس الدستوري الفرنسي على التعديلات الدستورية، على الحجج التالية:

حيث يرى هؤلاء أنه مهما تكن خصوصيات التعديلات الدستورية، فهي تبقى من الناحية الشكلية قوانين. تتأسس هذه الحجة على الفقرة الأخيرة من المادة 92 من الدستور الفرنسي، إذ ورد فيها بصورة صريحة أن الدستور في حد ذاته يعد قانونًا إذ جاء فيها: ينفذ هذا القانون بمثابة دستور الجمهورية والمجتمع[14]. يكون بذلك المؤسس قد كيّف الدستور بـ "قانون".

هذا ولا تقتصر الرقابة حسب هذا الاتجاه الفقهي على التعديلات التي يوافق عليها البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين على شكل مؤتمر، إنما يمتد إلى التعديلات التي تتطلب الموافقة عليها من قبل الشعب عن طريق الاستفتاء، لأن مشروع التعديل يعرض على موافقة البرلمان[15].

و يحاول البعض الآخر من الكتاب أن يبرهن أن السلطة المخولة التعديل الدستوري هي سلطة مؤسسة، وبالتالي خضوعها للرقابة من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية:

فحسب هؤلاء عندما يتصرف الشعب باعتباره سلطة مؤسسة، يجب أن يخضع للحدود الموضوعية التي وضعها الدستور، لأن في الحالة العكسية يؤدي ذلك إلى الخلط بين السلطة المؤسسة الأصلية والسلطة المؤسسة الفرعية، فعندما قبل الشعب أن يخضع لقيود، كان قصده أن يلتزم بذلك في حالة ما إذا تم اللجوء إلى الأحكام المنصوص عليها في الدستور لتعديل هذا الأخير. ولا يعد ضمان احترام هذه الأحكام مساسًا بالسيادة، ولكن بالعكس يؤدي إلى احترام إرادة الشعب المعبّر عنها في الدستور[16]، فينبغي أن يشكل التعديل الدستوري درعًا للدستور، وليس سلاحًا موجهًا ضده[17].

و يرى الباحث ضرورة التمييز والاعتراف بوجود تدرج بين السلطة التأسيسية والسلطات

المؤسسة، بما فيها السلطة المخولة التعديل الدستوري أي السلطة التأسيسية الفرعية، ولا يوجد أي مبرر لاستثناء هذه الأخيرة من النتيجة المترتبة عن التمييز بين السلطة التأسيسية والسلطات المؤسسة، فتعد سلطة التعديل سلطة مفوّضة مؤهلة من قبل الدستور وبالتالي تدخل في صنف السلطات المؤسسة التي تخضع للدستور.

المطلب الثالث: مدى دستورية التعديلات الدستورية.

تتأسس عملية الرقابة على التعديلات الدستورية على أساس التمييز بين السلطة التأسيسية الأصلية (المُنشئة للدستور) وبين السلطة التأسيسية المشتقة[18]. ويطلق عليها اسم "السلطة التأسيسية أو المؤسسة ويمكن تعريف السلطة التأسيسية بوجه عام بأنها: "هيئة ذات صلاحية دستورية، تملك صلاحية وضع دستور أو تعديل الدستور النافذ؛ الأولى تتولى مهمة وضع دستور جديد للدولة، ويطلق عليها اسم "السلطة التأسيسية الأصلية"، والثانية تختص بتعديل الدستور القائم، وتعرف بـ "السلطة التأسيسية للمنشأة أو المشتقة، ومن ثم تختلف سلطة التعديل الدستوري عن السلطة التأسيسية[19]، التي تقوم بوضع الدستور وليس بتعديله. فلا تنقلب سلطة التعديل إلى سلطة وضع دستور جديد ومن أهم نتائجه، عدم دستورية ما تقوم به الثانية (السلطة التأسيسية المشتقة) من أعمال، من شأنها انتهاك الحدود التي رسمتها الأولى (السلطة التأسيسية الأصلية) بخصوص تعديل الدستور، وسواء أكانت هذه الحدود حدودًا إجرائية أو حدودًا موضوعية[20].

فالأصلية سلطة تتمتع بالاستقلالية والسيادة المطلقة بالنظر إلى سلطتها التقديرية الواسعة في وضع المعمار الدستوري للنظام السياسي ككل[21]. وهي سلطة لا تخضع في ممارستها لأي قاعدة سابقة الوجود على هذه الممارسة. بحيث تضع الدستور ابتداءً ثم تنحل ولا يعود لها وجود، ويعتبر الدستور نافذًا بمجرد إقراره من السلطة التأسيسية وفق أحكام إنشائها. وهي ملك للشعب يمارس بنفسه عن طريق الاستفتاء الدستوري أو عن طريق اختيار جمعية تأسيسية نيابية أو منتخبة لتقوم بوضع الدستور نيابة عن الشعب، ومع انتشار أفكار الديمقراطية المباشرة تم الجمع بين الجمعية التأسيسية وأسلوب الاستفتاء الشعبي باعتباره أكثر الأساليب ديمقراطية. ومثاله: دساتير الولايات المتحدة الأمريكية ومنه دستور 1776 الذي جاء في

ديباجته: "نحن شعب الولايات المتحدة نصدر هذا ونقرره".[22].

وتوصف هذه السلطة بأنها "أصلية" تتمتع بسلطة تقديرية واسعة ومطلقة في وضع النصوص الدستورية. سواء في أعقاب قيام الدولة ذاتها أو في حالة تغيير نظام الحكم في دولة قائمة على إثر ثورة أو انقلاب، أو إثر تحول في توجهات النظام السياسي. ويطلق عليها اسم (المُنشئة) للدستور تستطيع أن تهجر نظام الحكم الملكي وتتبنى النظام الجمهوري أو العكس، كما تستطيع أن تتبنى الصورة التي تحلو لها من صور الديمقراطية كنظام للحكم، وتستطيع أن تستبدل النظام البرلماني بالنظام الرئاسي، أو العكس، وبإمكانها أن تأخذ بالأيديولوجية السياسية والاقتصادية التي تروق لها، فتتبنى النظام الليبرالي الحر، وتهجر سياسة التدخل والحماية، أي تأخذ بالرأسمالية بدلًا من الاشتراكية، أو العكس؛ وباختصار شديد، فإن هذه السلطة تتمتع بحرية مطلقة في اعتناق ما تراه مناسبًا وملائمًا لظروف الدولة[23].

وأما السلطة التأسيسية المنشأة أو الفرعية فهي سلطة تنشأ بموجب أحكام الدستور تمارس مهمة تعديل الدستور في إطار ما رسمته لها السلطة التأسيسية الأصلية بصلاحيات مقيدة وسلطة محدودة، وذلك لأنها تتقيد في عملها بالنطاق الذي حدده لها الدستور الذي أنشأها، وتلتزم بما رسمه لها من إجراءات[24]، وبالتالي فهي مقيدة بالنصوص الدستورية القائمة بالدولة، واختصاص هذه السلطة يكون ضمن إطار محدد لها[25]. وليس لها قيمة بذاتها، إلا بقدر مما تعبر عن الإرادة المطلقة للسلطة التأسيسية الأصلية[26].

مما سبق نكون أمام وجود تدرج بين السلطة التأسيسية الأصلية وبين سلطة التعديل الفرعية ليست ذات طبيعة شكلية أو إجرائية فقط وإنما ذات طبيعة وأسس موضوعية أيضًا، مما يسمح بإحداث تمايز كبير بين كون الدستور تعبيرًا مباشرًا عن صاحب السيادة، وبين كونه تعبيرًا عن ممثلي أصحاب التعديل، وهم نواب البرلمان أو رئيس الجمهورية باعتبارهما سلطة تعديل بموجب أحكام الدستور. فالشعب لا يكون صاحب سيادة مطلقة إلا عندما يمارسها بنفسه أي عندما يباشر اختصاصه باعتباره سلطة تأسيسية أصلية وليس سلطة تأسيسية منشأة.

ولعل أهم نتيجة لهذا التمييز إقرار الفقه الدستوري قيام تدرج بين إعمال السلطة التأسيسية

الأصلية والفرعية، لأن سلطة التعديل سلطة مفوضة ومقيدة ومعرفة بواسطة سلطة التأسيس، وهو الاتجاه الراجح في الفقه والقضاء.

المبحث الثاني نطاق رقابة القضاء الدستوري على التعديلات الدستورية

بعد بيان الأساس القانوني لرقابة التعديلات الدستورية، يجب علينا بيان تحديد مدى الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، فإلى أي مدى يتسع نطاقه ومجال رقابة القضاء الدستوري للتعديلات الدستورية؟ فهل تراقب السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية فقط؟ أم يمتد مجال ونطاق الرقابة إلى مضمون وموضوع الرقابة الدستورية؟

تتجه الدساتير إلى وضع ضوابط وقيود على إجراءات تعديلها والسلطة التي تقوم بذلك، كل ذلك حفاظًا على وثيقة الدستور التي تمثل أسمى القواعد القانونية في الدولة.

المطلب الأول: مفهوم المبادئ فوق الدستورية ومدى شرعيتها ومشروعيتها

المبادئ فوق الدستورية، هي قواعد دستورية تعطى للدستور، بوصفها قواعد تمس قضايا كبرى ومصيرية، وذات أبعاد استثنائية في الدولة، وتتعلق بحقوق ومصالح ومستقبل كل فئات الشعب دون استثناء، حصانةً استثنائية تجاه التغيير والتعديل. تفوق الحصانة التي تُعطى لغيرها من قواعد الدستور، بحيث يكون تعديلها أو تغييرها أو إيقافها، نتيجة تعديل الدستور أو تغييره أو تعطيله، أمرا بالغ الصعوبة على السلطات الحاكمة، إن لم يكن مستحيلًا، فيصبح لدينا – بالنتيجة- قواعد دستورية أكثر سموًا من قواعد الدستور الأخرى، التي- بدورها- أسمى من القوانين العادية لا يُشترط في المبادئ فوق الدستورية أن تكون قواعد موجودة في صلب الدستور، بل قد تكون وثائق مستقلة عنه، كإعلانات الحقوق يتم إلحاقها به، ومنحها الحصانة اللازمة كمبدأ أعلى.، وما يمنح المبادئ فوق الدستورية صفتها تلك، هو مستوى الحصانة التي تُعطى لها في الدستور.

وتشمل المبادئ فوق الدستورية القواعد فوق الدستورية العالمية، وهي التي تحظى باعتراف معظم دول العالم، دون خلاف، وترتبط بحقوق ثابتة ومستقرة للبشر، كحقوق الإنسان، والحريات العامة، والمساواة بين المواطنين، وإعلانات الحقوق هي المثال الأبرز لها، كما تشمل القواعد الدستورية

الوطنية، أو الخاصة بالدولة صاحبة العلاقة، التي ترتبط ارتباطًا وثيقًا بتجربتها، وحاجاتها؛ فلكل تجربة خصوصيتها، وهواجسها التي تميزها عن تجارب الآخرين

وعليه فهناك وجود جملة من المبادئ التي تسمو على الدستور وتهيمن على أحكامه، وهذه المبادئ يمكن أن تجسد روح الدستور التي يجري استخلاصها موضوعيًا، بحيث تصبح النصوص جميعها منظومة واحدة وجدت لتطبق في تناغم وتكامل[27]، وهي مبادئ تكون أعلى رتبة ومنزلة من الدستور نفسه؛ تمس قضايا كبرى ومصيرية في أي مجتمع سياسي وتتمتع بحصانة استثنائية تجاه التغيير والتعديل، تفوق الحصانة التي تُعطى لغيرها من قواعد الدستور، بحيث لا يكون تعديلها أو تغييرها أو إيقافها، لما لها من صفة الإطلاق والدوام والسمو، ويجب على واضعي الدستور الالتزام بها وعدم المساس بها أو الحياد عنها. وتأتي في مقدمة هذه المبادئ مبادئ حقوق الإنسان وحرياته الأساسية المعترف بها دوليًا بكافة الوثائق الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان. بغض النظر عن محتواها أو جوهرها، بحيث يكون لهذه الوثيقة مكان الصدارة في البناء القانوني للدولة، وهذا ما يترتب عليه وجود التدرج التشريعي بحيث يغدو هذا التدرج على أربع درجات: الأولى هي: القواعد فوق الدستورية، والثانية التشريع الدستوري، والثالثة التشريع العادي، والرابعة التشريع الفرعي أو اللائحي[28].

وعليه فقد أصبحت فكرة المبادئ العليا تحظى باهتمام فقهي وقضائي لا سيما في مجال اعتبارها كأساس قانوني للرقابة على التعديلات الدستورية، ولكن مع اختلاف في التفاصيل فبعض الفقه إلى اعتبار المبادئ العليا الداخلية التي تكون مستنبطة من داخل الوثيقة الدستورية، سواء كانت مستخلصة من القيود الموضوعية الواردة على سلطة التعديل، أو مستفادة من إقامة تدرج بين النصوص الدستورية أو كانت مستوحاة من فكرة الحقوق الطبيعية أو القيم العليا للمجتمع[29].

وفيما يتعلق بشرعية المبادئ ومشروعيتها فوق دستورية ظهر جدل في الفقه الدستوري وانقسم الفقه بدوره إلى اتجاهين:

حيث ذهب الاتجاه المؤيد والذي يتزعمه الفقيه الفرنسي ليون دوجي إلى تأييد فكرة وجود مبادئ وقواعد تعلو الوثيقة الدستورية ذاتها وتقيد المشرع الدستوري إذا ما أراد تعديل الوثيقة الدستورية،

وقد برر موقفه من أن التشريع بما فيه الدستور المكتوب الأعلى يجب أن يخضع لمبادئ دستورية عليها غير مكتوبة، وأن هذه المبادئ العليا تمثل قانونًا أعلى كان موجودًا قبل وجود الدولة ذاتها. وكأن الفقيه دوجي في سبيل دفاعه عن الحرية والحكم الديمقراطي اعتقد أن هناك قانونًا يفرض احترامه على الدولة وسلطتها التشريعية بل وأيضًا على السلطة التأسيسية واضعة الدستور ذاتها[30].

كما أن الدستور هو التعبير عن إرادة الأغلبية وليس كل الأمة، وبالتالي ليس بالضرورة أن يكون مُعبرًا عن كل فئات المجتمع لا سيما الأقليات العرقية والدينية والمذهبية أو ما شابههم، بالتالي ما المانع من وجود مبادئ فوق دستورية على درجة من السمو والدوام تكون مكملة لسد ذلك النقص الديمقراطي.

وفيما يتعلق بموقف المحكمة العليا الأمريكية التي ترى أن هناك مبادئ عليا غير مكتوبة أعلى من الدستور، يجب أن يلتزم بها المشرع في القوانين سواء قوانين فيدرالية أو قوانين الولايات، هذه المبادئ العليا تستمدها من القانون الطبيعي ومبادئ المذهب الفردي وكما يقول الفقيه أندريه هوريو هذه المبادئ غير المكتوبة هي المبادئ الفردية القديمة التي تنتمي للقانون الإنجليزي المستمد من الأعراف وفكرة العدالة الطبيعية أي "Common Law". وقد ساعد على هذه السياسة الفريدة إيجاز الدستور الأمريكي الشديد وعدم تحديد عباراته ومرونتها وهو ما سمح للمحكمة العليا الأمريكية بإدخال أفكارها عن المبادئ العليا تأسيسًا على فرضية أن الدستور قد اعتنقها ضمنًا[31].

أما الاتجاه الثاني المعارض لفكرة المبادئ فوق الدستورية؛ فقد استند على كون دستور البلاد هو المعبر عن إرادة الأمة وهو القاعدة الأعلى التي تعلو على كل القواعد في البلاد وهو في ذات الوقت مصدر الشرعية لكل القواعد القانونية الأدنى منه، هذا المبدأ في حد ذاته يتعارض مع وجود مبادئ أو قواعد فوق دستورية.

ومهما كانت موضوعات هذه المبادئ فهذا لا يعتبر سببًا لمنع تعديلها إذا أحيانًا يكون التعديل ضروريًا لتطويرها لمواكبة التطورات في ذات مجال موضوعها، فتعلق موضوعاتها بالمبادئ الإنسانية لحقوق الإنسان لا يمنع تطويرها من وقت لآخر بما يتناسب والتطور في هذا المجال، ففي 1 مارس 2005 تم تعديل ديباجة الدستور الفرنسي لسنة

1946 وذلك بالتعديل الدستوري رقم 205 – 2005 لتضمينه شرعة البيئة لسنة 2004[32].

كما أن أخطر ما يترتب على هذا النوع من القواعد خلق نوع من عدم الاستقرار في البلاد يشكل دافعًا للثورات والاضطرابات داخل البلاد. وفي ذلك يقول العلامة عبد الرزاق السنهوري علينا أن نخشى ما يمكن أن يصيب التشريع (إذا نحن عمدنا من استخلاص المبادئ القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنده المذاهب، ثم جعلنا دستورية التشريع رهنًا بهذه المبادئ غير المستقرة)[33].

وقد تباين موقف القضاء في الدول المختلفة من فكرة المبادئ فوق الدستورية إلا أنه وبوجه عام يمكن القول بأن الاتجاه العام للقضاء المقارن بشأن الرقابة على دستورية القوانين أنه لا يمكن وليس من السليم طبقًا لوظيفة ودور القضاء إبطال قانون أو الامتناع عن تطبيقه لمخالفته لمضمون مبدأ أعلى غير مكتوب في الدستور، إذ أن المرجعية في مدى دستورية القانون هي لنصوص المكتوب ذاته، والقول بغير ذلك يُخرج القاضي عن وظيفته القضائية القانونية، والاستثناء الوحيد الذي يذكره الفقه الدستوري يتمثل في موقف المحكمة العليا الأمريكية التي تؤمن في أحكامها في مجال الدستورية بهذه المبادئ التي تعلو الدستور ذاته[34].

بينما ذهبت المحاكم الدستورية في كل من إيطاليا وألمانيا إلى التزام حدود الرقابة على دستورية القوانين وقصر رقابتها على مدى تعارض القوانين مع نصوص الدستور وليس مع المبادئ العليا المستوحاة من الدستور، فالمحكمة الدستورية في كل من ألمانيا وإيطاليا لا تحكم على قانونا بعدم دستوريته إلا إذا خالف نصًا أو عدد من النصوص الصريحة في الدستور ذاته، وذلك حرصًا على تفهم دورها ووظيفتها كمحكمة قضايا لا تقوم بدور المشرع ولا تحكم على ملائمة القانون مما يخرجها عن عملها القضائي ويدخلها في مجال السياسة[35].

أما في الأردن يمكن القول هنا أن القضاء الدستوري في الأردن لا يزال متشددًا في هذا الصدد إذ أن التنظيم القانوني لطرق تحريك الدعوى الدستورية هو من الدقة والتحديد بحيث قفل الباب أمام احتمال استناد المحكمة الدستورية الأردنية على مبادئ دستورية عامة غير مكتوبة في دستور البلاد، بل أن المحكمة الدستورية ذاتها تفسر النصوص المتعلقة باختصاصها تفسيرًا ضيقًا مما يؤكد إدراكها لخطورة مهامها وحدود

اختصاصاتها، بالتالي فإن المحكمة الدستورية الأردنية تقضي بعدم قبول الدعوى الدستورية دون تردد وبصرامة إذا خولفت إجراءات وطرق اللجوء إليها مما يكشف حرص منها على حدود ولايتها.

وتجد نفس الاتجاه في فرنسا إذ لم يقبل المجلس الدستوري إطلاقًا تفسيرًا موسعًا لولايته، بحيث تشمل اختصاصًا عامًا لضمان احترام الدستور من كافة السلطات في الدولة، بل تحفظ تحفظًا شديدًا وحرص في أكثر من مناسبة على الالتزام الدقيق بحدود وظيفته الدستورية كما حددها الدستور والقانون الأساسي الذي ينظمه لا سيما بعد أن أقر بالقيمة الدستورية لمبادئ إعلان حقوق الإنسان ومبادئ مقدمة دستور 1964 والمبادئ الجمهورية الكبرى وهي كلها مبادئ أحالت إليها مقدمة دستور 1958 الحالي، فهي مصادر يعتبرها الفقه الفرنسي كافية كأساس لرقابة دستورية القوانين، ومن ثم الباب مغلق تمامًا عن التفكير في أي مبادئ أخرى تخرج عن هذه الوثائق المكتوبة[36].

المطلب الثاني: رقابة القضاء الدستوري للتعديلات الدستورية من حيث الشكل

تتمثل رقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية في التحقق مما إذا كانت الشروط المنصوص عليها في الدستور بشأن اقتراح ومناقشة وتصديق وإصدار هذه التعديلات الدستورية إذا ما تم استيفاؤها أم لا؟، أي يتأكد من التزام جهة التعديل الدستوري بالقيود الشكلية لإجراء التعديل الدستوري[37]. فكما رأينا أن الدساتير تتطلب لاستفاء التعديل الدستوري توافر أغلبية موصوفة، مثل أغلبية الثلثين أو ثلاثة أخماس من العدد الإجمالي لأعضاء البرلمان، إضافة إلى اللجوء إلى الاستفتاء وغيرها من الإجراءات الشكلية المعروفة.

ويشكل التحقق مما إذا كان التعديل الدستوري قد تم إجراؤه على نحو يتطابق مع هذه القواعد الإجرائية، ما يسمى بـ "رقابة السلامة الشكلية والإجرائية للتعديل الدستوري"، من ذلك مثلًا أنه إذا تبنى البرلمان تعديلًا دستوريًا بأغلبية ثلاثة أخماس العدد الإجمالي للأصوات، بينما يتطلب الدستور موافقة ثلثي العدد الإجمالي للأصوات، فإن هذا التعديل الدستوري يكون مخالفًا للدستور

فيما يتعلق بالشكل، فهل يمكن للمحاكم الدستورية في هذه الحالة أن تراقب وتبطل مثل هذا التعديل؟.

يمكن الإجابة على ذلك بالإيجاب، ومن ثم يكون للمحاكم الدستورية بعد أن تعلن اختصاصها بالفصل ورقابة التعديل الدستوري، أن تشرع في فحص الرقابة الشكلية والإجرائية لهذا التعديل الدستوري، ولا يكون التعديل الدستوري صحيحًا وسليمًا إلا إذا كان قد تم تبينه على نحو يتماشى مع الشروط الشكلية والإجرائية المنصوص عليها في الدستور. مثلًا: عندما يتطلب الدستور أغلبية الثلثين من العدد الإجمالي لأعضاء البرلمان فإن التعديل الدستوري يكون غير مشروع، إذا كان قد تم تبينه فقط بالأغلبية المطلقة. وبالمثل عندما يتطلب الدستور مثلًا إجراء استفتاء شعبي للموافقة على التعديل الدستوري، فإنه يكون غير مشروع إذا ما تم إدخاله حيز التنفيذ دون إجراء هذا الاستفتاء الشعبي.

وتبعًا لذلك فإنه يكون بمقدور المحكمة الدستورية أن تفحص مدى مطابقة التعديل الدستوري للشروط الشكلية التي يتطلبها الدستور لإجراء التعديل، وإذا تبين للمحكمة أن هذا التعديل قد تم بالمخالفة لهذه القواعد، فإن المحكمة تعلن عدم دستورية التعديل، وقد تبنى هذه الاتجاه المحكمة العليا الأمريكية والمحكمة الدستورية التركية، فقد سلطت رقابتها على السلامة الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية. فقد أثيرت مسألة الرقابة على دستورية تعديل الدستور في الولايات المتحدة الأمريكية، بمناسبة تعديل دستور ولاية ((ماساشوست))، حيث قضت المحكمة العليا في هذه الولاية برفض إخضاع التعديل المقترح للاستفتاء الشعبي، بسبب مخالفة التعديل المقترح لحرية الصحافة وحرية الرأي.

وتجدر الإشارة في نفس المسألة إلى موقف المحكمة الدستورية التركية، حيث احتلت مسألة الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية مكانة مهمة من خلال نظامها الدستوري، حيث لم يكن هناك نص خاص يتعلق بهذه المسألة قبل تعديل عام 1971، ومع ذلك أعلنت المحكمة الدستورية التركية في تلك الفترة أنها مختصة برقابة دستور التعديلات الدستورية، حيث قامت برقابة السلامة الشكلية للتعديلات الدستورية من خلال عدة قرارات[38].

أما الدستور التركي لعام 1982 فقد نظام الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، حيث تنص الفقرة 1 من المادة 198 من هذا الدستور صراحة على تخويل المحكمة الدستورية سلطة رقابة دستورية التعديلات الدستورية، على أنها تختص فقط برقابة الشكل. بمعنى إمكانية إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية فقط بالنظر إلى شكلها وليس مضمونها.

وقد حدد واضعو الدستور التركي لعام 1982 تفسير مفهوم السلامة الإجرائية، حيث تختصر رقابة السلامة الشكلية على فحص ما إذا كان الأغلبية المتطلبة للاقتراح والتصويت مستوفاة، وما إذا كان للحظر المعروض على المناقشات في ظل الإجراءات المستعجلة قد تم احترامها. وتبعًا لذلك لا تستطيع المحكمة الدستورية أن تفسر تفسيرًا واسعًا لمفهوم السلامة الشكلية. وحتى ديسمبر 2006 لم تكن أتيحت الفرصة للمحكمة الدستورية التركية لرقابة دستورية التعديلات الدستورية في ظل دستور 1982 إلا مرة واحدة[39].

المطلب الثالث: رقابة القضاء الدستوري للتعديلات الدستورية من حيث الموضوع.

تثور الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية في حالة تضمين الدستور قيودًا موضوعية، حيث تتناول عادة دساتير بعض الدول هذه القيود الموضوعية بنصوص صريحة، في حين لم تنص عليها دساتير أخرى.

ومن ثم فإن بعض الدساتير تفرض صراحة قيود موضوعية مختلفة على سلطة التعديل الدستوري، وبعبارة أخرى تنص بعض الدساتير على المبادئ غير قابلة للتعديل، وذلك عن طريق حظر تعديل بعض نصوص الدستور[40].

ويعدّ الحظر الموضوعي من الناحية القانونية حظرًا صريحًا تأخذ به معظم الدساتير؛ إذ لا يتم أي تعديل دستوري لو يتم المساس ببعض أحكام الدستور نظرًا لقيمتها؛ أو بحكم خصوصية بعضًا من الأحكام وهي عدم المساس بأحكام التعديل الدستوري نفسها، ومن ثم القول أن الحظر الموضوعي هو حظر الدستور تعديل بعضًا من أحكامه بشكل مطلق أو دائم؛ بهدف حماية الدعائم الأساسية التي يقوم نظام الحكم؛ وكما قد يتقرر حظر تعديل بعضًا من نصوص الدستور التي غالبًا

ما تتعلق بنظام الحكم أو بالمبادئ؛ كالشكل الجمهوري للحكم والتعددية السياسية وديـن الدولة واللغة الوطنية؛ وأيضًا الثوابت الوطنية، وكما أن هذه النصوص تتمتع بقوتها الإلزامية في الحالات العادية التي يستمر فيها العمل بالدستور؛ أمّا في الحالات الأخرى كحدوث انقلاب أو ثورة فإنه لا جدوى فيها لهذا الحظر.

أن الدستور هو الذي ينشأها وينظمها تكون بنصوص الدستور، وتبعًا لذلك فإن في الدول التي يمكن فيها إخضاع التعديلات الدستورية للرقابة القضائية على إجراءات تبني هذه التعديلات، يكون ممكنًا أيضًا رقابة مدى تطابق هذه التعديلات مع القيود الموضوعية الواردة في الدستور[41]. أي أنه يكون بمقدور المحكمة الدستورية فحص مسألة ما إذا كان موضوع التعديلات الدستورية يتطابق مع نصوص الدستور غير قابلة للتعديل تمامًا، كما يكون بإمكانها رقابة مسألة ما إذا كانت التعديلات الدستورية قد تم تبنيها بواسطة الأغلبية البرلمانية التي يتطلبها الدستور.

وتجدر الإشارة إلى ملاحظة تثير نوع من التناقض، وذلك أن دساتير بعض الدول قد تفرض قيودًا موضوعية على التعديل الدستوري من ناحية، وتمنح صراحة رقابة موضوع التعديلات الدستورية من ناحية أخرى. مثال على ذلك الدستور التركي لعام 1982، يفرض عددًا من القيود الموضوعية على التعديلات الدستورية، ذلك من خلال النص على حظر تعديل المواد الثلاثة الأولى من الدستور، لكن في نفس الوقت يستبعد الدستور نفسه رقابة المحكمة الدستورية لموضوع التعديل الدستوري.

ومن الواضح أنه في مثل هذا النظام، لا يمكن مراقبة تلك القيود الموضوعية من خلال الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية، ويرى أنه في ظل افتقاد المحكمة الدستورية سلطة الرقابة في هذه الحالة، لا يكون هناك حل إلا القول بأن سلطة التعديل تملك سلطة تحديد معنى هذه القيود الموضوعية.

وقد أثارت النصوص الدستورية المقيدة للسلطة المختصة باقتراح التعديل الدستوري كما أسلفنا سابقًا سجالًا بين فقهاء القانون الدستوري حول مدى قيمتها القانونية، وبعد أن اتفقوا على أن تقييد هذه السلطة تقييدًا كليًا مؤبدًا بالنسبة لنصوص الدستور جميعها لا قيمة له[42]. ومن الفقه من يعتبر حظر التعديل لبعض الأحكام الدستورية

انحرافًا دستوريًا[43] مخالفًا للمنطق لتنافي ذلك مع سنة التطور ومواكبة التغيرات واستجابة للتطلعات وحق اللاحق في تعديل ما لا يناسبه.

فهذه النصوص تعد في بعض الأحيان وسيلة مهمة وفعالة في حماية الأفكار والمبادئ الديمقراطية المتضمنة في الدستور، فإذا عدلت كان الارتداد سيئًا على الاستقرار السياسي والاجتماعي للدولة، ولكن تبقى هذه المسألة نسبية في ظل التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تمر بها الدول، مما يجعل النصوص المقيدة لسلطة الاقتراح التعديلي متلازمة مع مدى اقتناع الجماعة السياسية بضرورة إجراء التعديل من عدمه، لذا يرى الفقه الدستوري أن النصوص المقيدة لسلطة اقتراح التعديل ما هي إلا مجرد أماني ورغبات قد تصطدم مع إرادة الشعب التي يريد الإفصاح عنها ولا تعد متعارضة وإرادة الشعب في الأحوال جميعها[44].

مما سبق فقد انقسمت آراء الفقهاء بين مؤيد لرقابة التعديلات الدستورية لتفادي الخروج على إرادة السلطة التأسيسية الأصلية دون تقرير جزاء على مخالفتها، وبين منكر لها لعدم وجود فارق بين السلطة التأسيسية الأصلية التي تتولى وضع الدساتير ابتداء، والسلطة التأسيسية المشتقة عنها، فكلاهما سلطة تأسيسية، فيمكن للسلطة الثانية أن تضع أي تعديل دستوري دون التقيد بما أوردته السلطة الأولى لتساويهما في الوظيفة التأسيسية[45].

وقد ساير القضاء الدستوري هذا الاختلاف الفقهي حول مدى إمكانية الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية، فنجد أن المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية تقر بالرقابة على مدى دستورية التعديلات الدستورية من حيث الشكل فقط، كما اتجه القضاء الدستوري في الدول الأوروبية إلى مراقبة مدى دستورية تعديل الدستور إذا خالف القواعد فوق الدستورية.

فمن بين تطبيقاتها لدى المحكمة الدستورية الإيطالية ما ذهبت إليه في حكمها الشهير في القضية رقم 1146 الصادر بتاريخ 29/ 12/ 1988، حيث أعلنت أن سلطة تعديل الدستور يتعين عليها أن تتقيد بالمبادئ الدستورية العليا التي تعلو وهي بصدد مباشرة اختصاصها وأن الدستور الإيطالي يتضمن مجموعة من المبادئ العليا لا يمكن تعديلها أو إلغاؤها، بمثابة قيود مطلقة على سلطة تعديل الدستور. ورددت المحكمة الدستورية الإيطالية في هذا النطاق أكثر مِن مرة بأنها تستطيع ممارسة رقابتها

على دستورية النصوص، ووصفتها بأنها تنتمي إلى جوهر القيم العليا التي يرتكز عليها الدستور[46].

كما قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأن سلطة تعديل الدستور هي سلطة فرعية من السلطة التأسيسية الأصلية، فتتقيد بالنصوص الإجرائية الجوهرية التي نص عليها الدستور، وأنها مسئولة عن مراقبة احترام هذه النصوص، وأكدت أنه في إمكانها التدخل لتقرير عدم صحة بعض التعديلات الدستورية، ووصفتها المحكمة الدستورية الألمانية في عام 1993 بأنها نواة النظام الدستوري[47].

كما وصفت المحكمة الدستورية العليا النمساوية في حكم لها عام 1952 القواعد فوق الدستورية بأنها مبادئ حاكمة للدستور[48]، وهو ذات ما أشارت المحكمة الدستورية العليا المصرية إليه من خلال فكرة القواعد فوق الدستورية الضمنية[49].

وفي المقابل قرار المجلس الدستوري الفرنسي عدم اختصاصه بنظر دستورية تعديل الدستور الذي يتم بواسطة الاستفتاء طبقًا للمادة 11 من الدستور. وقد أسس المجلس قراره على أن سلطته في الرقابة تقتصر على مشروعات القوانين التي يقرها البرلمان، ولا علاقة له بدستورية أي تعديل مصدره الاستفتاء الشعبي، ولقد كشفت الوقائع التاريخية للاستفتاء الدستوري أنه غالبًا ما يكون صوريًا خاصة في الدول النامية كمظهر ديكوري للديمقراطية نتيجته معلومة لصالح النظام الاستبدادي، مما يجعل الكلمة الحقيقية في وضع الدستور للجمعية التأسيسية من الناحية الواقعية[50].

ولم يهتم الفقه الدستوري المقارن بمسألة مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية أهمية في البحث إلا بمناسبة صدور قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 469/ 2003 بتاريخ 26/ 3/ 2003 القاضي بعدم اختصاصه بالرقابة على التعديل الدستوري الذي أقره البرلمان الفرنسي بهيئة مؤتمر بمجلسيه في 17/ 3/ 2003 والذي كان موضوعه ينصب على توسيع نظام اللامركزية في الدولة وهو ما بدا للبعض مخالفًا لنص المادة 89/ 5 من الدستور الفرنسي التي تحظر المساس بالطابع الجمهوري للحكومة[51].

وقد اعتمد المجلس الدستوري في إعلان عدم اختصاصه بنظر هذا التعديل الدستوري على ما نصت عليه المادة 61 من الدستور الفرنسي[52].

باعتبارها لم تخوله الاختصاص بالرقابة على التعديلات الدستورية سواء أكانت تلك التعديلات قد صدرت عن طريق البرلمان بمجلسيه أم بطريق الاستفتاء من قبل الشعب، علمًا أنه سبق للمجلس الدستوري الفرنسي أن قرر عدم اختصاصه بالرقابة على القوانين الاستفتائية باعتبارها صادرة مباشرة من الشعب صاحب السيادة وذلك بموجب قراره الصادر برقم 20/ 62 بتاريخ 6/ 11/ 1962، ومن ثم فإنه يمتنع عليه من باب أولى مد اختصاصه إلى الرقابة على التعديلات الدستورية التي تجري عن طريق الاستفتاء لذات المحكمة[53]. كما قد جدد المجلس تأكيده على عدم اختصاصه بالرقابة على التعديلات الدستورية في قراره الصادر برقم 515/ 2005 في تاريخ 19/ 5/ 2005 والمتعلق بتعديل المادة الثالثة من الدستور الفرنسي المنظمة للاستفتاء على معاهدة الاتحاد الأوروبي – ماسترخت- لكن هل يَملك الفرد – عمليًّا- حق مراجعة القضاء، والمطالبة بتطبيق حكم معين لمصلحته، نص عليه مبدأ فوق دستوري وتجاهلته سلطة وضع الدستور أو تعديله؟ في الواقع لا يمكن ذلك لأن المبادئ فوق الدستورية تصلُح لأن تكون موجّهًا للمشرّع، لكن لا تصلح للاحتجاج بها أمام المحاكم.

وفيما يتعلق بحدود اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية تقوم الرقابة على التعديلات الدستورية على التأكد من مدى احترام سلطة تعديل الدستور للضوابط والقيود المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية فضلًا عن مدى احترامها للمبادئ الفوق الدستورية وكذا الروح العامة للدستور، ومن ثم يقتضي بسط نظم الرقابة الدستورية رقابتها على القوانين في الأصل على جوانبها الشكلية والموضوعية معًا[54].

وعلى الرغم من اتفاق الفقه والقضاء على رقابة التعديلات الدستورية شأنها في ذلك شأن القوانين والتشريعات العادية، إلا أن الرأي قد تفرق به حول النطاق الذي يمكن أن تتسع له هذه الرقابة من حيث موضوع الرقابة الدستورية[55]، فيرى اتجاه انصراف الرقابة على التعديلات الدستورية لجوانبها الشكلية عن طريق التحقق مما إذا كان التعديل الدستوري قد تم إجراؤه على نحو يتسق ويتطابق مع الضوابط والقيود الشكلية المنصوص عليها في الدستور مثل اشتراط أغلبية موصوفة لإقراره أم

لا؛ لأن الرقابة على الجوانب الشكلية تستهدف التأكد من أن سلطة تعديل الدستور بوصفها سلطة مفروضة ومشروطة قد مارست اختصاصها في إطار القيود والضوابط المقررة في القواعد الدستورية. ويشبه البعض منهم هذا النوع من الرقابة الشكلية كما لو أنها رقابة لتصحيح الخطأ المادي الذي وقع فيه المشرع الدستوري[56].

ويعاب على هذا الاتجاه تمييزه للرقابة على النواحي الشكلية دون الموضوعية بأنه تمييز غير منطقي لأن إخراج القيود الموضوعية لتعديل الدستور من رقابة القضاء الدستوري مؤداه انتفاء الجزاء على مخالفة سلطة التعديل لتلك القيود، إذ كيف يفرض الدستور قيودًا موضوعية على التعديلات الدستورية من ناحية، ثم ينص صراحة من ناحية أخرى على حظر بسط القضاء الدستوري رقابته على موضوع التعديلات الدستورية[57].

وفي المقابل ذهب فريق إلى الاعتراف بالرقابة الموضوعية على التعديلات الدستورية في حدها الأدنى فحسب، اعتمادًا على أنه لا يمكن لسلطة التعديل مجاوزة قيود التعديل، على اعتبار أنها تشكل تدرجًا ضمنيًا بحكم تضمنها نصوصًا دستورية خاصة، فلا يكفي أن تتقيد سلطة التعديل بالأساليب الشكلية في إعداد القانون المتضمن للتعديل الدستوري والتصويت عليه، بل يجب أن تتقيد فوق ذلك بالأهداف والغايات التي يجب أن تدور حول النص المعدل من خلال استهداف تحقيق المصلحة العامة بعيدًا عن الأهواء السياسية، والميول الحزبية الضيّقة. فضلًا عن ضرورة التمييز بين كون أن للشعب سلطة تأسيسية مطلقة ذات سيادة فوق الدستور عند وضع دستور جديد، وله سلطة مقيدة عندما يتصرف في داخل الدستور وفي حدود إطاره طبقًا لمبدأ الدولة القانونية، كونها في هذه الحال سلطة مشروطة ومضبوطة بالضوابط الشكلية والموضوعية التي وضعتها سلطة التأسيس الأصلية[58].

المطلب الرابع: موقف القضاء الدستوري في مصر وتونس من مسألة الرقابة على التعديلات الدستورية

أثير موضوع الرقابة الدستورية على التعديلات الدستورية من حيث موقف الدساتير العربية من هذه المسألة، وهل جاءت هذه الدساتير بمواد تعطي الصلاحية للقضاء الدستوري الرقابة على التعديلات

الدستورية؟ وخوفا من الإطالة سنعرض موقف القضاء الدستوري في مصر وتونس أنموذجا.

الفرع الأول: في مصر

فقد أثيرت مسألة الرقابة على التعديلات الدستورية أول مرة بمناسبة التعديل الدستوري الذي أجري عام 2005 على المادة (76) من دستور 1971 الملغي، حيث رفضت المحكمة الدستورية العليا الرقابة على التعديلات الدستورية، وذلك استنادًا إلى أن رقابة التعديلات الدستورية يخرج عن نطاق الاختصاص المحدد لها في المادة (175) من الدستور التي تنص على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون"، كما نصت المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 على أنه "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالآتي:

أولًا- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح...".

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه "وحيث إنه عن طلب الحكم بعدم دستورية نص المادة (76) من الدستور، باعتباره طلبًا مقدمًا من الشعب فهو- فضلًا عن إنه يخرج عن نطاق ما صرحت به محكمة الموضوع- في غير محله، ذلك إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتصل من اختصاص نيط بها وفقًا للدستور والقانون أو كليهما، وعليها كذلك ألا تخوض في اختصاص ليس لها، باعتبار أن مجاوزتها لولايتها أو تنصلها منها أمران ممتنعان دستوريًا. وإذا كان ذلك وكانت المادة (175) من الدستور تنص على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون"، كما تنص المادة (25) من قانون المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالآتي: "أولًا: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. ثانيًا:... ثالثًا:...) بما مؤداه: أن كلًا من الدستور والقانون قد منحا المحكمة الدستورية العليا اختصاصًا منفردًا بمراقبة مدى توافق القوانين واللوائح دون غيرها مع نصوص الدستور. باعتباره القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم

عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسي لحمايتها، فإن القول بإخضاع الدستور لهذه الرقابة تكون مجاوزة حدود الولاية مقوضة لتخومها، ومن ثم فإن طلب الحكم بعدم دستورية المادة (76) من الدستور يكون مجاوزًا حدود ولاية المحكمة الدستورية العليا مما يتعين القضاء بعدم اختصاصها بنظر هذا الطلب. وهو ذات ما يقال ردًا على طلب تعديل نص المادة (76) من الدستور لتتفق مع باقي مواده ذات الصلة، إذ إنه – بدوره– يخرج عن نطاق اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر الدعوى، سيما وأن تعديل الدستور أو بعض مواده إنما يخضع لإجراءات خاصة منفردة بذاتها، لا صلة لهذه المحكمة بها"[59].

ويستفاد من حكم المحكمة الدستورية العليا السابق سابق الإشارة إليه أمرين:

الأمر الأول: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة الدستورية قد حدده كلًا من الدستور والقانون، حيث منحا المحكمة الدستورية العليا اختصاصًا منفردًا بمراقبة مدى توافق القوانين واللوائح.

الأمر الثاني: أنه يجب على المحكمة الدستورية العليا ألا تجاوز ولاية اختصاصها الذي حدده الدستور والقانون، وبالتالي يخرج عن هذا الاختصاص رقابة نصوص الدستور ذاته، وترتيبًا على ذلك يمتنع عليها رقابة دستورية التعديلات التي تتم على تلك النصوص حتى ولو أتت مخالفة للقيود التي وضعها الدستور على سلطة تعديل الدستور، كما يخرج عن اختصاصها كذلك تعديل نصوص الدستور لتتفق مع باقي مواده ذات الصلة، حيث إن تعديل الدستور أو بعض مواده إنما يخضع لإجراءات خاصة منفردة بذاتها، لا صلة للمحكمة الدستورية العليا بها، تلك الإجراءات المنصوص عليها في المادة (189) من دستور 1971 الملغي.

ولقد أتيحت الفرصة للمحكمة الدستورية العليا لتقول كلمتها مرة ثانية بشأن اختصاصها برقابة دستورية التعديلات الدستورية التي أدخلت على دستور 1971 الملغي، حيث أكدت المحكمة أن "طلب الحكم بعدم دستورية التعديلات الدستورية، أو التصدي لذلك، في غير محله، ذلك أنه بالإضافة إلى مجاوزته نطاق حكم الإحالة، فإن الدستور– وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة

– لا يندرج في مفهوم القوانين التي تباشر المحكمة الدستورية العليا الرقابة عليها في نطاق ولايتها المنصوص عليها في صدر المادة (29) من قانونها التي جاءت ترديدًا لما نصت عليه المادة (175) من الدستور، باعتبار أن الدستور وهو مظهر للإرادة الشعبية ونتاجها في تجمعاتها المختلفة المترامية على امتداد النطاق الإقليمي للدولة تتصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها، وتكون هي الأحق بالنزول عليها احتكامًا إليها وامتثالًا لها وهي في ذلك تكون مغايرة للنصوص القانونية، سواء تلك التي أقرتها السلطة التشريعية أم أصدرتها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها الدستورية، ومن ثم فقد كان منطقيًا أن يقصر المشرع الدستوري والمشرع العادي ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال مراقبة الشرعية الدستورية على النصوص التشريعية دون غيرها، وعلى ذلك فإن قالة إخضاع الدستور لرقابة هذه المحكمة تكون مجاوزة حدود ولايتها مقوضة تخومها، ومن ثم يخرج ذلك عن نطاق اختصاصها. لا يغير من ذلك ما أطلقه المدعون من أسماء على هذه التعديلات مثل "قانون تعديل الدستور"، إذ إن الأمر لا يخرج عن أن ما صدر ليس إلا تعديلًا لبعض مواد الدستور وفقًا للإجراءات التي نصت عليها المادة (189) من الدستور في هذا الشأن، وموافقة السلطة التشريعية عليها وفقًا لأحكام هذه المادة لا تخرجها عن طبيعتها الدستورية"[60].

ويتقد بعض الفقه المصري موقف المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص، ويقول أنه إذا ما كان يمكن قبول موقف المحكمة بالنسبة للقواعد الدستورية الصادرة من السلطة التأسيسية الأصلية، فإنه لا يمكن قبول هذا الموقف بالنسبة للتعديلات الصادرة من سلطة تعديل الدستور، لأن الدستور المصري شأنه شأن الدساتير الجامدة، يتضمن قواعد شكلية أو قيود شكلية فإذا كان للمحكمة الدستورية العليا، أن تتغاض عن هذه القيود الشكلية، فإنها تعفي سلطة تعديل الدستور من التقيد بمثل هذه القيود الشكلية، لأنها تعلم مقدمًا أن المحكمة الدستورية العليا لن تمارس أي رقابة على ضوابط تعديل الدستور[61].

لهذا نرى ضرورة توسيع اختصاصات المحكمة الدستورية العليا في مصر لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية من الناحيتين الموضوعية والشكلية، خاصة وأن الرقابة عن طريق

محكمة دستورية مختصة، يتم بناء على نص دستوري يحدد قائمة أعمالها.

الفرع الثاني: في تونس

يمثل الفصل 120 من الدستور التونسي أحد أهم الفصول المتعلقة بالمحكمة الدستورية فهو يُسِند إلى المحكمة الدستورية ستة اختصاصات حصرية ستشكل نطاق نشاطها الرئيسي، حتى وإن كان نفس الفصل يذكر في النهاية بأن الدستور يسند إلى المحكمة الدستورية أيضًا مهام خاصة أخرى ليست قضائية بحتة.

ويكمن أول اختصاص للمحكمة الدستورية في إمكانية ممارسة المراقبة لدستورية مسبقًا عل يمشاريع القوانين المعتمدة. كما يملك رئيس الجمهورية أو ثلاثون نائبًا صلاحية إحالة نص قانون معتمد لم يقع ختمه بعد إلى المحكمة الدستورية في أجل لا يتجاوز 7 أيام.

أما الاختصاص الثاني للمحكمة الدستورية فيكتسي طابعًا أكثر خصوصية وهو يتناول مشاريع مراجعة الدستور. وطبقًا للفصل 144 من الدستور، تكلف المحكمة الدستورية بمهمة رقابة مزدوجة، ذ عليها أولًا أن تتحقق من عدم مساس مشروع التعديل بأي فصل من فصول الدستور غير القابلة للتعديل. فالأمر يتعلق بمراقبة مضمون التعديل ولا يمكن على سبيل المثال مراجعة الفصلين الأول والثاني من الدستور أو تعديلهما. ومن جهة أخرى، تكلّف المحكمة الدستورية أيضًا بالتحقق من احترام إجراءات التعديل الدستوري وفقًا للإطار الذي يحدده الدستور، تنفذ هذه المراقبة بناءً على طلب من رئيس البرلمان (مجلس نواب الشعب) وهي تكمن في التحقق من احترام إجراءات التعديل التي بادر به رئيس الجمهورية أو ثلث أعضاء البرلمان. فالأمر لا يتعلق بمراقبة ما فوق الدستورية للتعديل بل باحترام الأحكام الدستورية القائمة.

هذا وتتمثل رقابة دستورية التعديلات الدستورية في التحقق من عدم مساس التعديل الدستوري الأحكام التي نصّت السلطة التأسيسية على عدم قابليتها للتعديل، وكذلك احترام طرق وإجراءات التعديل الدستوري كما نصّ عليها دستور 2014.

فالدستور التونسي لسنة 2014 سار على منوال غيره من الدساتير الحديثة وتضمن أحكامًا خاصة بمراقبة التعديلات الدستورية من قبل المحكمة الدستورية. وفي الواقع، فإن هذه الأحكام

الجديدة ليست ثورية بالدرجة التي قد تبدو عليها. حيث يتعلق الأمر في الحقيقة بتثبت المحكمة الدستورية من عنصرين اثنين: من ناحية أولى، ينبغي ألا يمس التعديل الدستوري الأحكام التي نصّت السلطة التأسيسية على عدم قابليتها للتعديل. ومن ناحية ثانية، يجب احترام طرق التعديل الدستوري وإجراءاته كما نص عليها دستور 2014.

ويتعلق الصنف الأول من الرقابة باحترام بعض الفصول الدستورية التي اعتبرتها السلطة التأسيسية غير قابلة للتعديل (الفصول 1 و2 و49). حيث تكتفي المحكمة هنا بالتثبّت من أن هذه الفصول ليست محلّ تعديل. وتدلي المحكمة في هذا المجال برأي يكون ملزمًا للسلطات العمومية حسب القراءة المزدوجة للفصل 41 والفقرة الأخيرة من الفصل 5 من القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية. في الواقع، تهدف هذه البنود التي تُنعَت أحيانًا، وبشكل فيه شيء من الإجحاف "بالبنود الأزليّة"، إلى ضمان استقرار النظام السياسي والدستوري: فهي تتمثل في أحكام لا يمكن تعديلها نظرًا لصبغتها الأساسية وأهميّتها في تحقيق التوازن الدستوري. فهي بمثابة العمود الفقري للدستور. وهي أحكام يمكن في المطلق أن يتم حذفها بمناسبة تغيير النظام الدستوري، لكن لا يمكن المساس بها في إطار تعديل دستوري. وتصدر المحكمة هنا رأيًا يكون ملزمًا لكل من رئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الجمهورية. وهو أمر شائع اليوم في الدساتير الجديدة. كما ينبغي ألاّ يقتصر رأي المحكمة على مجرد قبول أو رفض التعديل المقترح. فطبقًا لمبدأ تعليل القرارات يجب على المحكمة شرح الأسباب التي جعلتها تعتبر أن التعديل المقترح يمسّ بأحد الفصول التي لا تقبل التعديل، وربما بيان حدود ما يمكن وما لا يمكن تعديله. وقد تم حصر هذا الإجراء في آجال مقتضبة جدًا: ثلاثة أيام للإحالة وخمسة عشر يومًا للبت (الفصلان 40 و41)، مما فيه ضمان لسرعة إجراء الرقابة. وبالإضافة إلى هذه الرقابة المسلّطة على محتوى التعديل التي تُعدّ محدودة من حيث الموضوع، تخضع عملية تعديل الدستور إلى رقابة ثانية مسلّطة على الإجراءات.

الرقابة على إجراءات تعديل الدستور لا تشمل إلا احترام القواعد الدستورية المتعلّقة بتعديله. وقد تناول الفصل 143 من الدستور حق المبادرة الذي مُنح لكل من رئيس الجمهورية ولثلث أعضاء

البرلمان. أما الفصل 144 من الدستور فقد حدّد الأغلبية الخاصة الواجب توفّرها للنظر في مشروع تعديل الدستور والمصادقة عليه، مع التنصيص على إمكانيّة عرض المشروع من قبل رئيس الجمهورية على الاستفتاء الدستوري للتصويت عليه بأغلبية المقترعين. وتتمثّل رقابة الدستورية هنا في التثبّت من احترام الشكليات والإجراءات. ويجب على المحكمة الدستورية إصدار قرارها في أجل خمسة وأربعين يومًا ثم إحالته على رئيس مجلس نواف الشعب في أجل سبعة أيام. ويتمتع هذا الأخير بأجل ثلاثين يومًا لتصحيح إجراءات التعديل (الفصل 42).

ويجب ألا يُستهان بهذا الاختصاص الراجع للمحكمة الدستورية كما يجب عدم المبالغة في أهميّته. فهو يعكس رغبة المشرع في الإنفاذ التامّ للأحكام الدستورية. وبالنسبة إلى المحكمة فإن الأمر لا يتعلق بالحلول محل إرادة السلطة التأسيسية (التي هي مقيّدة بها) بل بتأطير مشاريع التعديل والتذكير بالقيود التي وضعتها السلطة التأسيسية لنفسها. وعلاوة على ذلك، نظم القانون كيفية ممارسة هذا الاختصاص بشكل ذكي وذلك بتكليف أصحاب سلطة التعديل بترتيب النتائج عما لاحظه القاضي الدستوري.

الخاتمة:

تناولنا مسألة رقابة القضاء الدستوري على تعديل الدستور، وقد لاحظنا بأن بعض دساتير الدول التزمت الصمت إزاء مسألة الرقابة القضائية للتعديلات الدستورية، وهناك دول أصبحت فيها هذه الرقابة ممكنة.

والحقيقة أنه ما دامت بعض المحاكم والمجالس الدستورية في بعض الدول قد أعلنت اختصاصها برقابة دستورية التعديلات الدستورية، فإنه يكون بمقدورها رقابة السلامة الشكلية والإجرائية لهذه التعديلات. وتفسير ذلك أن الرقابة القضائية على السلامة الشكلية والإجرائية للتعديلات الدستورية تعد أمرًا مسلمًا به، لأن الدستور ينص على الشروط الدقيقة للشكل والإجراءات الواجب اتباعها لإصدار التعديلات الدستورية.

ومن ثم، فإن التعديل الدستوري لا يكون مشروعًا (دستوريًا) إلا إذا تم تبنيه وفقًا للقواعد التي تحدد شكله وإجراءاته المنصوص عليها في الدستور.

وقد تكون الرقابة القضائية على التعديلات الدستورية، ممكنة إذا كان الدستور يتضمن قيودًا موضوعية مفروضة على سلطة التعديل، أما إذا لم تكن مثل هذه القيود موجودة، فإن هذه الرقابة تكون غير ممكنة، لان هذه الرقابة تتمثل في التحقق مما إذا كانت التعديلات الدستورية تتطابق مع هذه القيود. وهكذا، إذا لم يكن الدستور يتضمن قيودًا موضوعية، فإن الرقابة القضائية على موضوع التعديلات الدستورية تكون مستحيلة من الناحية المنطقية. ونحن نرى ضرورة توسيع اختصاصات القضاء الدستوري، ليشمل الرقابة على التعديلات الدستورية من الناحية الموضوعية والإجرائية، بحيث تتم الرقابة الإجرائية في ضوء مدى احترام التعديلات الدستورية للقواعد الإجرائية التي يحددها الدستور لتعديله، وقد يمون الأكثر ملائمة أن تشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية أن تكون رقابة سابقة لتفادي الآثار الوخيمة التي يمكن أن تترتب على الحكم بعدم دستورية التعديلات الدستورية بعد صدورها ودخولها حيز التنفيذ.

وتوصلنا من خلال هذه الدراسة إلى العديد من التوصيات، من أهمها:

1. ضرورة توسيع اختصاصات المحاكم والمجالس الدستورية لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، بحيث تتم الرقابة الموضوعية في ضوء مبادئ الدستور غير القابلة للتعديل، وتتم الرقابة الإجرائية في ضوء مدى احترام التعديلات الدستورية للقواعد الإجرائية التي يحددها الدستور لتعديله.

2. يمكن للمحكمة الدستورية حتى في حالة عدم توسيع اختصاصاتها لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية – أن تباشر رقابتها القضائية على هذه التعديلات، من خلال التوسع في تفسير كلمة "القانون" لتشمل، ليس فقط "القوانين والأنظمة"، ولكن أيضًا القواعد الدستورية المتضمنة في التعديلات الدستورية.

3. ضرورة تضمين الدستور الأردني نصًا يحظر تعديل المبادئ الأكثر أساسية التي تعد من ثوابت الأمة مثل الشكل الملكي لنظام الحكم واللغة والدين الرسمي للدولة وحقوق الانسان

والحريات العامة ومبادئ الحرية والمساواة ونظام وراثة العرش.

4. قد يكون الأكثر ملاءمة – في حالة توسيع اختصاصات المحكمة الدستورية– لتشمل الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية أن تكون هذه الرقابة سابقة، وذلك لتفادي الآثار الوخيمة التي يمكن أن تترتب على الحكم بعدم دستورية بعض التعديلات الدستورية بعد صدورها ووضعها موضع التطبيق.

المصادر والمراجع

1. احمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، القاهرة، 1995.
2. بدوي، ثروت، (1971). القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة.
3. خليفة جهمي، مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية مقال منشور: 16 أكتوبر 2016
4. رجب محمد السيد رجب، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، دراسة تطبيقية على دساتير مصر المتعاقبة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
5. رمضان، شعبان أحمد، (2000). ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه حقوق، أسيوط.
6. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر "تحديات وتحولات" القاهرة؛ دار النهضة العربية، طبعة 2002.
7. الشاعر، رمزي طه (1983)، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة.
8. طاجن، رجب محمود، (2008). قيود تعديل الدستور، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.
9. طعيمه الجرف، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة في الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1994.
10. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة –يناير 1952
11. عبد العزيز سالمان، رقابة التعديلات الدستورية، مجلة الدستورية، العدد 2، موقع المحكمة الدستورية المصرية.
12. عبد الغني بسيوني، أسس التنظيم السياسي، "الدولة والحكومة" الدار الجامعية، 1985
13. عبدالحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية دراسة في بعض جوانبها النظرية والعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2006).
14. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، 1978
15. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
16. فكري، فتحي، (2008– 2009). القانون الدستوري –الكتاب الأول، ط1، بدون دار نشر.

17. محمد أتركين، الدستور والدستوراتية.. من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، ط1، الدار البيضاء، 2007

18. محمد أمين المهدي، مدارج الانحراف بالسلطة، المجلة الدستورية، العدد 25، السنة 12، أبريل 2014

19. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين – "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية" دار الجامعة الجديدة

20. محمد عبد الحميد ابو زيد، القضاء الدستوري شرعا ووضعا، القاهرة، دار النهضة العربية.

21. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

22. محمد كامل، (1971). القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة.

23. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999

24. منذر الشاوي، القانون الدستوري، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981

25. نصار، جابر جاد، (2004). القانون الدستوري، ط1، بدون دار نشر.

26. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر، 2009.

المراجع الأجنبية:

1. "The formal and material compatibility of federal or land legislation with this Basic Law", GRUNDGESETZ [GG] [Constitution] art. 93 (1) (2) (1949) (F.R.G).

2. AMKD 313, AT 322 (1970); AMKD 416, AT 428 – 429 (1971).

3. ANAYASA [Constitution] art. 147 (1) (1961, amended 1971) (Turkey). For an the English translation of the 1961 Turkish Constitution, as amended in 1971, see THE TURKISH CONSTITUTION AS AMENDED

4. ANAYASA [Constitution] art. 148 (2) (1982) (Turkey). An English translation of the 1982 Turkish Constitution is available at http: //www.byemg.gov.tr/,evzuat/anayasa/anayasa-ing.htm (last visited Mar. 5, 2007)

5. ANAYASA Mahkemesi Kararlar Dergisi [hereinafter AMKD] [Reports of the Decisions of the Constitutional Court] 313 (1970).

6. Conseil Constitutionnel [CC] (Constitutional Council) decision No. 2003-469DC, Mar. 26, 2003, Rec. 293.

7. Conseil Constitutionnel [CC] (Constitutional Council) decision no. 1962-20DC, November 6, 1962, Recueil Des Decisions Du Conseil Constitutionnel [hereinafter REC] [Constitutional Council Reports] 27 (1962). The orgincal French text is available at http: //www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1962/6220dc.htm (last visited Mar. 5, 2007). An English translation can be found in Comparative Constitutionalism: Cases And Materials 97-98 (Norman Dorsen et al., eds., Thomson West 2003).

8. Conseil Constitutionnel [CC] (Constitutional Council) decision no. 2003-469 DC, Mar. 26, 2003, Recueil Das Decisions Du Conseil Constitutionnel [REC]. [Constitutional Council Repports] 293 (2003). The original French text is available at http: //www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469/2003469dc.htm (last visited Mar. 5, 2007). An English précis of this decision is available in CODICES database of Venice Commission, at http: //codices.coe.int (FRA-2003-1-004).

9. Conseil Constitutionnel [CC] (Constitutional Council) decision No. 2003-469DC,

10. Dominique Turpin, Contentieux Constitutionnel [Constitutional Jurisdiction] 86-87 (P.U.F. 1989)

11. Hugues Moutouh,Le controle de constitutionnalite des lois constitutionnelles: suite et fin, Recueil Dalloz 2003 p.1099: Bruno Genevois, les limites d,ordre juridique a

l,intervention du pouvoir constituent, RFDA 1998,p,909 et suiv..
12. Ibrahim o Kaboglu, "Le controle des amendements constitutionnels en Turquie", in Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n 27/2009, Dalloz, Paris, pp. 38-42,
13. Karl Matthias Bauer, Conditions et controles constitutionnels de la validite interne du droit de l,Union,RTD,2009 p,824: Olivier Gohin, La Constitution francaise et le droit d, origine externe, RFDA 1999 p.82.
14. Mustafa Gerceker, Erhan Yasar and Orhan Tung trans., Directorate General of Press and Information 1978), available at http://www.anayasa.gen.tr/1961constituion-amended.pdf. (last visited Apr. 3, 2006).
15. See the original French text of the grounds of applicants, available at http: //www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003469/saisine.htm (last visited Feb. 21, 2007).
16. Walter Dellinger, (1983). The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, H_{ARV}. L. R_{EV}. 386, 403.
17. Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, op. cit.
18. Dominique ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.
19. Olivier BEAUD, La puissance de l'Etat, Leviathan, P.U.F, Paris, 1994.
20. Broun GENEVOIS, Les limites d'ordre juridique a l'intervention du pouvoir constituent, op. cit.
21. Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Le controle du referendum par la justice constitutionnelle, op. cit.
22. Michel Verpeaux, Droit Constitutionnel Francais, 2 edition 2013, PUF.

الهوامش:

(1) رمضان، شعبان أحمد، (2000). ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه حقوق، أسيوط، ص 273.

(2) طاجن، رجب محمود، (2008). قيود تعديل الدستور، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 268 وما بعدها.

(3) Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, op. cit, p. 308.

(4) Ibid, p. 168.

(5) Dominique ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit, pp. 181, 182.

(6) Ibid, p. 182.

(7) بدوي، ثروت، (1971). القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 108 وما بعدها، ليلة، محمد كامل، (1971). القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 104 وما بعدها، الشاعر، رمزي طه (1983)، النظرية العامة للقانون الدستوري، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 743 وما بعدها، نصار، جابر جاد، (2004). القانون الدستوري، ط1، بدون دار نشر، ص 47 وما بعدها، فكري، فتحي، (2008-2009). القانون الدستوري– الكتاب الأول، ط1، بدون دار نشر، ص 411 وما بعدها.

(8) Olivier BEAUD, La puissance de l'Etat, Leviathan, P.U.F, Paris, 1994, p. 330.

(9) Broun GENEVOIS, Les limites d'ordre juridique a l'intervention du pouvoir constituent, op. cit, p. 919.

(10) Olivier BEAUD, La puissance de l'Etat, op. cit, pp. 331 et s.

(11) الشيمي، عبدالحفيظ علي، (2006). نحو رقابة التعديلات الدستورية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 131 وما بعدها.

(12) الشيمي، عبدالحفيظ، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

(13) Dominique ROUSSEAU, Droit du jcontentieux constitutionnel, op. cit, pp. 182 et s.

(14) 4e alinea de l'article 92 de la constitution francaise: "La presents loi sera execute comme constitution de la Republique et de la communaute".

(15) Dominique ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit, p. 182.

(16) Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Le controle du referendum par la justice constitutionnelle, op. cit, p. 303.

(17) Olivier BEAUD, La puissance de l'Etat, op. **cit, p. 343.**

(18) أحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، مطبعة مجلس الشعب، 2006، ص 22 وما بعدها.

(19) مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص 160.

(20) عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ص 69.

(21) محمد أتركين، الدستور والدستوراتية.. من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، ط1، الدار البيضاء، 2007، ص 55 وما بعدها.

(22) طعيمة الجرف، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة، القاهرة، 2001، ص 101؛ ثروت بدوي، القانون الدستوري، دار النهضة، 1971، ص 55؛ ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص 13.

(23) مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 16.

(24) عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، ص 68 وما بعدها.

(25) منذر الشاوي، القانون الدستوري، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص 271.

(26) عبد الغني بسيوني، أسس التنظيم السياسي، "الدولة والحكومة" الدار الجامعية، 1985، ص 123.

(27) د. محمد أمين المهدي، مدارج الانحراف بالسلطة، المجلة الدستورية، العدد 25، السنة 12، أبريل 2014، ص 11.

(28) د. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر "تحديات وتحولات" القاهرة؛ دار النهضة العربية، طبعة 2002، ص 373.

(29) د. عبد الحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، 2005، ص 75.

(30) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية، دار الجامعة الجديدة، ص 173.

(31) د. محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين– "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية" المرجع السابق، ص 188.

(32) Michel Verpeaux, Droit Constitutionnel Francais, 2 edition 2013, PUF, page 504.

(33) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة– يناير 1952، ص 92 وما تلاها.

(34) محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين — "المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية" المرجع السابق، ص 177.

(35) د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، 1978، ص 580.

(36) Louis Favoreu et Loic Philip, Les grandes decisions du C.C (Conseil constitutionnel), pp. 245 et s.

(37) عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 2005، ص 192.

(38) القرار الصادر في 26/ 6/ 1970 حيث كانت المادة 68 من الدستور التركي لعام 1961 تنص على أن الأشخاص الذين تمت إدانتهم في جرائم معينة لا يجوز انتخابهم نوابًا حتى لو كان تم العفو عنهم، ولكن هذه العبارة الأخرى ألغت بموجب التعديل الدستوري الصادر في 6/ 11/ 1969 غير أن حزب العمال طعن في هذا التعديل أمام المحكمة الدستورية العليا وأعلنت المحكمة أنها مختصة بالنظر في السلامة الشكلية للتعديل الدستوري، حيث أعلنت المحكمة أن هذا التعديل الدستوري لم يتم تبينه على نحو يتفق مع إجراءات التعديل المحددة في المادة 155 من دستور 1961 التي تنص على أن تبني اقتراح تعديل الدستوري يتطلب أغلبية 2/ 3 العدد الإجمالي لكل من المجلسين، إلا أن الجمعية الوطنية صوتت على التعديل بأغلبية 2/ 3 لكن المحكمة قضت بأن هذا التصويت يكون على التعديل مادة بمادة وعليه قضت المحكمة بإبطال هذا التعديل.

(39) وذلك في ظل القضية المتعلقة بقانون التعديل الدستوري الصادر في 17/ 5/ 1987 حيث قدم 5 أعضاء البرلمان التركي طلبًا للإلغاء للمحكمة الدستورية استنادًا إلى أن إصدار قانون التعديل الدستوري يتعارض مع النصوص الدستور، وقد قضت بأنه لا يدخل في اختصاصها قبول طلب إلغاء يستند على أسس أخرى غير المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 198.

(40) د. علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، 1978، ص 580.

(41) عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص 195.

(42) رمزي طه الشاعر، المصدر السابق، ص 1046، وما بعدها.

(43) رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، ص 58.

(44) نعمان أحمد الخطيب، المصدر السابق، ص 74.

(45) عبد الحفيظ علي الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ص 165؛ وأحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها؛ وعبد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص 154 وما بعدها.

(46) انظر تفصيل بعض تطبيقات المحكمة الدستورية الإيطالية عند عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ص 177 وما يليها.

(47) انظر تفصيل بعض تطبيقات المحكمة الدستورية الألمانية عند عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ص 198.

(48) انظر تفصيل بعض تطبيقات المحكمة الدستورية النمساوية عند عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ص 192.

(49) الحكم الصادر بتاريخ 17 يونيو 2000 في القضية رقم 153 لسنة 21 قضائية دستورية.

(50) رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، دراسة تطبيقية، ص 787.

(51) تنص الفقرة الخامسة من المادة 89 من الدستور الفرنسي- الصادر بتاريخ 4/ 10/ 1958 على أنه "لا يجوز تعديل الطابع الجمهوري للحكومة".

(52) حددت المادة 61 من الدستور الفرنسي-لسنة 1958 وتعديلاته اختصاصات المجلس الدستوري بنصها على أنه: "يجب عرض القوانين الأساسية قبل إصدارها، واقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة 11 قبل عرضها على الاستفتاء، والنظام الأساسي لمجلسي البرلمان قبل تطبيقها، وذلك على المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور".

(53) خليفة جهمي، مدى اختصاص القضاء الدستوري بالرقابة على التعديلات الدستورية مقال منشور: 16 أكتوبر 2016، الولوج: 11/ 4/ 2019 الرابط: http://khalifasalem.wordpress.com/2016/10/16

(54) رجب طاجن، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

(55) انظر تفصيل ذلك د/ عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ص 152 وما بعدها.

(56) عبد الحفيظ الشيمي، المرجع السابق، ص 147 وما بعدها.

(57) عبد الحفيظ الشيمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، ص 154.

(58) عبد الحفيظ الشيمي، مرجع سابق، ص 162.

(59) حكم المحكمة الدستورية العليا، 15 يناير 2006، القضية رقم 188 لسنة 27 قضائية دستورية، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا.

(60) حكم المحكمة الدستورية العليا، الأول من أكتوبر 2007، القضية رقم 76 لسنة 29 قضائية دستورية، منشور على موقع المحكمة الدستورية العليا.

(61) عبد الحفيظ الشيمي، مرجع سابق، ص 102.

الحجر للسفه والتبذير

د..شريف كامل الشوابكة*

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث:2/ 11/ 2020م

الملخص

بعد اختياري لهذا الموضوع والموسوم بـ"الحجر للسفه والتبذير في الفقه الإسلامي". وبعد تيسير الله ﷻ وتوفيقه لي بجمع جزء من المادة العلمية المعنية بموضوع البحث وذلك من خلال الرجوع إلى أُمهات الكتب الفقهية في المذاهب الفقهية المتعددة وإلى كتب الفقه المعاصرة. كما إنني قمت بالرجوع إلى كتب اللغة المعروفة لتوضيح معاني بعض المصطلحات اللغوية الواردة في ثنايا هذا البحث. كما أنني قمت بالرجوع إلى كتب تفسير القران الكريم عند الحاجة لتفسير النصوص والآيات القرانية الكريمة عند ورودها والاستدلال بها في مواضعها. كما أنه تم الرجوع إلى أُمهات كتب الحديث لتخريج الأَحاديث النبوية الشريفة التي اقتضى المقام ضرورة الاستدلال بها. هذا بالإضافة إلى مختلف صنوف وأَقسام الكتب التي ساهمت في خدمة موضوع هذا البحث.

ولما كان الأَمر كذلك كان لزامًا عليَّ أَن أَذكر موجزًا بعض ما قمت به خلال تلك الفترة السابقة من البحث: حيث قمت في المبحث الأَول: ببحث أَحكام الحجر في الفقه الإسلامي. وذلك من خلال المطلب الأَول: بيان مفهوم الحجر لغة واصطلاحًا. وأَما المطلب الثاني: والذي بحثت فيه أَسباب الحجر وأَنواعه. اما المبحث الثاني: فقد كان البحث فيه حول الحجر على السفيه. وللوقوف على الجوانب المتعلقة بالحجر على السفيه، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى خمسة مطالب، نخصص المطلب الأَول: لبيان أَثر الإسراف والتبذير على الفرد والمجتمع، ونخصص المطلب الثاني: لبيان مفهوم السفيه ومشروعية الحجر عليه، ونخصص المطلب الثالث: لبيان حكم تصرفات السفيه فيما يتعلق بالمعاملات المالية، ونخصص المطلب الرابع: لبيان إجراءات توقيع الحجر على السفيه، ونخصص المطلب الخامس: لبيان نهاية الحجر على السفيه، ونموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير. ثم قمت بوضع خاتمة للموضوع، وفي الختام قمت بعمل فهرس للآيات وفهرس للأَحاديث، وعمل قائمة بالمصادر والمراجع والمحتويات.

* باحث، جامعة ابن طفيل، المملكة المغربية.

Quarantine because of Mental Retarded and Extravagance

Dr.Sherif Kamel Shawabkeh

Abstract

After I have chosen this subject, which is Quarantine because of mentally retarded and extravagance in Islamic jurisprudence". With the grace and facilitation of the almighty Allah, I collected part of the research scientific material by referring to the referential juristic books in the various Islamic jurisprudence schools, and contemporary jurisprudence books. I also referred to the known language books to clarify the meaning of some linguistic terms in this research. Furthermore, I referred to the Qur'an interpretation books when needed to interpret the Qur'anic texts and verses as they are pointed and infer them in its context. In addition to the above, I used the referential prophet's traditions (Hadith) books for the purpose of verifying the authenticity and acceptance of hadiths used in this research, besides the various types and sections of other books that have contributed to serving the subject of this research.

As this was the case, I had to briefly mention some of the things I have done during the previous period of research: In the first section, I examined the provisions of interdiction in Islamic jurisprudence. Through the first Topic, I stated the lexical and contextual meaning for the interdiction concept. In the second Topic, I examined the causes and types of interdiction. The second section was about interdiction for mentally retarded individuals, In order to identify the aspects of such interdiction. This section is divided into five topics: in the first one, I indicated the impact of extravagance and profligacy on the individual and the community. In the second topic, the concept of mentally retarded individuals and the legitimacy of interdiction upon them has been covered. The third topic is about the ruling of mentally retarded individuals' behaviour in relation to financial transactions. The fourth topic is to demonstrate the procedures for signing the interdiction upon mentally retarded individuals. The fifth topic is allocated to indicate the end of the interdiction and a practical model of an interdiction issue for mental retardation and extravagance. Then I concluded the topic, and finally, I created an index of the Qur'an verses, an index of the prophet's traditions, and a list of sources, references, and content. And Allah is the Arbiter of Success.

المقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، حمد المؤمنين الشاكرين الصابرين، القائمين بأَمر ربهم وحُكمه وشرعه، الحمد لله الذي خلق الإنسان علمه البيان، أنزل القرآن وجعله لكل شيء فصلًا وتبيان، الذي فَهَمَ فصل الخِطاب لسليمان، وجعل العدل لكل قاضٍ عنوان، وصلوات ربي وسلامه على المبعوث رحمةً للعالمين، الذي نرجو شفاعته يوم الدين، حبيبنا وقرة أَعيننا سيدنا محمد ﷺ ثم أما بعد:

فإِن من الأُمور المهمة التي امتازت بها الشريعة الإِسلامية على جميع الأَنظمة والقوانين الوضعية، بل على جميع الشرائع السماوية الأَخرى، أَنها عالجت جميع ما يحتاجه الإِنسان بما يتناسب مع فطرته التي فطره الله عليها، سواء أَكان ما يحتاجه ماديًا أم معنويًا،

فرديًا أَم اجتماعيًا، دنيويًا أَم أُخرويًا، وفي ذلك قال الله تعالى:﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [النحل:89]، وأيضا قول الله تعالى:﴿وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ ءَايَتَيْنِ فَمَحَوْنَآ ءَايَةَ ٱلَّيْلِ وَجَعَلْنَآ ءَايَةَ ٱلنَّهَارِ مُبْصِرَةً لِّتَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ وَلِتَعْلَمُوا۟ عَدَدَ ٱلسِّنِينَ وَٱلْحِسَابَ ۚ وَكُلَّ شَىْءٍ فَصَّلْنَٰهُ تَفْصِيلًا﴾[الاسراء:12].

ومن القضايا المهمة في حياة الإنسان تلك القضايا المتعلقة بالمعاملات المالية، ولما لها من أَهمية فقد جاءت الشريعة الإسلامية بجملة من الأَحكام التي تصون الأَموال وتضبط التصرف فيها، خشية تبذيرها وإِضاعتها خلافًا لمقتضى الشرع والعقل، وقد نهى الله ﷻعن الإِسراف والتبذير نهيًا شديدًا، ولا أَدل على ذلك من قوله تعالى:﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾ [الاسراء:26،27].

وشرع الوسائل الشرعية التي تهدف إِلى حفظ المال وضبطه، ومنع أسباب ومسببي الإِسراف فيه وتبذيره، ومن الوسائل الشرعية الحجر على السفيه المبذر لماله المضيع له، على غير مقتضى الحكمة والعقل والشرع.

وعليه فإِن هذا المقال يعالج موضوع الحجر على السفيه المبذر، وهو موضوع على درجة من الأَهمية، لأَنَّهُ انتشر وتفشى الإِسراف والتبذير بين الناس، وهو أَمر ينذر بضرر شديد وعواقب وخيمة، إِذا ما ترك الأَمر على حاله.

لذا فقد استعنت بالله على المضي قدمًا في بيان جوانب هذا الموضوع من الناحية الشرعية والقانونية، وذلك بإِيجاز دون تطويل ممل أَو تقصير مخل، راجيًا من الله ﷻ العون والسداد، قاصدًا الإِحاطة قدر الإِمكان بجوانب الموضوع، فما كان من صواب فمن الله وحده الرحمن، وما كان من خطأ أَو تقصير أَو نسيان فمن نفسي المقصرة والشيطان.

وقد عمدت على تقسيم هذا المقال إِلى مبحثين وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: أَحكام الحجر في الفقه الإِسلامي.

المطلب الأَول: مفهوم الحجر.

الفرع الأَول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للحجر.

الفرع الثاني: الأَهلية في اللغة والاصطلاح.

الفرع الثالث: أَقسام الأَهلية.

الفرع الرابع: عوارض الأَهلية.

المطلب الثاني: أَسباب الحجر وأَنواعه.

الفرع الأَول: أَسباب الحجر.

الفرع الثاني: أَنواع الحجر.

المبحث الثاني: الحجر على السفيه.

المطلب الأَول: الإسراف والتبذير وأَثره على الفرد والمجتمع.

الفرع الأَول: تعريف الإِسراف والتبذير لغة واصطلاحًا.

الفرع الثاني: أَقسام وأَنواع الإِسراف والتبذير.

المطلب الثاني: مفهوم السفيه ومشروعية الحجر عليه.

الفرع الأَول: تعريف السفيه لغة واصطلاحًا.

الفرع الثاني: مشروعية الحجر على السفيه والحكمة من تشريعه.

المطلب الثالث: حكم تصرفات السفيه فيما يتعلق بالمعاملات المالية.

الفرع الأَول: تصرف السفيه في الهبة والصدقة والتبرع.

الفرع الثاني: تصرف السفيه في البيع والشراء.

الفرع الثالث: تصرف السفيه في الإِقراض والاستقراض.

المطلب الرابع: إِجراءات توقيع الحجر على السفيه.

الفرع الاول: من له الصفة في رفع دعوى الحجر على السفيه.

الفرع الثاني: إِجراءات دعوى الحجر على السفيه بصورة مختصرة.

المطلب الخامس: نهاية الحجر على السفيه نموذج تطبيقي لقضية حجر على السفيه.

الفرع الاول: زوال أَسباب الحجر ورفع الحجر عن السفيه.

الفرع الثاني: نموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير.

المبحث الأول: أَحكام الحجر في الفقه الإِسلامي.

تمهيد:

جاءت الشريعة الإِسلامية بجملة من الأَحكام التي تصون الأَموال، وتضبط التصرف فيها خشية إِضاعتها وتبذيرها، وشرعت الوسائل الشرعية التي تحقق مقاصد هذه الأَحكام. ومنها الحجر على السفيه المبذر لماله المضيع له، خلافًا لمقتضى الشرع والعقل والحكمة.

وللحجر مقاصد اجتماعية واقتصادية، لأَنَّ التبذير الفردي لا يقتصر أَثره وضرره على المالك الفرد، بل تتعدى مفسدته إِلى المجتمع، وتتضرر به مصالح الأَمة، وبهذا قال أَحد الحكماء " ما رأَيت قط سرفًا إِلا ومعه حق مُضيّع ".

ولغاية الوقوف على الأَحكام المتعلقة بالحجر سيتم تقسيم هذا المبحث إِلى مطلبين، نخصص المطلب الأَول لبيان مفهوم الحجر، فيما نخصص المطلب الثاني للحديث عن أَسباب الحجر وأَنواعه.

المطلب الأَول: مفهوم الحجر.

الفرع الاول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للحجر.

* الحجر في اللغة: مطلق المنع [1].

وأَصل " الحجر " في اللغة، ما حجرت عليه، أَي: منعته من أَن يوصل إِليه، وكل ما منعت منه فقد حجرت عليه، حجر عليه القاضي حجرًا، منعه شرعًا من التصرف في ماله، وحجر عليه الأَمر منعه منه، وحجر الحكام على الأَيتام منعهم. [2]

والحجر: العقل [3]، لأَنَّهُ يحجر صاحبه ويمنعه مما تدعو إِليه نفسه الأَمارة من ارتكاب ما يقبح من المفاسد، ومنه قول الله تعالى:﴿ هَلۡ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٞ لِّذِي حِجۡرٍ﴾[الفجر:5].

وهو المنع والتضييق، ومنه سمي الحرام حجرًا [4].

وحجرًا محجورًا: أي حرامًا محرمًا، أو حاجزًا مانعًا، وممنوعًا أن يجتاز [5]، ومنه قول الله تعالى:﴿وَهُوَ ٱلَّذِي مَرَجَ ٱلۡبَحۡرَيۡنِ هَٰذَا عَذۡبٞ فُرَاتٞ وَهَٰذَا مِلۡحٌ أُجَاجٞ وَجَعَلَ بَيۡنَهُمَا بَرۡزَخٗا وَحِجۡرٗا مَّحۡجُورٗا﴾[الفرقان:53].

المعنى الاصطلاحي للحجر.

اختلف الفقهاء في حقيقة الحجر وتعريفه إِلى ثلاثة اتجاهات، ومرد ذلك إِلى اختلافهم في أَسباب الحجر، وبيان تلك الاتجاهات فيما يأتي:

* الإِتجاه الأَول: ويمثله الحنفية، ومحور فكرة هذا الإِتجاه تدور حول المنع من التصرفات القولية المتعلقة بالصغر والرق والجنون، وأَهم تعريفاتهم:

ـ عرفه الزيلعي والكاساني بأَنَّهُ: منع من التصرف قولًا لا فعلًا بصغر ورق وجنون. [6]

ـ عرفه الحصكفي بأَنَّهُ: منع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي. [7]

ـ عرفته المادة (941) من مجلة الأَحكام العدلية بقولها: " الحجر هو منع شخص مخصوص من تصرفه القولي ". [8]

* الإِتجاه الثاني: يمثله بعض المالكيه والشافعية والحنابله، ومحور هذا الإِتجاه يدور حول حقيقة

الحجر إِنَّهُ منعًا من التصرف في المال مطلقًا. ومن أشهر تعريفاتهم:

ـ عرفه الخطيب الشربيني والرملي بأَنَّهُ: المنع من التصرفات المالية.[9]

ـ عرفه ابن قدامة بأَنَّهُ: منع الإِنسان من التصرف في ماله.[10]

ـ عرفه الشيباني بأَنَّهُ: منع المالك من التصرف في ماله.[11]

* الإِتجاه الثالث: ويمثله بعض المالكية، ومحور هذا الإِتجاه إِنَّهُ يعتبر الحجر منعًا من التصرف في أَنواع محددة من الأَموال، وليس الأَموال بشكل مطلق، ومن أَشهر هذه التعريفات:

ـ عرفه ابن عرفة بأَنَّهُ: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أَو تبرعه بماله[12].

خلاصة وتعقيب الباحث:

خلاصة القول إِنَّهُ بعد استقراء وتحليل تعريفات الحجر السابقة نورد الملاحظات الآتية:

- إِنَّ القول بالمنع من التصرفات المالية، قد أخرج التصرفات غير المالية.
- إِنَّ القول منع الإِنسان من التصرف في ماله، فيه تزيد إذ أن غير الإِنسان لا يتصرف بالمال.
- إِنَّ القول بالمنع من التصرف القولي قد قصر الحجر على التصرفات القولية وأَخرج التصرفات الفعلية.
- إِنَّ من التعريفات أَشارت إِلى الآمر بالحجر وهو الشارع، أَو إِلى من ينفذ الحجر وهو القاضي، وذلك بقولهم منع أَو المنع.
- ومن التعريفات ما جاء بذكر ماهية الحجر فقال صفة حكمية.

وعليه يمكن وضع تعريف للحجر يجمع بين تلك الاتجاهات السابقة بأَنَّهُ: " حكم يتم بمقتضاه منع المحجور عليه من التصرف في ماله قولًا أَو فعلًا".

- فكلمة حكم تشير إِلى الماهية.
- وكلمة منع تشير إِلى وجود من حكم بالمنع.
- وعبارة التصرف قولًا وفعلًا تشير إِلى شمول الحجر على التصرفات القولية والفعلية.

هذا ويجدر بنا بيان بعد بيان مفهوم الحجر أَن نعرض وبشكل موجز إِلى مسألة أَهلية الإِنسان في الفقه الإِسلامي لارتباطها بموضوع الدراسة.

الفرع الثاني: الأَهلية في اللغة والاصطلاح:

الأَهلية في اللغة: الصلاحية، وهي مأخوذة من قولهم " فلان أهل لكذا " أَي صالح ومستحق له.[13]

الأَهليـة في الاصـطلاح: صـلاحية الإِنسـان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أَو لصدور الفعل منه على وجه معتبر شرعًا.[14]

الفرع الثالث: أَقسام الأَهلية: وتقسم إِلى قسمين:

1ـ أَهلية الوجوب: وهي صلاحية الإِنسان لوجوب الحقـوق المشـروعة لـه وعليـه، وهـي مرتبطـة بوجود الإِنسان في الحياة، ولهذا فهي تثبت لكل إِنسان من حين كونه جنينًا في بطن أُمه إِلى أَن يموت، من غير التفات إِلى عقل أَو بلوغ أَو تمييز أَو نحو ذلك[15]، وهي نوعان أَهلية وجوب ناقصة وأَهلية وجوب كاملة[16].

2ـ أَهلية الأَداء: وهي صلاحية الإِنسان لأَنَّ تصدر منه أَفعال يعتد بها شرعًا، وهي مرتبطة بالتمييز، فلا تثبت للصبي غير المميز ولا المجنون[17]، وهي أَيضًا نوعان أَهلية أَداء ناقصة وأَهلية أَداء كاملة.

الفرع الرابع: عوارض الأَهلية:[18]

هذه العوارض لا تجري في أَهلية الوجوب، لأَنَّها ثابتة للإِنسان بمجرد وجوده حيًا، ابتداءً من كونه جنينًا ولا تزول عنه إِلا بالموت، وبذلك فهذه العوارض تجري في أَهلية الأَداء بحيث تعدمها أَو تنقصها.

* قَسَّم الاصوليون عوارض الأَهلية إِلى قسمين:

أ ـ عوارض سماوية[19]: ويقصد بها الأَوصاف التي تحصل للإِنسان من غير اختيار منه وهي:

* الصغر * الجنون * العته * النسيان * النوم * الإِغماء * الرق * الحيض * النفاس * المرض * الموت.

ب ـ عوارض مكتسبة[20]: ويقصد بها الأَوصاف التي تحصل بكسب الإِنسان واختياره، سواء أَكانت من قبل الشخص نفسه أَو من غيره وهي:

* الجهل * السكر * الهزل * السفه * الخطأ * السفر * الإِكراه.

المطلب الثاني: أَسباب الحجر وأَنواعه.

أَسباب الحجر كثيرة، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء، ومنها ما هو محل خلاف، وسبب الخلاف مرده لا لقصور الأَهلية، وإِنما لدفع الضرر عنهم وعن الناس، هذا ويختلف أَثر الحجر في تصرف المحجور عليه باختلاف سببه وينقسم الحجر بحسب نوع المصلحة التي يحققها إِلى ثلاثة أَنواع.

ولبيان وتفصيل ما ذكر نقسم هذا المطلب إِلى فرعين وذلك كما يأتي:

الفرع الأَول: أَسباب الحجر.

الفرع الثاني: أَنواع الحجر.

الفرع الاول: أسباب الحجر.

هناك أسباب متعددة للحجر منها ما هو محل اتفاق عند الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلاف، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولا: الأسباب المتفق عليها:

اتفق الفقهاء على أن الصغر والرق والجنون والعته ومرض الموت من أسباب الحجر[21]، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة.

ـ الأدلة من الكتاب:

- قول الله تعالى:﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ وَلَا تَأۡكُلُوهَآ إِسۡرَافٗا وَبِدَارًا أَن يَكۡبَرُواْۚ وَمَن كَانَ غَنِيّٗا فَلۡيَسۡتَعۡفِفۡۖ وَمَن كَانَ فَقِيرٗا فَلۡيَأۡكُلۡ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِذَا دَفَعۡتُمۡ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ فَأَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِمۡۚ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ حَسِيبٗا﴾ [النساء: 5].

- قول الله تعالى:﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلۡأَطۡفَٰلُ مِنكُمُ ٱلۡحُلُمَ فَلۡيَسۡتَـٔۡذِنُواْ كَمَا ٱسۡتَـٔۡذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِهِمۡۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمۡ ءَايَٰتِهِۦۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ﴾ [النور:59].

- قول الله تعالى:﴿وَيَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلۡيَتَٰمَىٰۖ قُلۡ إِصۡلَاحٞ لَّهُمۡ خَيۡرٞۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡۚ وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ وَلَوۡ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعۡنَتَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٞ﴾ [البقرة: 220]

- قول الله تعالى:﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾[البقرة:282]

الخلاصة:

وجه الاستدلال من الآيات أن الصغير والمجنون والمعتوه لا يحسنون التصرف في أموالهم فيحجر عليهم.

* الأدلة من السنة النبوية:

ـ عن ابن عمر ﷺ قال: عرضني رسول الله ﷺ يوم أُحد في القتال، وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني.[22]

ـ عن عائشة- رضي الله عنها-، عن النبي ﷺ قال:"رُفِعَ القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المعتوه حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ".[23]

ـ عن عامر بن سعد عن أبيه ﷺ قال: مرضت فعادني النبي ﷺ فقلت يا رسول الله ادع الله ألا يردني على عقبي، قال " لعل الله يرفعك وينفع بك ناسًا "، قلت أُريد أَن أوصي وإنما لي ابنة، قلت أَوصي بالنصف، قال النصف كثير، قلت فالثلث، قال الثلث، والثلث كثير أَو كبير، قال فأَوصى الناس بالثلث وجاز لهم ذلك. (24)

خلاصة:

طبقًا للأسباب المتفق عليها فإنه يحجر على الصغير غير المميز والمجنون لفقدهما أَهلية الأَداء، ويحجر على الصغير المميز والمعتوه لنقصان أَهليتهما، أَما الحجر على المريض مرض الموت، فقد اتفق الفقهاء على جواز الحجر عليه لحق الورثة، والذي يحجر به على مريض الموت هو تبرعاته فقط، فيما زاد عن ثلث التركة.

هذا بالنسبة للصغر والجنون والعته ومرض الموت، أما بالنسبة للرق فلا مجال للحديث عنه لانتهاء ظاهرة الرق في الإِسلام.

ثانيًا: الأَسباب المختلف فيها. (25)

هناك اسبابًا للحجر هي محل اختلاف بين الفقهاء، وتتمثل فيما يأتي:

* الحجر على السفيه.
* الحجر على ذو الغفلة.
* الحجر على المدين المفلس.
* الحجر على المرتد.
* الحجر على الزوجة.

– الحجر على السفيه وذو الغفلة: قال به المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان " ابو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني "، خلافًا للإِمام أبي حنيفة.

– الحجر على المدين المفلس: قال به المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان، خلافًا للإِمام أبي حنيفة.

ـ الحجر على المرتد: قال به المالكية والشافعية والحنابلة، خلافًا للحنفية.

ـ الحجر على الزوجة: قال به المالكية، خلافًا للشافعية والحنفية والحنابلة.

الفرع الثاني: أنواع الحجر.

تجدر الإِشارة إِلى أَنَّ هناك تقسيمات مختلفة لأَنواع الحجر لا يتسع المقام لبيانها تفصيلًا، وسنبين التقسيم الأَكثر قربًا وتناسبًا مع موضوع هذا البحث.

تنقسم أَنواع الحجر بحسب نوع المصلحة التي يحققها إِلى ثلاثة أَنواع هي:

الأَول: الحجر لمصلحة المحجور عليه.

الثاني: الحجر لمصلحة الغير.

الثالث: الحجر للمصلحة العامة.

* النوع الأول: الحجر لمصلحة المحجور عليه. [26]

أما الذين يحجر عليهم لمصلحة أَنفسهم فأَربعة: السفيه والصغير والمعتوه والمجنون،[27] والحجر عليهم حجر عام، حيث قرر الشارع الحجر عليهم ومنعهم من التصرف في أَموالهم وذممهم، لتكون هذه

الأَموال مصونة من سوء التصرفات، وحفظًا لها من الضياع.[28]

* النوع الثاني: الحجر لمصلحة الغير.[29]

تهتم الشريعة بمراعاة مصلحة الغير كمراعاتها لمصلحة أَصحاب الأعذار، فأَثبتت الحجر على طائفة من الناس حفاظًا لحقوق الغير، كالمدين المفلس رعاية لحقوق الغرماء، والمريض مرض الموت رعاية لحقوق الورثة، والحجر على الزوجة لمصلحة الزوج بمال الزوجة " حيث رأى بعض الفقهاء من باب القياس أَنَّ تعلق حق الزوج بمال الزوجة من قبيل تعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت "، وكذلك المرتد من المسلمين رعاية لحقوق المسلمين.[30]

* النوع الثالث: الحجر للمصلحة العامة:[31]

يجوز الحجر للمصلحة العامة، حيث قال به الإِمام أَبو حنيفة ويرى الحجر على ثلاثة للمصلحة العامة للمسلمين وهم: الطبيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس.

1ـ الطبيب الجاهل: الذي يسقي الناس في أَمراضهم دواءً مخالفًا بسبب جهله وعدم علمه، فهو مهلك للأَبدان.[32]

2ـ المفتي الماجن: الذي يحلل الحرام ويحرم الحلال ويفتي عن جهل، فهو مفسد للأَديان.[33]

3ـ المكاري المفلس: الذي يتقبل الكراء ويؤجر وسائل النقل، ولا يملك ولا عنده تلك الوسائل، فهو متلف للأَموال.[34]

وليس المقصود بالحجر على هؤلاء الثلاثة حقيقة الحجر، وهو المنع الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف، وإِنما أَراد المنع الحسي، أَي يمنع هؤلاء من عملهم حسًا، لأَنَّ المنع من ذلك من باب الأَمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولدفع الضرر العام والخاص.[35]

والمال المقصود منع السفيه من تملكه والتصرف فيه: هو كل ما أُطلِقَ عليه اسم مال حقيقة.

يذكر الامام الطبري بقوله لا تعطِ السفيه من ولدك رأسًا ولا حائطًا ولا شيئًا هو لك قيمًا من مالك.[36]

جاء في معنى الاموال عند ابن كثير: هي التي تقوم بها معايشهم من التجارات وغيرها.[37]

وجاء في تفسير القرطبي: الاموال هي التي تقي اعراضكم وتصون وتعظم اقداركم وبها قوام امركم. وكل ما فيه سبب معيشتكم.[38]

المبحث الثاني: الحجر على السفيه.

تمهيد:

الحجر على السفهاء يجيب عن حاجاتنا التشريعية في ضبط الأَموال وحفظ الثروات، وهو يحمل دلالات واسعة، لا تقف عند حد النازلة الخاصة بسفيه مبذر ممنوع من التصرف في ماله، بل يتعدى أَثرها التشريعي إِلى اعتبار كل سفيه مثل لبنة تشد بنيان المجتمع، فتصرفاته إِما أَن تعود بالنفع والصلاح على الجميع، أَو تعود عليهم بالضرر والفساد.

وللوقوف على الجوانب المتعلقة بالحجر على السفيه، سيتم تقسيم هذا المبحث إِلى ستة مطالب، نخصص المطلب الأَول لبيان أَثر الإِسراف والتبذير على الفرد والمجتمع، ونخصص المطلب الثاني لبيان مفهوم السفيه ومشروعية الحجر عليه، ونخصص المطلب الثالث لبيان حكم تصرفات السفيه فيما يتعلق بالمعاملات المالية، ونخصص المطلب الرابع لبيان إِجراءات توقيع الحجر على السفيه، ونخصص المطلب الخامس لبيان نهاية الحجر على السفيه، ثم عرض نموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير.

المطلب الأَول: الإِسراف والتبذير وأَثره على الفرد والمجتمع.

ينبغي أَن نبدأ حديثنا بالتعريف اللغوي والاصطلاحي للإِسراف والتبذير ثم نمضي قدمًا في بيان أَقسامه وأَنواعه ثم آثاره وأَضراره على الفرد والمجتمع.

الفرع الأَول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للإِسراف والتبذير.

* معنى الإِسراف في اللغة: الإِسراف والسرف وهما بمعنى واحد.

وقد جاء في القاموس المحيط ما مختصره:

" قيل: السرف محركة ضد القصد، وقيل: أَراد بالسرف الغفلة والجهل، يقال رجل سرف الفؤاد: أي مخطئ وغافل، وقيل: هو من الإِسراف والتبذير في النفقه لغير حاجة، أَو في غير طاعة الله."[39]

وجاء في لسان العرب ما مختصره:

" السرف والإسراف مجاوزة القصد، وأسرف في ماله عَجِلَ من غير قصد، وأما السرف الذي نهى الله عنه فهو ما انفق في غير طاعة الله قليلًا أو كثيرًا، والإسراف في النفقة التبذير لغير حاجة، أو في غير طاعة الله.....، وقيل هو مجاوزة القصد في الأكل مما أحله الله.....، وقيل هو خطأ بأنهم يخطئون موضع العطاء بأن يعطوه من لا يستحق ويحرموه المستحق، والغالب على ذكره الإكثار من الذنوب والخطايا، واحتقاب الأوزار والآثام وكثرة الأخطاء."[40]

الإسراف في الاصطلاح: جاء في فتح الباري: " والإسراف مجاوزة الحد في كل فعل أو قول وهو في الإنفاق أشهر."[41]

* معنى التبذير في اللغه: جاء في لسان العرب ما مختصره: " قيل من البذر، الذي هو الزرع، وهو راجع إلى التفريق.....، وبَذَّر في ماله: أفسده وأنفقه في السرف، وكل ما فرقته وأفسدته فقد بذرته....، وتبذير المال: تفريقه إسرافًا، ورجل تبذارة: للذي يبذر ماله ويفسده، والتبذير: إفساد المال وإنفاقه في السرف، وقيل: والمبذر المسرف في النفقه. [42]

* معنى التبذير في الاصطلاح: جاء في تفسير القرطبي: " قال الشافعي، التبذير: إنفاق المال في غير حقه، ولا تبذير في أعمال الخير، وهذا قول الجمهور، وقال أشهب عن مالك: التبذير هو أخذ المال من حقه ووضعه في غير حقه، وهو الإسراف." [43]

الفرع الثاني: أقسام وأنواع الإسراف والتبذير:

بعد بيان المعنى اللغوي والاصطلاحي للإسراف والتبذير ينبغي أن ننوه أنَّ الإسراف يندرج تحت ثلاثة أقسام وهي بإيجاز:

القسم الأول: إسراف محرم شرعًا، حرمه الله ﷻ ورسوله ﷺ.

القسم الثاني: إسراف مكروه، وهو ما جاوز الشرع وتعاليمه في أمر له أصل في الدين.

القسم الثالث: إسراف مباح، وهو ما أباحه واستحبه الشرع بشروط وضوابط، ولم يقيده بحد معين

أما أنواع الإسراف والتبذير فهي كثيرة، لا يتسع المقام لذكرها وتفصيلها، إلا إنَّ الشائع أنَّ مصطلح الإسراف والتبذير يعرف في العموم بنوع واحد من الأنواع المتعددة، وهو الإسراف في المال والتبذير فيه، حيث سنكتفي بطرح هذا النوع الذي يتوافق مع مقتضيات ومقصود هذا البحث، حيث السفه المقصود هنا هو السفه في تدبير الأموال وإصلاحها لا في إصلاح الدين.

* الإسراف في المال: هو ما جاوز حد الاعتدال إلى التبذير، وكلاهما ممقوت شرعًا، لأَنَّ التبذير الفردي لا يقتصر أَثره وضرره على مالك المال الفرد، بل تتعدى مفسدته إلى المجتمع وتتضرر به مصالح الأُمة.

لذا نرى المجتمعات المعاصرة أَصبحت تتخبط في كثير من المظاهر الشنيعة للإسراف والتبذير، وهي حين يتجاوز السفه السلوك الفردي إلى السلوك الاجتماعي، ويكون الإسراف والتبذير من عادات الناس، ما يؤدي إلى الإضرار بالأَفراد وضياع الحقوق، وحرمان أَصحاب الحقوق من حقوقهم، وذهابها إلى غير مستحقيها بسبب سفيه مسرف مبذر.

وهناك أَوجه كثيرة للإسراف والتبذير في الأَموال من أَصحابها، والتي تدفع المضرورين وذوي المصلحة إلى طلب الحجر على أُولئك السفهاء المسرفين المبذرين، سواء أَكانت تلك التصرفات على سبيل الصدقة والهبة أَو التبرع أَو الوصية غير الحقة، لأَنَّ كل ذلك مدعاة لتبذير المال وإضاعته، كذلك منها ما يكون على سبيل الإقراض والاستقراض، لأَنَّ بعض الفقهاء عد الإقراض نوع من أَنواع التبرع، وأَيضًا من الأَوجه البيع والشراء لغير حاجة أَو مصلحة، على وجه يثبت فيه تبذير الأَموال وتضييعها في غير ما شرعت له، بما فيه هدر للحقوق وإضرارا بأَصحابها.

وفي هذا المقام يثور تساؤل مهم وهو: هل إِنَّ إنفاق المال في المباحات يعد من باب السفه ويعد إسرافًا وتبذيرًا يوجب الحجر على من قام به. ؟

نقول إِنَّ المباح عند علماء الأُصول هو: ما أَذن الشارع في فعله وتركه، وخلا من المدح والذم، وزيادة في البيان والتوضيح نذكر هنا كلام ابن الحجر في شرحه للمقصود "بإضاعة المال من قول النبيﷺ "إن الله حرم عليكم عقوق الأُمهات، ومنعًا وهات، ووأد البنات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال[44]" قال ابن حجر:[45] والحاصل في كثرة الإنفاق ثلاثة أَوجه:

الأول: إنفاقه في الوجوه المذمومة شرعًا، فلا شك في منعه.

الثاني: إنفاقه في الوجوه المحمودة شرعًا، فلا شك في كونه مطلوبًا بالشرط المذكور.[46]

الثالث: إنفاقه في المباحات بالأَصالة كمَلاذِّ النفس فهذا يقسم إلى قسمين:

أحدهما: أن يكون على وجه يليق بحال المنفق وبقدر ماله، فهذا ليس بإسراف.

والثاني: ما لا يليق به عرفًا وهو ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: ما يكون لدفع مفسدة، إما ناجزه أو متوقعة، فهذا ليس بإسراف.

والثاني: ما لا يكون في شيء من ذلك، فالجمهور على إنَّهُ إسراف.

* خلاصة:

يمكن القول إنَّ الإسراف والتبذير من الآفات التي تفشت في المجتمعات بسبب البعد عن المنهج الإسلامي القويم، ومجاوزة الحد في الأفعال والأقوال، وإنَّ الإسراف أنواع، منه ما هو محرم ومنه ما هو مكروه ومنه ما هو مباح.

وإنَّ الإسراف والتبذير لهما أثر كبير على الفرد والمجتمع، بسبب تبديد الأموال وضياعها، وإهدار للحقوق من خلال أوجهه المتعددة، وحرمان أصحاب الحقوق من حقوقهم وذهابها إلى غير مستحقيها.

والفرق بين الإسراف والتبذير هو أنَّ: [47]

* التبذير: هو صرف الشيء في غير محله اللائق.

* الإسراف: فهو صرف الشيء في محله اللائق زيادة عن اللازم.

وعلى ذلك [48]:

* التبذير: هو تجاوز موضع الحق وجهل بمواضع ومواقع الحقوق.

* الإسراف: فهو تجاوز في الكمية وجهل في مقادير الحقوق.

المطلب الثاني: مفهوم السفيه ومشروعية الحجر عليه.

من الضروريات الخمس التي تسعى الشريعة الإسلامية الغراء لحفظها، ضرورة حفظ المال، فالإنسان بحاجة دائمة إلى المال لتنظيم وتدبير شؤون حياته، فصاحب العقل السليم يحسن التدبير لتحقيق مصالحه، إلا أنَّ هناك فئات من الناس ومنهم السفيه، ليس لهم حظ كامل من العقل لإدارة أموالهم ورعاية مصالحهم، لذلك شُرع الحجر في حقهم حفاظًا على أموالهم من الإسراف والتبذير.

ولتوضيح المقصود بالسفيه وبيان مشروعية الحجر عليه والحكمة من تشريع الحجر، سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نوضح في الفرع الأول المقصود بالسفيه لغةً واصطلاحًا، وفي الفرع الثاني نبين مشروعية الحجر على السفيه والحكمة من تشريعه.

الفرع الأول: تعريف السفيه لغةً واصطلاحًا.

– السفيه لغةً: جاء في تعريف السفيه لغةً: [49]

والسفه: السفه والسفاه والسفاهة: خفة الحلم، وقيل نقيض الحلم وأصله الخفة والحركة، وقيل الجهل. وقال بعض أهل اللغة: أصل السفه الخفة ومعنى السفيه الخفيف العقل، والسفه في الأصل الخفة والطيش والجهل، وسَفِه فهو سفيه، وجمعه سُفهاء قال الله تعالى: " قالوا أنؤمن كما أمن السفهاء" [50]، أي الجهال، والسفيه الجاهل، والأنثى سفيهة والجمع سفيهات.

وجاء في المعجم الوسيط أنَّ: " السفيه من يبذر ماله فيما لا ينبغي. [51]"

– ثانيًا: السفيه في الاصطلاح: تعددت تعريفات الفقهاء للسفيه متفقة من حيث المعنى والمقصود، مختلفة في التعبير فقط، ومن أبرز هذه التعريفات:

1. عرفه الزيلعي بأَنَّهُ: المبذر المفسد الذي يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة. [52]

2. عرفه الشربيني بأَنَّ: السفيه هو المبذر لماله. [53]

3. عرفه إبن قدامه بأَنَّهُ: المضيع لماله المبذر له. [54]

أما في مجلة الأحكام العدلية وقانون الأحوال الشخصية الأُردني فكانت التعريفات كما يأتي:

*عرفته المادة (946) من مجلة الاحكام العدلية بقولها: [55]

" السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في نفقاته ويضيع أَمواله ويتلفها بالإِسراف "

*عرفته الفقرة (ب) من المادة (206) من قانون الأَحوال الشخصية الأُردني بأَنَّهُ: [56]

" السفيه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه، ويبذر في نفقاته، ويضيع أَمواله ويتلفها بالإِسراف خلافًا لما يقتضيه الشرع والعقل. "

* تعقيب وتعريف الباحث:

باستقراء وتحليل التعريفات السابقة، نجد أَنَّهُ: اتفق الفقهاء وإِن اختلفوا في التعبير على أَنَّ السفيه هو المبذر لماله المضيع له، وبمعنى أَدق هو الذي لا يحسن تدبير ماله في منفعة، ويضيع ماله في الإِسراف والتبذير، ويتصرف تصرفًا لا لغرض، أَو لغرض لا يعده العقلاء غرضًا، وبما لا يتفق مع الحكمة والشرع. [57]

ويمكن وضع تعريف للسفيه بأَنَّهُ " هو من كانت أَفعاله وتصرفاته مخالفة لمقتضى الشرع خلافًا لأَفعال العقلاء ".

الفرع الثاني: مشروعية الحجر على السفيه والحكمة من تشريعه.

أَولًا: مشروعية الحجر على السفيه:

اختلف الفقهاء في مشروعية الحجر على السفيه على قولين:

* القول الأَول: ذهب الإِمام أَبو حنيفة إِلى عدم جواز الحجر على الحر العاقل بسبب السفه.[58]

* القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إِلى جواز الحجر على السفيه.[59]

* الأَدلة:

▪ الأَدلة التي استند إِليها الإِمام أَبو حنيفة بعدم جواز الحجر على السفيه وهي الكتاب والسنة والمعقول وبيانها فيما يأتي:[60]

أَولًا: الكتاب:

قول الله تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[المائدة: 1].

وجه الدلالة:

إِنَّ السفيه كبقية المكلفين مخاطب بكل ما جاء في القرآن الكريم بكافة العبادات والأَحكام بموجب أَهليته وهي بلوغه مع العقل، وإِنَّ الخطاب للكافة ولا يستثنى منه السفيه، ومنعه من نفاذ عقوده بالحجر عليه، مصادرة لأَمر الله ﷻ وخروج على نصوص القرآن الكريم.

ثانيًا: السنة النبوية:

* ما رواه أنس أَنَّ رجلًا على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقدته ضعف، فأتى به أهله النبي ﷺ فقالوا يا نبي الله أُحجُر على فلان فإِنَّهُ يبتاع وفي عقدته ضعف، فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع، فقال يا رسول الله إِني لا أَصبر، فقال رسول الله ﷺ إِذا بعت فقل لا خلابة.

– وجه الدلالة:

لو كان الحجر على الكبار والعقلاء سائغًا لحجر النبي ﷺ على الرجل، وقد بدا سفهه وضعف عقله، فكان هذا دليلًا واضحًا على إِنَّهُ لا يسوغ الحجر على الكبار والعقلاء حتى وإِن كانوا سفهاء لا يحسنوا تدبير المال.

ثالثًا: المعقول:

يرى الإِمام أَبو حنيفة:

* إِنَّ الشخص ببلوغه عاقلًا بلغ حد الإِنسانية فأي منع له وحجر عليه فيه إِهدار لكرامته وآدميته، حتى وإِن كان في الحجر مصلحة للسفيه إِلا أَنَّ ضرره أَكبر.

* إِنَّ السفيه باتفاق الفقهاء غير محجور عليه في شؤون الزواج والطلاق، فله أَن يتزوج ويطلق، ولما كانت بقية التصرفات من بيع وشراء هي أَقل شأنًا

وأهمية من الزواج والطلاق، فيكون للسفيه إجراؤها من باب أولى.

- الأدلة التي استند إليها جمهور الفقهاء في جواز الحجر على السفيه وهي، الكتاب والسنة النبوية والقياس وبيانها فيما يأتي:

أولًا: الكتاب:

- قول الله تعالى:﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾[النساء:5].

- قول الله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ ۚ﴾ [البقرة:282] .

- قول الله تعالى:﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلْمِسْكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ۝٢٦ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾ [الاسراء:26،27].

- قول الله تعالى:﴿ يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ وَلَا تُسْرِفُوٓاْ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ﴾ [الأعراف:31].

- وجه الدلالة:

يبين الله سبحانه وتعالى في هذه الآيات الأسباب الموجبة للحجر ويثبت الحجر على السفيه ومن في حكمه.

ثانيًا: السنة النبوية:

1-عن المغيرة بن شعبة قال، قال النبيﷺ:" إنَّ الله حرم عليكم عقوق الأُمهات، ووأد البنات، ومنع وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال.[61]

2-عن أنس بن مالك:" إنَّ رجلًا كان في عقدته ضعف، وكان يبايع، وإنَّ أهله أتوا النبيﷺ فقالوا: يا رسول الله أُحجر عليه، فدعاه نبي الله ﷺ فنهاه، فقال يا رسول

الله، إني لا أصبر عن البيع، فقال إذا بايعت فقل هاء وهاء، ولا خلابة."[62]

- وجه الدلالة:

- إنَّ النبيﷺبين تحريم إضاعة المال.

- إنَّ النبيﷺ لم ينكر سؤال أهل الرجل بالحجر عليه ما يدل دلالة واضحة على جواز الحجر على السفيه.

ثالثًا: القياس:

- إِنَّ الفقهاء قاسوا السفيه على الصبي في جواز الحجر عليه، وإِنَّ القياس الجلي الواضح يقوي الاستدلال بأَنَّ المراد من الآيات والأحاديث هو حفظ المال، فيكون الحجر على السفيه المبذر أولى من الحجر على الصبي غير المميز. وإن القياس ليدل على الحجر أرأيت إذا كان معقولا أنَّ من لم يبلغ ممن قارب البلوغ وعقل محجورًا عليه فكان بعد البلوغ أشد تقصيرًا في عقله، وأكثر إِفسادًا لماله ألا يحجر عليه والمعنى الذي أمر بالمحجور عليه له فيه.[63]

ثانيًا: الحكمة من تشريع الحجر على السفيه.

إِنَّ لله في أَحكامه حِكَم نُدرك ما ظهر ونجهل ما خَفِيَّ، ولا شك أَنَّ الحجر ليس فيه إهدار لكرامة الإِنسان، وإِنَّما شُرع رحمةً ومصلحةً وصونًا وتعاونًا.

رحمةً بالمحجور عليه ودفعًا للضرر عنه من قبل الآخرين استغلالًا لسفهه، ومصلحةً له وصونًا لماله من التبذير وسوء التدبير، وتعاونًا تحقيقًا لمصلحته ومصلحة المجتمع ودفع الضرر عنهما، وذلك من خلال حفظ مال المحجور عليه وحقوقه، ولمصلحة المجتمع وذلك بإِيصاد منافذ العوز والفاقة.

المطلب الثالث: حكم تصرفات السفيه فيما يتعلق بالمعاملات المالية.[64]

اختلف الفقهاء في حكم تصرفات السفيه المتعلقة بالمعاملات المالية على قولين:

* القول الأَول: عدم صحة تصرفات السفيه المتعلقة بالمعاملات المالية.

* القول الثاني: صحة تصرفات السفيه المتعلقة بالمعاملات المالية.

وتفصيل القولين بحسب نوع المعاملات المالية كما يأتي:

الفرع الأَول: تصرف السفيه في الهبة والصدقة والتبرع:

* القول الأَول: ذهب الإِمام أَبو حنيفة إِلى القول بصحة تصرف السفيه بالهبة والصدقة والتبرع وذلك بعد بلوغه خمسًا وعشرين سنة.[65]

- الأَدلة:

استدل الإِمام أَبو حنيفة صاحب هذا القول بالمعقول، حيث إِنَّ السفيه غير محجور عليه في التصرفات أَصلًا، وحاله كحال الرشيد في التصرفات، باستثناء الصبي إِذا بلغ سفيهًا يمنع عنه ماله إِلى أَن يبلغ خمسًا وعشرين سنة، وإِذا بلغ رشيدًا يدفع إِليه ماله.

* القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بعدم صحة تصرف السفيه في الهبة والصدقة والتبرع.[66]

– الأَدلة:

استدل أصحاب هذا القول بالمعقول، وقالوا إنَّ الهبة والصدقة والتبرع يجريها الشخص على سبيل التبرع المالي، والسفيه لا يعتبر من أَهل التبرع، لأَنَّهُ محجور عليه، وإنَّ الهبة من التصرفات التي تحتمل الإيجاب والنقض والفسخ، والسفيه ليس أَهلًا لإجرائها.

لفرع الثاني: تصرف السفيه في البيع والشراء.

اختلف الفقهاء في تصرفات السفيه في البيع والشراء وذلك على قولين:

ـ القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم انعقاد تصرفات السفيه في البيع والشراء بغير إذن الولي.[67]

– الأَدلة:

استدل أَصحاب هذا القول بالمعقول حيث قالوا:

" فسر الشافعي السفيه بالمبذر وينوب عنه وليه، لأَنَّ البيع سالب والشراء جالب، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح، والولي يعلم ويعقل ذلك، والسفيه ضعيف العقل لا يرشد ذلك، فلا يصح تصرفه بلا إذن وليه. "[68]

ـ القول الثاني: ذهب المالكية والصاحبان من الحنفية إلى إنَّه ينعقد بيع وشراء السفيه موقوفًا على إجازة الولي، فإن كانت تصرفاته ضمن دائرة النفع أَجازها، وإن كانت ضمن دائرة الضرر لم يُجزها.[69]

– الأَدلة:

استدل أصحاب هذا القول بالمعقول، لأَنَّ الولاية على السفيه ما شُرعت إلا لحاجته ومصلحته، وهي حفظ ماله وعدم تبذيره وتضييعه على غير ما شرع له، لذلك ينظر الولي إن كانت تصرفات السفيه في البيع والشراء نافعةً نفعًا محضًا أَجازها، وإن كانت تلك التصرفات دائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على رأيه، وإن كانت ضارةً ضررًا محضًا ردها.

الفرع الثالث: تصرف السفيه في الإقراض والاستقراض.

اتفق الفقهاء على عدم جواز إقراض السفيه لغيره واستقراضه من غيره[70]، إلا إنَّ الإمام أَبو حنيفة انفرد بجواز إقراض السفيه بعد بلوغه سن خمسًا وعشرين سنة، حيث اعتبر السفيه في هذا السن

بالغًا عاقلًا، لذلك يعامل معاملة الرجل الرشيد فلا يجوز منعه من الإقراض والاستقراض.[71]

وذكر الإمام السرخسي من الحنفية استثناءين من منع السفيه من الاستقراض من غيره وبيان ذلك فيما يأتي:[72]

* الاستثناء الأول: إذا استقرض السفيه المال وصرفه إلى مهر مثل امرأته، فلا يكون مضيعًا لماله فيسقط عن ذمته هذا الحق.

* الاستثناء الثاني: إذا استقرض السفيه المال وصرفه على نفسه نفقة مثله، ولم يكن القاضي أنفق عليه في تلك المدة أجاز له ذلك، وقضاه من ماله، لأنَّهُ لا فساد فيما صنعه وإن كان أنفقه بإسراف، حَسِب القاضي للمقرض وقضاه من ماله.

المطلب الرابع: إجراءات توقيع الحجر على السفيه.

يقتضي مما تم بيانه سابقًا بأنَّ كل من يثبت عليه سفه في تصرفاته الماليه، بأن كان مبذرًا لماله فيما لا فائدة فيه، أو كان جاهلًا بمصالحه، أو كانت عادته الإنفاق بجهل وبغير مقتضى العقل والشرع فإنَّهُ يحجر عليه، والعلة هنا السفه والتبذير، حيث اذا ثبتت العلة ثبت الحجر، وإذا زالت زال الحجر، تبعًا للقاعدة الأُصوليه " الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا. "

والحجر لا يثبت على السفيه إلا بحكم القاضي كما إنَّ رفع الحجر عنه لا بد له من الحكم،[73] لأنَّهُ حجر ثبت بحكم القاضي فلا يرفع إلا به، لذلك ينبغي رفع الأمر إلى القضاء الشرعي بدعوى شرعية لطلب الحجر على السفيه لإصدار الحكم بذلك، لأنَّ إثبات وثبوت السفه يحتاج إلى اجتهاد وهذا لا يتأتى إلا للقاضي، وفي هذا الصدد تنص المادة (10) من قانون إصول المحاكمات الشرعيه الأردني رقم (31) لعام 1959 وتعديلاته على أنَّهُ " يكون الحجر بدعوى شرعيه وللقاضي منع المراد حجره من التصرف إلى نتيجة الحكم في الدعوى...".

كذلك نصت الماده (211 / ب) من قانون الأحوال الشخصية على أنَّهُ:

" ب: أما السفيه وذو الغفلة فتحكم عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقًا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون " وهذا ما يؤكد أيضًا لزوم إقامة دعوى للحجر على السفيه.

ونظرًا لأنَّ دعوى الحجر تتعلق بأهلية الأشخاص، فإنَّها تعد دعوى مهمة وخطيرة تهدف إلى طلب محدد وهو الحجر على الشخص المطلوب

الحجر عليه، لذلك لا بد من أَن يكون رافع الدعوى له الصفه والمصلحة في رفعها لأَنَّ الصفة والمصلحة أساس كل دعوى.[74]

الفرع الأَول: من له الصفه في رفع دعوى الحجر على السفيه:

بيّن قانون الأَحوال الشخصية أَنَّ للمحجورعليه الحق في إِقامة الدعوى بنفسه لرفع الحجر عنه.[75]

كذلك يمكن الاستدلال بما جاء في " الباب السابع من ذات القانون ضمن الأَحكام المتعلقة بالأَهلية والولاية والوصاية " على من له الحق والمصلحة في رفع الدعوى، وبيان ذلك فيما يأتي:

▪ تنص المادة (213 / أ) على أَنَّهُ:

أ..... ولكن ولي السفيه المحكمة أَو من تُعَينه للوصاية عليه وليس لأبيه أَو جده أَو وَصيِّهما حق الولاية عليه. "

* يستدل من هذا النص على الآتي:

1ـ إِنَّ المحكمة بالأَصل هي الولي على السفيه.

2ـ للمحكمة أَن تعين وصي على السفيه.

3ـ إِنَّ هناك أَشخاص ليس لهم الحق في الولاية على السفيه وهم الأَب والجد أَو وصيهما.

لذلك يمكن القول إِنَّهُ للمحجور عليه أَو الوصي أَو الولي الذي تعينه المحكمة، أَو أَحد أَفراد عائلة السفيه أَو من له مصلحة، إِقامة دعوى الحجر على السفيه أَمام المحكمة الشرعية المختصة.[76]

الفرع الثاني: إِجراءات دعوى الحجر على السفيه بصورة مختصرة:

1ـ عند تقديم طلب الحجر على السفيه لا بد من تقديم لائحة الدعوى إِلى القاضي ليتم تحويلها إِلى قلم المحكمة لتسجيلها[77]، ويتم تحديد موعد للجلسة.

2ـ بالجلسة المحددة يقدم المحامي الذي تولى الدفاع عن الشخص المراد الحجر عليه " المدعى عليه " دفاع خطي ضد لائحة الدعوى التي قدمها المدعي.[78]

3ـ لمحامي الدفاع الطلب من المحكمة، حتى وإِن كانت عوارض الأَهلية واضحة الاستعانة بأَهل الخبرة، ويقوم القاضي في هذه الحالة بتعيين الخبراء من أَهل الاختصاص ليسند إِليهم المهمة المتعلقة بالحجر على السفيه[79]، لتحديد نوعية وأَسباب العلة، وما إِذا كان قادرًا على القيام بشؤون نفسه، أَو يحتاج إِلى من يساعده في ذلك.

4ـ الخبير وبعد الانتهاء من المهمة المسندة إليه يقوم بإيداع تقرير الخبرة لدى المحكمة التي عينته.

5ـ يقوم المحامي بالطلب من المحكمة اعتماد الخبرة، وإصدار حكم بالحجر وتعيين القيم أو الوصي على المحجور عليه ليتولى القيام بشؤونه.

6ـ محامي الدفاع وبعد اطلاعه على الخبرة، إذا رأى أسباب الحجر ثابتة يوافق عليها، وإذا رأى خلاف ذلك لا يوافق عليها، وفي غالب الأحيان تتم الموافقة عليها، لتوافر أسباب الحجر وحاجة الشخص المراد الحجر عليه إلى من يتولى القيام بشؤونه.

7ـ في حال الموافقة يصدر القاضي حكمه بالحجر وتعيين قيم، أو وصي على المحجور عليه،[80] وبصدور الحكم يصبح من تعينه المحكمة قائمًا على جميع أموال وتصرفات المحجور عليه.[81]

8ـ يجب نشر هذا الحكم وإبلاغ المعنيين بذلك.[82]

9ـ هذا الحكم قابل للطعن بالاستئناف لدى محكمة الاستئناف الشرعية.[83]

المطلب الخامس: نهاية الحجر على السفيه ونموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير.

* الفرع الأول: زوال أسباب الحجر.

من المقرر في القاعدة الأُصولية وفي القانون، أَنَّ الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، وبما أَنَّ الحجر كان لسبب فإذا زال سبب الحجر، زال مسببه الذي بُني عليه وهو الحجر، ويرتفع الحجر عن السفيه إذا ظهر رشده وإمارات حرصه على ماله، ولكن لا بد من حكم القاضي برفع الحجر، لأَنَّ ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم القاضي.[84]

ومعنى هذه القاعدة أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وأن العلة لها أثر بحيث إن الحكم يدور معها، فإذا وجدت العلة وجد الحكم، وإذا انتفت العلة انتفى الحكم. عندما نقول: إن هذا الثوب نجس، فما هي علة الحكم بنجاسته؟ فوجود هذه النجاسة، فإذا زالت النجاسة بأي طريق – بالماء أو بالشمس أو بالريح – فإنا نقول: إن الثوب طاهر لأن العلة قد زالت.[85]

والسفه الذي اعترى الشخص من عوارض الأَهلية المكتسبة فيمكن أَن يزول عنه، كونه صفة تعتري الإِنسان وليس بمرض، تحمله هذه الصفة على تبذير ماله على خلاف مقتضى العقل والشرع.

– رفع الحجر عن السفيه[86]:

اتفق الفقهاء على رفع الحجر عن السفيه إذا عاد إلى رشده، ولكن اختلفوا في مسألة هل يحتاج رفع

الحجر عن السفيه إلى حكم القاضي أم لا، إلى قولين، وبيان ذلك بإيجاز فيما يأتي:

– القول الأول: ذهب المالكية وأبو يوسف من الحنفية والشافعية ورواية عند الحنابلة، إلى أنَّ رفع الحجر عن السفيه يحتاج إلى حكم القاضي، واستدلوا على ذلك بالمعقول، بأنَّ الحجر لا يثبت إلا بحكم فلا يرتفع إلا بحكم، كما إنَّ رفع الحجر يحتاج إلى اختبار المحجور عليه والتأكد من زوال أسباب الحجر فلا بد من حكم على ذلك.[87]

– القول الثاني: ذهب محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية وقول عند المالكية والشافعية والحنابلة، أنَّ رفع الحجر عن السفيه لا يحتاج إلى حكم القاضي، حيث عندما يبدو رشده يرتفع الحجر عنه، واستدلوا على ذلك بالمعقول، بأنَّ الحجر كان بسبب السفه، والانطلاق منه بضده وهو الرشد، فتبذيره يحجره وإصلاحه يطلقه، نظرًا للموجب وزواله.[88]

خلاصة وتعقيب الباحث:

بالنظر إلى ما جاء في القولين للفقهاء واستقراء أدلتهم، فإنَّ القائلين برفع الحجر عن السفيه بدون حكم القاضي، ينظرون إلى مراعاة مصلحة المحجور عليه، أما القائلين برفع الحجر عن السفيه فالنظر إلى الناحية الاجتهادية ورفع الخلاف في المسألة.

ونقول إنَّهُ بالظاهر والواقع العملي في الوقت الحاضر فإنَّهُ لا بد من حكم القاضي، ولا يرفع الحجر عن السفيه إلا بحكم القاضي، حيث إنَّ الحجر ثبت بحكم فلا يرفع إلا بحكم.

وعليه إذا ما آنس القاضي إنَّهُ ظهر من السفيه رشده وإمارات حرصه على ماله يعتبر أنَّ سبب الحجر قد زال، ويساعده في ذلك شهادة الشهود وتقارير المتابعة الطبية النفسية إن لزم الأمر ذلك، وإعمال سلطته التقديرية في ذلك، وطبقًا لهذا يصدر حكمه برفع الحجر عن السفيه.[89]

الفرع الثاني: نموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير.

سيتم في هذا المطلب عرض نموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير، تتمثل هذه القضية في رجل كبير في السن يتصرف بأمواله بسفه وتبذير، ولا يحسن التصرف بهذه الأموال، وكان يقوم بإجراء بعض التصرفات على غير مقتضى العقل والشرع.

تقدم شقيقه بإقامة دعوى حجر عليه للسفه والتبذير لحفظ أمواله، حيث أثبت المدعي دعواه، وبعد مرور الدعوى بالإجراءات التي سبق الحديث عنها في هذا البحث، أصدر القاضي حكمًا بالحجر

على المدعى عليه للسفه والتبذير ونصب المدعي وصيًا شرعيًا على المدعى عليه.

عرض لنموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير.

في المجلس الشرعي المعقود لدي أنا القاضي..... قاضي عمان الشرعي/ القضايا، حضر المحامي الشرعي..... وكيلًا عن المدعي..... بموجب وكالة منظمة ومصدقة ومستوفاة رسم الابراز وخالية من شائبتي التصنيع والتزوير، حفظت في ملف الدعوى، وحضر بحضوره المدعى عليه الرجل المكلف شرعًا المعروف ببطاقته الشخصية المدعو.....، بوشر بإجراءات المحاكمة العلنية الوجاهية، تليت لائحة الدعوى وكررها وكيل المدعي قائلًا أن موكلي شقيق المدعى عليه..... المذكور وهو رجل كبير في السن، وهو مريض وله أَموال وأَملاك معروفة الحدود والأَعيان، وهو غير قادر على إدارة شؤونه وأَمواله وأَملاكه بنفسه، حيث قام بتبذير ما يزيد على مائة ألف دينار أُردني من أَمواله، وقام بنقل ملكية بعض أَملاكه دون مقابل أَو ثمن، وأَضاف أَنَّ المدعى عليه قام بتبذير أَمواله وصرفها على شقيقته..... وأبناؤها..... و.....، لذا وخوفًا على ما تبقى من أَملاكه وأَمواله من التبذير والضياع والتصرف فيها على غير مقتضى الحكمة والعقل والشرع لعدم اهليته في إِدارة هذه الأَموال والأَملاك فإنني التمس من محكمتكم الموقرة توقيع الحجر على المدعى عليه..... للسفه والتبذير ومنعه من التصرفات الفعلية والقولية وإِبرام العقود، وحيث أَنَّ موكلي المدعي..... هو شقيق المدعى عليه وأَقرب الناس إِليه وقادر على إِدارة شؤونه وأَملاكه وأَمواله والمحافظة عليها، أَطلب تعيين المدعي قيّما شرعيًا عليه وسؤاله عن هذه الدعوى وإِجراء المقتضى الشرعي.

بسؤال المدعى عليه.....المذكور عن هذه الدعوى أَجاب قائلا أُصادق على أَنَّ المدعي شقيقي وإِنني كنت أَملك أَموالًا وأملاكا كثيرة ولا اعرف كيف صرفت وتصرفت بهذه الأَموال وأنني كنت أَكتب شيكات بنكية لشقيقتي وأبنائها.

ولدراسة ملف الدعوى قررت تأجيل النظر في هذه الدعوى إِلى جلسة يوم الاثنين الموافق.../ / 2018 الساعة التاسعة صباحا افهم

ذلك لوكيل المدعي والمدعى عليه في المجلس وحرر ذلك في.../ / 2018 .

وكيل المدعي المدعى عليه الكاتب القاضي في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي أنا القاضي..... قاضي عمان الشرعي / القضايا حضر الطرفان المذكوران كالسابق بوشر بإجراءات المحاكمة العلنية الوجاهية وبعد دراسة ملف الدعوى وحيث أَنَّ المدعي قد صادق على بعض ما جاء في الدعوى وأنكر جزءً منها، قررت المحكمة تكليف وكيل المدعي بإثبات دعوى موكله بالوجه الشرعي.

وكيل المدعي المدعى عليه الكاتب القاضي

وبسؤال وكيل المدعي عما كلف به بخصوص اثبات دعوى موكله، أجاب قائلًا إنني اثبت دعوى موكلي بشهادة كل من..... و..... و..... ولا شاهد لي سواهم، وقد احضرت الشاهد..... للشهادة، وأطلب الاستماع الى شهادتهم وإجراء المقتضى الشرعي.

وكيل المدعي المدعى عليه الكاتب القاضي

نودي على الشاهد..... فحضر، وبسؤاله عن اسمه أَجاب قائلًا إنَّ اسمي..... من..... وسكان..... وعمري اثنان وأَربعون سنة، وأَعمل مدرسًا وتربطني صلة قرابة بالمتداعيين فهم من ابناء عمومتي، وبعد تحليفه اليمين الشرعية بقوله والله لا اقول إلا الحق ولا شيء غير الحق أَنَّ المدعى عليه رجل كبير في السن تجاوز الخامسة والستون من عمره، وله أَموال وأَملاك وأَنَّ شقيقته وأبناؤها كانوا يستغلون المدعى عليه، عن طريق الطلب منه أَموال وتوقيعه على شيكات بنكية وتوقيعه على عقود بيع دون مقابل أَو ثمن، وإنَّ المدعى عليه غير قادر على إدارة أَمواله وإنَّهُ سفيه ومبذر وهذه شهادتي وعليها أوقع.

الشاهد وكيل المدعي الكاتب القاضي.

كلف وكيل المدعي بإحضار باقي الشهود فقال أَطلب من المحكمة إمهالي لإحضار باقي الشهود، المحكمة تقرر اجابة الطلب وتقرر تأجيل الجلسة الى يوم الخميس...../ / 2018، الساعة العاشرة صباحًا.

الشاهد وكيل المدعي الكاتب القاضي

في اليوم المعين وفي المجلس الشرعي المعقود لدي انا القاضي..... قاضي عمان الشرعي / القضايا حضر وكيل المدعي..... ولم يحضر المدعى عليه المتفهم موعد الجلسة حسب الأَصول

رغم المناداة عليه وانتظاره حتى الساعة الثانية عشر صباحًا، علمًا إن موعد الجلسة محددة الساعة العاشرة صباحًا فلم يحضر ولم يرسل وكيلًا عنه ولم يعتذر بمعذرة مشروعة تبرر غيابه، وبطلب من وكيل المدعي تقرر المحكمة السير بإجراءات المحاكمة.

وكيل المدعي الكاتب القاضي

وبسؤال وكيل المدعي عما كلف به أجاب قائلًا لقد أحضرت الشهود وهم موجودون في قاعة المحكمة وأطلب سماع شهادتهم وإجراء المقتضى الشرعي.

وكيل المدعي الكاتب القاضي

نودي على الشاهد..... فحضر، وبسؤاله عن اسمه أجاب قائلًا إنَّ إسمي..... من..... وسكان..... وعمري أربعة وخمسون سنة، وأعمل موظف قطاع خاص وتربطني صلة قرابة بالمتداعيين فهم من أبناء عمومتي، وبعد تحليفه اليمين الشرعية بقوله والله لا اقول إلا الحق ولا شيء غير الحق أن المدعى هو شقيق المدعى عليه وقام برفع هذه الدعوى على شقيقه بسبب السفه والتبذير، وإنَّ المدعى عليه كبير بالسن وأعرف أنه كان يملك أموالًا وأملاكًا وقد قام بتبذير جزء كبير من أمواله عن طريق توقيع شيكات لشقيقته وكتابة عقود بيع لأبنائها، وإنَّ المدعى عليه لا يستطيع تدبير شؤونه وإدارة أمواله وأملاكه وإنَّهُ سفيه ومبذر، وإنَّ المدعي ملتزم وأمين وقادر على ادارة أموال وأملاك شقيقه المدعى عليه وهذه شهادتي وعليها أُوقع.

الشاهد وكيل المدعي الكاتب القاضي

نودي على الشاهد..... فحضر، وبسؤاله عن اسمه أجاب قائلًا إنَّ اسمي..... من..... وسكان..... وعمري ثمانية وخمسون سنة، وأنا متقاعد من القوات المسلحة ولا أعمل حاليًا ولا تربطني صلة قرابة بالمتداعيين سوى أنَّهم من نفس العائلة، وبعد تحليفه اليمين الشرعية بقوله والله لا أقول إلا الحق ولا شيء غير الحق أنَّ المدعي..... هو شقيق المدعى عليه..... وإنَّهُ أقام هذه الدعوى بسبب السفه والتبذير وأنَّ المدعى عليه..... قام بتبذير أمواله وأملاكه على شقيقته وأبنائها وهم..... و..... و..... وأن المدعى عليه..... قام بكتابة شيكات لأبناء شقيقته وتوقيعه على عقود بيع بدون مقابل أو ثمن وأنهم استولوا على جزء كبير من أمواله وأملاكه، وأن شقيق المدعى عليه..... المذكور ملتزم وأمين وقادر على إدارة أموال وأملاك

شقيقه المدعى عليه..... وهذه شهادتي وعليها أُوقع.

الشاهد وكيل المدعي الكاتب القاضي

بعد الاستماع إلى شهادة الشهود قال وكيل المدعي أُقدم لمحكمتكم الموقرة بعض البينات الخطية التي تمكنت من الحصول عليها وهي:

1ـ عقد بيع مركبة خاصة بالمدعى عليه وقد أقر المدعى عليه بقبض ثمن هذه المركبة مبلغ سبعة آلاف دينار أُردني من المشتري..... ابن شقيقة المدعى عليه وذلك بتاريخ.../ / 2017.

2ـ عقد بيع قطعة أرض خاصة بالمدعى عليه وقد أقر المدعى عليه بقبض ثمن هذه الأرض مبلغ عشرون ألف دينار أردني من المشترية..... شقيقة المدعى عليه بتاريخ.../ / 2017.

3ـ كشف حساب صادر عن بنك..... فرع..... يفيد بأنَّ المدعى عليه قد قام بسحب مبالغ من حسابه خلال فترات وعلى النحو الآتي:

بتاريخ.../ / 2016 سحب مبلغ ثلاثين ألف دينار أُردني.

بتاريخ.../ / 2016 سحب مبلغ خمسة وعشرين ألف دينار أُردني.

بتاريخ.../ / 2017 سحب مبلغ خمسين ألف دينار أُردني.

حفظت هذه المستندات في ملف الدعوى بعد استيفاء الرسوم المقررة.

وكيل المدعي الكاتب القاضي

وعليه وبعد الاطلاع على ملف الدعوى تبين أَنَّ كل من الشهود..... و..... و..... قد جاءت شهادتهم مطابقة لدعوى المدعي.

وكيل المدعي الكاتب القاضي

وعليه وحيث ثبت لدينا دعوى المدعي بالبينة الخطية والشخصية فقد أَصدرت القرار الآتي:

القـــــرار:

بناءً على الدعوى والطلب والإقرار والبينة الخطية والشخصية وعملًا بالمواد 958 و 961 و 997 من مجلة الحَكام العدلية، والمواد 206 و 211 و 212 من قانون الأَحوال الشخصية، والمواد 2 و 10 و 44 و 67 و 101 من قانون أُصول المحاكمات الشرعية فقد حكمت بتوقيع الحجر على المدعى عليه..... المذكور للسفه والتبذير ومنعته من التصرفات القولية والفعلية التي تحتمل الفسخ في جميع أَمواله وأَملاكه، ونصبت المدعي..... المذكور وصيًا شرعيًا على شقيقه

المدعى عليه..... المذكور وذلك لإدارة شؤونه وتسوية أُموره والمحافظة على أَمواله وأملاكه بما فيه الحفظ والمصلحة للمحجور عليه..... حسبة لوجه الله تعالى وابتغاء مرضاته وذلك لحين اكتساب المحجور عليه..... صلاحًا ورشدًا وعرفت الوصي الشرعي..... المذكور أَنَّهُ لا يحق له ان يبيع أَو يرهن أَو يؤجر أَو يقسم أَو يفرز أَو يستبدل شيئًا من أَموال وأَملاك وأَراضي المحجور عليه لمدة..... أَو أَن يقرض مبلغًا من المال يخص المحجور عليه يزيد عن..... دينار أُردني إِلا بإِذن شرعي وحكم مرعي صادر عن محكمة ذات صلاحية وله أَن يوكل عنه من يشاء بهذا الخصوص للدفاع عن المحجور عليه لدى جميع الدوائر والهيئات والمؤسسات الرسمية وغير الرسمية، وأَوصيه بتقوى الله العظيم في السر والعلن وذلك اعتبارًا من تاريخه أَدناه، حكمًا وجاهيًا بحق المدعي وغيابيًا بالصورة الوجاهية بحق المدعى عليه قابلًا للاستئناف صدر وأُفهم علنًا باسم صاحب الجلالة الملك عبد الله الثاني بن الحسين المعظم حفظه الله وحرر في.../ / 1438 هـ الموافق.../ / 2018.

وكيل المدعي الكاتب القاضي.

الخاتمة

بعد حمد الله ﷻ وتوفيقه فإِنِّي أُسطر أَهم جوانب ما بيَّناه في هذا البحث المتواضع والنتائج التي تم التوصل إِليها والتوصيات المقترحة وهي على النحو الآتي:

حيث قمت ببحث أَحكام الحجر في الفقه الإِسلامي. وذلك من خلال بيان مفهوم الحجر لغة واصطلاحًا. ثم بيان أَسباب الحجر وأَنواعه. ثم قمت بالوقوف على الجوانب المتعلقة بالحجر على السفيه، مع التعرض لبيان أَثر الإِسراف والتبذير على الفرد والمجتمع، من خلال بيان مفهوم السفيه ومشروعية الحجر عليه، وبيان حكم تصرفات السفيه فيما يتعلق بالمعاملات المالية، وبيان إِجراءات توقيع الحجر على السفيه، وفي الختام قمت ببيان نهاية الحجر على السفيه، ونموذج تطبيقي لقضية حجر للسفه والتبذير. ثم قمت بوضع خاتمة للموضوع، وعمل فهرس للآيات وفهرس للأَحاديث، وعمل قائمة بالمصادر والمراجع والمحتويات. وكذلك عرضنا من خلال هذا البحث أَنَّ أَهلية الأَداء هي مناط التصرفات المالية، ورأينا أَنَّ الأَهلية يمكن أَن تعتريها عوارض تعدمها أَو تنقصها. وتعرضنا إِلى اختلاف الفقهاء في حقيقة الحجر وتعريفه، وكذلك

في أَسبابه وأَنواعه، وعرضنا إلى الأَدلة التي استندوا إليها في أَقوالهم. وتطرقنا إلى أَنَّ الإسراف والتبذير بأَقسامه المختلفة لا يقتصر أَثره على الفرد وحده، وإنما يمتد أثره على المجتمع. ورأينا اختلاف الفقهاء في حكم تصرفات السفيه المتعلقة بالمعاملات الماليه. وخلصنا إلى أَنَّ توقيع الحجر على السفيه يكون من خلال دعوى شرعية. وانتهينا إلى أَنَّ الحجر القضائي يمكن رفعه عن السفيه المحجور عليه، إذا زالت أَسبابه وبنفس إجراءات توقيعه.

* وتوصلت إلى النتائج الآتيه:

1ـ إِنَّ الحجر شُرع في الإسلام وطبقته المحاكم الشرعيه حفاظًا على أَموال السفيه، وحفاظًا على مصلحة الغير والمصلحة العامه.

2ـ إِنَّ الإنفاق في المباحات وفي وجوه الخير لا يُعد إسرافًا وتبذيرًا وإن زاد على حد التوسط.

3ـ إِنَّ السفيه لا يصح منه تصرف الصدقة والهبة والتبرع.

4ـ إِنَّ بيع وشراء السفيه ينعقد موقوفًا على إجازة الولي.

5ـ إِنَّ السفيه لا يصح منه تصرف الإقراض والاستقراض مع وجود استثناءات على ذلك.

6ـ إِنَّ الحجر على السفيه لا بد أَن يكون بحكم القاضي من خلال دعوى شرعيه.

7ـ إِنَّ رفع الحجر عن السفيه لا يكون إلا بحكم القاضي.

* وأَقترح من خلال هذا البحث التوصيات الآتية:

* أَتمنى على المشرع:

أ ـ إضافة مواد إلى قانون الأحوال الشخصيه تنص على:

1ـ بيان الأسباب الموجبه للحجر.

ب ـ إضافة مواد إلى قانون أُصول المحاكمات الشرعية تنص على:

1ـ بيان القواعد والإجراءات المقرره في الحكم بالحجر على السفيه ورفع الحجر عنه.

2ـ وجوب تحويل طلب الحجر على السفيه إلى مكتب الإصلاح والوساطة والتوفيق الأُسري، للاستيثاق من الأُمور المتعلقة بالتصرفات المالية التي أَجراها المطلوب الحجر عليه وتواريخها وقيَّمها والتأكد من خروجها عن مقتضى العقل والشرع.

3ـ منع رفع دعوى الحجر إلا من خلال محامٍ شرعي، نظرًا لأَهمية وخطورة الدعوى.

قائمة المصادر والمراجع:

أولًا: المصادر:

1 – القرآن الكريم.

2 – السنة النبوية الشريفة.

ثانيًا: المراجع:

الكتب:

1 – الأنصاري، زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الانصاري زين الدين ابو يحيى السنيكي، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، دون طبعه، 1994 .

2 – البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن حمد بن محمد، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997.

3 – البخاري، محمد امين بن محمود البخاري، المعروف بأمير بادشاه، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، 1983.

4 – البخاري، محمد بن اسماعيل ابو عبد الله، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، دون مكان، ط 1، 2002.

5 – البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن ادريس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، دون مكان وسنة.

6 – البيهقي، احمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 3، 2003.

7 – الترمذي، محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الجامع الكبير سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الاسلامي، بيروت، دون طبعة، 1998.

8 – التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى اصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1996.

9 – ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي بن حجر ابو الفضل، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1979.

10 – الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين، الدر المختار شرح تنوير الابصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل

ابـراهيم، دار الكتـب العلميـة، بـيروت، ط 1، 2002.

11- الحطاب الرعيني، شمس الدين ابو عبد الله محمـد بـن عبـد الـرحمن الطرابلسـي المغـربي، مواهـب الجليـل في شرح مختـصر خليـل، دار الفكر، بيروت، ط 3، 1992.

12- حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1991.

13- الخطيب الـشربيني، شـمس الـدين محمـد بـن احمد، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994.

14- الخفيف، علي، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون طبعة، 2008.

15- الخلوتي، محمد بن احمد بن علي البهوتي، حاشية الخلـوتي عـلى منتهـى الارادات، تحقيـق سـامي الصغير ومحمد اللحيـدان، دار النـوادر، دمشـق، ط 1، 2011.

16- داماد افندي، عبد الرحمن بن محمـد بـن سـليمان المـدعو بشـيخي زاده، مجمـع الانهـر في شرح ملتقى الابحر، دار احياء الـتراث العـربي، دون مكان وطبعة وسنة.

17- الدسـوقي، محمـد بـن احمـد بـن عرفـة، حاشـية الدسـوقي عـلى الـشرح الكبـير، دار الفكـر، بيروت، دون طبعة وسنة.

18- الرصاع، محمد بن قاسم الانصاري ابو عبد الله، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابـن عرفـة الوافيـة (شرح حـدود ابـن عرفـة للرصـاع)، المكتبـة العلميـة، بـيروت، ط 1، 1931.

19- الرملي، شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة شـهاب الـدين، نهايـة المحتـاج الى شرح المنهـاج، دار الفكـر، بـيروت، طبعـة اخـيرة، 1984.

20- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 14، دون سنة.

21- ابـو زهـرة، محمـد، الاحـوال الشخصـية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3، 1957.

22- الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الاميرية، القاهرة، ط 1، 1983.

23- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون طبعه، 1993.

24- بن سيده المرسي، ابي الحسين علي بن اسماعيل،المعروف بابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2000.

25- الشافعي، ابو عبد الله محمد بن ادريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1990.

26- الشيباني، عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن ابي تغلب بن سالم التغلبي، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، تحقيق محمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، ط 1، 1983.

27- ابن عابدين، محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1992.

28- ابن قدامة المقدسي، ابو محمد موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الدمشقي، المغني، مكتبة القاهرة، دون طبعة، 1968.

29- القرطبي، ابو عبد الله محمد بن احمد بن ابي بكر بن فرج الانصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، دون طبعة، 2003.

30- الكاساني، علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1986.

31- مسلم، ابي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1991.

32- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الاسلامي، دون مكان وسنة.

المعاجم اللغوية:

1- الجرجاني، علي بن محمد بن علي السيد الشريف، معجم التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1983.

2- الجوهري، ابي نصر اسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، 2009.

3- الرازي، محمد بن زكريا بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار المنار، بيروت، طبعة جديدة، 1993.

4- الفيروزابادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق انس الشامي وزكريا احمد، دار الحديث، القاهرة، دون طبعة، 2008.

5- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004.

6- ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 1، دون سنة.

ثالثًا: القوانين:

1- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لعام 2010.

2- قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (31) لعام 1959 وتعديلاته.

الهوامش:

(1) الجرجاني، معجم التعريفات، (1/ 82)، باب الحاء.

(2) انظر: ابن منظور، لسان العرب، (4/ 165) وما بعدها. احمد الزيات واخرون، المعجم الوسيط، ص 157 وما بعدها.

(3) الرازي، محمد بن زكريا بن عبد القادر، مختار الصحاح، ص 76 ـ 77.

(4) الفيروزابادي، القاموس المحيط، ص 331 وما بعدها.

(5) انظر: الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ص 226 ـ 227، ولمزيد من التفصيل عن معنى الحجر في اللغة يرجع إلى: ابن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، (3/ 5) وما بعدها.

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، (5/ 190). الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (7/ 170) وما بعدها. وانظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (8/ 88).

(7) علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الابصار وجامع البحار، ص 605. وانظر: شيخي زاده، مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر، (2/ 437).

(8) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، (2/ 649).

(9) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، (3/ 130). الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، (4/ 353). الأنصاري، ابن

زكريا الانصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، (1/ 241).

(10) ابن قدامة، المغني، (4 343). البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 386، باب الحجر.

(11) الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، (1/ 392). الخلوتي، حاشية الخلوتي على منتهى الارادات، (3/ 153).

(12) الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (5/ 57). ابن قاسم الانصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)، ص 313. ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (3/ 292).

(13) انظر: ابن منظور، لسان العرب، (11/ 28) وما بعدها، مادة " أهل ". المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ص 31، مادة " أهل ".

(14) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح فى اصول الفقه، (2/ 337).

(15) انظر: علاء الدين البخاري، كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوي، (4/ 335).

(16) علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، ص 259 ـ 260.

(17) التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، (2/ 337).

(18) لمزيد من التفصيل عن عوارض الاهلية، يرجع الى: الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، ص 267 وما بعدها.

(19) أمير بادشاه، تيسير التحرير، (2/ 2580).

(20) البخاري، كشف الاسرار، (4/ 330) وما بعدها.

(21) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (6/ 146). ابن قدامة، المغني، (4 343).

(22) مسلم، صحيح مسلم، تحقيق (3/ 1490)، كتاب الامارة، باب بيان سن البلوغ، حديث رقم 1868.

(23) البيهقي، السنن الكبرى، (6/ 139)، كتاب الاقرار، باب من لا يجوز اقراره، حديث رقم 11453.

(24) البخاري، صحيح البخاري، (4/ 3) كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، حديث رقم 2744.

(25) يرجع بشأن الوقوف على مسائل الاختلاف وأسبابها والأدلة في ذلك والراجح فيها إلى المراجع الفقهية ومنها: البخاري، صحيح البخاري. مسلم، صحيح مسلم. ابن قدامة، المغني. الزيلعي، تبيين الحقائق. الكاساني، بدائع الصنائع. ابن عابدين، رد المحتار.

(26) انظر: الشافعي، الأم، (3/ 220). ابن قدامة، المغني، (4/ 334). راجع الزيلعي، تبيين الحقائق، (5 190 – 191)

(27) ذكر الزيلعي في تبيين الحقائق، أن اساس الحجر هو العقل لأنه يمنع من القبائح فقال " ان الله تعالى خلق البشر اشرف خلق، وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل، وبه يسعد من سعد، وذلك ان الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى، وركب في الملائكة العقل دون الهوى، وركب في البهائم الهوى دون العقل، فمن غلب من البشر عقله على هواه كان افضل خلقه، لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس، ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم، قال الله تعالى: ﴿ أَمْ تَحْسَبُ أَنَّ أَكْثَرَهُمْ يَسْمَعُونَ أَوْ يَعْقِلُونَۚ إِنْ هُمْ إِلَّا كَٱلْأَنْعَٰمِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ سَبِيلًا﴾[الفرقان آية 44]، فجعل بعضهم من ذوي النهى، وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجى، وابتلى بعضهم بما شاء من اسباب الردى، كالجنون الموجب لعدم العقل، والصغر والعته الموجبين لنقصانه، فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما، وجعل من ينظر في مالهما خاصًا وعامًا، وأوجب عليه النظر لهما، وجعل الصبا والجنون سببًا للحجر عليهما، كل ذلك رحمة منه ولطفًا "،

(28) انظر: الشافعي، الأم، (3/ 220). ابن قدامة، المغني، (4/ 334).

(29) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، (6/ 130). الرملي، نهاية المحتاج، (4/ 353 ـ 354).

(30) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، (6/ 130). الرملي، نهاية المحتاج، (4/ 353 – 354).

(31) انظر: داماد افندي، مجمع الانهر، (2/ 441).

(32) انظر: داماد افندي، مجمع الانهر، (2/ 441).

(33) انظر: داماد افندي، مجمع الانهر، (2/ 441).

(34) انظر: داماد افندي، مجمع الانهر، (2/ 441).

(35) الكاساني، بدائع الصنائع، (7/ 169).

(36) انظر: الطبري، تفسير الطبري، (6/ 392).

(37) انظر: ابن كثير، تفسير ابن كثير، (2/ 187).

(38) انظر: القرطبي، تفسير القرطبي، (5/ 29).

(39) الفيروزابادي، القاموس المحيط، ص 766.

(40) ابن منظور، لسان العرب، (9/ 148 ـ 149).

(41) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (10/ 253).

(42) ابن منظور، لسان العرب، (4/ 50).

(43) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (10/ 247).

(44) أخرجه البخاري في صحيحه، (3/ 120)، حديث رقم 2408. ومسلم في صحيحه، (3/ 1341).

(45) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج 10، ص 408.

(46) والشرط الذي يقصده ابن حجر قوله " ويستثنى من ذلك كثرة انفاقه في وجوه البر، لتحصيل ثواب الآخرة ما لم يفوت حقا اخرويًا أهم منه ".

(47) علي حيدر، درر الحكام، (2/ 657 ـ 658).

(48) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، (3/ 136).

(49) انظر: ابن منظور، لسان العرب، (13/ 497 ـ 498). الفيروزابادي، القاموس المحيط، ص 780.

(50) سورة البقرة، الآية رقم 13.

(51) المعجم الوسيط، ص 434، باب السين.

(52) الزيلعي، تبيين الحقائق، (5/ 192).

(53) الشربيني، مغني المحتاج، (3/ 130).

(54) ابن قدامة، المغني، (4/ 344).

(55) علي حيدر، درر الحكام، (2/ 657).

(56) قانون الأحوال الشخصية رقم (36) لعام 2010، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 5061، تاريخ 2010/ 10/ 17.

(57) انظر: علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، ص 269.

(58) الكاساني، بدائع الصنائع، (7/ 169) وما بعدها.

(59) انظر: ابن قدامة، المغني، (4/ 343). الرملي، نهاية المحتاج، (4/ 353). الدسوقي، حاشية الدسوقي، (3/ 292).

(60) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، (5/ 192) وما بعدها. ابو زهرة، محمد، الاحوال الشخصية، ص 448.

(61) اخرجه البخاري في صحيحه، (3/ 120)، حديث رقم 2408.

(62) الترمذي، محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الجامع الكبير ـ سنن الترمذي، (2/ 543)، حديث رقم 1250، باب ما جاء فيمن يخدع في البيع، والمقصود بعقدته ضعف: أي في عقله ضعف، والخلابة: الخداع والتدليس.

(63) انظر: الشافعي، الأم، (3/ 223) وما بعدها.

(64) تنص المادة (210) من قانون الأحوال الشخصية على أن:

أ- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

ب- اما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فتعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو اجاز القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

وتنص المادة (213) من قانون الأحوال الشخصية على أنه:

" أ. يسري على تصرفات المحجور عليه للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من احكام، ولكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه.

ب. أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ ".

تنص المادة (210) من قانون الأحوال الشخصية على أنه:

أ- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

ب- اما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع فتعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو اجاز القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

(65) انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، (5/ 195). الكاساني، بدائع الصنائع، (7/ 169) وما بعدها.

(66) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، (3/ 131) وما بعدها. الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، (5/ 55) وما بعدها.

(67) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق، (8/ 89) وما بعدها. الشربيني، مغني المحتاج، (3/ 130) وما بعدها . ابن قدامة، المغني، (4/ 345) وما بعدها.

(68) الشربيني، مغني المحتاج، (3/ 130) وما بعدها.

(69) انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، (3/ 294) وما بعدها. ابو زهرة، الاحوال الشخصية، ص 451 وما بعدها.

(70) انظر الشيباني، نيل المآرب، (1/ 395). الرملي، نهاية المحتاج، (4/ 368) وما بعدها. الدسوقي، حاشية الدسوقي، (3/ 304).

(71) الزيلعي، تبيين الحقائق، (5/ 194 ـ 195).

(72) السرخسي، المبسوط، (24/ 176)، كتاب الحجر.

(73) وذلك طبقًا للمادة (2/ 5) من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي تنص على أنه: " تنظر المحاكم الشرعيه وتفصل في المواد التالية:
5 ـ الحجر وفكه واثبات الرشد "

(74) انظر: المادة (44) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(75) انظر: المادة (222) من قانون الاحوال الشخصية.

(76) المحكمة الشرعية المختصة هي المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها محل اقامة الشخص المراد الحجر عليه طبقًا للمادة (3) من قانون اصول المحاكمات الشرعية التي تنص على أنه: " كل دعوى ترى في محكمة المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه ضمن حدود المحكمة....".

(77) انظر: المادة (11/ أ) من قانون اصول المحاكمات الشرعية.

(78) انظر: المادة (13) من قانون اصول المحاكمات الشرعية.

(79) انظر: المادة (84) من قانون اصول المحاكمات الشرعية.

(80) انظر: المادة (2/ 6) من ذات القانون. والمادة (211/ ب) من قانون الاحوال الشخصية.

(81) انظر: المادة (212/ ب) من قانون الاحوال الشخصية.

(82) انظر: المادة (211/ ج) من ذات القانون.

(83) انظر: المادة (135) من قانون اصول المحاكمات الشرعية.

(84) الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، (6/ 4533).

(85) حمد الحمد، شرح منظومة القواعد الفقهية للسعدي. (4/ 13).

(86) انظر: المادة (211/ ب) من قانون الاحوال الشخصية. والمادة (2/ 5) من قانون اصول المحاكمات الشرعية.

(87) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (7/ 172). ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (4/ 62). ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، (2/ 833). الماوردي، الحاوي الكبير، (6/ 358). ابن قدامة، المغني، (4/ 343).

(88) انظر: ابن عابدين، رد المحتار،(6/ 148). الكاساني، بدائع الصنائع، (7/ 173). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، (4/ 62). الماوردي، الاقناع، (1/ 105). ابن قدامة، المغني، (4/ 343).

(89) مع الأخذ بعين الاعتبار أن إجراءات رفع الحجر عنه السفيه هي نفس إجراءات الحجر عليه، ولم يتم التعرض لها منعًا من التكرار والإطالة.

تراجع حرية التعاقد، تحدٍ جديد لنظرية العقد

د..حمادي عبد النور *

تاريخ وصول البحث: 21/ 4/ 2020م تاريخ قبول البحث:16/ 11/ 2020م

الملخص

إن تراجع مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد، مكننا من القول قدانتهى وقت الحرية التعاقدية، وهذا بسبب التدخل التشريعي ووجود قوانين مهنية للعقود المهنية تحكم فئة خاصة من الناس كالأطباء والمحامين وغيرهم، وذلك أثناء تعاملاتهم مع الغير.

وهنا طفا إلى السطح، سؤال قانوني وهو مدى الحماية القانونية التي توفرها كل من التشريعات الخاصة والقواعد العامة لحماية المستهلك الخاضع لمثل هذه العقود؟

وما هي المبادئ والتقنيات القانونية التي طورت التي أدت إلى تراجع الحرية التعاقدية؟

الكلمات المفتاحية: العقود – التدخل التشريعي– المصادر الخاصة للعقد

* أستاذ مساعد، قسم القانون المقارن، جامعة بلحاج بو شعيب، الجزائر.

Freedom to contract decreases, a new challenge for contract theory

Dr. Hamadi Abdel Nour

Abstract

The time of contractual freedom is over this is due to legislative interference and the existence of professional laws for professional contracts,

So,What are the legal principles and techniques developed that led to the decline of contractual freedom?

key words : contracts- Legislative intervention- Private sources of the contract

المقدمة:

المشاهد أن المشرع في العصر الحديث قد ضعفت ثقته بسلطان الإرادة، فهو كثيرا ما يتخطى الظواهر ويتغلغل في الصميم، فلا يرى أمامه في العقد إرادتين حرتين تتساجلان ثم تتفقان، بل يرى في الميدان الاقتصادي قوتين غير متكافئتين، فيتقدم لنُصرة الجانب الضعيف ويحميه من إستغلال الجانب القوي حيث إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الالتزام ات التعاقدية وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود الآداب والنظام العام، بل أن إرادة الفرد حتى في داخل هذه القيود، يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظما ثابتة للطوائف والجماعات كما في الشركات والنقابات المهنية.

أهمية البحث:

تتجلى الأهمية البالغة لموضوع تراجع حرية التعاقد، تحد جديد لنظرية العقد، لعدة أسباب منها:

السبب الأول: يتمثل في عودة المجتمعات الى تجاهل البعد الاجتماعي بعدم التدخل في حياة الاقتصادية بحجة أن السوق ينظم نفسه بنفسه مما سهل بروز بعض العقود التي لا تحمي الضعيف في العلاقة التعاقدية كالعامل في عقود العمل الذي أصبح من الممكن ومن السهل تسريحه والاستغناء عنه بصورة مفاجئة ، ومنها نجد القانون دائما مساير للتطورات التي تعرفها المجتمعات الآمر الذي يتطلب الاستغناء عن القواعد القانونية المعمول بها سابقا إلى قواعد تتماشى مع الأوضاع المستجدة .

السبب الثاني: يتمثل في الرؤية الجديدة للعقد، أو بالأحرى المركز العقدي الذي يشكل منظومة تنصهر داخلها كافة الآثار العقدية بما فيها الحقوق والديون، فالعقد بالمفهوم الضيق، هو مُنشئ لنوعين من المراكز، مركز إلزامي mandatory situation ومركز عقدي contractual situation فالمركز الالتزام ي يُكسب شاغله إما صفة الدائن التي تمنحه الإنتفاع من الحق، وإما صفة المدين التي تُلقي عليه عبء الدين، أما المركز العقدي الذي يستغرق المركز الالتزام ي، فيُكسب شاغله صفة المتعاقد التي تُخوله الإستفادة من الآثار العقدية اللصيقة بالعقد ذاته كالتعويض، والإعلام، والالتزام بالسلامة، والنصح التي لا يقوى المركز الالتزام ي على تخويلها إياه.

إشكالية البحث:

بعد أن أصبح العقد يخضع للتشريعات العامة القائمة على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، والتشريعات الخاصة المنظمة لمختلف عقود الخدمات، نجد التحول الجديد لنظرية العقد يُعطي قانون العقود وظيفة أخلاقية يستطيع القانون بفضلها التدخل في محتويات العلاقة التعاقدية.

وبعد أن وجب التوسع في المفاهيم القانونية كمبدأ حسن النية والالتزام بالتبصير والإعلام وتقديم المشورة والالتزام بضمان السلامة أصبح التساؤل والإشكالية

تتمثل فيما هي المبادئ والتقنيات القانونية المستحدثة التي أدت إلى تراجع حرية التعاقد؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان مدى كفاية قواعد القانون المدني الجزائري في مواجهة المستجد في التدخل التشريعي في المجال التعاقدي، الظاهرة التي فرضتها الظروف المستحدثة والتدخل هو نتيجة حتمية لعجز الفكر الفردي من الناحية العملية عن تحقيق العدالة التعاقدية والمساواة الاجتماعية، كما يهدف البحث إلى الكشف عن الدور الكبير الذي يؤديه التعاون بين الدراسات القانونية والأحكام القضائية في مساعدة المشرع على تحديد هدفه وتوجهه القانوني وبالتالي سن قواعد قانونية تحقق الإستقرار القانوني، وكذلك مساعدة القضاء في إحقاق العدالة وحماية الحقوق.

منهجية البحث:

لا شك أن تعدد وتشعب الجوانب القانونية التي يثيرها موضوع تراجع حرية التعاقد، تحد جديد لنظرية العقد، يدفعنا لبحث الموضوع بإسهاب في إطار دراسة تحليلية نقدية تحاول تدارك الإفرازات المتلاحقة للتشريعات القانونية وتأثيرها على النظام القانوني للعقد، معتمدين على توجه القانون المدني والتشريعات الخاصة بعقود تقديم الخدمات وكذلك مُستأنسين بقرارات المحكمة العليا الجزائرية المتعلقة بالمركز التعاقدي للمُتعاقد.

خطة البحث:

إخترنا تقسيم البحث إلى قسمين: الأول يتعلق بتغير المفاهيم، ونظرة جديدة للعقد، نتناول فيه فكرة الإنتقال من الأمن القانوني إلى الأمن العقدي، وكذلك تسليط الضوء على نظرية الوقاية القانونية بدلا من نظرية العلاج القانوني، أما القسم الثاني: : فكرة العقد المفروض وسيلة لتكافؤ العقد، فنخصصه لبيان تعطل تقنية الاشتراطات التعاقدية أمام النظرية الجديدة للعقد، والتشريعات والقوانين الخاصة مصدر ثاني للعقد يُضيق من تراضي طرفيه، ثم خاتمة تتضمن مختلف النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، وفيما يلي تفاصيل ذلك:

المبحث الأول: تغير المفاهيم، ونظرة جديدة للعقد

إذا كانت النظرية العامة للعقد ترى في التصور الإرادي، الإتجاه المثالي لتنظيم التصرفات والمبادلات مما جعل قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" الأرضية المهيمنة، هو ما إستدعى إعادة ترتيبها ك"قاعدة "وليس ك"مبدأ" وذلك لسبب أن العقد بات مفهوما ذا دور أساسي ومعتبر في الحياة القانونية تحت طائلة التأثر الشديد بالأفكار الأخلاقية والفلسفية والاقتصادية السائدة في المجتمع، مما إستتبعه ظهور إتجاهات إجتماعية تنظر إلى العقد بشكل مختلف عن تلك النظرة الفردية وهذا بداعي إعادة إدماج وإحياء مبادئ طالما هُمشت في النظام القانوني للعقود.

ما فتئت القواعد الآمرة تزداد و يتوسّع مجالها، حتى مسّ المسائل التعاقدية التي كانت محكومة و منظَّمة بالقواعد و القوانين المكمّلة و المفسّرة للإرادة. وهكذا أصبح أطراف التعاقد لا يُمكنهم مخالفة تلك القواعد القانونية ذات الطابع الآمر حتى أنّ بعض العقود يُمكن القول بشأنها أُعدَّت و أُنجزت من طرف المشرع كما هو الشأن بالنسبة لعقود التأمين و عقد العمل و بعض عقود الإيجار[1]

كما أنّ بعض العقود الأخرى فرضها المشرّع و أَوْجَبَ إبرامها مع أطراف أخرى دون أن يكون لمبدأ سلطان الإرادة دورا فيها. و منها عقد التأمين بالنسبة للمحامين، حيث مشرعنا الجزائري وبحق خرج عن فكرة أن التأمين هو ضمان لدين في جهة المؤمن له حيث ونظرا للأهمية الكبرى في تأمين مسؤولية المهنيين تدخل المشرع الجزائري بنص عام وجعله إجباريا من خلال المادة 168 من الأمر 95-07 المعدل والمتمم[2] ورتب عقوبات جزائية على عدم الإمتثال لإلزاميته في المادة 184 من نفس الأمر .

بل وجعله إلزاميا بخصوص مسؤولية المحامي وذلك بالنص صراحة في المادة 21 من قانون المحاماة[3] بأنه "يجب على المحامي أن يكتتب تأمينا لضمان مسؤوليته المدنية الناتجة عن مخاطر المهنة" .والغرض من هذه الإلزامية هي ضمان حق المضرور في الحصول على التعويض المحكوم به من شخص أكثر ملاءة(شركة التأمين) لا يخشى معه المضرور

ضياع حقه، لذا صاغ المشرع الجزائري قواعد التأمين الإلزامية بصفة آمرة وجعلها من النظام العام، لا يجوز الإتفاق على مخالفتها متى تعلق الأمر بنشاط المهنيين، و عقد الانتساب للضمان الاجتماعي بالنسبة للموظّفين، و عقد التأمين على العقارات ضد الكوارث الطبيعي[4] و يعاقب المشرع على رفض التعاقد و عدم انجاز العقد على أنه جريمة مثل عدم التأمين على السيارات[5]

أضف إلى هذا كلّه أنّ اختيار المتعاقد الآخر الذي يُلزمك المشرّع على التعاقد معه، ليس ممكنا في كلّ الفروض، بل إنك تجد نفسك مضطرّا و مجبرا على التعاقد مع الطرف الآخر، و لو لم تكن راغبا في ذلك. فالموظّف ملزَم بالتعاقد مع صندوق الضمان الاجتماعي للأجراء و ليس له اختيار آخر.

كما أنّ الشفيع يستطيع أن يحلّ محلّ المشتري في عقد البيع و يُصبح مشتريا من البائع[6]، رغم أنّ إرادة البائع لم تنصرف قطُّ إلى التعامل مع هذا الشفيع الذي دخل دائرة التعاقد دون استئذان من أحد.

و من القوانين الآمرة التي تحدّ من مبدأ سلطات الإرادة القانون 89-02 الصادر بتاريخ 07/ 2/ 1989 و المتعلق بحماية المستهلك[7] والمتضمن تقديم المعلومات عن مخاطر استخدام الشيء و تقرير الحماية إزاء الشروط العقدية، حيث إن عقد الاستهلاك مثل سائر العقود الأخرى ووفقا للقواعد العامة يتمتع بالحماية التقليدية فيما يخص حق الضمان والذي يقع على عاتق البائع، بمعنى أن المستهلك يتمتع بحق مطالبة البائع بضمان التعرض والاستحقاق أولا، وبضمان العيوب الخفية ثانيا، متى وقع للمستهلك تعرض يعكر حيازته للبيع حيازة هادئة، وينقص من الانتفاع الهادئ به[8].

ونتيجة دائما للتطور الحاصل في المجال الاقتصادي وخاصة بمستوى التعاملات المالية بين الأفراد أشخاصا طبيعية كانت أو معنوية وعلى قدر كبير من التوسع التجاري، التي أفرزت اختلال المراكز القانونية أو لميزان القوى بين المتعاملين، ولما كان الأمر كذلك كان من الضروري ظهور ضمانات جديدة مخولة للمستهلك سواء أثناء تكوين العقد أو

تنفيذه، وبالتالي الانتقال من حق العلم إلى حق الإعلام أي الإنتقال من فكرة تمليها القواعد العامة وأساسها المادة 352 مدني جزائري[9] إلى مبدأ أساسي تمليه القواعد الخاصة المستجدة لحماية المستهلك، حيث أضاف المشرع الجزائري حماية خاصة يتمتع بها المستهلك ليس فقط أثناء تكوين العقد وإنما شملت الحماية أيضا مرحلة تنفيذ العقد بتقوية حق الضمان، إذ أخذ هذا الأخير طابع الإلزام كما هو موضح في نص المادة الثامنة الفقرة الأولى من قانون حماية المستهلك، إذ نصت على أنه: " يجب أن يحتوي العقد على نقل حيازة أو ملكية المنتوج، التي للمستهلك ضمانات عليه، شرط تنفيذ هذا الضمان مع الاحتفاظ بأحكام القانون المعمول به". فكان التزام الضمان يحتوي على بند في العقد يقضي بشرط تنفيذ هذا الضمان.

المطلب الأول: من الأمن القانوني إلى الأمن العقدي.

مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون، دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق، وللوصول إلى هذه النتيجة يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، ومفهومة وألا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة"[10].

وبإسم الأمن القانوني يتم تعديل مقتضيات العقد لضرورات النظام العام الاقتصادي، ذلك أن دواعي الأمن القانوني ومتطلبات السرعة دفعت بمبدأ سلطان الإرادة نحو الظل وهو ما قلب رأسا على عقب مكونات القانون، كما أن دليل الإثبات يتحول من الدليل المجسد إلى الدليل الرقمي، بما لذلك من آثار على النظام القانوني للتعاقد الذي ظل ساكنا طوال عدة عهود، والواقع يشهد على تناقض و تراجع أهمية مبدأ الرضائية بصفة واضحة للعَيَانْ، فالكتابة أصبحت ضرورية في جلّ الحالات لإثبات الدين، كما جاءت به المادة 333 من القانون المدني الجزائري صراحة عندما نصّت على أنه : " في غير المواد التّجارية إذا كان التصرّف تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محّدد القيمة، فلا تجوز البيّنة في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي

بغير ذلك. " و يتجلّى بشكل واضح أنّ هذا النص و إن لم يشترط الكتابة كشرط لانعقاد التصرف، فإنّه مع ذلك يَحُدّ من مجال مبدأ الرضائية، و يخلق قيدا يُضيِّق من ساحة الإرادة، لأنّ تخلّف الكتابة يؤدي إلى ضياع الحق.[11]

أضف إلى ذلك أن القانون تدخّل ليحدِّد شكل التعاقد، و القالب الذي يجب أن يُفرَّغ فيه. فعقد إنشاء الشركة لا ينعقد إلا إذا كان العقد عقدا رسميّا مسجلاّ و مشهّرا لدى الجهات المختصّة بذلك[12]، وعقد بيع العقار، لا تنتقل الملكية العقارية بمقتضى إبرامه، و إنما تنتقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري بعد تسجيل هذا العقد وشهره بصفة رسمية[13].

ولذلك فإن تحقق الأمن القانوني على أرض الواقع يرتبط تقليديا بالشكلية التي يُفترض فيها تحقيق الضمانة، أي لا بد من الإعلام والنشر في كل ما يتعلق ويرتبط بالقاعدة القانونية من تعديل وتغيير ليكون ذلك في علم العموم حتى يتدبروا أمرهم في ضوء ذلك جراء تضخم القوانين وعدم الإنسجام بين مختلف النصوص القانونية، وأثر التعديل المفاجئ للقوانين، ومدى انزعاج الفئة المعنية بذلك، لأنه في غياب قاعدة مكتوبة والإعتماد فقط على الإجتهاد القضائي لمواجهة وضعيات غير متوقعة قانونا، تتزايد متطلبات الأمن القانوني في علاقته مع القضاء، ذلك أن الإجتهاد القضائي في جوهره تأويل للقاعدة القانونية المكتوبة، وهو من هذه الناحية يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، وما يثير ذلك من إشكالات خاصة في حالة التراجع عن الإجتهاد القضائي المستقر عليه، وما يطرحه ذلك من تأثير على مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة للمتقاضين، بل وحتى حقوقهم المكتسبة، إذ بعد اطمئنانهم لإجتهاد قضائي ثابت ومستقر، تعاملوا في ضوئه، يتم التراجع عنه بشكل مفاجئ .

المطلب الثاني: نظرية الوقاية القانونية بدلا من نظرية العلاج القانوني

إذا كانت نظرية العلاج القانوني تقوم على فكرة العدالة، فلا يوجد نظام قانوني لم يهتم بفكرة العدالة. هذه الفكرة ذات البعد

الأخلاقي تضرب بجذورها في عمق التاريخ. فقد أبرز أرسطو العلاقة بين القانون والعدالة، وبين أن العدالة توجه القانون عندما يخطئ، كما أن العلماء المسلمين قد استلهموا الدور المتفرد للعدالة وأوضحوا بأن العدالة هي قوام النظام الإسلامي، كما استلهم العدالة أيضا توما الأكويني الذي أكد بأن العدالة لا توجب ما هو عدل في ذاته ولكن ما رآه القانون كذلك[14].

وبهذا دخلت العدالة القانون من باب الفلسفة. وكما بدأت العدالة فلسفية، فقد حازت على اهتمام الفلاسفة في القرنين التاسع عشر والعشرين، وبصفة خاصة بواسطة إسهامات "إيمانويل كانت "و"جون راولز"، وبدخول العدالة المجال القانوني، برزت أولى مشكلاتها. فقد أثارت الدراسات القانونية التي تناولت العدالة [15]بأن المشكلة الأولى في دراسة العدالة تكمن في تحديد تعريف لها يسمح بإبراز خصائصها المميزة، أي التي تميزها عن غيرها من الأفكار القريبة منها أو المشابهة لها، مثل حسن النية والقانون الطبيعي، وذلك من ناحية، تشترك فكرتا العدالة وحسن النية في أنهما من المفاهيم الأخلاقية التي تخفف من التطبيق الأعمى للأدوات القانونية في بعض الأحيان، ولهذا قد تعتبران أحيانا متقاربتين .

فقد جمع القانون المدني الجزائري بين الاتجاهين: الاتجاه الأول الذي يورد نصا عاما يجيز للقاضي اللجوء إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والاتجاه الثاني الذي أورد تطبيقات للعدالة في مجالات معينة. تنص المادة الأولى من التقنين المدني في فقرتها الثانية على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وفي إيراد تطبيقات للعدالة في مجالات معينة، نذكر على سبيل المثال المادة 107 من التقنين المدني الجزائري[16] (تنفيذ ما هو من مستلزمات العقد)، و التدخل القضائي عند التقلبات الاقتصادية، عن طريق التدخل القضائي في العقد بناءا على نظرية الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 مدني جزائري، والمادة 184 من

ذات القانون التي تخول للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه، والمشرع الجزائري بمقتضى النصوص القانونية اعطى للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في انهاء العقد اذا تبين له عدم التوازن في التزامات الأطراف كما الشأن في الغبن والاستغلال الذي يظهر فيه فرق كبير بين ما يحصل عليه أحد المتعاقدين وما يقدمه للطرف الآخر 358 ق م، والحكمة أن ارادة القضاء يجب ان تصبح مبسوطة على كثير من العقود والتصرفات ليمنع التعسف في استعمال الحق 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

إذا كان ما سبق يندرج في دائرة المعالجة القانونية، فإن الوقاية القانونية تأمل في وضع حدّ للسياق المتواصل و المحترم بين الإفراط في التدخّل و الإكثار من المحظورات والنواهي من جهة، و الإسراف في الحرّية باعتماد الفكر التحرّري و ترك العَنَانِ لإرادة المتعاقدين، لخلق البيئة المناسبة للتعاقد، واستعمال حريتهم لإنشاء ما بدا لهم من الالتزام ات من جهة أخرى .وهو ما تبناه الفقيه ديموج منذ زمن، عندما قال بأنّ العقود تُشكِّل عالما و مجتمعا صغيرا يجب أن تتّخذ فيه أعمال المتعاقدين، الذي يسعى، كلّ واحد منهم، إلى تحقيق الهدف الجماعي كما هو الشأن في الشركات المدنية و التجارية[17]

وهكذا فإنّ العقد لا يُنظر إليه وفق هذا الاتجاه من الفقه، على أنه تعبير عن مصالح متعارضة بين أطرافه، ولكنه اتِّحاد بين المصالح المتوازنة والمتوافقة، وأداة للتعاون الصادق، وثمرة الثقة المتبادلة.

وانطلاقا من نص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية .

إذن المشرع الجزائري هنا يعتبر حسن النية الإطار والروح التي يجب أن تسود تفسير العقود وتنفيذها، ففي حال تعدد طرق تنفيذ العقد ومعانيه، فينبغي أن يُختار من الطرق ما تقتضيه الأمانة، والشرف، والعدالة والنزاهة، فمع أن التقنين المدني الجزائري لم يتضمن نصا مماثلا يوجب مراعاة حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد، ومع هذا نوافق الرأي الذي يذهب إليه البعض من أن واجب حسن النية الواجب مراعاته عند تنفيذ العقد

وتفسيره يتسع ليشمل فترة ما قبل إبرام العقد، ودليل ذلك أن النص الذي يوجب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد لا يُحقق الهدف المرجو منه إلا إذا كان العقد مبنيا على حسن النية منذ بدايته، حيث كيف نتصور إبرام عقد بحسن نية وقد ساءت نية المتعاقدين خلال مرحلة المفاوضات التي سبقت إبرامه، كما أن النص القانوني الذي يُوجب مراعاة حسن النية عند تفسير العقد يمكن كذلك الرجوع به إلى المرحلة السابقة على التفسير ليفرض إلتزاما بالأمانة في مرحلة التفاوض[18].

وعلى ذلك يجب أن يسود حسن النية في إنشاء العقد وتفسيره وفي تنفيذه أيضا، فإذا تعهد مقاول بتوصيل أسلاك كهربائية، وجب عليه أن يقوم بذلك من أقصر طريق ممكن، كما يجب أن يقوم أمين النقل بنقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها.

حيث يعتبر الفقيه "غاي بيخور"في كتابه[19] أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام إضافي يُلقي بظلاله على قانون جميع العقود، وهذا تأكيد على هجر التميز الذي نجده في النظام القانوني الروماني بين عقود الحق المُقيد contrats de droit strict وعقود حسن النية contrats de bonne foi، كجزء من التمييز بين قوانيين العدالة والقوانين العامة والهدف من وراء إقرار هذا المبدأ هو تقييدا أخلاقيا أساسيا على حرية العلاقة التعاقدية وكذلك قاعدة تربوية وهي أن يتم تنفيذ العقود بشكل ملائم، دون أي نيات للخداع أو التضليل أو التغرير، أي الضرب على يد كل من يحاول الإستخفاف بمبادئ الأخلاق، وهذا على خلاف النظرية القديمة لقانون العقود كقانون عقلاني صارم، يعكس المثل الفردية والرأسمالية، حيث بإقرار حسن النية أصبحت العقود أكثر مرونة وأقل حدة وتعكس المنظور الغيري الأخلاقي، حيث تم إحلال مبدأ التنفيذ المثالي والدقيق بالمطالبة بتنفيذ العقد بحسن نية ويُصبح العقد كيانا ديناميكيا ومتغيرا ويُتيح مبدأ حسن النية للقانون المدني أن يتخطى الفجوة بين الفردية التي تسم الحرية التعاقدية والصرامة التي تُصاحب أحيانا هذه الفردية، وفلسفة

الصلاح المعيشي للدولة وصلاح المجتمع الإستهلاكي.

هذا ويكون الالتزام المتعاقد طبقا لحسن النية هو الالتزام تعاقدي، فإذا حاد عن هذا المبدأ في المطالبة بحقه فيكون مسؤولا على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزام عقدي وهو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ وبذلك فلا حاجة إلى إقرار المسؤولية على أساس المسؤولية التقصيرية.[20]

وبالرجوع كذلك على نص المادة 111 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على "...إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة لإرادة المتعاقدين، دون الوقوف على النص الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين...".

فهنا المشرع يلجأ إلى الأخذ بمعيار شخصي ذاتي محدد بمعيار موضوعي، فمن وجوب البحث في تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين، فهذا معيار ذاتي مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات وهذه معايير موضوعية[21]

ومما لا شك فيه نرى أن اعتبارات الثقة بين المتعاقدين تتصل اتصالا وثيقا مع الأخلاق التي بيّنا سابقا أنها تحتوي مبدأ حسن النية، وكليهما يلزم أطراف العقد بقدر من النزاهة والصدق عند التعاقد. حيث نجد التكريس الأخلاقي المحض في النص القانوني من المادة 86 مدني التي تجيز إبطال العقد جراء التدليس إذا كانت الحيلة التي يلجأ إليها المتعاقد أثرت في اقتناع المتعاقد معه، بل نجد هذه المادة تكرس مبدأ هام من مبادئ حسن النية وهو مبدأ الإعلام وحتى الاستعلام– وهذا المبدأ يؤثر في مسؤولية المحامي كما سنبين لاحقا – وهذا نجده في الفقرة الثانية من المادة 86 التي تعتبر التدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا تبث أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة، إذن هي تكرس حسن النية من خلال إلزام كل طرف بأن يوصل للآخر قدرا معينا من المعلومات.

ويمكن كذلك الاستناد إلى نظرية عيوب الرضا وخاصة الغلط لإقرار الالتزام القانوني بالإعلام فيستحق المتعاقد الذي وقع في غلط جوهري الحماية القانونية المتمثلة في حق إبطال العقد إذا كانت نيته حسنة أما إذا تبين أنه يغتنم فرصة وقوعه في غلط لإبطال العقد، كأن تكون المعاملة التي قام بها غير مربحة فإن المشرع يحرمه من هذه الحماية وهذا ما تقي به المادة 85 مدني بقولها " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية "، حيث أن مبدأ حسن النية يقتضي بأن يتخلى المتعاقد الذي وقع في غلط عن طلب إبطال العقد وأن يلتزم بالعقد الذي أراد إبرامه إذا كان المتعاقد الثاني راغبا في تنفيذ هذا العقد، وهذا لا يعني أن الطرف الذي وقع في غلط مُلزم بإبرام عقد جديد، كما لا يلزم بإكمال العقد القابل للإبطال بإضافة شرط مثلا حتى ينشأ عقد جديد، بل يلزم بالعقد الذي قصد إبرامه وهذا إذا كان العقد القابل للإبطال متضمنا كل الشروط [22].

ونظرا لقناعة المشرع الجزائري بأن واجب الإخبار أو الإعلام يحقق كل ما يعنيه مبدأ حسن النية في إقامة العدل العقدي نص بضرورة إعلام المتعاقد وخاصة فيما يسمى بعقود الاستهلاك التي تكون بين محترف أو مهني وبين مستهلك غريب عن اختصاص المحترف الذي يتعاقد معه وكل هذا جراء افتراض المشرع عدم التكافؤ في العلاقة التعاقدية [23].

ومن جهة أخرى يجد الالتزام بالاستعلام أيضا أساسا له ضمن المبادئ الأخلاقية وبالخصوص مبدأ حسن النية، والذي هو الإحاطة بما يخص موضوع التعاقد بالاستناد إلى كل مصادر المعلومة الممكنة التي يكون بإمكان المتعاقد أن يتحرى فيها[24]، وعليه يقع على كلا من المتعاقدين التحلي بالنزاهة والصدق .وعليه فإذا كان أحد الطرفين دائنا بالالتزام بالإعلام فليس له أن يُحمل المدين به على عدم إعلامه إذا كان هو بدوره أخفى عنه الفائدة الخاصة التي يرجوها من العقد [25]، حيث يرى البعض بعدم مساءلة المدين بالإعلام متى كان بإمكان الدائن به أن يستعلم عندما يقول إذا كانت المعلومة

المستعلمة تدور خاصة حول المتعاقد معه من حيث مركزه القانوني وحدود سلطاته، وحول المحل بما يشمله من عناصره الأساسية، فلا يعني ذلك أنه عليه أن يحصل بنفسه على كل هذه المعلومات إذ يتقلص الالتزام بالاستعلام عند عدم خبرة الدائن به [26].

هذا ويمكن أن نستخلص واجب الاستعلام من خلال أحكام النيابة، حيث يقع على المتعاقد مع النائب واجب التحقق من وجود النيابة وكذا حدودها، فإن لم يفعل فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الأصيل ما دامت المادة 75 مدني جزائري[27] لم تطالب النائب بالإعلان عن صفته هذه بل على المتعاقد أن يستعلم عن وجود النيابة .

المبحث الثاني: فكرة العقد المفروض وسيلة لتكافؤ العقد.

في بعض الحالات يفرض المشرع على شخص معين ضرورة إبرام عقد، فمثلا اشتراط المشرع الجزائري الكتابة عند عملية التبرع، أي اشتراط موافقة المتبرع كتابيا وبمفهوم المخالفة، فإن القانون الجزائري في هكذا عمليات طبية لا يُقر بالموافقة الشفهية حيث تنص المادة 162 من قانون الصحة الجزائري على "...وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة كتابة بحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"[28]، ويدخل التأمين من المسؤولية المدنية المهنية الناتجة عن ممارسة مهنة المحاماة في هذا النوع من العقود.

فالمحامي رجل مهني يُعتبر بصفته كمحام المساهم في تحقيق العدالة، وإن احترام مبدأ سيادة القانون حسب ما تقضي به المادة الثانية من قانون المحاماة[29]، فهذه الصفة تُعين عليه أن يمُد المتقاضي (الزبون) بنوع من الحماية والضمان، بحيث إذا قصر في أداء التزاماته نحوه، فإن المؤمن يكون هنا ضامنا لحق الزبون في التعويض، فقد جعلت المادة 21 من قانون المحاماة لسنة 2013 التأمين من المسؤولية المدنية في ممارسة مهنة المحاماة إجباريا بنصها على أن "يجب على المحامي أن يكتتب تأمينا لضمان مسؤوليته المدنية الناتجة عن مخاطر المهنة " وهذا الإجبار من مصلحة الزبون، وهنا أولى إرهاصات تحقيق التوازن

العقدي في عقد الدفاع، أي من خلال تقديمه شخصا مليئا يضمن للزبون حصوله على التعويض المناسب لجبر الأضرار التي تُحيق به من جراء أخطاء المحامي أثناء أداء مهامه، كما يُقدم مصلحة للمحامي نفسه عن طريق حلول شركة التأمين محله في دفع التعويضات التي قد يحكم بها عليه بسبب إهماله أو أخطائه غير العمدية في ممارسة المهنة، وبذلك لن يتحايل من أجل إخفاء هذا الإهمال أو هذه الأخطاء، إذ لا مصلحة له في ذلك في حالة جعل التأمين من المسؤولية إجباريا له.

والإجبار الذي تتحدث عنه المادة 21 يوجد بالنسبة لإبرام العقد أما الخيار أو الحرية فتوجد فيما يخص الشكل الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام بالإبرام، حيث بالنسبة للمحامي الذي يمارس مهنته في نظام المحاماة بأجر مع زميل له في المكتب، فإن هذه الممارسة المشتركة للمهنة تفرض على المحامي صاحب المكتب إبرام عقد تأمين لضمان الأضرار التي تُحيق بمراجعي المكتب بصرف النظر عن علاقتهم بالمحامي بأجر، مادامت هناك صلة بينهم وبين المحامي صاحب المكتب [30].

وكذلك المحامي الذي يمارس المهنة في شركة محاماة مدنية تُغطي نتائج تصرفاته بالضمان الناتج عن عقد التأمين الذي تُبرمه الشركة لصالح أعضائها، حيث يتجه المضرور (الزبون) من خطأ أي محام شريك بدعواه إلى الشركة وليس إلى المحامي المرتكب للخطأ [31].

وفي ظل هذا الوضع لا يُتصور وجود أي نشاط لأي شريك غير مغطى بالتأمين، حيث يتضح لنا أن صفة الالتزام في إبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية المهنية موجودة في كل الأوضاع والأحوال، وهذا ما على أساسه تبنينا فكرة العقد المفروض ومسألة التوازن المرغوب والذي يُشكل لُب العدالة التعاقدية، فلم يجعل قانون المحاماة الجديد من الضرب على يد الطرف الأقوى هدفا له، بل على العكس، لقد سعى لتشجيع القوي، ولكن من خلال ردعه للطرف الأقوى أو الضرب على يده، سعى قانون المحاماة للمحافظة على مصالح الطرف الضعيف والذي كان عاجزا غالبا عن فعل ذلك بنفسه، وهذا التوازن يُمكِّن المحاكم من أن

تتمتع بدرجة جيدة من السلطة التقديرية والمرونة

المطلب الأول: تعطل تقنية الاشتراطات التعاقدية أمام النظرية الجديدة للعقد.

فيما يتعلق بأسباب عدم المسؤولية أو تحديدها كفارق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية طبقا لنص المادة 178 ق م، فنجد أنها مقبولة في نطاق الأولى وأنها غير مشروعة ومرفوضة في الثانية لمخافتها للنظام العام، وبالتطبيق على مسؤولية المحامي نجد أن تحديده لمسؤوليته في شكل مبلغ معين كتعويض لا يقدم أي مصلحة، ثم أنه يجب أن تخرج بعض أنواع المسؤولية من نطاق التعديل باعتبار أن مناطها هو الحقوق والحريات الخاصة بالمواطنين التي لها صلة وثيقة بالنظام العام والآداب، وعليه لا بد من أن يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الخاصة بالمحامين، لأن مثل هذا الشرط سيسد الباب أمام كل محامي سولت له نفسه إهدار حقوق عميله والتلاعب بها وتقصيره في نظر الدعاوى الموكلة إليه، ومما يخفف من تحمل المحامي لكل تبعات مسؤوليته أمام العميل وعدم تمتعه بشرط الإعفاء منها هو أنه ملزم بتأمين مسؤوليته المدنية وأن آثار مسؤوليته سوف يتحملها المؤمّن عن المؤمّن له بخصوص مسؤوليته المدنية عن الأضرار[32].

ويرى الأستاذ جابر محجوب علي محجوب[33] أن الفقه يرى أن المسؤولية المهنية يجب أن تخضع للمرسوم الصادر في 24 مارس 1978 الخاص بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات- وهو ما يقابل عندنا في التشريع الجزائري قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش – فبالرجوع إلى المادة 13 منه تبطل الشروط التعسفية التي ترد في عقد يتم بين المهني والمستهلك عندما يظهر أن هذا الشرط قد فُرض من قبل المهني عن طريق التعسف في استعمال قوته الاقتصادية و، التي منحته ميزة مبالغ فيها حيث تعتبر الفقرة الرابعة من المادة 13 أنه يُعد باطلا كل اتفاق يحد من حق المستهلك بتمتعه بضمان مقابل السلع أو الخدمة التي يتلقاها، حيث من هنا ينتهي الفقه إلى أن هذه النصوص تُحظر في مجال

المسؤولية المهنية كل شرط للإعفاء الكامل أو الجزئي من المسؤولية.

كما يُشير بعض الفقه كذلك إلى نص المادة 1793-2 من التقنين المدني الفرنسي التي تقابلها المادة 556 من التقنين المدني الجزائري، التي تبطل في مجال مسؤولية المعماريين كل شرط يهدف بشكل مباشر أو غير مباشر إلى إلغاء أو تقييد ضمان المهندس والمقاول [34]

وهذا يكشف الدّور الضعيف لإرادة الأطراف في تحديد التزاماتهم، كما يظهر التدخل الواضح من جانب المشرع في التضييق من مبدأ حرية الإرادة

المطلب الثاني: التشريعات والقوانين الخاصة مصدر ثاني للعقد يُضيق من تراضي طرفيه

إذا كان العقد ينهض على دعائم أساسية تُعد أركانا له وهي الرضا، والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية، وتخلف ركن من هذه الأركان يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا، كما أن تخلف شرط من شروط الصحة كالأهلية وانتفاء عيوب الرضا يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة من تقرر البطلان حماية له فالبطلان هو الجزاء الذي يُصيب العقد الذي لم يستجمع أركانه وشرائط صحته أو الذي لم تراع في إبرامه القواعد التي أوجب القانون إتباعها[35]

وبمطالعة قواعد أخلاقيات المهنة تكشف أن هذه القواعد تُملي في بعض الأحيان احترام شكلية معينة في إبرام العقود المتعلقة بممارسة المهنة، فقواعد أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر توجب وحسب المادة 175 من قانون رقم 08/13[36] أن يكون كل دواء مستعمل في الطب البشري والجاهز للاستعمال والمنتج صناعيا أو المستورد أو المُصدر وقبل تسويقه مجانا أو بمقابل، أن يكون محل مقرر تسجيل تمنحه الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن هذه المجالس لا تملك سلطة إزاء العقود التي يتم إبلاغها بها، فالمسألة تتعلق بالتزام بإعلام une information، حيث قرر مجلس الدولة في حكم أصدره في 3 جيلية 1970 أنه "إذا كانت بعض نصوص تقنين أخلاقيات مهنة الطب توجب إبلاغ مجلس النقابة الإقليمية بمشروع العقد لكي يتحرى موافقته لقواعد

هـذا التقنـين والشـروط الأساسـية في العقـد النمـوذجي، فـإن هـذه النصـوص لـيس مـن شأنها إعطاء مجلس النقابة سلطة إجازة العقد أو رفضه"، وقبل هذا قررت محكمة النقض أن عـدم احـترام الشـكلية الخاصـة بـإبلاغ مشروع العقـد إلى النقابـة لا يـؤدي بذاتـه إلى بطلان العقـد[37]، والفقـه الفرنـسي يـذهب مع القضـاء الفرنـسي فـيما قـرره فيعتـبر أن أخـذ موافقـة مجلـس النقابـة أو الوكالـة الوطنيـة للمـواد الصـيدلانية المسـتعملة في الطـب البشري حسب ما تـنص عنه المادة 175 مـن تقنين الصحة الجزائري، فهذا الأمر حسب الفقه الفرنسي هو بمثابة تقييدا خطيرا لحرية أساسـية وهـي حريـة التعاقـد la liberté de contracter، فمثـل هـذا التقييـد لا يكـون إلا بنص صريح ومحدد فكل غموض في النص يجـب أن يُفـسر لصـالح بقـاء الحريـة عـلى إطلاقها[38]، لكن ومع هـذا فالطبيب الـذي لا ينتظر الحصول على موافقة مجلس النقابـة عـلى العقـد أو يحصـل عـلى ملاحظـات الوكالـة الوطنية للمواد الصيدلانية، فهـو يُبرم العقـد على مخاطره à risques et périls فهو الذي يُقدر وحـده مـا إذا كانـت الشـروط التي يتضـمنها العقـد تتفـق مـع قواعـد أخلاقيـات المهنـة، والغلـط في التقـدير يضـعه تحـت تهديـد الجزاءات التأديبية.[39]

لكـن وبـالرجوع إلى مفهـوم قواعـد أخلاقيـات المهنـة (كتقنـين أخلاقيـات مهنـة المحامـاة، أو الطـب، أو الصـيدلة، أو مهنـة المحاسـبين المعتمـدين ...)، نجـد أن السـلطة العامة عندما تعهد إلى النقابـة بـالإشراف عـلى مهنـة وتنظيمهـا، فـإن هـذه النقابـة تكـون شخصا من أشخاص القـانون العـام، وتتمتـع بـبعض امتيـازات السـلطة العامـة، كسـلطة إصـدار قـرارات إداريـة تنظيميـة أو لائحيـة وسلطة إصدار تنظيم قضاء داخلي هـو قضـاء التأديـب المهنـي [40]، وسـلطة فـرض بعـض الأعبـاء الماليـة عـلى الأعضـاء في صـور اشـتراكات عضـوية وهكـذا تتمتـع النقابـة بامتيـاز خلـق القواعـد القانونيـة privilège de créer des règles de droitوهـي تبـاشر هـذا الامتياز مـن جهـة عـن طريـق وضـع اللائحـة الداخليـة le règlement intérieur التـي تـنظم علاقـة النقابـة بالأعضـاء والـشروط المطلوبـة

للقيد في الجدول، ومن جهة أخرى عن طريق وضع تقنينات الأخلاقيات المهنية التي تُحدد التزامات المهنيين تجاه بعضهم البعض وتجاه الغير وبالتالي قواعد أخلاقيات المهنة تمتاز بما تمتاز به القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وجزاء، بل ويمكن أن تُرفع دعوى إلغاء هذه الجزاءات عن طريق المحاكم الإدارية، ذلك أن هذه القواعد الأخلاقية تُعد بمثابة معايير سلوك صادرة عن جهات مهنية، يتم إدخالها عن طريق الشكل اللائحي في النظام القانوني، حيث يتخذ التشريع العادي صورتين، الأولى على شكل تقنيات (codification)، وهي التي تنظم فرعا كاملا من فروع القانون كالتقنين المدني مثلا، وفي الصورة الثانية قد يتخذ التشريع صورة تشريعات متفرقة تتناول تنظيم مسألة معينة كالتشريع الخاص بتنظيم مهنة معينة كمهنة المحاماة أو الطب [41].

ويذهب الفقه الحديث إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، في محاولة لإرجاع التوازن العقدي للعقود، وذلك عن طريق إدماج النظام العام في القواعد القانونية المهنية، حيث أصبحت تتدخل الدولة بقوة في تنظيم تبادل السلع وحتى الخدمات – باعتبار أن المحامي مقدم خدمات– متجاوزة بذلك دورها التقليدي الذي كان مقتصرا على التنظيم السياسي، ومُنشاة نظاما عاما اقتصاديا ملازما للنظام السياسي والأخلاقي، لكنه في نفس الوقت مستقلا ومتميزا بمضمونه من حيث تطبيقاته المباشرة على آليات الإنتاج والتبادل، حيث كان القضاء الوسيلة المثلى لوضع قواعد النظام العام حيز التنفيذ، حيث يعتبر التطبيق القضائي مرآة أكثر وضوح في الدلالة على كيفية توظيف فكرة النظام العام باعتبارها أداة قانونية لتحقيق أهداف الصالح العام للمجتمع بأسره[42]، وعليه تُدمج قواعد أخلاقيات المهنة في النظام العام وبالتالي تؤثر مسألة الشكلية فيها على العقود التي يبرمها المهنيين، إذا كانت تهدف إلى حماية أفراد الجمهور الذين قد يدخلون فيما بعد في علاقات مع المهنيين المخاطبين بالقاعدة مثال القواعد التي تُحظر الممارسة الغير المشروعة للمهنة، والقواعد التي ترمي إلى ضرورة الحصول على

الترخيص من وزير الصحة لممارسة ومباشرة مهنة الطب لأن الهدف هو منع أولئك الذين ليس لهم مقومات وفنيات الطب من ممارسته وإلا سوف يتعرض الجمهور إلى أضرار، كما أنه بادعائه الطب من غير رخصة فيه تغرير بالمريض ومفسدة لأبدان الناس[43]، أو القاعدة التي تقرر حق الزبون في اختيار محاميه، حيث تنص المادة 12 من قانون المحاماة 13/ 07 على أنه يمنع على المحامي السعي لجلب الزبائن أو القيام بالإشهار لنفسه أو الإيعاز على ذلك، أو القاعدة التي تحضر على المحامي تمثيل مصالح متعارضة كما تنص عنه المادة 15 لما في ذلك من إضرار فادح بحقوق الزبون، أو شراء الحقوق المتنازع عليها، أو إفشاء السر المهني[44]، وكذلك ما تمنعه المادة23 من ذات القانون من أن تكون الأتعاب محددة حسب النتائج المتوصل إليها وبالتالي أي عقد بين المحامي والزبون على هكذا أمور يُعد باطلا بطلانا مطلقا وهنا تأكيد على أن الشكلية المتطلبة في قانون المهنة يؤثر على عقد المهني كما في القواعد العامة إذا كان يمس بالنظام العام أي بمصلحة الجمهور.

ولنا أمثلة قضائية في المجال الطبي من خلال حكم محكمة الاستئناف limoges في حكمها الصادر في 04ماي 1959 الذي يتعلق باتفاق تم بين طبيب جراح وزميل له، بمقتضاه يقوم هذا الأخير بمساعدة الطبيب الأول في ممارسة الجراحة في مستشفى خاص نظير أجر محدد ونسبة 30في المائة من قيمة ما يتم إجراؤه من عمليات جراحية، وعلى أساس أن يحل الطبيب المساعد محل الطبيب الآخر، وتكون ممارسة الجراحة بالمستشفى مقصورة عليه وحده، عندما يقرر هذا الأخير التوقف عن ممارسة الجراحة، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا العقد باطلا لتعارضه مع مبدأ من مبادئ النظام العام وهو حرية المريض في اختيار طبيبه[45].

وفي حكم آخر يتعلق بطبيب يدعى M. Bernard اتفق مع طبيب آخر M. Brunotعلى تقديمه إلى عملائه بعد أن أبرما معا عقد مشاركةcontrat d'associationيقومان بممارسة المهنة من خلاله، وقد تضمن العقد ما يفيد التزام الشريك الجديد باحترام قواعد أخلاقيات المهنة وأن العقد سيتم عرضه على

مجلس النقابة الإقليمية للتحقق من أنه لا يتضمن أي شرط يتعارض مع هذه القواعد، ولكن مجلس النقابة الإقليمية انتهى إلى عدم تحقق الشرط المتمثل في انتفاء أي شرط في العقد ينطوي على مخالفة لقواعد أخلاقيات المهنة، وبناء على ذلك رفع الشريك الجديد دعوى يُطالب فيها باسترداد ما دفعه نظير المشاركة، وأجابه قضاة الاستئناف إلى طلبه، استنادا إلى أن بطلان العقد لا يسمح بممارسة المهنة بصورة تتفق مع قواعد الأخلاقيات المهنية، وقد طعن الطبيب الأو ل M. Bernard في هذا الحكم بالنقض واستند في طعنه إلى أن القضاء مستقر على أن مخالفة قواعد أخلاقيات المهنة إنما تُرتب جزاءات تأديبية تختص بتوقيعها جهات التأديب المهنية، ولكن ليس من شأن هذه المخالفة أن تدمغ العقد بالبطلان، بيد أن محكمة النقض رفضت هذا الطعن وقررت ما يأتي حيث أن المطعون فيه قد تحقق من أن الطبيب M. Bernard قد تعهد بأن يقدم زميلهM. Brunot إلى عملائه بعد أن أصبح شريكا له، وأن الاتفاق الذي تم بين الطرفين قد نص على أن الشريك الجديد سيحترم قواعد أخلاقيات مهنة الطب وأن العقد سيتم عرضه على مجلس النقابة الإقليمية الذي سيتحقق من عدم تضمنه أي شرط يتعارض مع تلك القواعد فإن محكمة الاستئناف وقد تبينت عدم تحقق الشرط، لأن المجلس المذكور قرر تعارض العقد مع أخلاقيات المهنة، فإنه ينتج من ذلك أن الاتفاق قد أصبح معدوما Caduque وأنه استنادا إلى هذا التسبيب الذي يحل محل تسبيب محكمة الاستئناف، يُصبح الحكم الذي رفض ترتيب أي أثر على الاتفاق صائبا قانونا [46]

إن العرض لهذه الأحكام يبين لنا أن القضاء الفرنسي يعتبر أن الإخلال بالقواعد المهنية بمثابة إخلال بالنظام العام الذي ينبغي أن تأتي شروط العقد متوافقة معه وإلا عُد العقد باطلا بطلانا مطلقا. كما لو تم الإخلال ببنود العقد طبقا للقواعد العامة، فلا خلاف بين الشكلية المتطلبة في قواعد التقنينات المهنية وتلك المنصوص عليها في الشريعة العامة من شروط موضوعية وأخرى شكلية.

الخاتمة:

إن تطور القوانين المدنية سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات المدنية المقارنة، وخاصة فيما يتعلق بنظرية العقد التي أصبحت تتميز بتنفيذ تعاون ومساعدة متبادلة تنفيذا للصداقة والأخوة العقدية، والتخلي عن هيمنة مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما دفعنا إلى البحث عن مكانة التعاقد أمام تراجع الحرية التعاقدية أو الأزمة الإرادية التعاقدية عن طريق توجيه العقود من خلال قيود إما النظام العام الذي يجعل الحرية التعاقدية أداة لخدمة المصلحة العليا للمجتمع، أو أخلقة العقد أو ما يسمى moralisation des contrats.الذي قلص من وحدة الإرادة في إنشاء الالتزام ات التعاقدية وبالتالي تعزيز ضمانة حماية القيم العليا عن طريق ضمان مصلحة طرفي العقد من خلال آلية التشريعات الخاصة المنظمة للعقود المهنية المستحدثة حماية للطرف الضعيف فيها، التي تعتبر آلية ضابطة عندما تستعمل الإرادة التعاقدية من أجل قوة عقدية مُتسلطة.

ومن خلال عرض هذا البحث ومناقشة أفكاره توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نراها مهمة وجديرة بالاطلاع عليها ومناقشتها ودعمها:

أولا النتائج:

ولعل من أبرز نتائج البحث ما يلي:

- لقد أصبح العقد مُنشئا لجملة من المراكز العقدية ذات المفهوم المنظوماتي، أي اعتبار المركز العقدي منظومة تؤلفها فضلا عن رابطة الالتزام ، آثار عقدية من طبيعة خاصة.
- من أجل حماية مبدأ سلطان الإرادة، ورغم آثاره التي أوقعت العقد في أزمة، إلا أن العقد وباعتباره بالغ الأهمية في العلاقات، حتم مراعات المصلحة العامة وبالتالي تدخل الدولة في تنظيم أو مجرد تحديد نطاق العلاقات العقدية كما هو الشأن في مسألة النظام العام، والالتزام بالإعلام وكذلك مسألة الشكلية في العقد، وكل هذا أدى إلى التحول في وظيفة العقد حيث أصبح يُستخدم في

سياق اجتماعي واقتصادي لحماية الضعفاء اقتصاديا.

- أصبح مخاطبة أطراف العلاقة التعاقدية بصفاتهم ومراكزهم القانونية، الأمر الذي دفع إلى التوسع في تطبيق نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري القائمة على فكرة مشتملات العقد ومستلزماته.
- إن الصياغة العامة للالتزامات والواجبات لا تُخفي أن كل واحد منها يتفرع عنه مجموعة من الالتزامات القانونية المحددة، ذلك أن هذه القواعد تصدر في غالب الأحوال في صورة قواعد تشريعية فهي قد ترد ضمن التشريع العادي المنظم للمهنة ذاتها، كما أنها قد تتخذ في أغلب الحالات صورة التشريع الفرعي الذي تقوم الجهة المهنية بإعداد مشروعه وتتولى السلطة التشريعية إصداره، فتكسبه بذلك قوة الإلزام، فمثلا قواعد قانون المحاماة هي الأخرى عامة ومجردة ذات صفة اجتماعية، كما أنها قواعد ملزمة تستمد إلزاميتها مما تقترن به من جزاءات
- إن خضوع العقد إلى الشريعة العامة والتشريعات الخاصة يؤدي إلى التأثير على الميكانزمات القانونية لأثر العقد، فيصبح لا مجال للمسؤولية العقدية التي تحل محلها المسؤولية المهنية التي تُلغي أي اتفاق بين المهني والمستهلك حول تحديد المسؤولية أو حتى نطاق التعويض.

ثانيا التوصيات:

وبناء على هذه النتائج، فإننا نقترح بعض التوصيات وذلك على الشكل التالي:

- لقد بات من الضروري مراجعة التشريع الجزائري وغيره من التشريعات العربية فيما يخص مسألة قداسة فكرة العقد شريعة المتعاقدين، التي بات التحول الاقتصادي وزيادة المعاملات الاقتصادية يستدعي عدم ترك المركز التعاقدي ملك لإرادة طرفي العقد.
- على المحاكم الخروج من سمة الحساسية أو الاحتشام في تطبيق القضاء الاستهلاكي، حماية للعقود الاستهلاكية، فلم يعد بالإمكان تطبيق نصوص القانون المدني على عقود غير متكافئة طبيعيا.

- ومن جهة أخرى وفي ظل اتساع رقعة الإشهار، وجب على المشرع الجزائري ألا يكتفي بنصوص قانون العقوبات لمحاربة الإشهار المظلل وإنما لابد من نصوص خاصة تشدد من العقوبة حماية لحق المستهلك في إعلامه وحماية لمبدأ المنافسة الحرة كذلك.

-على السلطات التشريعية رفع درجة إلزامية قواعد أخلاقيات المهنة وجميع التشريعات الخاصة التي تُملي بعض الالتزام ات التي يُعد الانصياع لها ضروريا للحفاظ على مصالح الغير، وذلك من خلال النص عليها في صلب قانون العقوبات لتكريس طابعها الإلزامي كما فعل في مسألة إلزامية الحفاظ على السرية المهنية حيث نصت المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 د ج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها ".

الهوامش:

1- قانون 93/ 03 وضع نموذج معينا لعقد الإيجار، وهو القانون الصادر بتاريخ 01/ 03/ 1993، المتعلق بالنشاط العقاري- الجريدة الرسمية الجزائرية- رقم 14 لسنة1993

2 -المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق ل25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية، حيث تنص المادة 168 على "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أوتعديل أو تعبئة مواد معدة للإستعمال أو الإستهلاك أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين والمستعملين واتجاه الغير" وكما نجد كذلك المادة 184 منه تنص"يعاقب على عدم الإمتثال لإلزامية التامين المشار إليها في المواد من 168 إلى 174 بغرامة مالية من 5000 دينار جزائري إلى 100000 دينار جزائري"

3 -قانون رقم 13-07 المؤرخ في 24 ذي الحجة عام1434 الموافق ل29 أكتوبر2013 الصادر بالجريدة الرسمية الجزائرية بالعدد رقم 55

4-أنظر القانون الخاص بالتأمين على العقارات الصادر بتاريخ 26/ 08/ 2003-ج.ر. رقم 6-ص 155.

5-راجع القانون رقم 88/ 31 المتعلق بالتأمين على السيارات.

6-راجع المادة 174 من القانون المدني الجزائري وما بعدها

5-راجع المادة 3 من القانون 09/ 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش – الجريدة الرسمية الجزائرية- رقم15.

8 - محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك – دار النهضة العربية- القاهرة- مصر-1994ص315

9 - القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 معدل ومتمم، التي تنص"يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

10 -Jean-Guy Huglo: la cour de cassation et le principe de la sécurité juridique .http: //www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers.consulté le16/03/2008(le principe de sécurité juridique implique que les citoyennes soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesures de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes ni surtout imprévisibles).

11 -رايس محمد: مفهوم العقد-مجلة الحجة-نقابة المحامين – ناحية تلمسان-العدد 04-الجزائر- ص50

12 -قرار المحكمة العليا الجزائرية 09/ 07/ 1989: ملف رقم 58829-المجلة القضائية – عدد 01- 1991-ص 79

وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا 18/ 02/ 1997: ملف رقم 136456-المجلة القضائية-عدد01-1997-ص10

13 -تتم عملية التسجيل لدى مكتب التسجيل بمديرية الضرائب والشهر يتم لدى محافظة الشهر العقاري وفقا للقانون المنظم لذلك، راجع القرار المبدئي الصادر عن المحكمة العليا 13/ 07/ 1988- ملف رقم 53675-غير منشور

14 - عابد فايد عبد الفتاح فايد: خواطر حول القانون المدني المقارن-المجلة الجزائرية للقانون المقارن- تصدر عن مخبر القانون المقارن-جامعة تلمسان- عدد06-سنة 2019-الجزائر-ص10

15 - عايد فايد عبد الفتاح فايد: دراسة في أزمة ديون الأفراد ومعالجتها القانونية – دراسة مقارنة في القانون المصري والقانون الفرنسي-مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية-جامعة حلوان-العدد 23- ديسمبر 2010- ص 82

16 - صدر بأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون 07/ 05 المؤرخ في 13 ماي 2007

17- R. Demogue: traité des obligations T. lll-1931-p3

18 - جمال فاخر: العقود والإتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والإتفاق في المرحلة السابقة على العقد –مجلة الحقوق-جامعة الكويت- السنة 10-العدد01- 1996- ص 180إلى 189

19 -غاي بيخور – ترجمة رشا جمال، مراجعة عبد الحسين شعبان: مدوّنة السنهوري القانونية – نشوء القانون المدني العربي المعاصر 1932-1939- الشبكة العربية للأبحاث والنشر-الطبعة الأولى- بيروت-لبنان-2009-ص243-244، ويُضيف أنه طرحت العديد من الاعتراضات على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وذلك استنادا إلى سببين، الأول أن المبدأ يُلزم أطراف العقد بأشياء تقع بين السطور، وبما يُؤدي لخلق عنصر غير مرغوب من انعدام اليقين التعاقدي، والثاني أنه منح تفويضا خطيراً للمحكمة التي سيصبح باستطاعتها أن تُضيف لالتزامات الأطراف، وهو شيء يُناقض مبدأ قدسية العقود، لكن تم رفض هذه الاعتراضات وبعدها جرى تبني هذا المبدأ وأصبح قانونا ملزما.

20 -محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام– التصرف القانوني – العقد والإرادة المنفردة-الجزء الأول الطبعة الثانية -2004-دار الهدى –الجزائر-ص314

21 -محمد حسين علي الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الإسلامي- دار النهضة العربية- 1990- مصر- ص48

22 -محمد صبري السعدي: المرجع السابق-ص 171

23 – القانون رقم 09/ 03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش – الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 15-سنة 2009

24 – مصطفى أبو منظور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية- دار النهضة العربية – القاهرة-2000-ص165

25 - Patrice Jourdain: le devoire de « se » Renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de Renseignement)-1983-chron-p139

26 - Philipe Le tourneau: Responsabilité des vendeurs et fabricants-édition Dalloz-pris -2001-p53

27 – تنص "إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ..."

28 – حمادي عبد النور: الشروط القانونية المنظمة لعملية نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري- مجلة الشريعة والاقتصاد- جامعة الأمير عبد القادر- قسنطينة-العدد02-المجلد الأول- ديسمبر 2012-ص 144

29 – قانون رقم 13/ 07 المؤرخ في 24 ذي الحجة عام1434 الموافق ل29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة

30 -تنص المادة 80 من قانون المحاماة 13/ 07" لا يجوز للمحامي بأجر أن يكون لديه موكلين خاصين به"

31 -محمد عبد الظاهر حسين: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية-المرجع السابق- ص 86

32 -سمية أبو فاطمة: سمية أبو فاطمة: شركة المحاماة المدنية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه-جامعة طنطا-كلية الحقوق -2007 – مصر -ص 237

33 -جابر محجوب علي محجوب: قواعد أخلاقيات المهنة – مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها-دراسة مقارنة- الطبعة الثانية-2001-دار يسرى حسن إسماعيل للطباعة –ص 156

34 -J. Ferran: Quelques aspects nouveaux de la responsabilité des médecins ,thèse ,Aix,1970,p 21 et s

مشار إليه عند جابر محجوب علي محجوب: المرجع السابق – ص 157

35 -محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات-المرجع السابق-ص75

36 -قانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق ل20 يوليو سنة 2008 يعدل ويتمم القانون رقم85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها-الجريدة الرسمية – العدد44

37– Voir arrêtes-Cons. D'Etat 3juil 1970 et Cass .Civ,24 mai 1960 ,J.C.P .1961 ,II,12044,not/

مشار إليهما عند جابر محجوب علي جابر – المرجع السابق ص 182

38 -G.Vedel: les pouvoirs de l'ordre en matière des contrats ,les contrats des médecins et l'arrêt du conseil d'état du 03 juillet 1970,bull de l'ordre des médecins ,mars 1971,N°II ,p 06 et 07

39 -محمد بكر القباني: نظرية المؤسسة العامة المهنية في القانون الإداري- رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة-1962- مصر – ص 110 وما يليها

40 -جلال أحمد الأدغم: التأديب في ضوء قضاء محكمتي الطعن – النقض الإدارية العليا-الطبعة الثانية-2003- المكتب الجامعي الحديث-الإسكندرية-مصر-ص 60

41 -هجيرة دنوني بن الشيخ الحسين: النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق-الطبعة الثانية-الدار الجزائرية للمنشورات الجامعية-2003-الجزائر-ص 85

42 -درماش بن عزوز: التوازن العقدي – رسالة دكتوراه-كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تلمسان-الجزائر-السنة 2013-2014- ص 104

43 -رايس محمد: المرجع السابق – ص 98

44-تنص المادة 14من قانون 13/ 07 " يلزم المحامي بالحفاظ على سرية التحقيق"

45-جابر محجوب علي محجوب: المرجع السابق-ص 194

46-جابر محجوب علي محجوب: المرجع االسابق-ص199.

وظائف الاستحسان

د. نمر محمد النمر*

تاريخ وصول البحث: 21/ 4/ 2020م تاريخ قبول البحث:16/ 11/ 2020م

الملخص

تبحث هذه الدراسة في أصل من الأصول التشريعية التبعية وهو الاستحسان، من حيث مفهومه عند الأصوليين، وما هي وظائفه التي ينهض بها، من مراعاة للضروريات والحاجيات وتحقيق للعدالة، ومن تحقيق للمصالح ودرء للمفاسد، ومعالجة المسائل الدقيقة، والمعضلات التي تحدث مع الزمن، ومن مراعاة للاعراف والعادات، ومن قطع الطريق على المتحايل، ومن الأخذ بالأحوط.

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة سعة هذا الأصل، وهو الاستحسان، وأنه أصل واسع يأخذ به المجتهدون من عهد الصحابة ومن بعدهم، وأنه يتميز بكثرة وظائفه وفوائده.

*أستاذ مشارك قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة آل البيت.

Istihsan: "Juristic Preference"

Dr. Nimer Mohammad Al-Nimer

Abstract

This study has been designed to address Fiqh Istihsan "Juristic Preference" which is considered as one of Islamic subsidiary legislative sources. The researcher aims to focus on the concept of Istihsan from Usul Fiqh scholars' point of view and how they employ it in legislative context to protecting rights to whose who should deserve. Istihsan can play a crucial role in considering best interest and avoiding vices as well as observing basic necessities and needs. Istihsan can also be employed to promote talent and skills as well as dealing with contemporary Islamic issues with taking into account our customs and traditions. One of the aims of Istihsan is also to prevent circumvention with the consideration of precautions .

The researcher has come up with the conclusion that Istihsan is a crucial in Islamic legislative context that should be employed by Muslim scholars from the era of Prophet Muhammad's companions to our current time.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

وبعد:

فإن شريعة الإسلام هي الشريعة الخاتمة، والشريعة الربانية، المتسمة بالعدل، وتحقيق مصلحة المكلف، وأنها تراعي الأحوال والظروف على مر العصور، وقد حظيت هذه الشريعة بأصول تشريعية تمكن المجتهد من الاجابة عن كل ما يواجه الفرد والأسرة والأمة من مشكلات، واعطاء الحكم الشرعي فيها من خلال هذه الاصول، ومن الأصول التشريعية ما هو رئيس كالقرآن والسنة

والاجماع والقياس، ومنها ما هو تبعي كالاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وغيرها.

وهذه الدراسة تبحث في أصل من الأصول التبعية وهو الاستحسان، وهي تبرز ما لهذا الأصل من أهمية، وسعة، ومرونة، واحتياط، وعدل، وتحقيق لمصالح المكلف في العاجل والاجل، وهي تنصب على وظائف هذا الأصل، والثمار التي تتحصل عند الأخذ به وتطبيقه، لذا آثرت ان اكتب في وظائف الاستحسان، وابراز هذا الجانب، وما يرتبط به من فروع.

أهمية الموضوع: تبرز أهمية هذا الموضوع فيما يأتي:

1. إظهار أهمية الاستحسان في الوصول الى الحكم الشرعي، ومواكبة ما يستجد من المسائل والأحوال.
2. المجتهد الذي يأخذ بهذا الأصل تتحقق باجتهاده المصالح، ويوصل الحق إلى صاحبه، فإن تطبيق الأصول العامة على جميع الفروع الملحقة بها قد ينتج عنه فوات المصلحة والعدل أحيانا في بعض الفروع، فيكون الاستحسان قد عالج هذا الجانب الاستثنائي، ورد المسألة الى الحق، بناءً على دليل شرعي يتناولها.
3. قد يظهر لكثير من الباحثين أن الاستحسان ليس من الاصول المهمة في الاجتهاد، وأن مدار المسائل الاستحسانية محدود وضيق، والحقيقة أن هذا الأصل واسع التطبيق، يتناول ابواباً كثيرة من ابواب الفقه، والمجتهد محتاج اليه.
4. اشتهر عند الكثيرين أن من العلماء من أنكر هذا الأصل كالإمام الشافعي وغيره، لكنه يتبين من خلال هذا البحث أن فروعا استحسانية كثيرة يأخذ بها فقهاء المذاهب المعتبرة جميعا، مما يدل على اهمية هذا الأصل، وأن الجميع يأخذ به، وأن الإنكار الذي وقع من البعض انما هو انكار للاستحسان النابع من الهوى، والذي لا يبنى على الاستدلال الصحيح.

مشكلة الدراسة:

سنحاول في هذه الدراسة الاجابة عن الاسئلة الآتية:

1. ما مفهوم الاستحسان عند الاصوليين؟
2. هل هناك وظائف للاستحسان؟
3. ما هذه الوظائف؟

الدراسات السابقة:

هناك بعض الدراسات لها صلة بهذا الموضوع ومن أبرزها:

1. حكم التصرف في جثة الميت في ضوء الاستحسان وسد الذرائع وهو بحث في المجلة الاردنية في الدراسات الاسلامية للدكتورة جميلة الرفاعي والدكتورة امل مرجي، مجلد 12 عدد 1، آذار 2016، والبحث جيد في موضوعه لكنه اقتصر على ما يتعلق بجثة الميت من الامور الاستحسانية، ولم يغط وظائف الاستحسان، كم انه ادخل سد الذرائع، ودراستنا تتناول فروعا مختلفة للاستحسان في مختلف ابواب الفقه وتنصب على وظائف هذا الأصل.

2. مقالة بعنوان: " وظيفة الاستحسان في الفكر الأصولي" للدكتور كمال القصير، ذكر فيها الخلاف بين الأصوليين في القياس والاستحسان كما ذكر تعريفات الاستحسان وأقوال العلماء في تحديدهم له، وذلك في حدود ثلاث صفحات ولم يذكر التطبيقات ولم يستوعب الوظائف، وقد نشرت في موقع الألوكة.

3. بحث الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة لعبد الرحمن زيد الكيلاني، نشر مجلة مؤته للبحوث والدراسات، المجلد السادس عشر، العدد الأول لعام 2001، وقد تحدث فيه عن الاستحسان وأركانه وضوابطه وموجباته، ودوره في الكشف عن الحكم الشرعي التي حصرها في مجموعة من المسائل الطبية، وقد حرص الباحث على بيان ضوابطه واجتهد لها وأحسن الاستدلال، ولكنه لم يتعرض لتطبيقات الاستحسان بشكل شامل، ولم يتعرض للوظائف.

4. هنالك كتب وابحاث كثيرة بحثت الاستحسان وانواعه وحجيته واقوال العلماء فيه وأمثلة تطبيقية له، ولم تدرس وظائف الاستحسان بشكل تفصيلي، ومن امثلة هذه الدراسات: كتاب الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين بعنوان الاستحسان حقيقته، أنواعه، حجيته، وتطبيقاته المعاصرة.

خطة البحث: لقد قسمت هذا البحث الى مقدمة ومبحثين وخاتمة، أما المقدمة فقد بينت فيها أهمية الموضوع، واسباب اختياره، ومشكلة البحث، والدراسات السابقة.

وأما المبحث الأول: مفهوم الوظيفة والاستحسان وأهميته وأنواعه وضوابطه، وقد قسمته إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الوظيفة والاستحسان في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني: أهمية الاستحسان وأنواعه وضوابطه.

المبحث الثاني: وظائف الاستحسان، وقد بينت فيه وظائف الاستحسان وجعلته في سبعة مطالب:

المطلب الاول: وظيفة مراعاة الضروريات.

المطلب الثاني: وظيفة تحقيق العدالة.

المطلب الثالث: وظيفة تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

المطلب الرابع: وظيفة تحقيق التيسير ورفع الحرج.

المطلب الخامس: وظيفة مراعاة العرف وتقدير المطلوب شرعا.

المطلب السادس: وظيفة قطع الطريق على المتحايل.

المطلب السابع: وظيفة الأخذ بالاحتياط.

واما الخاتمة فقد بينت فيها أهم النتائج والتوصيات.

المطلب الأول: مفهوم الوظيفة والاستحسان وفيه فرعان:

الفرع الأول: الوظيفة لغة واصطلاحا:

الوظيفة لغة: وظفه عين له في كل يوم وظيفة، وظف عليه العمل والخراج: قدره، ووظف على الصبي كل يوم حفظ عشر آيات من القرآن عين له آيات يحفظها، والوظيفة المنصب والخدمة المعينة، والوظيفة من كل شيء ما يقدر من عمل أو طعام أو علف أو شراب أو رزق في زمن معين، وجمعها الوظائف[1].

مما سبق نجد أن معنى الوظيفة لغة يدور حول التقدير والتعيين والأعمال التي يلزم القيام بها.

الوظيفة اصطلاحا: لم أجد في حدود اطلاعي من عرف الوظيفة اصطلاحا بغير ما عرفها بها أصحاب المعاجم اللغوية، كقولهم ما يقدر من عمل أو طعام أو رزق، وغير ذلك في زمن معين، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للوظيفة عما ذكره أهل اللغة من الواجبات والأعمال التي تسند إلى الإنسان، وأما ما يتعلق بدراستنا وظائف الاستحسان فنستطيع أن نقول إن هذه الوظيفة تأتي بمعنى ما يترتب على استعمال المجتهد لهذا الأصل من المنافع والمصالح في وصوله إلى الحكم الشرعي التي تنتج من استعماله له.

الفرع الثاني: الاستحسان لغة واصطلاحا:

الاستحسان لغة: وهو مأخوذ من الفعل الثلاثي حسن، والحسن يطلق على ما يميل إليه الإنسان، والأحسن: الأفضل، قال تعالى:﴿ ٱلَّذِينَ يَسۡتَمِعُونَ ٱلۡقَوۡلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحۡسَنَهُۥٓۚ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمۡ أُوْلُواْ ٱلۡأَلۡبَٰبِ﴾[الزمر: 18]، وحسنت الشيء زينته،

وفلان يحسن الشيء أي يعمله ويستحسن الشيء أي يعده حسنا[2].

والحسن ضد القبيح والجمع محاسن، وحسن الشيء تحسينا أي زينه، ويستحسن الشيء أي يعده حسنا[3].

وحَسُن حُسنا أي جَمُل، وأحسن أي فعل ما هو حسن، وأحسن الشيء أجاد حسنه وأتقنه[4].

نرى مما سبق أن معنى الاستحسان يدور حول اتقان الشيء وتزيينه واختيار الأفضل والأجود في الأفعال والأقوال والتصرفات.

وقال الراغب: أحسن، عبارة عن كل منهج مرغوب فيه، قال تعالى:﴿ٱلَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ ۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمْ أُوْلُواْ ٱلْأَلْبَٰبِ﴾[الزمر: 18]، أي الأبعد عن الشبهة، والإحسان يقال على وجهين أحدهما الإنعام على الغير، يقال أحسن إلى فلان، والثاني إحسان في فعله، وذلك إذا علم علما حسنا أو عمل عملا حسنا، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ لَا يَخْلُقُونَ شَيْـًٔا وَهُمْ يُخْلَقُونَ﴾ [النحل: 90]، فالإحسان فوق العدل، وذلك أن العدل أن يقضي ما عليه، ويأخذ ما له، والإحسان أن يعطي أكثر مما عليه، ويأخذ أقل مما له، فالإحسان زائد على العدل، فتحري العدل واجب، وتحري الإحسان ندب وتطوع، وعلى هذا قوله تعالى:﴿وَمَنْ أَحْسَنُ دِينًا مِّمَّنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُۥ لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ وَٱتَّبَعَ مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ حَنِيفًا ۗ وَٱتَّخَذَ ٱللَّهُ إِبْرَٰهِيمَ خَلِيلًا﴾[النساء: 125]، وقوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة:178]، ولذلك عظم الله ثواب المحسنين قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَٰهَدُواْ فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا ۚ وَإِنَّ ٱللَّهَ لَمَعَ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[العنكبوت: 69]، وقال تعالى:﴿وَأَنفِقُواْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ ۛ وَأَحْسِنُوٓاْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[البقرة: 195].

ويقول ابن العربي لفظ الاستحسان كل ما كان أرفق فهو أحسن، وكل ما كان أحوط بالعبادة فهو أحسن[5]

نرى مما سبق أن الاحسان يدور حول الأرفق والأرفق والأحوط، وأحسن الأشياء أفضلها وأنفعها.

الاستحسان اصطلاحا: عرفه بعض الحنفية بأنه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بقياس أقوى منه [6]. وهذا التعريف يحصر الاستحسان في نوع واحد وأنه نوع من القياس، فيكون التعريف غير جامع، ولا يدخل فيه الأنواع الأخرى من الاستحسان، كالثابت بدليل آخر غير القياس مثل ما ثبت بالأثر أو الاجماع والضرورة [7].

ويقول أبو الحسين البصري: "وأما حد الاستحسان فقد اختلف فيه فحده بعضهم بانه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه وهذا باطل لأنهم يستحسنون إذا عدلوا إلى نص كما لا يستحسنون أن لا قضاء على الآكل ناسيا في صومه وتركهم القياس في ذلك للخبر" [8]

وعرفه الكرخي بقوله: "هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول"[9]، وتعريف الكرخي يؤخذ عليه ما يأتي:

1. يلزم من التعريف أن يكون العدول عن العموم الى الخصوص استحسانا[10]، وهذا يجعل التعريف غير مانع.
2. يلزم عليه أن يكون القياس الذي يعدل إليه عن الاستحسان استحسانا[11]، وهذا يعني أن التعريف غير مانع فأدخل في التعريف ما ليس منه.
3. أنه عبر عنه بالعدول من دليل إلى دليل أقوى منه، وهذا يعني صحة الحكم الأول وهو المعدول عنه، وأن المعدول إليه هو أصح منه، والحقيقة أن المعدول عنه ليس صحيحا، ولذا فقد تركناه وعدلنا عنه.
4. قال إن يعدل الإنسان ولم يقل المجتهد، والاستحسان من عمل المجتهد الذي تحققت فيه شروط الاجتهاد وضوابطه[12].
5. قال لوجه أقوى والوجه الأقوى لا يكون دليلا، فالأولى أن يقول لدليل أقوى لأن عمل المجتهد في الأدلة، والوجه لا يكون قويا انما القوة للدليل[13].
6. قوله يقتضي هذا العدول زيادة وإطالة[14] يغني عنها أن يقول لدليل أقوى.

وعرفه الشاطبي بأنه: الأخذ بمصلحة جزئية في مقابل دليل كلي[15]، وتعريف الشاطبي لا يتناول صور الاستحسان وأنواعه كلها، فهو ليس جامعا ولا مانعا، بل يذكر صفة من صفات المعرف وحيثية من حيثياته، كما أن المصلحة ملازمة لكل حكم من أحكام الشريعة.

وعرفه الحنابلة بأنه: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص[16].

وقد ذكر ابن قدامة أن الاستحسان يتناول ثلاثة معان أحدها: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة، والذي نراه أن دليل الاستحسان لا ينحصر بالدليل من الكتاب أو السنة فقط، فتعريفه ليس جامعا، كما يدخل فيه أيضا تخصيص العام، فلا يكون التعريف مانعا.

والثاني ما يستحسنه المجتهد بفعله وهذا نقول بفساده، والثالث العدول عن دليل إلى دليل هو أقوى منه"[17].

ويقال هنا إن المعدول عنه حكمه صحيح، والعدول اليه أصح، وهذا لا يتفق مع الاستحسان، لأن الحكم الأول لا يتناوله، وهو يعني بالخاص الكتاب والسنة، ودليل الاستحسان أعم من ذلك، ولأن التعريف يقتضي أنه عدول عن دليل قوي إلى دليل أقوى منه، فقد لزم أن حكم القياس المعدول عنه قوي، والحكم الاستحساني المعدول إليه أقوى منه، وهذا يقتضي أن المعدول عنه حكمه صحيح، لكن الذي نراه أن الاستحسان يحقق الصحة للمعدول إليه، ولا يُترك المعدول عنه إلا لعدم صحته.

وعرفه أبو الحسين البصري بأنه: "ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه"[18]، قال الآمدي تعليقا على ذلك: "هذا الحد جامع مانع إلا أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه من نص أو إجماع أو غيره، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به وإن نوزع في تلقيبه بالاستحسان"[19].

وهذا التعريف قد ذكر الوجه ولم يذكر الدليل، واعتبر المعدول عنه صحيحا، لأنه عدول عن القوي إلى الأقوى.

وعرفه ابن السمعاني بأنه: العدول بالحكم من دليل إلى دليل أقوى منه[20]، ويقال في تعريف ابن السمعاني إنه لم يذكر المجتهد الذي يشتغل بالاستحسان، كما أنه يعتبر المعدول عنه صحيحا.

وعرفه الباحسين بأنه العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه يقتضي التخفيف ويكشف عن وجود حرج عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم[21].

ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يذكر المجتهد، كما أن سبب العدول لا ينحصر في التخفيف أو رفع الحرج فقط، ولم يتطرق إلى ذكر الدليل، كما أن التعريف فيه إطالة.

التعريف المختار: مما سبق يمكن أن نعرف الاستحسان بأنه:

عدول المجتهد عن الحكم في المسألة بمثل ما حُكِم به على نظائرها لدليل شرعي.

وهذا التعريف ذكر المشتغل بالاستحسان وهو المجتهد، فأخرج غير المجتهد، وبين التعريف أن المسألة كان لها حكم كما في نظائرها، وقد عدل عنه لدليل شرعي، على تنوع في الدليل، فقد يكون الدليل نصا أو اجماعا أو مصلحة أو عرفا أو نحو ذلك، ولم يعتبر المعدول عنه صحيحا.

المطلب الثاني: أهمية الاستحسان وأنواعه وضوابطه.

الفرع الأول: أهمية الاستحسان

تظهر أهمية الاستحسان أن هذا الأصل يرتبط بمقاصد الشارع، وأنه يحقق المصالح للمكلف ويدرأ المفاسد، وأهمية قصد الشارع لابد من مراعاتها في فعل المكلف حتى يقع الفعل صحيحا شرعا، يقول الإمام الشاطبي: "المقاصد التي ينظر فيها قسمان: أحدها يرجع إلى قصد الشارع، والآخر يرجع إلى قصد المكلف"[22]، ويقول الدريني: "ويشترط أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الله في التشريع"[23]

وهذه الشريعة جاءت لتحقيق مصالح المكلف، ودرء المفاسد عنه، ودرء المفسدة يعود إلى تحقق المصالح، يقول الشاطبي: "إن وضع الشرائع انما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا"[24]

وتكاليف الشريعة تحقق مقاصد الشارع، فإن للشارع قصدا في كل حكم شرعي، يقول الشاطبي: "تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاث مقاصد أحدها أن تكون ضرورية، والثانية أن تكون حاجية، والثالث أن تكون تحسينية"[25]

وبناءً على ما تقدم فإن الاستحسان يحقق المصالح الشرعية، ويراعي مقاصد التشريع، ويحقق اليسر، ويرفع الحرج، لأن المجتهد في أخذه بالاستحسان يراعي كل ذلك.

الفرع الثاني: أنواع الاستحسان

يقسم الاستحسان إلى أنواع متعددة عند بعض علماء الأصول، ومن أدق هذه التقسيمات ما ذكره الحنفية، وسنذكر هذه الأقسام مع شيء من التوضيح والتمثيل:

1. **الاستحسان بالنص**: وهو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف ثبت بالكتاب أو السنة[26] ومن الأمثلة على ذلك بيع السلم، قال السرخسي: " القياس يأبى جواز بيع السلم، لأن المعقود عليه في السلم معدوم عند العقد، وتركنا القياس للرخصة الثابتة في الحديث ورخص في السلم[27]، فالأصول العامة لو أجريت لكان بيع السلم غير جائز، لأن الرسول ﷺنهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع السلم هو بيع الإنسان ما ليس عنده، ولكنه رخص فيه ﷺ واستثناه من الأصول العامة تحقيقاً لمصلحة الناس، فلولا بيع السلم لما استطاع أغلب المزارعين زراعة أراضيهم، فهم يستدينون من أرباب الأموال ما يمكنهم من شراء البذور، والقيام بتهيئة الأرض وسقيها وتنقيتها، مقابل إعطاء صاحب المال من نتاج الأرض في موسم الحصاد ما يقابل المال الذي دفعه.

2. **الاستحسان بالإجماع**: وهو أن ينعقد الإجماع في حكم مسألة بما يخالف القياس، أو يخالف قاعدة عامة، مثال ذلك عقد الاستصناع، فالأصل عدم جوازه، لأن الشيء المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، ولكن قد جاز استحساناً لجريان عمل الناس عليه في كل زمان ومكان من غير نكير [28]. وهذا النوع مع أنه قد جرب التعامل به من عهد رسول الله ﷺ، كأن يطلب شخص من خياط أن يخيط له ثوباً أو يصنع له مكتبةً بمواصفات محددة، وفي ذلك تحقيق لمصلحة الطرفين، ولولا ذلك لتعطلت كثير من المصالح.

3. **الاستحسان بالضرورة**: فهو ما خولف فيه حكم القياس نظرا إلى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية سدا للحاجة أو دفعا للحرج[29]، وذلك كطهارة الآبار التي وقعت فيها نجاسة، وعدم الفطر بما يصعب الاحتراز عنه كالغبار[30]. فإن النجاسة قد خالطت ماء البئر كله، وخالطت الجدران، وأي إضافة على الماء يكون فيها هذا الاختلاط، حتى لو نزح الماء كله بقي أثر

النجاسة، لذا يطهر البئر هذا بأن ينزع منه شيء من الماء، وعدد من الدلاء، ولولا الاستحسان لوقعنا في حرج شديد، وقد أوضح الأستاذ الزرقا رحمه الله هذا النوع بأنه ما خولف فيه حكم القياس نظراً إلى ضرورة موجبة، أو مصلحة مقتضية سداً لحاجة أو دفعاً لحرج[31].

4. **الاستحسان بالعرف**: وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف بذلك[32]، كأن يحلف ألا يدخل بيتاً، فلو دخل مسجداً فالأصل أن يحنث لأن المسجد بيت الله ﷻ وقد سمى المسجد بيتا، لكن العرف يستثني المسجد من هذا الإطلاق فلو دخل مسجداً فلا يحنث[33].

5. **الاستحسان القياسي**: وهو أن يعدل بالمسألة عن القياس الظاهر المتبادر إلى حكم آخر مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفى، ولكنه أقوى حجه وأوضح، وهذا النوع هو ترجيح لأحد الأقيسة عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحد[34]، [35].

الفرع الثالث: ضوابط الاستحسان

هنالك مجموعة من الضوابط التي ذكرها الباحثون في الاستحسان منها:

1. أن يكون النظر إلى الاستحسان مستندا إلى دليل شرعي[36]، فلا يكتسب الحكم في واقعة معينة أنه حكم شرعي إلا إذا نهض به دليل من الأدلة الشرعية الرئيسة كالقرآن أو الفرعية كالاستحسان والاستصلاح.

2. أن يكون الحكم الاستحساني موافقا لمقاصد الشريعة، يقول الغزالي: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم ديمهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم"[37]، ويقول ابن القيم: "فإن هذه الشريعة مبناها وأساسها على الحِكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد"[38]

3. ألا يتعارض الحكم المستند إلى الاستحسان مع أصل من أصول الشريعة، أو نص قطعي الدلالة والثبوت، وقد عنون ابن القيم فصلا في كتابه أعلام الموقعين في تحريم الافتاء والحكم في دين الله بما يخالف النصوص، وسقوط الاجتهاد والتقليد عند ظهور النص، وذكر اجماع العلماء على ذلك[39].

4. ألا تكون المصلحة المستثنى بها ملغاة الاعتبار شرعا[40]، فما ألغاه الشارع لا ينهض به البشر.

5. أن يكون الأصل المستثنى منه ظنيا قابلا للتخصيص، وإخراج بعض متناولاته منه حتى إذا

كان قطعيا في دلالته وثبوته، فلا يتصور أن تعارضه مصلحة تقتضي خلافه[41].

6. أن يكون تطبيق الأصل العام على الجزئية الخاصة مفسدة تربو على المصلحة المرجوة حال التطبيق[42]، يقول ابن القيم: "فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل"[43].

المبحث الثاني: وظائف الاستحسان

للاستحسان وظائف مهمة تعود على المكلف والمجتهد ويستدل به على أحكام كثيرة لا سيما المستجدة منها، ومن هذه الوظائف ما سنبينه في المطالب السبعة الآتية:

المطلب الأول: وظيفة مراعاة الضروريات

قد يصل المكلف في بعض الأحوال إلى حالة الضرورة، فيوشك على الهلاك، أو يصل إلى حرج شديد، فيخفف عنه بمزاولة المحرم، كالذي أشرف على الهلاك يجوز له تناول الحرام، ويكون حاله الجديد مخالفا لأحواله السابقة العادية، حيث كان يحرم عليه تناول الحرام، وهذا الأمر يدخل في الاستحسان، يقول الباحسين في بيانه لاستحسان الضرورة: " ويتحقق هذا النوع في كل جزئية يكون الأخذ بها وفق الأصل العام أو القواعد المقررة أو القياس أمرا متعذرا، أو ممكنا لكنه يلحق بالمكلف مشقة وعسرا شديدين، فيعدل بها عن أن يحكم فيها بمثل ما حكم به في نظائرها للسبب المذكور"[44]

ومما يتحقق في مراعاة الضرورات من الأحكام الاستحسانية:

1. الحكم بطهارة الآبار والحياض بعد ما تنجست، والحكم بطهارة الثوب إذا غسل في الإجانات، يقول الدبوسي: "وأما الضرورة فنحو الحكم بطهارة البئر بعد التنجس، والقياس يأبى ذلك، لأن الدلو تنجس بملاقاة الماء فلا يزال يعود وهو نجس، إلا أن الشرع حكم بالتطهر للضرورة، لأنه لا يمكننا غسلها بماء طاهر إلا من طريق نزح الماء النجس، وخروج الماء الطاهر، فاستحسنوا ترك العمل بموجب القياس بعذر العجز، فإن الله تعالى جعله عذرا في سقوط العمل بكل خطاب"[45]، والاكتفاء بأن ينضح من البئر عدد من الدلاء يطهر به البئر استحسانا، ولا يطهر قياسا، وقد تركنا القياس، وذهبنا للاستحسان للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس[46].

فالآبار قد تتنجس بسقوط أنواع النجاسات فيها، ولو حكمنا بنجاستها وعدم تطهيرها لكان في

ذلك حرج شديد، لكن طهارتها تكون من باب استحسان الضرورة، بنضح عدد من الدلاء، والقياس أنها لا تطهر، لأن النجاسة قد لاقت جميع الماء، ووصلت إلى الجدران، كذلك يجري هذا النوع من الاستحسان في غسل اليد والجسد والثوب والإناء بملاقاة النجاسة، فلو غسلناها بالماء تنجس الماء بمجرد ملاقاتها، ولو أضفنا ماءا جديدا لخالطته النجاسة أيضا، لذا تطهر لإزالة عين النجاسة استحسانا، أو غسلها ثلاثا إذا كانت النجاسة لا ترى بالعين .

يقول السرخسي: "فإن الحرج مرفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس، فكان متروكا بالنص"[47]

وتحقق الطهارة أمر لابد منه، لإقامة الضروري، فهي شرط في الصلاة التي هي من الأركان وهي من ضرورات إقامة الدين، وشرط للطواف الذي هو من أركان الحج.

2 .ومما يدخل في الاستحسان من باب مراعاة الضرورة رؤية الطبيب لعورة المرأة عند العلاج، يقول الزيلعي: "وينظر الطبيب إلى موضع مرضها والأصل فيه أنه لا يجوز النظر إلى وجه امرأة أجنبية مع الشهوة، لما روينا إلا للضرورة، وفي نظر الطبيب إلى موضع المرض ضرورة، فيرخص لهم إحياء لحقوق الناس، ودفعا لحاجتهم "[48]

وينبغي للطبيب أن يُعلِّم امرأة إن أمكن، لأن نظر الجنس أخف، وإن لم يمكن سَتَرَ كل عضو منها سوى موضع المرض، ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع، لأن ما يثبت للضرورة يقدر بقدرها[49]

فأبيح للطبيب أن ينظر إلى عورة المرأة، لدفع الهلاك عنها، وخالف هذا الفرع حكم الأصل، إذ النظر إلى عورة المرأة من الأجنبي محرم، لكنه جاز هنا استحسانا، دفعا للهلاك عن المرأة، كإجراء عملية جراحية ضرورية، إذا لم تجر تتهدد حياة المرأة. وقد ذكر العز في قواعد الأحكام هذا المثال وغيره، فقال "كشف العورات والنظر إليها مفسدتان محرمتان على الناظر والمنظور إليه، لما في ذلك من هتك الأستار، ويجوز لما يتضمنانه من مصلحة الختان، أو الشهادات على العيوب... "[50]

3 .ومن التطبيقات الاستحسانية التي تندرج تحت أصل المحافظة على الضرورات شق بطن المرأة الميتة، لإخراج الجنين إذا تبين أنه حي، فإذا علم أن الجنين حي بتحركه واضطرابه بالفحص الطبي، أو بالملاحظة الدقيقة، وجب إخراجه بشق بطن الميتة،

لوجوب إحياء النفس، وحفظ الحياة الإنسانية، والاستحسان في هذه المسألة بأن الأصل حفظ الميت وعدم انتهاك حرمته، إلا أنه عُدِل عن هذا الأصل، فجاز شق بطن الحامل الميتة، لإخراج جنينها الذي له ستة أشهر فما فوق إذا ترجحت حياة الولد في بطنها[51].

فالأصل احترام حرمة الميت وعدم شق بطن المرأة الميتة، لكنه أبيح شق بطن الميتة استحسانا واستثناء من الأصل للمحافظة على حياة الجنين التي ترجحت حياته.

4. ومن التطبيقات الاستحسانية وصية الميت بالتبرع بأعضائه، فإنه يجوز استحسانا قطع العضو أو جزء من الميت إذا أوصى بذلك قبل وفاته، دون ضغط أو إكراه أيا كان نوعه، وتوفي مصرا على وصيته جاز ذلك إذا دعت إليه الضرورة، لأن المصلحة فيها أعظم من الضرر الذي يصيب الميت[52]، فالأصل عدم التصرف بأعضاء الإنسان، لأنها ليست ملكه، ولحرمتها وكرامتها، لكننا عدلنا عن هذا الأصل فجاز نقلها، لضرورة الانتفاع بها استحسانا.

المطلب الثاني: وظيفة تحقيق العدالة

وتحقيق هذه الوظيفة من أهم مقاصد الشارع، ويظهر ذلك في بعض الأحوال، عندما يقوم بعض الأشخاص بأفعال ظاهرها الجواز، ولكنه يقصد منها النيل من حقوق الغير، فعن طريق الاستحسان يبطل قصده، ويصل الحق إلى صاحبه، ومن إيصال الحق إلى صاحبه ما ينتج عن تطبيق بعض الأصول والقواعد العامة في مسألة شرعية من فوات حقوق بعض الأشخاص، فيطبق الاستحسان ويصل الحق إلى صاحبه، ومثال الحالة الأولى:

أ. طلاق الرجل زوجته في مرض موته طلاقا بائنا، بقصد حرمانها من الميراث، فيقع طلاقه ويرد عليه قصده، وترث مطلقته منه إذا مات وهي في العدة كما هو عند الحنفية [53]، وترث ما لم تتزوج كما هو عند الحنابلة[54]، وترث منه وإن تزوجت كما هو عند المالكية[55]. وقد أخذ فقهاء المذاهب بهذا الحكم، قال السرخسي: "إذا طلق المريض امرأته ثلاثا، أو واحدة بائنا، ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس، .... وفي الاستحسان ترث منه وهو قولنا"[56].

وقد بين السرخسي وجه القياس في المسألة فقال: "وجه القياس أن سبب الإرث انتهاء النكاح

بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات، والحكم لا يثبت بدون السبب، كما لو كان طلقها قبل الدخول، ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجية أخرى، ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته أو مرضه، وكذلك إذا انقطعت الزوجية" [57].

فإذا أخذنا بالحكم العام وهو حكم الأصل فلا ميراث لمن لا يربطه بالميت سبب من نسب أو زوجية، وأما وجه الاستحسان فتستحق المطلقة في مرض الموت الميراث ويرد على المطلق قصده.

ومن المقاصد الشرعية تحقيق العدل وإيصال الحقوق إلى أصحابها، فيعود هذا الأمر إلى المقاصد الشرعية، ونحن نعلم أن للشارع مقصدا أو مقاصد من الحكم الشرعي ولابد أن يكون فعل المكلف وقصده موافقا لمقصود الشارع، وإلا رُدّ فعله عليه.

ويبين ابن نجيم وجه هذا الاستحسان، فيقول: " لأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته، والزوج قصد إبطاله، فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمن انقضاء العدة، دفعا للضرر عنها، وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار، فجاز أن يبقى في حق إرثها، بخلاف ما بعد الانقضاء" [58]

فالأصل أن الزوجية قد انتهت بالطلاق البائن، ويشترط في الميراث أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، لكن الزوج عندما أوقع الطلاق في مرض موته، وهو في أشد حاجاته إلى زوجته دل على أنه يقصد حرمانها من الميراث، والطلاق لم يشرع أصلا لهذا- فقد شرع لأسباب أخرى كالشقاق المستحكم بين الزوجين- ، فيرد عليه قصده هنا، وترثه إذا مات وهي في العدة، ولأن العدة فيها بعض آثار النكاح حيث تُمنع فيها من الزواج، وتثبت فيها النفقة، وغير ذلك من الآثار، وقد استدل الفقهاء بأدلة كثيرة لهذا الاستحسان منها:

1. اجماع الصحابة، يقول السرخسي: " ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم، فقد روى ابراهيم رحمه الله تعالى قال: جاء عروة البارقي إلى شريح من عند عمر ﷺ بخمس خصال وهي: إذا طلق المريض امرأته ثلاثا ورثته إذا مات وهي في العدة [59].

2. وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينه بن حصن الفزاري كانت تحت عثمان ابن عفان ﷺ ففارقها بعدما حوصر، فجاءت إلى علي ﷺ، بعد ما قتل وأخبرته بذلك، فقال: تركها حتى أشرف على الموت فارقها. وورثها منه [60].

3 .وكذلك عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر آخر التطليقات فورثها عثمان ﷺ وقال ما اتهمته، لكني أردت السنة[61]. وعمل الخلفاء الراشدين سنه قال ﷺ: " فعليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي" [62]، وعن عائشة رضي الله عنها أن امرأة الفار ترث ما دامت في العدة[63].

وهذا الاتفاق من الخلفاء الراشدين يدل على صحة هذا الحكم وأهمية الاستحسان في ايصال الحق الذي أثبته الشارع لصاحبه، ولولا الأخذ بالاستحسان لفات هذا الحق، ويقول السرخسي- في الاستدلال لهذا الحكم أيضا: " والمعنى فيه أن قصده إبطال حقها عن الميراث بقوله، فيرد عليه قصده، كما لو وهب جميع ماله من إنسان، وإنما قلنا ذلك، لأن بمرض الموت تعلق حق الورثة بماله، ولهذا يمنع عن التبرع بما زاد على الثلث، ثم استحقاق الميراث بالسبب والمحل، فإذا كان تصرفه بالمحل يُجعل كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما، إبقاء لحق الوارث فتصرفه بالسبب بالرفع يُجعل كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما، بل أولى، لأن الحكم يضاف إلى السبب دون المحل، وإذا صار كالمضاف كان النكاح بينهما قائما عند الموت حكما"[64]

ويلحق بهذه الحالة ما إذا ارتد ولو كان صحيحا عند ردته، ثم التحق بدار الحرب أو قُتل، قال ابن الهمام: " وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وهي في العدة، لأنه يصير فارا وإن كان صحيحا وقت الردة، وهذا لأن الردة لما كانت سبب الموت، وهي باختياره، أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت، وهو يوجب الإرث إذا مات وهي في العدة"[65]

ب.ومما يقع تحت هذا الأصل وهو تحقيق العدالة، ردة المرأة في مرض موتها أو التحاقها بدار الحرب، فرارا من إرث زوجها، فإنه يقابل الحكم الأول وهو طلاق الفرار، وهذا يدل على توازن هذه الشريعة في توزيع الحقوق، فالأصل أن الردة تنهي عقد الزوجية لأن الميراث بالزوجية يبنى على وجود عقد صحيح بينهما وعلى قيام الزوجية حقيقة أو حكما، وفي حالة الردة ينتهي العقد بينهما، لكن المرأة إذا استعملت الردة لإبطال ميراث الزوج يرد عليها قصدها، فتجري عليها أحكام الردة، ويرثها الزوج.

يقول أبو يوسف: " وأما المرأة إذا ارتدت ولحقت بدار الحرب فأمر الإمام بقسمة تركتها بين ورثتها ولها زوج فلا ميراث لزوجها، فإنها حين ارتدت فقد حرمت عليه، وصار لها غير زوج، ولو

كانت هذه المرأة ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض، أو لحقت بدار الحرب على حال المرض يقضي الإمام بموتها، فإني استحسن أن أورث زوجها في هذه الحالة، وأفرق بينها وبين ردتها في صحتها، ويرثها في مرضها الذي ماتت فيه"[66].

وهذا الحكم أخذ به الفقهاء من الحنفية[67] والحنابلة[68] أيضا، يقول ابن قدامه: " وإن فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة، أو رضاع زوجها الصغير، أو ارتدت أو نحو ذلك فماتت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه"[69].

وهذه المسألة كما ذكر أبو يوسف أخذت حكما غير حكم الأصل الذي يقضي بأن الزوج لا يرثها، وأقام مقامه الحكم الإستحساني بتوريث الزوج كما صرح أبو يوسف، ويكون في هذا إيصال الحق إلى الزوج، ورد قصد المرتدة عليها، وهذا توازن في حقوق الزوجين الذي يدل على عظمة هذه الشريعة وجعل حقوق الزوجة تتوازن مع حقوق الزوج، قال تعالى:﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228].

ج.ومما يقع تحت هذا الأصل من تحقيق العدالة و إيصال الحقوق إلى أصحابها ميراث الأب في المسألتين الغراويتين، فإذا كان في المسألة أب وأم وزوج، أو أب وأم وزوجة، يكون نصيب الأم ثلث الباقي بعد نصيب أحد الزوجين، ولو أخذت الأم ثلث الكل لنقص حق الأب، وقد حصل ذلك في عهد سيدنا عمر وبذلك قال عمر وعثمان وزيد بن ثابت وهو قول الجمهور[70]، يقول المرداوي في أحوال الأم: " وحال لها ثلث ما بقي وهي مع زوج وأبوين، وامرأة وأبوين"[71]، فإن الأخذ بالظاهر وهو أن تأخذ الأم ثلث الكل لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾[النساء: 11]، فلو أجرينا هذا الظاهر في الغراويتين وأعطينا الأم ثلث الكل كان نصيبها ضعف الأب في حالة وجود زوج، وتأخذ قريبا من الأب في حالة وجود الزوجة، وليس في أصول الميراث أن تأخذ الأم اكثر من الأب، فردت إلى الأصل العام وهو قوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾[النساء: 11]، كما أن أصول الميراث تقضي أن الأنثى لا تَفْضُل الذكر إذا تساووا في السبب والقرب، فكان لها ثلث الباقي، وبهذا الحكم الاستحساني أوصلنا حق الأب إليه، وحققنا العدل، ولو لم نأخذ بهذا لفاته هذا الحق، وقد استدل العلماء لهذا الحكم بأدلة كثيرة منها:

أولا: قوله تعالى:﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾[النساء: 11]، فجعل للأم الثلث من

ميراث الأبوين، وميراثهما هو ما سوى فرض الزوج أو الزوجة، فلم يجز أن يزاد على ثلث ما ورثه الأبوان[72].

ندرك مما سبق أن إعطاء المسألتين الغراويتين حكما مختلفا عن نظائرهما وهي حالات الأم الأخرى نهضت به أدلة عديدة، وكان من ثماره ألا ينتقص من حق الأب، وأن يعطى نصيبه المقرر شرعا.

د. ويقع تحت إيصال الحق إلى صاحبه كذلك المسألة المشركة أو الحجرية[73]، وممن قال بالتشريك عمر وعثمان والشافعية[74] والمالكية[75]، ومن الأدلة على ما ذهب إليه القائلون بالتشريك ما يأتي:

1. عموم قوله تعالى:﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: 7]، وظاهر هذا العموم في الآية استحقاق الجميع إلا ما خصه نص[76]

2. ما احتج به الإخوة لأبوين أمام عمر إذ قالوا: يا أمير المؤمنين لنا أب وليس لهم أب، ولنا أم كما لهم، فإن كنتم حرمتمونا بأبينا فورثونا بأمنا كما ورثتم هؤلاء بأمهم[77].

وهذا الاستدلال قوي إذ أن الصلة بالأب إن لم تنفعهم لا تضرهم، وهم يزيدون بها على الإخوة لأم، ويتساوون معهم بأن أمهم واحدة، لذا أرى أن هذا القول بالاستحسان فيه رد المسألة إلى العدل، وإيصال الحق إلى الإخوة لأبوين، ولولا الأخذ بالاستحسان لفات هذا الحق، يقول الدريني: "لأن الاستحسان في مفهومه الأصولي ليس إلا استثناء للمسألة من حكم القاعدة العامة لتعطى حكما جديدا، هو ألصق بالعدل والمصلحة وبناء على دليل أقوى من القاعدة نفسها"[78]، وهذا الحكم هو عدل ومصلحة، إذ انتقاص الإخوة لأبوين عن الإخوة لأم ليس عدلا ولا مصلحة.

المطلب الثالث: وظيفة تحقيق المصالح ودرء المفاسد.

لقد جاءت هذه الشريعة لتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم، فكل مصلحة تقرّها العقول الراجحة، والفطرة السليمة تأمر الشريعة بها وتوجه لتحقيقها، كذلك فإن كل مفسدة تلحق بالمكلف توجه لاجتنابها ودفعها، يقول ابن القيم: فإن الشريعة أساسها ومبناها على الحِكَم ومصالح العباد.[79]

وهذا يدل على مراعاة المصلحة، لأنها تكون مع كل حكم أقرّته الشريعة أو جاءت به او وجّهت إليه، ويقول العز بن عبد السلام: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من

مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك، ولو تتبعنا مقاصد ما في الكتاب والسنة لعلمنا ان الله امر بكل خير، دقه وجله، وزجر عن كل شر، دقه وجله، فإن الخير يعبر به عن جلب المصالح ودرء المفاسد"[80].

ومما يقع تحت هذه الوظيفة من وظائف الاستحسان ما يأتي:

1 .ما فعله عمر ﷺ في أراضي السواد، فهي قد فتحت بالسيف، وما فتح بالسيف من الأرض يستحق الفاتحون أربعة أخماسه غنيمة، لكن سيدنا عمر ﷺ نظر إلى اتساع أراضي الدولة، وأنها تحتاج إلى جيوش مرابطة، وعمال يتفرغون للقضاء والإدارة، فاسترضى الغانمين عن حقهم، وجعلها أراضٍ خراجية يعمل أهلها على جزء من غلتها، والباقي يرد إلى بيت المال، لتقوم الدولة الإسلامية بأعمالها وواجباتها، وهذا الذي فعله عمر ﷺ يندرج تحت الاستحسان، لأن الأصل أن تكون الغنائم من حق الغانمين، لقوله تعالى:﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [الأنفال: 41]، فيفهم أن الأخماس الأربعة الباقية للغانمين، فكان حكم عمر يندرج تحت أصل الاستحسان، لأنه خرج بالمسألة عن حكم نظائرها، ولو لم يعمل بالاستحسان في هذه المسألة لفاتت مصلحة بقاء الدولة الإسلامية، ولما تهيأ لها الاستمرار بالقيام بوظائفها التي منها إقامة الدين، والمقاصد الضرورية الخمسة، فإن عمر لو طبق الأصل العام في أراضي السواد وملكها للفاتحين لفاتت مصلحة قيام الدولة، واستمرارها، وضاعت الحقوق، وعم الفساد، لعدم القدرة على النهوض بالواجبات والوظائف التي تحفظ الدولة، فكان الخروج عن الأصل بهذا الفرع يحقق مقصود الشارع والنهوض بتطبيق الاحكام الشرعية، يقول العز بن عبد السلام: "من أمثلة ما خالف القياس في المعاوضات... إيجار عمر ﷺ أرض السواد بأجرة مؤبدة معدومة مجهولة المقدار، لما في ذلك من المصلحة العامة المؤبدة"[81]

مما سبق نرى أن الرجوع إلى الاستحسان قد حقق المصلحة، وحقق مقصود الشارع من حفظ الدين، وما ينبني عليه من حفظ للأنفس، والأعراض، والعقول، والأموال، يقول الإمام الشاطبي: "فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما عُلم من قصد الشارع في

الجملة، في أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمرا، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك.[82]

2. ومن الأمثلة التي تقع تحت هذه الوظيفة ما ذكره ابن قيم الجوزية: أن من رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظا لماليتها عليه، كان ذلك اولى من تركها تذهب ضياعا، ولو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر، ونقب حائطه، وأخرج متاعه، جاز ذلك ولم يضمن نقب الحائط[83]

وهذا تصرف في ملك الغير، والأصل انه غير جائز بغير إذن المالك، لكنه يجوز هنا خروجاً عن أصل التصرف بملك الغير إلا بإذنه، لمصلحة الغير، فلو كان حاضرا لما وسعه إلا أن يتصرف كذلك.

المطلب الرابع: وظيفة تحقق التيسير ورفع الحرج.

إن التيسير من سمات الأحكام الشرعية قال تعالى:﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[البقرة: 185]، وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78]، والله تعالى لم يكلفنا بأمر فوق طاقتنا، لذا فإن الأمر إذا ضاق أو تعسر خفف الشارع عن المكلف بالرخص الكثيرة، دفعا للحرج وتيسيرا على العبد، ومن ذلك:

1. إباحة بيع السلم: فإن الأصل أن بيع المعدوم لا يجوز، وهذا أصل في البيوع لكن الشارع رخص في السلم، وهو بيع معدوم، تيسيرا على المكلفين، فاستثنى هذا البيع من الأصل العام استحسانا، قال ابن الهمام: "ولا يخفى أن جوازه (السلم) على خلاف القياس، إذ هو بيع المعدوم، وجب المصير إليه بالنص والإجماع، للحاجة من كل من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم، وقدرة في المآل على المبيع بسهولة، فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية، فلهذه المصالح شرع[84]. وبيع السلم فيه التيسير على البائع والمشتري، فكثير من الناس ليس عنده من المال ما يقضي به حاجاته، ويشتري جميع متطلباته، ولولا بيع السلم لتضرر كثير من التجار وكسدت بضائعهم، وتضرر عامة أصحاب المهن والأعمال، لأنهم لا يجدون من المال ما يغطي حاجاتهم، ولو ضربنا مثلا بأرباب الأراضي الزراعية، فإن زراعة أراضيهم في موسم الزراعة تحتاج إلى تكلفة من بذار

وأسمدة وأجرة عمال، وغالب أرباب هذه الأراضي لا يتوفر لهم المال الذي يغطي متطلبات هذه الزراعة، فلولا السلم لعجزوا عن زراعة أراضيهم واستصلاحها، فكان في الترخيص في هذا البيع، وهو بيع معدوم تيسيرا عليهم، بأن يأخذ مبلغا من المال من التاجر، ويقول له أبيعك بهذا المبلغ ألف كيلو غرام من القمح، في موسم الحصاد في شهر تموز، ويبين له صفة القمح ونوعه وكميته مع تحديد الأجل.

كما يتحقق في هذا البيع مصلحة التاجر الذي يهمه الربح، فإذا لم يكن لسلعته رواج كسدت بضائعه، وخسر، فبمقدار ما يبيع ويشتري يكون ربحه، فالتجارة تحتاج إلى رواج وتعاقد باستمرار.

2. ومن هذا القبيل بيع الاستصناع، فإن حاجات الانسان كثيرة من الملابس، وأثاث البيوت، وأدوات المهنة، ومعظمها قد لا يكون موجودا وقت الحاجة إليها، بالمواصفات المطلوبة، وعندما يتعاقد المشتري عليها مع الصانع لا تكون موجودة، فهو بيع معدوم غير جائز حسب الأصل العام، لكنه أبيح للحاجة تيسيرا على الناس، عندما يضبط بأوصاف محددة، ترفع الخلاف والتنازع.

يقول على حيدر: "بيع الاستصناع جوِّز على خلاف القياس، لأن بيع المعدوم باطل، وقياسا كان يجب أن يكون بيع الاستصناع غير جائز، ولكن جوِّز استثناء على خلاف القياس" [85]

وفي شرحه للمادة 32 من المجلة" الحاجة تنزل منزلة الضرورة" يقول: " إن تجويز بيع السلم وبيع الاستصناع مستند على هذه القاعدة أيضا، لأن بيع السلم هو بيع معدوم، وقياسا يجب أن يكون بيعا باطلا، ولكن جوز بيع السلم، وبيع الاستصناع، للاحتياج والضرورة العمومية، لأنه لا يخفى أن أكثر الفلاحين في غالب السنين يصبحون باحتياج شديد للنقود، قبل إدراك محصولهم، فدفعا لاحتياجهم هذا قد جوِّز بيع السلم"[86]، وسند هذا الاستحسان هو الإجماع.

فالأصل في الاستصناع أنه بيع معدوم وبيع المعدوم غير جائز، لكنه أجيز استحسانا للإجماع على ذلك، ولأنه محقق للمصلحة، وبالضوابط الشرعية يتحدد المطلوب في العقد من كل طرف.

ووجود الاستصناع يترتب عليه تنشيط الحركة التجارية والصناعية والزراعية، يقول الفرفور: " أدى الاستصناع في العصور الخوالي وظيفة في الحياة العملية، فأفاد كلا من الصانع والمستصنع والصنعة

والفرد والجماعة، ثم تطورت الحياة الاجتماعية في العصور الحديثة، فانتشر الاستصناع انتشارا بين الناس واسعا، فشمل صناعات متطورة ومهمة في حياة الناس اليوم كالطائرات والسفن والقطارات والمعامل، فأدى إلى تنشيط الحركة الصناعية، وأسهم في سعادة الفرد والمجتمع".[87]

وشروط بيع الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وصفته وقدره بيانا تنتفي معه الجهالة ويرتفع النزاع[88]

3. ومما يقع تحت هذا الأصل أيضا القرض، فإنه في الأصل مبادلة مال ربوي بجنسه إلى أجل، يقول الشاطبي: "... كالقرض مثلا فإنه ربا في الأصل، لأنه الدرهم بالدرهم إلى أجل، ولكنه أبيح لما فيه من المَرفَقة، والتوسعة على المحتاجين"[89]، والقرض فيه توسعة على المكلفين، فأبيح استثناء من أصل الربا تيسيرا على الناس.

4. ومنه بيع العَرِيَّة بخرصها تمرا، فإنه بيع الرطب باليابس، لكنه أبيح لما فيه من الرفق، ورفع الحرج، بالنسبة إلى المُعري والمُعرَى"[90].

فإن بيع العرايا هو بيع الرطب بالتمر، وإذا بيع الرطب بوزنه تمرا أو بمثله من التمر كيلا، نقص إذا جف، فانتفى التماثل، وتحقق الربا، ولكنه أبيح هنا خروجا عن هذا الأصل، توسعة على الناس الذين يحتاجون إلى التمر، ولا يجدون عندهم إلا الرطب والعكس.

5. ويندرج تحت هذا الأصل وهو مراعاة حاجات الناس والتيسير عليهم؛ بيع الوفاء: وهو بيع الأرض مقابل قرض، فإذا تمكن المقترض من رد المال على صاحبه استعاد أرضه، ويكون الطرف المقرض قد استغلها عن الفترة الماضية[91].

يقول علي حيدر عند شرحه للقاعدة الحاجة تنزّل منزلة الضرورة عامة أو خاصّة: "ومن هذا القبيل تجويز بيع الوفاء، لأنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك، وصار أمرا مرعيا... ويفهم منها أن بيع الوفاء كان ممنوعا، وقد جوّز بناءً على الضرورة، لأن استعادة المقرض زيادة عن بدل القرض ربا، وممنوعٌ شرعا، وبيع الوفاء من هذا القبيل؛ غير جائز أصلا، ولكن حسبما هو مذكور في هذه القاعدة، قد اجتهدت الفقهاء بناء على احتياج أهل بخارى في ذلك الزمن تجويزة"[92]

6. ومما يقع تحت هذه الوظيفة؛ عقد الإجارة فهو بيع منفعة معدومة وقد نهى ﷺ عن بيع المعدوم وعن بيع ما ليس عنده[93]، قال أبو بكر الأصم: إنها (الإجارة) لا تجوز، والقياس ما قاله، لأن الإجارة

بيع المنفعة، والمنافع للحال معدومة، والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة المبيع إلى ما يؤخذ في المستقبل... فإذا لا سبيل إلى تجويزها باعتبار الحال، ولا باعتبار المآل... لكنّا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع[94].

وبه يتبين أن القياس متروك، لأن الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج العباد، وحاجتهم إلى الإجارة ماسّة، لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها، أو أرض مملوكة يزرعها، أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء، لعدم الثمن، ولا بالهبة، ولا بالإعارة، لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك، فيحتاج إلى الإجارة، فتجوز بخلاف القياس لحاجة الناس.

7. ويندرج تحت التيسير أيضا من الأحكام الاستحسانية جواز إقراض الخبز وزنا وعددا عند بعض فقهاء الحنفية، مع أنها من الأموال التي يجري فيها الربا، مع تفاوتها، وعدم إمكان التماثل فيها، يقول المرغيناني: "ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر، وعند محمد رحمه الله يجوز بها التعامل، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا، ولا يجوز عدّا للتفاوت في آحاده"[95]

وقد علل إبن الهمام قول محمد للتعامل بين الجيران بذلك، والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران، وقد أهدر الجيران تفاوته، وبينهم يكون اقتراضه غالبا، والقياس بترك التعامل، وقال: وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف، ورجح قول محمد فقال: وأنا أرى أن قول محمد أحسن[96]

8. ومن التطبيقات المعاصرة التي تشبه اقتراض الخبز ما ذكره الشيخ الزرقا، وهو صرف النقود إذ يقول: "ينبغي أن يعتبر ذلك في صرف النقود الفضية ونحوها بأجزائها الصغرى عندما يكون مجموع الأجزاء أقل أو أكثر من وزن القطعة المستبدل بها، ويتردد اليوم بعضهم في ذلك غلوا وتشددا، محرجا في الدين بلا موجب، مع أن هذا الصرف أشد حاجة وأولى بالجواز الشرعي من استقراض الخبز عددا بين الجيران، لان الأجزاء المستبدلة، والقطعة النقدية المستبدل بها متساويين قيمة وعرفا، ولا يصلح ذلك ذريعة للمراباة والاسترباح.[97]

9. ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق فقد أجازوا التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة، وأجازوا البيع بالصرف إذا كان أحدهما تابعا للآخر، وأجازوا

بدل الدرهم الناقص بالوازن لنزارة ما بينهما، والأصل المنع في الجميع، لما في الحديث من ان الفضة بالفضة والذهب بالذهب مثلا بمثل سواء بسواء وأن من زاد أو ازداد فقد اربى، ووجه ذلك ان التافه في حكم العدم، ولذلك لا تنصرف إليه الأغراض في الغالب، وأن المشاحة في اليسير قد تؤدى إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان عن المكلف.[98]

وهذه الأمثلة التي ذكرها الشاطبي يجري فيها الربا إلا أن تكون مثلا بمثل، يدا بيد، لكنه لم ينظر إلى هذا التفاوت فيها لتفاهته وقلته، فلم يعتبر هذا من الربا، وجاز التعامل بها، تيسيرا على المكلف وتخفيفا عنه، كما أننا نرى ما يتحقق من الرحمة بالمكلف والتيسير عليه في كل ما ذكرنا من فروع تحت هذه الوظيفة.

المطلب الخامس: وظيفة مراعاة العرف وتقدير المطلوب شرعا:

قد يتعارف الناس في المجتمعات الإسلامية على أمر من قول أو فعل، ويطرد ذلك بينهم، وقد يتعارف أهل محلة، أو أرباب مهنة معينة على شيء، فيكون هذا العرف معتبرا شرعا، إذا لم يكن مخالفا لنص شرعي، كما قد يأمر الشارع بأمر ويترك تقديره لأعراف الناس وأحوالهم، فيعمل بهذا العرف ويدخل هذا سندا للاستحسان، ومن الأمثلة التي تندرج تحت هذه الوظيفة ما يأتي:

1 –وقف المنقول: الأصل في الوقف أن يشترط فيه التأبيد، ولا يتحقق ذلك إلا في العقار، ولكن العرف قد جرى بوقف المنقولات كالسيوف والدروع والكتب وغيرها، ولا شك أن هذا يخالف شرط الأصل، يقول المرغيناني: " وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله، وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا، وهذا استحسان ، والقياس ان لا يجوز "[99]، فيؤخذ مما سبق ان المنقول اذا تعارف الناس وقفه جاز ذلك استحسانا.

والمقصود من الاستحسان بالعرف هو العادات، والأعراف الجارية بين الناس، في الجزئيات التي يكون الأخذ بالعرف او العادة فيها، مخالفا للأقيسة والقواعد المقررة، ومستثنى منها[100]، والأخذ بالعرف بشروطه الشرعية يحقق التيسير على المكلف، ويرفع عنه الحرج.

2 – ومما يقع تحت هذه الوظيفة جواز استئجار جمل ليحمل عليه محملا وراكبين الى احد البلدان فيكون المتاع تابعا لا يحتاج اجرة مستقلة لأن العرف قد جرى بذلك، يقول المرغيناني: " ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز، وله

المحمل المعتاد، وفي القياس لا يجوز، وهو قول الشافعي، للجهالة، وقد يفضي ذلك الى المنازعة، وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم، والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف، فلا يفضي ذلك الى المنازعة[101].

فقد اجيزت هذه الاجارة للعرف، ولأن العرف فيه التيسير وفيه الحكم في المنازعات عند الاحناف، فإذا تنازعوا في جواز ان يحمل هذا المتاع وهذا المقدار ام لا رد ذلك الى المتعارف عليه.

وهذا الامر نحتاجه في العصر الحاضر اذ يدخل فيه حمولات الحافلات، والمراكب الحديثة، والطائرات، حيث ان المقصود في استئجار هذه الوسائل هو الراكب، والامتعة التي معه هي التابع[102]، فيجوز ذلك استحسانا لانه قد جرى به العرف.

3-ومما يقع تحت هذه الوظيفة: تقدير المطلوب شرعا: فقد يذكر الشارع حقا او حكما يطلب من المكلف من غير ذكر المقدار فيوكل تقديره الى الضوابط الشرعية العامة، ومن هذه الضوابط والمقادير التي يذهب اليها المجتهد الأعراف، ومن ذلك ما ذهب اليه الشافعي من تقدير المتعة بثلاثين درهما، وتقدير الشفعة الى ثلاثة أيام، فقال: " استحسن في المتعة ان تكون ثلاثين درهما، واستحسن في الشفعة للشفيع الى ثلاثة أيام، وقال في السارق اذا اخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت القياس ان تقطع يمناه، والاستحسان أن لا تقطع[103].

فالأصل ان تقطع يد السارق اليمنى، ولكنه لما قدم اليسرى فقطعت أجزأ ذلك في الحد، ولئلا يجتمع عليه قطع يديه فيتضرر ضررا أكبر من قطع اليمنى، فكان هذا حكما استحسانيا، لأنه خالف حكم الأصل، وان لم يسمه الشافعي باسمه الاصطلاحي، إلا أنه لا يخرج عن الأحكام الاستحسانية.

كذلك تقدير الشفعة والمتعة لم يأت بنص مباشر، ويحتاج المكلف الى تنفيذ الحكم، فقدرت حسب الأحوال والظروف والازمان وفق الضوابط الشرعية من مبادئ عامة ومقاصد شرعية.

قال ابو بكر: " لفظ الاستحسان يكتنفه معنيان، احدهما استعمال الاجتهاد وغلبة الرأي في اثبات المقادير الموكولة الى اجتهادنا وآرائنا، نحو تقدير متعة المطلقات، قال الله تعالى:﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 236].

فأوجبها على مقدار يسار الرجل واعساره، ومقدارها غير معلوم إلا من جهة أغلب الرأي واكبر الظن، ونظيرها ايضا نفقات الزوجات، قال الله تعالى:﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾[البقرة: 233]، ولا سبيل الى اثبات المعروف من ذلك إلا من طريق الاجتهاد[104]

وقد ذكر الجصاص امثلة كثيرة لهاذا التقدير وقال ويسمي اصحابنا هذا الضرب من الاجتهاد استحسانا[105]

ولا نجد في النصوص تحديد مقدار نفقة الزوجة، فهي موكولة إلى الاجتهاد والأعراف وكذلك الشفعة فبعض أحكامها تعود إلى الاجتهاد والأعراف واختلاف الأحوال.

المطلب السادس: وظيفة قطع الطريق على المتحايل.

قد يقصد البعض التحايل على بعض الأحكام الشرعية فيقوم بعمل ظاهره الجواز ويقصد بذلك إبطال حكم شرعي آخر، فإذا أخذنا بالاستحسان قطعنا الطريق عليه وعلى أمثاله، يقول الشاطبي في بيان الحيل: "ومنها قاعدة الحيل فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة فإن أصل الهبة على الجواز ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية"[106]، فإذا كان الأصل بالتصرف الجواز، وهو يؤدي في بعض الأحوال إلى فوات حكم شرعي أو جلب مفسدة، منع هذا التصرف استحسانا، لئلا تفوت الأحكام الشرعية وتضيع المصالح، فالهدية في الأصل على الجواز لكن تحايل صاحبها على ترك حكم شرعي مُنعت وعُدِل بها عن حكم الأصل.

المطلب السابع: وظيفة الأخذ بالاحتياط.

والأخذ بالاحتياط مطلوب شرعا، لأنه أخذ بالأقوى وخروج من الخلاف، نقل أصحاب الإمام أحمد عنه أنه قال: " أستحسن أن يتيمم لكل صلاة، ولكن القياس أنه بمنزلة الماء حتى يُحدث أو يجد الماء[107]، وقال في رواية بكر بن محمد في من غصب أرضا فزرعها: الزرع لرب الأرض، وللغاصب قيمة ما أنفق، وهذا شيء لا يوافق القياس ولكن أستحسن أن يدفع إليه النفقة[108]. فالقياس أن لا شي عليه، لأن الغصب ليس مشروعا أصلا.

قال الجصّاص: ومن نظائر ذلك مسألة يشنع بها المخالفون على أصحابنا حين قالوا في قوم نقبوا بيتا ودخلوه وسرقوا متاعا ولي بعضهم إخراجه دون الباقين: إن القياس أن يقطع الذي ولي إخراجه دون من سواه، ولكنا نستحسن فنقطعهم جميعا، فيشنع عليهم حين استحسنوا إيجاب القطع، وتركوا القياس فيه، ومن شأن الحدود أن تدرأ بالشبهات، وذهب عليهم أنه لا شبهة في الحد مع قيام الدلالة على إيجابه[109].

وأما وجه استحسانهم في هذه المسألة: إنما هو قياسا على أصل آخر، وهذا هو الفرع الذي يتجاذبه أصلان، وأحدهما أولى من الآخر، فأما الأصل الذي سماه قياسا فهو أنه لا خلاف لو أن قوما لو اجتمعوا فأكرهوا امرأة حتى زنا بها رجل منهم، أن الحد على الذي ولي الزنا منهم، دون من أعان عليه، فكان القياس على ذلك أن يكون القطع على من ولي إخراج المتاع، دون من ظاهر فيه، وأعان عليه، فهذا هو القياس الذي ذكر أنه تركه، ثم وجدوا أصلا آخر يقضي إلحاق السارق به دون غيره، وهم قطاع الطرق الذين يتعاونون على قطع الطريق، وقتل النفوس، وأخذ المال على جهة الامتناع، والتظاهر، ثم لم يختلف حكم من ولي القتل وأخذ المال، وحكم من ظاهر، وأعان عليه، واشتركوا جميعا في استحقاق الأحكام المذكورة في قوله تعالى:﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ﴾[المائدة: 33]، لأجل اشتراكهم في السبب الذي فيه توصلوا الى أخذ المال، وقتل النفوس، وهو الخروج على جهة الامتناع و المحاربة، كذلك السارق لما اشترك الجميع في السبب الذي به تعلق وجوب القطع وهو انتهاك الحرز واخذ المال على وجه الاستسرار، وجب ان لا يختلف حكم من ولي اخراج المتاع وحكم من ظاهر فيه، وأعان عليه فكان إلحاقه بهذا الأصل الذي فيه اخذ المال على جهة الاشتراك في السبب والتظاهر عليه اولا منه بالزاني[110]، والأخذ بهذا الحكم الإستحساني هو الأولى، والذي يتفق مع مقاصد الشارع في محاربة السرقة، وحفظ الأصل الضروري وهو المال، ولا تتحقق هذه المقاصد بقطع السارق وحده لان ذلك يفضي إلى أن يتحايل أصحاب النفوس الضعيفة بالمشاركة بالسرقة، وتأييد السارق، وتمهيد الطريق له، فكان هذا الحكم الإستحساني قاطعا الطريق على أصحاب الحيل.

الخاتمة:

بعد هذا الجهد في الوقوف مع الاستحسان ووظائفه يتبين لنا ما يأتي:

1. اختلفت تعريفات الأصوليين للاستحسان وضوابطه وأنواعه، وقد تبين من خلال هذه الدراسة أن الراجح في تعريفه هو: عدول المجتهد عن الحكم في المسألة بمثل ما حُكِم به على نظائرها لدليل شرعي.

2. هناك وظائف كثيرة للاستحسان يحققها المجتهد باستعماله لهذا الأصل.

3. الاستحسان له وظائف كثيرة منها: مراعاة الضروريات، وتحقيق العدل، والتيسير على المكلف ورفع الحرج عنه، وتحقيق المصالح ودرء المفاسد، ومراعاة العرف، وتقدير المطلوب شرعا، وقطع الطريق على المتحايل، والأخذ بالاحتياط.

التوصيات:

1- أوصي طلبة العلم الشرعي بالتوجه للكتابة في الاصول التبعية لهذه الشريعة، وربطها بالواقع.

2- أوصي كليات الشريعة، بعقد المؤتمرات، واستكتاب الباحثين في الاستحسان وغيره من الأصول التبعية، وربط ذلك بالواقع المعاصر، والاجابة عن المسائل المستجدة التي تحتاج إلى اجتهاد.

الهوامش:

1- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم(توفي 711هـ 1311م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، ج9، ص 358، الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر(كان حيا 666هـ)، **مختار الصحاح**، بيروت، دار الكتب العلمية ص728، ابراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط**، دار إحياء التراث العربي، ج2، ص 1042.

2- ابن منظور، **لسان العرب**، ج 13، ص 114-119

3- الرازي، **مختار الصحاح**، ص136.

4- إبراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط**، 1ج، ص174.

5- ابن العربي محمد بن عبدالله (توفي543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج2، ص 792

6- البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (توفي730هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، بيروت، المكتبة العصرية، (ط1) 2012م-1433هـ ج4، ص6.

7- البخاري، **كشف الأسرار**، ج4، ص6.

8- البصري ابو الحسين محمد بن علي (توفي436هـ-1044م)، **المعتمد**، تحقيق: خليل الميس، بيروت، دار الكتب العلمية ط1، 1403هـ ج2، ص 296.

9- البخاري، **كشف الأسرار**، ج4، ص6.

10- ابو الحسين البصري، **المعتمد**، ج2، ص296.

11- المرجع السابق ج2، ص296.

12- انظر نمر محمد النمر، **جريان الاستحسان**، ص88

13- السابق ص 88

14- السابق ص 88

15- الشاطبي إبراهيم بن موسى (توفي790هـ- 1388م) **الموافقات**، بيروت، دار المعرفة، ج4، ص205.

16- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد (توفي 620هـ- 1223م)، **روضة الناظر وجنة المناظر**، بيروت، دار الكتب العلمية (ط1) 1401هـ-1981م، ص85، البغدادي عبد المؤمن بن كمال الدين (توفي739هـ)، **قواعد الأصول ومعاقد الفصول**، بيروت، عالم الكتب (ط1) 1406هـ 1986م، ص31.

17- ابن قدامة، **روضة الناظر**، ص85.

18- البصري، ابو الحسين، **المعتمد**، ج2، ص296.

19- الآمدي علي بن أبي علي بن محمد(توفي 631هـ- 1233م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1400هـ- 1980م، ج4، ص213.

20- الزركشي-بدر الدين محمد بن بهادر (توفي794هـ- 1392م)، **البحر المحيط**، الكويت، ط1، (1410هـ/ 1990م) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج5، ص89.

21- الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب، **الاستحسان حقيقته وأنواعه حجيته وتطبيقاته المعاصرة**، مكتبة الرشد، ط1، 1428هـ-2007م، ص41.

22- الشاطبي، **الموافقات**، ج2، ص5.

23- الدريني فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، بيروت، مؤسسة الرسالة، (ط4)، 1408، ص180.

24- الشاطبي، **الموافقات**، ج2، ص6.

25- الشاطبي، **الموافقات**، ج2، ص8.

26- السرخسي، محمد بن أحمد (توفي 483هـ-1090م)، **أصول السرخسي**، حقق أصوله أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1973م- 1393هـ ج2، ص202، إسماعيل شعبان محمد، **الاستحسان بين النظرية والتطبيق**، الدوحة، دار الثقافة، (ط1) 1408هـ-1980، ص75.

27- **أصول السرخسي**، ج2، ص203.

28- **أصول السرخسي**، ج2، ص203.

29- الزرقا مصطفى أحمد الزرقا، **الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها دراسة مقارنه في المذاهب الفقهية الثمانية**، دمشق، دار القلم، (ط1) 1988م، ص26.

30- **أصول السرخسي**، ج2، ص203.

31- الزرقا، **المدخل**، ج1، ص81.

32- السيد الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**، الرياض، مكتبة الحرمين، (ط1)، 1983م-1403هـ، ج2، ص43.

33- **أصول السرخسي**، ج2، ص200، إبراهيم إبراهيم عبد الرحمن، **علم أصول الفقه الإسلامي**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999م، ص109.

34- الزرقا، **المدخل**، ج1، ص77، خلاف عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، دار القلم، (ط12) 1398هـ- 1978م، ص80.

35- هذا الفرع وهو أنواع الاستحسان من بحث: نمر محمد النمر، جريان الاستحسان في أحكام الميراث، **مجلة المنارة**

للبحوث والدراسات، المجلد السادس عشر، العدد 2، جمادى الأولى 1431هـ/ نيسان 2010

36- أسامة حسن ربابعة، الاستحسان بالضرورة وتطبيقاته في المسألة المعاصرة الفحص الطبي قبل الزواج، **مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات**، عدد 5 يوليو 2013م، صفحة 399.

37- الغزالي محمد بن محمد، **المستصفى من علم الأصول**، الطبعة الأولى، بولاق مصر، 1322هـ، ج1، ص 287.

38- ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين، ج3، ص3.

39- ابن القيم، أعلام الموقعين، ج2، ص279

40- عبد الرحمن زيد الكيلاني، الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة، **مجلة مؤته للبحوث والدراسات**، المجلد السادس عشر، العدد الأول لعام 2001، ص53.

41 الكيلاني، الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة، ص 154.

42- الكيلاني، الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة، ص 154.

43- ابن قيم الجوزية محمد بن ابي بكر (توفي751هـ- 1350م)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الجيل بيروت، 1973م، ج3، ص3

44- الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب، **الاستحسان حقيقته وأنواعه حجيته وتطبيقاته المعاصرة**، مكتبة الرشد، ط1، 1428هـ-2007م، ص100.

45- الدبوسي أبو زيد بن عبد الله بن عمر (توفي430هـ- 1039م)، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية ط1، 1421هـ/ 2001م، ص406.

46- السرخسي، **أصول السرخسي**، ج2، ص203.

47- السرخسي، **أصول السرخسي** ج2، ص203.

48- الزيلعي عثمان بن علي (توفي‌هـ- 1343م)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، القاهرة، دار الكتب الاسلامي، 1313هـ، ج6، ص17.

49- الزيلعي، **تبيين الحقائق** ج6، ص 17.

50- السلمي عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (توفي660هـ1262م)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، بيروت، دار الجيل، ط2، 1400هـ- 1980م، ج1، ص115.

51- د. جميلة الرفاعي ود. أمل مرجي، حكم التصرف في جثة الميت في ضوء الاستحسان والذرائع، المجلة **الأردنية في الدراسات الإسلامية**، مجلد 12- عدد 1 ص 43 جمادى الأولى 1437 / اذار 2016 م.

52- د. جميلة الرفاعي ود. أمل مرجي، حكم التصرف في جثة الميت في ضوء الاستحسان والذرائع ص 47.

53- السرخسي، محمد بن أحمد (توفي483هـ- 1090م)، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة، ج6، ص154، ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم (توفي970هـ- 1563م)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج4، ص46، المرغيناني علي بن أبي بكر (توفي593هـ-1197م)، **الهداية شرح بداية المبتدي** مطبوعة بهامش شرح فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، ج4، ص145.

54- ابن قدامة عبد الله بن أحمد (620هـ- 1223م)، **المغني ويليه الشرح الكبير**، بيروت، دار الكتاب العربي، 1392هـ-1972م، ج7، ص218، البهوتي منصور بن يونس (توفي1051هـ-1641م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1982م-1402هـ، ج4، ص482.

55- ابن رشد محمد بن أحمد(توفي 595هـ- 1198م)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار المعرفة، ط5، 1401هـ-1981م، ج2/ 83.، الكشناوي ابو بكر بن حسن، **أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك**، توزيع المكتبة العصرية- بيروت وعيسى البابي الحلبي وشركاؤه، ج2، ص153.

56- السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص154.

57- السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص154.

58- ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج4، ص46.

59- السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص154، وانظر: الكماخي عثمان بن سعيد (1171هـ)، **المهيأ في كشف أسرار الموطأ**، تحقيق: أحمد علي، القاهرة، مصر، دار الحديث، 1425-2005م، ج3، ص99.

60- السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص154، وانظر: المارديني علي بن عثمان (750هـ- 1348م)، **الجوهر النقي على سنن البيهقي**، دار الفكر، ج7، ص363.

61- السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص154، وانظر: الكماخي، **المهيأ في كشف أسرار الموطأ**، ج3، ص98.

62- ابو داوود سليمان بن الأشعث، **سنن ابي داوود**، بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، الناشر: وزارة الأوقاف المصرية، كتاب السنة، باب في لزوم السنة، ج4، ص239، حديث رقم: 4609. الترمذي، محمد بن عيسى، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، دار احياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: أحمد محمد شاكر واخرون، باب العلم، كتاب الأخذ بالسنة واجتناب البدع ج5، ص44، حديث رقم: 2676، قال ابو عيسى هذا حديث صحيح.

63- السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص154، وانظر: الكماخي، **المهيأ في كشف أسرار الموطأ**، ج3، ص99.

64- السرخسي، **المبسوط**، ج6، ص154.

65- ابن الهمام محمد بن عبد الواحد (توفي861هـ- 1457م)، **شرح فتح القدير**، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط2، ج6، ص77.

66- ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم (توفي 182هـ-798م)، **موسوعة الخراج وفيها كتاب الخراج لابي يوسف والخراج ليحيى بن ادم القرشي وكتاب الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي**، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1399هـ-1979م، ص182، وانظر ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج6، ص78.

67- ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج6، ص78.

68- ابن قدامه، **المغني**، ج7، ص227.

69- ابن قدامه، **المغني**، ج7، ص227.

70- السرخسي، **المبسوط**، ج29، ص147، ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج8، ص561، الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج6، ص231، ابن رشد، **بداية المجتهد** ج2، ص243، الكشناوي، **أسهل المدارك** ج3، ص298، الماوردي علي بن محمد (توفي450هـ-

1058م)، **الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، تحقيق وتعليق: الشيخ محمد علي معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ- 1994م، ج8، ص99.

النووي محي الدين بن شرف (توفي676هـ-1277م)، **المجموع شرح المهذب**، التكملة الثانية لمحمد بخيت المطيعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج16، ص70، الرملي محمد بن أبي العباس (توفي1004هـ-1596م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، 1404هـ- 1984م، ج6، ص20، ابن قدامة، **المغني**، ج6، ص171، البهوتي، **كشاف القناع** ج4، ص416، المرداوي علي بن سليمان (توفي585هـ- 1480م)، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار احياء التراث العربي، ج7، ص308، ابن مفلح ابراهيم بن محمد (توفي 884هـ- 1479م)، **المبدع في شرح المقنع**، بيروت، المكتب الاسلامي، 1400هـ ج6، ص128.

71- المرداوي، **الإنصاف**، ج7، ص308، وانظر ذلك في **الحاوي** للماوردي ج8، ص99، ابن نجيم، **البحر الرائق** ج8، ص 561.

72- الماوردي، **الحاوي**، ج8، ص99، وانظر هذه الأدلة عند ابن رشد، **بداية المجتهد** ج2، ص343 و الماوردي، **الحاوي**، ج8، ص99 و ابن نجيم، **البحر الرائق** ج8، ص561.

73- المسألة المشركة هي التشريك بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء في حالة وجود زوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأبوين، فلا يبقى للإخوة الأشقاء شيء من التعصيب فيشتركون بالثلث مع الإخوة لأم.

74- ابن رشد، **بداية المجتهد** ج2، ص346، الباجي سليمان بن خلف (توفي 474هـ- 1081م)، **المنتقى شرح الموطأ**، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ط1، 1332هـ، ج6، ص230، الدسوقي محمد بن عرفه (توفي1230هـ-1815م)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، ج4، ص462.

75- الماوردي، **الحاوي**، ج8، ص155، ابراهيم عبد الله بن حجازي (توفي 1227هـ- 1812م)، **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ-1997م، ج3، ص442، المطيعي، **تكملة المجموع** ج16، ص990.

76- الماوردي، **الحاوي** ج8، ص157.

77- الجصاص أحمد بن علي (توفي370هـ- 980م)، **أحكام القرآن**، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى 1335هـ ج2، ص92.

78- الدريني فتحي، **المناهج الأصولية في الأجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي**، الشركة المتحدة للتوزيع، ط2، 1405هـ-1985م، ص6.

79- ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج3، ص1.

80- العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام** ج2، ص 189.

81- العز بن عبد السلام، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ج2، ص 184.

82- الشاطبي، **الموافقات**، ج4، ص 206.

83- ابن قيم الجوزية، **إعلام الموقعين**، ج2، ص412.

84- ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7، ص71.

85- علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**، تحقيق وتعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ص 3.

86- علي حيدر (توفي1338هـ- 1920م)، **شرح مجلة الأحكام العدليه**، ج1، ص28، وانظر: علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار**، ج4، ص9.

87 محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** ج2/ 14151، الكاساني ابو بكر بن مسعود (توفي587هـ-1191م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1402هـ- 1982م، ج5، ص3.

88 سيد سابق، **فقه السنة**، بيروت، دار الكتاب العربي، ط1، 1391هـ_1971 م، ج3، ص90.

89 الشاطبي، **الموافقات** ج4، ص207.

90- الشاطبي، **الموافقات** ج4، ص207.

91 -انظر: الشيخ نظام، **الفتاوى الهندية**، دار الفكر، 1411هـ- 1991م، ج3، ص209.

92- علي حيدر، **شرح المجلة الأحكام العدلية**، ج1، ص38.

93- الترمذي، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، باب البيوع، كتاب كراهية بيع ما ليس عندك، 3/ 536، حديث رقم: 1235. قال الألباني صحيح، الاحاديث في الكتاب مذيلة بحكم الألباني عليها.

94- الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ص174.

95- المرغيناني، **الهداية مع فتح القدير**، ج7، ص37.

96- إبن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7، ص37، وانظر **حاشية ابن عابدين** ج5، ص85.

97- الزرقا مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي الزرقا**، دار الفكر، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط9، 1967- 1968م، ج1، ص84، **وانظر**: الاستحسان في دخول الحمام من غير تقدير أجرة ولا مدة اللبث، الشاطبي ابراهيم بن موسى، **الإعتصام**، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1982م-1402هـ ج2، ص137.

98- الشاطبي، **الاعتصام**، ج2، ص142.

99- المرغيناني، **الهداية مطبوع معها شرح فتح القدير** ج6، ص 216، وانظر: ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج6، ص 216-217.

100- يعقوب، **الاستحسان حقيقته وانواعه**، ص 107.

101- المرغيناني، **الهداية مطبوعة مع شرح فتح القدير**، ج9، ص150، 151.

102- يعقوب، **الاستحسان**، ص 111.

103- الآمدي، **الاحكام** ج4، ص210.

104- الجصاص أحمد بن علي، **الفصول في الاصول**، دراسة وتحقيق: عجيل النشمي، ط2، 1414هـ-1994م، الكويت، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، ج4، ص 232، 233.

105- المرجع السابق، ص 232 وما بعدها.

106- الشاطبي، **الموافقات**، ج4، ص201.

107- ابن قدامة، **المغني**، ج1، ص266.

108- ابن قدامة، **المغني** ج5، ص 394 وانظر: الجصاص، **الفصول في الأصول** ج4، ص238، ص239.

109- الجصاص، **الفصول في الأصول** ج4، ص238.

110- الجصاص، **الفصول في الأصول** ج4، ص239.

المراجع:

1. ابراهيم أنيس وآخرون، **المعجم الوسيط**، دار إحياء التراث العربي.
2. إبراهيم عبد الرحمن، **علم أصول الفقه الإسلامي**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999م.
3. ابراهيم عبد الله بن حجازي (توفي 1227هـ- 1812م)، **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ-1997م
4. ابن رشد محمد بن أحمد(توفي 595هـ- 1198م)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار المعرفة، ط5.
5. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم(توفي 711هـ1311م)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر.
6. ابن العربي محمد بن عبدالله (توفي543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر.
7. ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد (توفي 620هـ- 1223م)، **روضة الناظر وجنة المناظر**، بيروت، دار الكتب العلمية (ط1) 1401هـ-1981م.
8. ابن قدامة عبد الله بن أحمد (620هـ- 1223م)، **المغني ويليه الشرح الكبير**، بيروت، دار الكتاب العربي، 1392هـ- 1972م.
9. ابن قيم الجوزية محمد بن ابي بكر(توفي751هـ- 1350م)، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الجيل بيروت، 1973م.
10. ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم (توفي970هـ- 1563م)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر.
11. ابن الهمام محمد بن عبد الواحد (توفي861هـ-1457م)، **شرح فتح القدير**، دار الفكر، بيروت، ط2.
12. ابن مفلح ابراهيم بن محمد (توفي 884هـ- 1479م)، **المبدع في شرح المقنع**، بيروت، المكتب الاسلامي، 1400هـ..
13. ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم (توفي 182هـ- 798م)، **موسوعة الخراج وفيها كتاب الخراج لابي يوسف والخراج ليحيى بن ادم القرشي وكتاب الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي**، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1399هـ- 1979م.
14. أسامة حسن ربابعة، الاستحسان بالضرورة وتطبيقاته في المسألة المعاصرة الفحص الطبي قبل الزواج، **مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات**، عدد 5 يوليو 2013م.
15. إسماعيل شعبان محمد، **الاستحسان بين النظرية والتطبيق**، الدوحة، دار الثقافة، (ط1) 1980.

16. الآمدي علي بن أبي علي بن محمد(توفي 631هـ-1233م)، **الإحكام في أصول الأحكام**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1400هـ- 1980م.

17. البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (توفي730هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، بيروت، المكتبة العصرية، (ط1) 2012م-1433هـ.

18. البصري ابو الحسين محمد بن علي (توفي436هـ- 1044م)، **المعتمد**، تحقيق: خليل الميس، بيروت، دار الكتب العلمية ط1، 1403هـ.

19. البغدادي عبد المؤمن بن كمال الدين (توفي739هـ)، **قواعد الأصول ومعاقد الفصول**، بيروت، عالم الكتب (ط1) 1406هـ 1986م.

20. الباجي سليمان بن خلف (توفي 474هـ-1081م)، **المنتقى شرح الموطأ**، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ط1، 1332هـ.

21. الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب، **الاستحسان حقيقته وأنواعه حجيته وتطبيقاته المعاصرة**، مكتبة الرشد، ط1، 1428هـ-2007م.

22. البهوتي منصور بن يونس (توفي1051هـ- 1641م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1982م- 1402هـ.

23. الجصاص أحمد بن علي (توفي370هـ- 980م)، **أحكام القرآن**، بيروت، دار الكتاب العربي، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى 1335هـ.

24. الجصاص أحمد بن علي، **الفصول في الاصول**، دراسة وتحقيق: عجيل النشمي، ط2، 1414هـ- 1994م، الكويت، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية.

25. جميلة الرفاعي ود. أمل مرجي، حكم التصرف في جثة الميت في ضوء الاستحسان والذرائع، المجلة **الأردنية في الدراسات الإسلامية**، مجلد 12- عدد 1 ص 43 جمادى الأولى 1437 / اذار 2016 م.

26. الدبوسي أبو زيد بن عبد الله بن عمر (توفي430هـ- 1039م)، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، تحقيق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية ط1، 1421هـ/ 2001 م.

27. الدريني فتحي، **المناهج الأصولية في الأجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي**، الشركة المتحدة للتوزيع، ط2، 1405هـ- 1985م.

28. الدريني فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، بيروت، مؤسسة الرسالة، (ط4)، 1408.

29. الدسوقي محمد بن عرفه (توفي1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت.

30. الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (كان حيا666هـ)، **مختار الصحاح**، بيروت، دار الكتب العلمية.

31. الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر (توفي794هـ- 1392م)، **البحر المحيط**، الكويت، ط1، (1410هـ/ 1990م) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

32.الرملي محمد بن أبي العباس (توفي1004هـ- 1596م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، 1404هـ- 1984م.

33.الزرقا مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي الزرقا**، دار الفكر، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط1967.

34.الزرقا مصطفى أحمد الزرقا، **الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية وأصول فقهها دراسة مقارنه في المذاهب الفقهية الثمانية**، دمشق، دار القلم، (ط1) 1988م.

35.الزيلعي عثمان بن علي (توفي743هـ- 1343م)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، القاهرة، دار الكتب الاسلامي، 1313هـ.

36.السرخسي، محمد بن أحمد (توفي 483هـ- 1090م)، **أصول السرخسي**، حقق أصوله أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1973م- 1393هـ.

37.السرخسي، محمد بن أحمد (توفي483هـ-1090م)، **المبسوط**، بيروت، دار المعرفة.

38.السلمي عزالدين عبد العزيز بن عبد السلام (توفي660هـ 1262م)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، بيروت، دار الجيل، ط2، 1400هـ- 1980م.

39.سيد سابق، **فقه السنة**، بيروت، دار الكتاب العربي، ط1، 1391ه_1971 م

40.السيد الطيب خضري، **الاجتهاد فيما لا نص فيه**، الرياض، مكتبة الحرمين، (ط1)، 1983م- 1403هج2، ص43.

41.الشاطبي ابراهيم بن موسى(توفي790هـ- 1388م)، **الإعتصام**، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1982م- 1402هـ..

42.الشاطبي إبراهيم بن موسى (توفي790هـ- 1388م) **الموافقات**، بيروت، دار المعرفة.

43.عبد الرحمن زيد الكيلاني، الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة، **مجلة مؤته للبحوث والدراسات**، المجلد السادس عشر، العدد الأول لعام 2001.

44.علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**، تحقيق وتعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت، دار الكتب العلمية.

45.الغزالي محمد بن محمد، **المستصفى من علم الأصول**، الطبعة الأولى، بولاق مصر، 1322ه

46.الكاساني ابو بكر بن مسعود (توفي587هـ-1191م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت، دار الكتب العلمية، ط2، 1402هـ- 1982م.

47.الكماخي عثمان بن سعيد (1171ه)، **المهيأ في كشف أسرار الموطأ**، تحقيق: أحمد علي، القاهرة، مصر، دار الحديث، 1425- 2005م.

48.الكشناوي ابو بكر بن حسن، **أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك**، توزيع المكتبة العصرية- بيروت وعيسى البابي الحلبي وشركاؤه.

49.المارديني علي بن عثمان (750هـ- 1348م)، **الجوهر النقي على سنن البيهقي**، دار الفكر.

50.الماوردي علي بن محمد (توفي450هـ-1058م)، **الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**،

تحقيق وتعليق: الشيخ محمد علي معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ- 1994م.

51. المرغيناني علي بن أبي بكر (توفي593هـ-1197م)، **الهداية شرح بداية المبتدي** مطبوعة بهامش شرح فتح القدير لابن الهمام، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2.

52. المرداوي علي بن سليمان (توفي585هـ- 1480م)، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار احياء التراث العربي.

53. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**.

54. نمر محمد النمر، جريان الاستحسان في أحكام الميراث، **مجلة المنارة للبحوث والدراسات**، المجلد السادس عشر، العدد 2، جمادى الأولى 1431هـ/ نيسان 2010.

55. النووي محي الدين بن شرف (توفي676هـ-1277م)، **المجموع شرح المهذب**، التكملة الثانية لمحمد بخيت المطيعي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

البناء المنهجي للعقائد الإسلامية عند المتكلمين .. تقسيمها ومراتبها

د. محمود سعيد عطية*

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث:23/ 11/ 2020م

الملخص

يهدف البحث إلى الكشف عن العلاقة بين أركان الإيمان ومراتبها ومدى تطور تقسيماتها لدى المتكلمين واختلافهم حول مراتبها من مرحلة إلى أخرى، فضلا عن محاولة تأصيلها والكشف عن منهجية تدرجها في البناء العقديّ من خلال أصوله التي تعبر عن السياق الحضاري الذي بُنيتْ فيه، فعلى الرغم من ثبات الأساس العقدي ووحدته فقد اختلف المتكلمون حول منهجه ومراتبه حيث ثمة تقسيماتٌ مختلفة للعقائد، فهل التزم المتكلمون بترتيب أركان الإيمان على النحو الذي ورد في حديث جبريل المشهور؟ وما الأساس الذي اعتُمدَ في ترتيبها؟ وبناء عليه سعى البحث إلى محاولة معرفة على طريقة المتكلمين في بناء موضوعات العقائد وتقسيمها من خلال المنهج الاستقرائي والوصفي والتحليلي للبناء الكلامي للموضوعات العقديّة؛ وذلك حتى تتضح معالم العقائد الرئيسة لطلابها ودارسيها. وبناء عليه قسمتُ البحث إلى: مقدمة وستة مباحث وخاتمة، تناولتُ في الأول منها البناء الموضوعي للعقائد وتدرجاته المتنوعة بدءًا من الأصول الستة لأركان الإيمان إلى أصل واحد يجمعها أو أصلين. والثاني عن البناء المنهجي لأركان الإيمان من الأصلين إلى الثلاثة، والثالث عن تطور البناء المنهجي لأركان الإيمان من الثلاثة إلى الأربعة. والرابع تدرج البناء المنهجي لأركان الإيمان من الأربعة إلى الأصول الخمسة، والخامس عن الأصول عند الشيعة، ثم خاتمة البحث وتوصياته التي كشفت عن كثرة تقسيمات المتكلمين لأركان الإيمان ومراتبه التي عبرت عن السياق الحضاري الذي بُنِيَت فيه العقائد على الرغم وحدة أركان الإيمان وثبات جوهرها، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة الاستفادة من منهج المتكلمين في أبعاد متنوعة، منها: الأصولية والموضوعية والحضارية والأكاديمية لا الهدم الكلي للبناء الكلامي وتغيير موضوعه.

الكلمات المفتاحية: العقائد، الأصول، علم الكلام، موضوعات، التجديد.

* أستاذ مساعد، بكلية دار العلوم، جامعة القاهرة

The systematic building of Islamic creeds and their division and ranks

Dr. Mahmoud Said Attia

Abstract

This work aimed to reveal the relationship between the belief pillars and the e their division and rank stent of their evolution from one stage to another; moreover, their rooting and revealing the methodology of gradual belief system through its origins that express the civilizational context in which it was built in spite of the stability of the doctrinal basis; however, there are different divisions of beliefs: Did the religious scholars adhere to the belief in arranging those origins as mentioned in the famous hadith of Gabriel? What is the basis for the arrangement of topics of beliefs? On the basis of these questions, the research try to find out the way the scholars build the topics of beliefs through an predictive, descriptive, and analytical methods for building beliefs through the naming and curricula till the main principles are clear for the students and researchers. This is one of the goals of codifying and presenting beliefs. Accordingly, I divided the research into: an introduction, six topics, and a conclusion, In the first of them I dealt with the objective construction of the beliefs and their various gradations starting from the six origins to the one or two original and the second from the systematic construction of the tenets from the two to the three, and the third on the development of the systematic construction of the three to the four and the fourth graded the systematic construction from the four to the five and the fifth assets Among the Shiites, and the sixth I observed some attempts to innovate in theology, which indicate that there has been a major development that has happened to the issues of the theology and its topics, and then The conclusion of the research and its recommendations, which revealed the large divisions of the speakers of the pillars of faith and its ranks that expressed the civilized context in which the beliefs were built despite the unity of the pillars of faith and the stability of their essence, which calls for the need to benefit from the speakers 'approach in various dimensions, including: fundamentalism, objectivity, civilization and academicism, not demolishing The overall structure of verbal and changing its subject ..

المقدمة:

من الثابت أن البناء لا يكون إلا بأساسٍ لما فوقه، ولا ريب أن ذلك الأساس هو القواعد والأصول العقيدة التي يُبنَى عليها الدين لاسيما أن الرسول ﷺ قد استعمل هذا اللفظ صراحة (بُني) في حديث بني الإسلام على خمس، فالشهادتان هما أول أساس البناء الإسلامي العقديّ، وطبيعي أن يكون للبناء العقدي نقطة بداية ونهاية، وبدايته تكمن في الإيمان بالله تعالى عن طريق النظر في الوجود الذي يوصل بالضرورة العقلية إلى أن ثمة سببا أوجد العالم، وما

دام الإنسان قد وُجد في العالم- كما ورد في الخبر- باعتباره خليفة في الأرض فهو موجود لغاية ما (هي الاختبار والابتلاء) وتعدّ الغاية هي وصوله إلى مستقره في الآخرة (النهاية)، ومن ثم فالعقيدة عبارة عن نسقٍ كليّ له أركان وأسس يَبْنى عليها الإنسانُ أفقَه عن العالم في أزله وأبده، ومن ثم فحركة العقل في الوجود ما بين المبدأ والمعاد حركة منهجية بامتياز، ولا يصل المرء إلى تلك الرؤية الواضحة التي تمثل الغاية إلا من خلال مجموعة من الخطوات تمثل البناء العقدي والفوقي (للشريعة)، ومن هنا يأتي وصف البناء العقديّ بأنه منهجي؛ لأنه طريقٌ يتركب من خطوات يمثل أصوله الوحيين: قرآنا وسنة وما ينبني على فهمهما من طرائق مختلفة لأركان الإيمان ومراتبه.

وتكمن **أهمية البحث** في الوقوف على البُنَى الرئيسة لموضوعات العقائد مع بيان تطورها وعلاقتها ببعضها بما يجعل بعض الأصول تندرج في أصل آخر بحيث يخال للمرء أن البناء العقدي بأركانه لا يمثل حالة ثابتة طوال عصوره المختلفة دون أن يكون منسجما مع السياق التاريخي والحضاري الذي يعبر عنه، إذ إن تاريخ العلم يثبت أن هنالك تقسيماتٍ مختلفة للعقائد على الرغم من وجود نصوص ثابتة تحدد أمور الإيمان ومراتبه كما ورد في حديث جبريل المشهور، لذا **فهدف البحث** هو محاولة الكشف عن العلاقة بين أركان الإيمان ومدى تطور فهمها لدى المتكلمين من مرحلة إلى أخرى، ومحاولة تأصيلها والكشف عن منهجية تدرجها في البناء العقديّ من خلال أصوله التي تعبر عن السياق الحضاري الذي بُنيت فيه العقائد على الرغم من ثبات الأساس العقديّ. وبناء عليه أثار البحث بعض **التساؤلات المهمة**، وهي: هل التزم علماء الاعتقاد بترتيب تلك الأصول على النحو الذي ورد في الحديث؟ وما الأساس الذي اعتمد عليه في ترتيب موضوعات العقيدة، العقلي أم النقلي؟

وبناء على تلك التساؤلات تمثلت **منهجية البحث** في محاولة الوقوف على منهج المتكلمين في بناء موضوعات العقيدة الإسلامية، وذلك باستعمال منهج الاستقراء الناقص بتتبع أغلب كتب المتكلمين من خلال نظرة تحليلية نقدية لما ورد فيها من حيث ترتيب الموضوعات وطرق عرضها، وذلك حتى تتضح معالم العقائد الرئيسة لطلابها ودارسيها، ولا ريب أن تلك إحدى غايات تدوين العلوم بصفة عامة وعلم العقيدة بصفة خاصة. وتأسيسًا على ذلك

كان من المناسب في **خطة البحث** أن يُقسّم إلى: مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة، تناولتُ في الأول منها البناء الموضوعي للعقائد وتدرجاتها المتنوعة بدءًا من أركان الإيمان الستة إلى الأصل الواحد أو الأصلين الذين يتضمنان بقية الأصول. والثاني عن البناء المنهجي للعقائد من الأصلين إلى الثلاثة، والثالث عن تطور البناء المنهجي لأركان الإيمان من الثلاثة إلى الأربعة والرابع تدرج البناء المنهجي لأركان الإيمان من الأربعة إلى الأصول الخمسة، والخامس تطور البناء المنهجي وأصل الإمامة، خاتمة البحث التي تضمنت نتائج مختلفة: أصولية، وموضوعية، وأكاديمية، وحضارية.

وختامًا فقد التزمت في البحث بالرجوع إلى المصادر الأصلية لاسيما أنني لم أقف على دراسات سابقة حول فكرة هذا الموضوع كي أستفيد منها، راجيا الله تعالى التوفيق والسداد في هذه المحاولة وأن يغفر ما شابها من نقص أو نسيان.

تمهيد: البناء الموضوعي للعقائد.

درج كثيرٌ من المصنفين في العقائد حديثًا على التزام الترتيب العقديّ الذي ورد في حديث جبريل المشهور[1] الذي رواه عمر ﷺ حينما تمثَّل جبريل عليه السلام في صورة رجل شديد سواد الشعر، شديد بياض الثياب، وسأل الرسول ﷺ عدة أسئلة علَّم بها الصحابة – رضوان الله عليهم– مباني ومراتب الدين، إذ سأل الرسول ﷺ عن: الإسلام، والإيمان، والإحسان، وعلم الساعة وأمارتها[2]. ويتضح من الترتيب العقديّ الذي ورد في إجابة الرسول ﷺ عن السؤال الثاني منها أن الإيمان هو أن تؤمن بالله، وملائكته، وكتبه، ورسله، واليوم الآخر، والقدر خيره وشره أن العقيدة الإسلامية ما هي إلا عدة أمور مجملة لا تعدو في ظاهرها سطرًا واحدًا فقط، وهو من اليسر بما لا يعجز عن فهمه الأعرابي البسيط كما يفهمه العالم النحرير، ومن ثم كانت العقيدة على هذا النحو من السهولة واليسر، فهي عبارة عن أمور شفهية مجملة جاء بها جبريل كي يعلمها لأتباع محمد ﷺ الذين تلقوها بالقبول والتسليم والإمرار؛ ولم يختلفوا حولها بسبب من صفاء أنفسهم وبركة صحبة النبي ﷺ وقرب العهد بزمانه، ولقلة الوقائع والاختلافات وتمكنهم من المراجعة إلى الثقات[3]. ورأى كمال الدين البياضي (ت1097هـ) أن هذا الحديث السابق كاشفٌ عن الأصول الاعتقادية لأهل السنة بمحضر الصحابة عن خير البرية لكفايتهم في المهمات، "ولكون البيان بالسؤال والجواب أثبتْ في

الطويات آثْره على الدليل العقلي وقَدّمَه تنبيهًا على أصل السنة من الأخذ بالكتاب والسنة"[4] ولعل ذلك كان أساسًا مهمًا لهذه الطريقة التي ذاعت ودرج عليها كثير من المصنفين في العقائد بنشرها في صورة يسيرة في صيغة سؤال وجواب.[5]

بات من المهم هنا التأكيد على أن العقيدة تحولتْ من عقيدة مجملة في سطر واحد إجابة عن سؤال واحد عن الإيمان إلى كمٍّ هائل من المسائل، الأمر الذي يعني أن هناك أمورًا جدَّت بعد ذلك أضحتْ معها هذه الأمور الاعتقادية الفطرية اليسيرة والواضحة مدوناتٌ كبرى اتسمتْ بالصعوبة والتعقيد والتطويل لاسيما عند غير الاختصاصيين، ومن ثم أصبح هنالك بناءٌ منهجي للعقائد الإسلامية من حيث طريقة التدوين للمسائل العقديّة بعد أن كانت تأتي في تراجم أهل الحديث التي دونتْ فيها العقيدة ابتداءً سواء بصورة كلية أو جزئية، بحيث أصبحت تفرد لها كتب مستقلة، فضلا عن كتب الفرق أو التأريخ لها، وبناء عليه بات من الضروري التفرقة بين العقيدة كأصول وأركان ثابتة وردت في القرآن والسنة وعلم العقيدة كمنهج وطريق[6] فضلا عن تاريخها وما صاحبه من أمور استجدتْ وانتقلتْ فيها العقيدة ومسائلها من مستوى الرواية الشفاهية والتسليم المباشر – حيث كان الأوائل من الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين مستغنين عن تدوين العلمين وترتيبها أبوابا وفصولا وتقرير مباحثها فروعا وأصولا – إلى مستوى آخر من الدراية والتدوين، وهنالك أصبح النظر واجبا على المكلف.[7] بعد أن كانت العقيدة تتلقى بالتسليم والاتباع.

إن الناظر المتأمل في أمور الإيمان الست يجد أن الحديث قد سماها أمورًا (جمع أمر) التزامًا بما ورد في نهاية الحديث (يعلمكم **"أمر"** دينكم)، فأصبحتْ تلك الأمور أركانا لا يقوم إيمان المرء إلا بها، وبناء عليه أصبح الإيمان له أركان يُعقد القلب عليها، وعلى الرغم من كونها غيبية قلبية تتعلق ببواطن الإنسان فقد جعل اللسان دليلا على هذا الباطن فيعبر عن ذلك الإيمان بأمرين:

الأول: بالإعلان والإعلام والإقرار عن طريق النطق بالشهادتين (أن تشهد...) في جواب سؤال ما الإسلام؟.

الثاني: بالعمل الصالح الذي يُقصد به وجه الله وحده(=إخلاص العبادة لله تعالى)= (أن تعبد الله كأنك تراه...)= (ما الإحسان؟).

ومن الواضح أن اللسان هو وسيلة البيان والإعلان، والجوارح وسيلة العمل بالأركان، والقلب هو وسيلة التصديق والانقياد والإذعان والإيمان، وبناء عليه جاء الإعلان قولا (باللسان) مختصا بجواب السؤال **الأول** وهو ما الإسلام؟ وجوابه النطق بالشهادتين أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، وهناك ارتباط وثيق بين اللسان قولا والإيمان والعمل الصالح فعلا، و(القلب) محل يختص بإجابة السؤال **الثاني** ما الإيمان؟ أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله ... والعمل بـ(الجوارح) والأركان جاء مختصا بجواب السؤال **الثالث** ما الإحسان؟ أن تعبد الله كأنك تراه ...؛ وذلك لارتباط الإحسان بجانب المراقبة والمشاهدة، وإذا جاز لنا أن نتساءل لماذا تعلقت الأسئلة الثلاثة الأولى بـ(اللسان، والقلب أو الجنان، والجوارح للعمل بالأركان)؟ لأن هناك يوما آخر، وهو يوم القيامة الذي ورد السؤال **الرابع** عنه في الحديث (متى الساعة؟) وهنالك تنتهي الحياة الدنيا إلى حياة أخرى باقية تبدأ بوفاة الإنسان ودخوله القبر أول منزل من منازل الآخرة. وبناء عليه يظهر لنا أهمية هذا الحديث الذي كشف عن مراتب الإسلام ومبانيه كلها في صورة تراتبية ينبني بعضها فوق بعض عليه بحيث أصبح الحديث مدار الدين كله.

على الرغم من أن الإسلام كدين تعدّ العقيدة فيه أهم أسسه فليس له ما للمسيحية من مجامع كنسيّة تحدد معتقداته كمجامع الأساقفة ولكن كثيرا من علمائه قد حللوا هذه المعتقدات في مصنفات قصيرة تسمى بالعقائد[8] ولمّا لم تكن لدى علماء العقائد مجامع فقد كانت لديهم أصول وقواعد وإجماعات حاولوا مراعاتها والالتزام بها، وبناء على ذلك نجد أن هناك عقائد بلفظ الجمع على الرغم من أنه دين واحد، والمفترض أن العقيدة فيه واحدة! ولكن من الملاحظ أن الآيات المتعلقة بالعقيدة متناثرة في سور القرآن وآياته وكذلك فيما يتعلق بكتب الحديث فلم تكن مختصة بشيء من العلوم التي ظهرت بعد ذلك ليحدد كل علم منها مجالا معينا يتميز به موضوعه عن غيره من الموضوعات، وبناء عليه حاول علماء الاعتقاد أن يحددوا موضوع العلم ومسائله مع ترتيبها على نحو معين.

وبناء عليه استند بعض المصنفين في العقيدة إلى حديث جبريل في ترتيب مسائل العقيدة على الرغم من أن هناك آيات في القرآن لم تلتزم بهذا الترتيب في عرض مسائل العقيدة، وتجلّى ذلك بوضوح في آية

البر الجامعة لمباني الإسلام ومعانيه الكلية من حيث العقيدة والشريعة والأخلاق والقيم الاجتماعية، حيث تقدم الإيمان بالله واليوم الآخر على الإيمان بالملائكة والكتاب والنبيين، قال الله ﷻ:﴿وَلَٰكِنَّ ٱلْبِرَّ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلْكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّۦنَ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُوا۟ ۖ وَٱلصَّٰبِرِينَ فِى ٱلْبَأْسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ وَحِينَ ٱلْبَأْسِ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُوا۟ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُتَّقُونَ﴾ [البقرة: 177]، ولا يخفى هنا أن الله تعالى جعل العقيدة أساسًا ومحركًا لبقية الفروع والتكاليف الشرعية المبنية عليها (كالصلاة والزكاة والصوم والحج) وكذلك الحال بالنسبة للفضائل الأخلاقية (كالإيثار والصبر والصدق) والقيم الاجتماعية (كالوفاء بالعهد، والثبات في المواقف أوقات الرخاء والشدة)، ومن هنا جاء ذكر الإيمان بالله واليوم الآخر أولًا ثم ذكر الإيمان بالملائكة باعتبار أن الملائكة وسائط بين الله ورسله في تبليغ الوحي والشرائع فناسب أن يُقَدِّم الكلام فيهم على الأنبياء، ولا يلزم من ذلك أن يكونوا أفضل من الأنبياء[9]؛ لأن كليهما رسل الله، فالملائكة هم رسل الله إلى الرسل الذين اصطفاهم الله من البشر، وكلاهما مصطفون ﴿ٱللَّهُ يَصْطَفِى مِنَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةِ رُسُلًا وَمِنَ ٱلنَّاسِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌۢ بَصِيرٌ﴾ [الحج: 75]، ثم الإيمان بالكتب، ثم الإيمان بالنبيين أو الرسل، ولعل ذلك يرجع إلى أن القرآن الكريم قد أجمل ثم فصَّل حيث إن هذين الأصلين اللذين ينبني عليهما بقية الأصول الأخرى المذكورة في الآية، على الرغم من أن الأصل السادس وهو الإيمان بالقدر لم يرد ذكره في الآية صراحة، وإنما ورد معناه مضمنًا في هذه الآية الجامعة؛ لأن الصابرين في البأساء والضراء – كما ورد في الآية – لن يتماسك صبرهم ما لم يكونوا مؤمنين بالقضاء والقدر، وبناءً عليه يمكن القول بأن القرآن الكريم قد عبَّر عن هذا الأصل بصورة عملية تطبيقية دونما تصريح كما في بقية الأصول الأخرى.

جديرٌ بالذكر أن أمور الاعتقاد الستة الواردة في الحديث تحولتْ إلى أصول[10] تتميز هذه الأصول بأنها أمور جوهريَّة عن غيرها من الأمور العمليَّة، وذلك ما فقهه الإمام أبو حنيفة النعمان(ت150هـ)، حيث ورد إلينا كتاب نُسبَ إليه حمل هذه التسمية "الفقه الأكبر"، ميّز فيه بين الأمور الاعتقادية النظرية

والأمـور العمليـة (العمليـات) باعتبـار أن الأولى أصول نظرية تبنى عليها الفروع العملية(العبادات، المعاملات...)[11]، وتحددت تلك الأصول في ستة أصول معروفة ورد بها حديث جبريل السابق:

1 – الإيمان بالله.

2 – الإيمان الملائكة.

3 – الإيمان بالكتب.

4 – الإيمان بالرسل.

5 – الإيمان اليوم الآخر.

6 – الإيمان بالقدر خيره وشره. وبناء عليه استفاد العلماء بأن هذه هي أركان الإيمان أو أصوله الستة التي وردت في الحديث وبات هذا الحديث أصلا في الاستدلال على أصول الدين في كتب العقيدة، وأصبحت هذه الأصول الستة إحدى تسميات موضوعات هذا العلم. ويبقى السؤال المهم هل يمكن اختزال الأصول الستة في أصلين فقط أو أصل واحد أو ثلاثة أصول أو أربعة أو خمسة، ولماذا؟ نحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال النقاط الآتية:

المبحث الأول: البناء المنهجي لأركان الإيمان من الأصول الستة إلى الأصلين أو الأصل الواحد:

رأى بعض العلماء أنه بإمكاننا أن نختصر تلك الأصول الإيمانية الستة **إلى أصلين فقط** يتضمنان بقية الأصول الأخرى، وهذان الأصلان هما: الإيمان بالله والإيمان باليوم الآخر[12]، لاسيما أنه وردت آيات كثيرة في القرآن يتلازم فيها ذكر الأصلين معًا حيث وردا مقترنين إثباتًا ونفيًا، ومما ورد في الإثبات قوله تعالى عن دعوة أبي الأنبياء إبراهيم عليه السلام: ﴿وَإِذْ قَالَ إِبْرَٰهِـۧمُ رَبِّ ٱجْعَلْ هَٰذَا بَلَدًا ءَامِنًا وَٱرْزُقْ أَهْلَهُۥ مِنَ ٱلثَّمَرَٰتِ مَنْ ءَامَنَ مِنْهُم بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [البقرة: 126]، وقوله تعالى عن عمارة بيته: ﴿ إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَلَمْ يَخْشَ إِلَّا ٱللَّهَ فَعَسَىٰٓ أُو۟لَٰٓئِكَ أَن يَكُونُوا۟ مِنَ ٱلْمُهْتَدِينَ﴾[التوبة:18]، فالفروع كإقام الصلاة وإيتاء الزكاة قد أعقبت هذين الأصلين فقط وترتبت عليهما وحدهما دون بقية الأصول الستة. وكذلك في قوله تعالى عن أصحاب الديانات السابقة: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱلَّذِينَ هَادُوا۟ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلصَّٰبِـُٔونَ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾[البقرة:

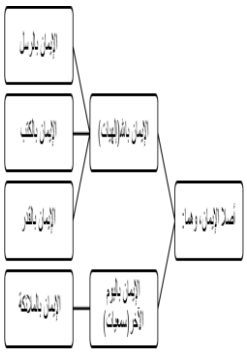
62][13] مما يعني أنَّ لهذين الأصلين أهميةً كبرى تتجاوز بقية الأصول الستة.

وقد ورد ذكر هذين الأصلين متلازمين أيضا في حال النفي وحدهما دون بقية الأصول الستة كما في قوله تعالى:﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُبۡطِلُواْ صَدَقَٰتِكُم بِٱلۡمَنِّ وَٱلۡأَذَىٰ كَٱلَّذِي يُنفِقُ مَالَهُۥ رِئَآءَ ٱلنَّاسِ وَلَا يُؤۡمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ فَمَثَلُهُۥ كَمَثَلِ صَفۡوَانٍ عَلَيۡهِ تُرَابٞ فَأَصَابَهُۥ وَابِلٞ فَتَرَكَهُۥ صَلۡدٗاۖ لَّا يَقۡدِرُونَ عَلَىٰ شَيۡءٖ مِّمَّا كَسَبُواْۗ وَٱللَّهُ لَا يَهۡدِي ٱلۡقَوۡمَ ٱلۡكَٰفِرِينَ﴾[البقرة: 264][14] وقوله تعالى عن مدعي الإيمان بألسنتهم فقط: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَبِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ﴾ فالله تعالى نفى عنهم الإيمان بالله والإيمان باليوم الآخر دون بقية الأصول الأخرى؛ لأنه إيمان ليس نابعًا من القلب وإنما مجرد قول وإعلان عن ادعاء يخدعون به أنفسهم فقط، وذلك دليل على تضمّن الأصلين للإيمان بالأصول الأخرى.

ومن الجلي أن الاقتران بين هذين الأصلين وحدهما: الإيمان بالله واليوم الآخر لم يرد مقتصراً على القرآن فحسب بل ورد كذلك في السنة النبوية المطهرة حيث أشارت أحاديث الرسول ﷺ إلى أهمية هذين الأصلين: الإيمان بالله واليوم الآخر، اللذين ورد ذكرهما وحدهما مقترنين ومتلازمين في كثير من أحاديث الرسول ﷺ، ومن ذلك ما ورد عن أَبي شُرَيْحٍ الخُزاعي: "أَنَّ النَّبيَّ ﷺ قَالَ: "مَنْ كَانَ **يُؤمِنُ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ** فَلْيُحْسِنْ إلى جارِهِ، ومَنْ كَانَ **يُؤْمِنُ باللهِ واليومِ الآخِرِ** فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ، ومَنْ كانَ **يُؤمِنُ باللهِ واليومِ الآخِرِ** فَلْيَقُلْ خَيْرًا أَوْ لِيَسْكُتْ"[15] وورد كذلك في حديث آخر في قول الرسول ﷺ: "لا يحل لامرأة **تؤمن بالله واليوم الآخر** أن تُحدّ على ميّت فوق ثلاث إلا على زوج..."[16] وذلك يعني أن الاقتران بينهما ورد أيضا في الحديث النبوي في حالتي الإثبات والنفي دون بقية الأصول الستة كالإيمان بالملائكة والكتب والقدر.

وقد حاول بعض العلماء تفسير هذا التلازم بين هذين الأصلين وحدهما بأن الإيمان بهذين الأصلين هما اللذان يدفعان إلى العمل الصالح، فالذي يؤمن بالله المبدئ يرجو – بالطبع – لقاء الله المعيد في الآخرة، أي أن الإيمان بالمبدأ والمعاد هما طرفا الوجود المتلازمين، حيث قال الحنفي: "إذ المقصد الأقصى والمطلب الأعلى هو معرفة المبدأ والمعاد، والإيمان بالله إشارة إلى المبدأ وباليوم الآخر إلى المعاد، فكأنهم عبروا عن الإيمان مجازًا بأشرف أجزاء متعلقة أو اكتفوا عن

الكل بأعظم أجزاء متعلقه"[17]، ورأي بعضهم بأنها- الإيمان بالله واليوم الآخر- أصلان في جميع الديانات السابقة على الإسلام[18]، ومن ثم جاء الإسلام مؤكدًا على أهمية هذين الأصلين، وبناء عليه فلم يُحرَم المؤمنون بهما من أهل الديانات السابقة كاليهود والنصارى والصابئين الأجر والمثوبة من الله على قدر إيمانهم به؛ إذ قال الله ﷻ عن إيمان هؤلاء: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلنَّصَٰرَىٰ وَٱلصَّٰبِـِٔينَ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ وَعَمِلَ صَٰلِحًا فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾[سورة البقرة: ٦٢]، وذلك يعني أن الإيمان بالله واليوم الآخر- كأصلين- وما يترتب عليهما من عمل صالح لا يضيع عند الله في الآخرة مصداقا لقوله تعالى:﴿فَٱسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّى لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ﴾[آل عمران: 195]، وغاية الأمر أن الإيمان باليوم الآخر مترتبٌ على الإيمان بالله تعالى؛ لأن الله تعالى هو الذي أوجد الحياة الدنيا لغاية فلابد إذًا أن يكون هناك جزاءٌ أخرويٌّ وإلا كان الخلق عبثًا، وقد استنكر الحق ﷻ ذلك في قوله ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَٰكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ﴾ [المؤمنون: 115]، فلا معنى للإيمان بالله ما لم يكن هناك إيمان باليوم الآخر، ولذلك كان مطلوبًا من الإنسان كمخلوق إذا آمن بالبدء أن يؤمن بالنهاية وما بينهما، فالإيمان باليوم الآخر لازم لا ينفك عن الإيمان بالنشأة الأولى فكان مطلوبًا منه العبادة لله والخلافة في الأرض وعمارتها (انظر شكل 1).



شكل (1) يوضح أصلي الإيمان وما يتفرع عنها من أركان.

ولا غرو أن رأى الإمام البياضي (ت 1098هـ) أن مبنى التوحيد وما يلزم العبد من اعتقاد يعود إلى أمرين، هما: الإيمان الواجب بالله المبديء، واليوم الآخر؛ إذ يقول في شرحه لعبارات الإمام أبي حنيفة النعمان: "مبنى التوحيد وما يلزم على العبد في الاعتقاد(يجب أن تقول **آمنت بالله**) الواجب لذاته، المبديء لكل ما عداه، المتصف بصفات الكمال الذاتية والفعلية، الراجعة إلى تكوينه الشامل لإرسال

الرسل، وإنزال الكتب بالملائكة، والقدر من الخير والشر، وغير ذلك، **واليوم الآخر** من البعث والحساب وغير ذلك مما ثبُت في المعاد"[19] أي أن البياضي انتهى إلى أن الأصل في الاعتقاد هو الإيمان بالمبدأ(بالله) والمعاد(اليوم الآخر) فإليهما ترجع أصول ومسائل الإيمان الأخرى واستدل على ذلك بآية البر.[20] ومن الواضح أن الإيمان بالله تعالى يتضمن الإيمان بالرسل الذين أرسلهم الله تعالى والإيمان بالكتب التي أنزلها الله عليهم؛ ليبلغوا رسالات الله للناس، والقدر الذي قضاه وقدره على عباده، وهذه ثلاثة أصول أو أركان تندرج تحت الإيمان بالله وحده، وبناء عليه تدخل في الإلهيات. ولو تأملنا الأصل الثاني الإيمان باليوم الآخر سنجد أنه يتضمن الإيمان بسائر الغيبيات باعتبار أنها تندرج تحت الإيمان بالغيب، الذي يتضمن بدوره الإيمان بالملائكة والجن. ولكن هل توقف التنبيه على أهمية هذين الأصلين فقط أم أن هناك أصلا آخر؟

اتفق الإمام أبو عبد الله السنوسي (ت895هـ) وهو من متأخري الأشاعرة مع القول بالأصلين أيضا، ولكنه عَدَلَ عن الأصل الثاني وهو الإيمان باليوم الآخر إلى الأصل الثاني عنده، وهو الإيمان بالرسل، حيث رأى أن الأصلين هما: الإيمان **بالله** والإيمان **بالرسل** يتجليان في الشهادتين: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، فهما تجمعان العقائد كلها[21]؛ حيث إنهما أصلٌ لابتناء العقائد بعضها على بعض، فبعد أن ذكر التأسيس لأصل الإيمان بالله على أساس العقل والإيمان بالرسل كذلك قال: "ويجمع معاني هذه العقائد كلها قول: لا إله إلا الله محمد رسول الله، إذ معنى الألوهية: استغناء الإله عن كل ما سواه، وافتقار كل ما عده إليه ... فقد بانَ لك تضمّن قول لا إله إلا الله للأقسام الثلاثة التي يجب على المكلف معرفتها في حق مولانا جلّ وعزّ، وهي ما يجب في حقه تعالى، وما يستحيل، وما يجوز. وأما قولنا: محمد رسول الله ﷺ فيدخل فيه الإيمان بسائر الأنبياء والملائكة والكتب السماوية واليوم الآخر؛ لأنه عليه السلام جاء بتصديق جميع ذلك كله ... فقد بان لك تضمّن كلمتيّ الشهادة مع قلّة حروفها لجميع ما يجب على المكلف معرفته من عقائد الإيمان في حقّه تعالى وفي حق رسله عليهم الصلاة والسلام ... فعلى العاقل أن يكثر من ذكرها مستحضرا لما احتوتْ عليه من عقائد الإيمان"[22] وذلك ما دارت عليه العقيدة السنوسية كلها إذ أوضح فيها "ما يجب على كلِّ مكلَّف شرعًا أن يعرف ما يجب في حقّ **مولانا** ﷻ، وما يستحيل، وما

يجوز. وكذلك يجب عليه أن يعرف مثل ذلك في **حقّ الرسل** عليهم الصلاة والسلام"[23] فالأصلان- الإيمان بالله وسله- ثابتان لدى المتأخرين من الأشعرية بحيث يتضمنان بقية العقائد الأخرى. وجرى على ذكر هذين الأصلين أيضا عبد المجيد الشرنوبي الأزهري(ت1348هـ) إذ قال في نظمه في العقائد: وتجمع العقائد التي مضتْ*** شاهدة التوحيد حسبما ثَبَت[24] يعني شهادة الإسلام التي يدخل المرء بقولها في الإسلام، وهي: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ﷺ تجمع جميع العقائد الست والستين.[25] ومن المهم الإشارة إلى وجود علاقة وثيقة بين الإيمان بالأنبياء والرسل وتوحيد الله ﷻ وسائر أركان العقيدة؛ لأن أساس الدين هو إثبات النبوة، وكل شيء من الدين يعتبر فرعًا عن إثبات النبوة، فالإيمان بالقرآن الذي هو كلام الله- تبارك وتعالى- متفرعٌ عن الإيمان بنبوة محمد ﷺ ولهذا كان كفار قريش يجادلون النبي ﷺ بأنه ليس بنبي ليتوصلوا بذلك إلى الطعن في القرآن؛ لأن من أنكر نبوة محمد أو طعن فيها فقد طعن في القرآن وطعن في الإسلام، وهكذا إثبات نبوته هو نقطة المنطلق للإيمان بكل ما جاء به الإسلام سواء في باب العقائد أو الأحكام.[26]

والمتأمل لآيات القرآن الكريم يجد أيضا أن هناك آياتٍ كريمةً تؤكد على أن هناك أصلا آخر غير الإيمان باليوم الآخر، حيث وردت آيات كثيرة في القرآن الكريم تضيف إلى الإيمان بالله تعالى الإيمان بالرسل، وقد ورد الاقتران بين هذين الأصلين دون غيرهما إثباتا ونفيا، ومما ورد في الإثبات قوله تعالى: ﴿فَـَٔامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرُسُلِهِۦۖ وَإِن تُؤۡمِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَلَكُمۡ أَجۡرٌ عَظِيمٌ﴾ [آل عمران: 179][27] ومما ورد في سياق النفي قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكۡفُرُونَ بِٱللَّهِ وَرُسُلِهِۦ وَيُرِيدُونَ أَن يُفَرِّقُواْ بَيۡنَ ٱللَّهِ وَرُسُلِهِۦ وَيَقُولُونَ نُؤۡمِنُ بِبَعۡضٖ وَنَكۡفُرُ بِبَعۡضٖ وَيُرِيدُونَ أَن يَتَّخِذُواْ بَيۡنَ ذَٰلِكَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 150] وبناء عليه يتضح لنا أن الإيمان بالله والإيمان بالرسل من الأصول المهمة التي تتضمن بقية الأصول، وقد ذهب إلى ذلك الشبلي النعماني الهندي بقوله: إن أصل أصول العقائد ركنان هما: وجود الباري، والنبوة.[28]

لا ريب أن النطق بالشهادتين على الترتيب والموالاة يعدّ إعلانا وانقيادا ظاهريا يعبر به المسلم عما في قلبه من اعتقاد جازم بالأمور الاعتقادية اليقينية الستة المعروفة، يقول اللقاني(ت1041هـ): "ولعل لهذا المعنى مع الاختصار جعلهما الشرع ترجمة عمّا

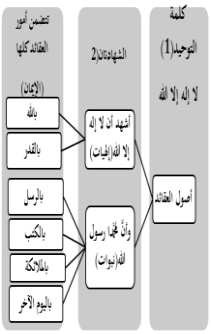
في القلب من الإيمان، ودليلا على الانقياد الظاهر للإسلام، ولم يقبل أحد الإيمان مع القدرة عليهما إلا بهما، وقد نص العلماء على أنه لا بد من فهم معناهما، يريدون ولو بالإجمال وإلا لم ينتفع الناطق بهما في الخلاص من الخلود في دار الاقتصاص"[29] ومن هنا يتضح أن فهم الشهادتين ينجّي الإنسان ولو على سبيل الإجمال في الآخرة لاسيما أن الرسول ﷺ قال: "من كان آخر كلامه لا إله إلا الله دخل الجنة"[30]، ومن هنا يحض اللقاني العاقل على الإكثار من ذكر كلمة التوحيد مستحضرا ذكر الله تعالى وما احتوتْ عليه من عقائد الإيمان حتى تمتزج معناها بلحمه ودمه بقصد العبودية لله تعالى راجيا أن تكون هي آخر كلامه لاسيما وأن علم السلوك ينبني عليها.[31]

من الواضح للعيان أن هناك تطورًا كبيرًا لهذين الأصلين بحيث يمكن دمج العقائد كلها في أصل واحد فقط يتضمّن بقية الأصول الأخرى، ألا وهو كلمة التوحيد، حيث قال صاحب "عون المريد لشرح جوهرة التوحيد": "وقد تضمنتْ كلمة التوحيد (لا إله إلا الله) المطلوب على ما وعته على قلة حروفها، جميع ما يجب على المكلّف معرفته من **عقائد الإيمان في حقه تعالى**، وفي حقِّ **رسله**- عليهم الصلاة والسلام- كما أثبت عَجُزُ الكلمة الطيبة (محمد رسول الله) الرسالة. إن الشطر الأول، تضمن الأقسام الثلاثة التي يجب على المكلف معرفتها، وهي: ما يجب في حقه تعالى، وما يستحيل، وما يجوز، والشق الثاني يدخل فيه: الإيمان بسائر الأنبياء والملائكة والكتب المنزلة، واليوم الآخر، وغير ذلك مما يعسر حصره، وإذ الإقرار بالرسالة يستلزم التصديق بكل ما جاء به الرسول من عند الله تعالى وكذلك يستلزم وجوب صدق الرسل، وأمانتهم، وتبليغهم، وفطانتهم، ولعلها لاختصارها مع اشتمالها على كل العقائد"[32] ويذهب بعض الباحثين إلى رأي بعض العلماء من أن كلمة التوحيد وحدها لقبٌ لمجموع الشهادتين، فهي جامعة لمراتب التوحيد ورمز لكل ما يعتبر من أركان الدين، انطلاقًا من الإيمان وأركانه ونهاية بما يبلغه الرسول عن ربه، والإيمان بمضمونها على وجه صحيح يستتبع قطعًا الإيمان بسائر العقائد من إلهيات، ونبويات، وسمعيات، إذا الإيمان ببعض والكفر ببعض ليس من الإيمان في شيء[33] ومعنى ذلك أن الأصلين السابقين (الإيمان بالله والإيمان بالرسل) يمكن أن يندرجا تحت أصل واحد، وهو التوحيد، أي أن كلمة التوحيد تدل على الشهادتين معا، كما قال السنوسي في شرحه: "فقد بان لك تضمّن قول

لا إله إلا الله(كلمة التوحيد) للأقسام الثلاثة التي يجب على المكلف معرفتها في حقّ مولانا جل وعز، وهي ما يجب في حقّه، وما يستحيل، وما يجوز"(34) أما دلالتها على الإلهيات فالظاهر أنها عرضت من صفات الله صفة واحدة هي الوحدانية لكنّ تدبر الصيغة، يفضي إلى أنها تتضمن سائر الصفات، لأن الاعتراف بأنه سبحانه هو المعبود بحق هو اعتراف ضمنيّ بأنه جامع لكل كمال، ومنزه عن كل نقص ... ويفتقر إليه كل ما عداه[35] ويحاول أن يشرح لنا كيف أن الموجودات مفتقرة إلى موجدها وهو مستغن عنها، من خلال الإلهيات والنبوات حيث قال: "وأما قولنا محمد رسول الله ﷺ فيدخل فيه الإيمان بسائر الأنبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام والكتب السماوية واليوم الآخر؛ لأنه عليه السلام جاء بتصديق جميع ذلك"[36] وذلك يعني أن الإيمان بالسمعيات يندرج كله تحت الإيمان بالنبوات. وبناء عليه فالعقائد كلها مندرجة في كلمة التوحيد التي تعد هي **أم العقائد**، وقاعدتها هي أم القواعد؛ لأنها تنطوي على كلِّ العقائد، وتنبني عليها القواعد الأربع بعدها، ولا يصح شيء منها إلا بعد وجودها، فيجوز أن نسميها أم القواعد التي تنطوي على أم العقائد فكما أن وجود الأم شرطٌ عادي في وجود الولد فكذلك فأم القواعد شرط شرعي لصحة بقية القواعد.[37] ومن هنا نؤكد على مشروعية وأهمية تسمية علم العقائد باسم التوحيد.

جدير بالذكر أن الكافيجي(ت879هـ) قد شرح علم التوحيد كله من خلال كلمتي الشهادة: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله باعتبار أن التوحيد هو أصل الأصول إن جاز التعبير، ومن يطالع كتابه يجد أنه قد تناول (الإلهيات) ومسائلها فضلا عن مقدماتها في الباب الثاني من كتابه "الأنوار في علم التوحيد" شرح كلمتيّ الشهادة وخصص الباب الثالث في بيان قولنا وأشهد أن محمدا عبده ورسوله بحسب دلالة اللفظ وفي إثبات النبوة والرسالة (النبوات) بل جعل عنوان الكتاب صريحًا في هذا الغرض حيث جعل عنوانه "الأنوار في علم التوحيد شرح كلمتي التوحيد"، فيرى أن "كلمة التوحيد مع التصديق يقتضي الإقرار والتصديق بجميع صفات الباري عز وجل ومن صفاته الإيجاد والإرسال والإحياء والإبقاء وغير ذلك فلزم من ذلك وبالضرورة إقرارٌ بالرسالة وتصديق بها، وهو معنى قولنا أشهد أن محمدا عبده ورسوله ويقوي ما ذكر قوله عليه السلام: "أمرتُ أن أقاتل الناس حتَّى يقولوا لا إله إلا الله"[38] وبناءً عليه فإنه قد توقّف عند إثبات

الرسل وختم نبوة محمد ﷺ دون أن يتعرض للحديث عن السمعيات ومسائلها[39] على الإطلاق أو يسوغه لنا.



شكل (2) يوضح تقسيم العقائد وتضمنها في كلمة التوحيد من خلال علاقتها بالشهادتين وأركان الإيمان.

وأوضح الإمام أبو عبد الله الحليمي (ت403هـ) في المنهاج أن لا إله إلا الله (كلمة التوحيد) تتضمن عدة عقائد (انظر شكل 2) منها: إثبات الباري عز وجل ليقع به مفارقة التعطيل، وإثبات وحدانيته ليقع به البراءة من الشرك، وأن وجود كل ما سواه من قبل إبداعه واختراعه؛ لتقع به مفارقة العلة والمعلول، وإثبات أنه مدبر ما أبدع ومصرفه على ما شاء لتقع به البراءة من القائلين بالطبائع أو تدبير الكواكب أو تدبير الملائكة[40] ولا ريب أن الأصل في هذا التقسيم – المنطلق من كلمة التوحيد– مبنيٌّ على ما ورد من نص نبوي شريف عن رسول الله ﷺ من أحاديث متنوعة منها قوله ﷺ لمعاذ بن جبل– وقد كان رديفه على رحل– فقال يا معاذ: قال: لبيك يا رسول الله وسعديك! قال يا معاذ! كررها ثلاث ثم قال ﷺ: "ما من عبد يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله إلا حرمه الله على النار قال: يا رسول الله: ألا أخبر بها الناس فيستبشروا؟! قال: إذًا يتكلوا"[41] وحديث أبي ذر الغفاري عن النبي محمد ﷺ قال: "ما من عبد قال: لا إله إلا اله ثم مات على ذلك إلا دخل الجنة، قلتُ: وإن زنى وإن سرق قال: وإن زنى وإن سرق رغم أنف أبي ذر"[42] فمن قالها من قلبه ومات عليها دخل الجنة ولم يعتنِ العلماء بالانطلاق منها في تقديم موضوعات العقيدة، على الرغم من وجود أسماء كثيرة أحصاها الفخر الرازي، منها: كلمة التوحيد، كلمة الإخلاص، الكلمة الطيبة، كلمة الحق، العروة الوثقى، كلمة الصدق.

المبحث الثاني: تطور البناء المنهجي لأركان الإيمان من الأصلين إلى الأصول الثلاثة:

وبعد أن عرفنا أن أمور الدين الستة التي وردتْ في حديث جبريل المشهور يمكن اختصارُها في أصلين فقط، هما: الإيمان بالله تعالى والإيمان باليوم الآخر أو الإيمان بالله تعالى والإيمان بالرسل أو في كلمة التوحيد أم العقائد، نقف هنا مع تقسيم جديد

لا يختزل الأصول الستة في أصلين فقط أو في أصل واحد بل يجمع هذه الأصول الثلاثة معا باعتبار أنها الموضوعات الكبرى التي تنبني عليها العقائد، وهي: (الإيمان بالله، الإيمان بالرسل، الإيمان باليوم الآخر)، واتضح ذلك لدى القاضي عياض(ت544هـ) الذي أطلق على مباني الإسلام الخمسة التي وردت في حديث الرسول ﷺ (بُني الإسلام على خمس...) قواعد الإسلام، وجعل **القاعدة الأولى**، وهي الشهادتان، ولا بد فيها من اعتقاد بالقلب ونطق باللسان، وفصلها إلى **أربعين عقيدة** تنتهي الأقسام الثلاثة الكبرى المذكورة، حيث قسمها إلى: عشر يعتقد وجوبها، وعشر يعتقد استحالتها، وعشر يتحقق وجودها، وعشر يتيقن ورودها[43] ومن خلال عرضه تفاصيل كل عشر على حدة اتضح أن العشر التي يعتقد وجوبها وكذلك العشر التي يعتقد استحالتها قَصدَ بها أن يتناول مسألة (**الإلهيات**)؛ إذ يقول: "فالعشر الواجبات أن يعتقد أن الله واحدٌ غير منقسم في ذاته، ولا معه ثان في ألوهيته وأنه حي قيوم ...والعشر المستحيلات أن تعتقد أنه تعالى يستحيل عليه الحدوث والعدم، بل هو تعالى بصفاته وأسمائه قديم باق دائم الوجود قائم على كل نفس بما كسبت ..."[44]، وأما العشر التي يتحقق وجودها فيعرض فيها (**للنبوات**) إذا قال: "والعشر المتحقق وجودها أن تعتقد أن الله تعالى أرسل لعباده أنبياءه ورسله وأنه أنزل عليهم آياته وكتبه..."[45] والعشر التي يتيقن ورودها عرض فيها (**للسمعيات**) إذ قال: "والعشر المتيقن ورودها أن تعتقد أن الدنيا فانية، وأن كل من عليها فان، وأن الخلق يفتنون في قبورهم وينعمون ويعذبون وأن الله تعالى يحشرهم يوم القيامة كما بدأهم يعودون وأن الحساب حق وأن الميزان حق..."[46].

وإن كان النقل هو الأساس في تقسيم موضوعات العقائد عند القاضي عياض فإن أغلب الأشاعرة المتقدمين قد اعتمدوا العقل أساسًا فاعتمدوا التقسيم الثلاثي، فقسّموا - كتبهم وما زالتْ بعض الكتب التي تدرس في العقيدة تجري على هذا النحو - ويعدّ الإمام أبو حامد الغزالي(ت505هـ) من الذين حصروا أصول الدين في ثلاثة أصول فقط، واعتبر أن ما عداها فروعا لها، وذلك بقوله: «وأصول الإيمان ثلاثة: الإيمان بالله، وبرسوله، وباليوم الآخر، وما عداه فروع»[47]، وقد أشار جلال الدين الدواني(ت 918هـ) – وهو يحاول شرح كلام التفتازاني في ضبط مفهوم المتكلم ومدى إحاطته بالأصول وفروع الأصول- إلى أن

أصول العقائد محصورة ومحددة في حين أن تفاصيلها أو فروعها التي تنبثق منها غير محصورة، وهي ما يكون فيه خلاف العلماء إذ يقول: "فلأنَّ أصول العقائد ومجملاتها التي يجب على المكلف تحصيلُها وإن كانت محصورة لَكِنْ كونُ تفاصيلها محصورة غير ظاهر، وذلك مثل كون علمه تعالى عين ذاته أو غيره، وأن علمه واحد أو متعدد، وأن علمه حضوري أو حُصُولي، وعلى الأول هل هو بحضور الأعيان الخارجية أو حضور صورها القائمة بأنفسها، أعني المثل الأفلاطونية إلى غير ذلك من التفاصيل التي استخرجت في العلم، وكذا نظائرها في سائر الصفات، وكذا تفاصيل أحوال المعاد وكيفية الصراط والميزان والحوض وطبقات الجنان وتفاصيل أحوال الجنة والجحيم، فإنها مما يتزايد بحسب النظر في الكتاب والسنة وإعمال الرويّة فيهما، فلا يظهر كونها محصورة"[48] وبناء عليه يقرر أنه يكفي في المتكلم قوة استنباطها بما له من التهيؤ اللازم. وذلك يعني أن البناء العقديّ بناءٌ عقليّ ديناميكيّ يسعى إلى الوصول إلى أصل الأصول أو أم العقائد كما أشرنا لذلك من قبل بحيث تنضبط الفروع بالأصول.

وتأسيسًا على ذلك أضحتْ أصول الدين الستة يمكن اختزالهُا إلى ثلاثة موضوعات كبرى تتضمنها، وجعل المتكلمون الأقسام الثلاثة أقسامًا لعلم العقيدة كلها بناءً على قدرة العقل على إثباتها، ومن ثم قسموها إلى: الإلهيات، والنبوات، والسمعيَّات، وهي- في واقع الأمر- ترجمة كلامية مباشرة للأصول الثلاثة السابقة: فالإيمان بالله هو (الإلهيات)، والإيمان بالرسل هو (النبوات)، والإيمان باليوم الآخر هو (السمعيات)، وذلك يعني - بوضوح- أن تلك الأصول الستة تندرج تحت تلك الأقسام الثلاثة؛ لأنه تقسيمٌ منهجيٌّ فقط لا يعني زيادة عن الأصول الستة الثابتة، وليس أدل على ذلك من كون كل قسم من الأقسام الثلاثة يندرج تحته أصلان من أصول الدين الستة الثابتة، كما يتضح لنا على النحو الآتي:

1- **الإلهيات**[49]:

هي الأمور الواجب اعتقادها في حق الله تعالى من صفات الكمال واعتقاد تنزُّهه عما لا يليق بذاته، أو هي الأمور التي تختص بالله تعالى مما يجب له إثباتًا، وما يجوز في حقّه إمكانًا، وما يستحيل عليه تنزيهًا وتقديسًا، ويدخل — بلا ريب- في هذا القسم أصلان من الأصول الستة التي وردت في حديث

جبريل المشهور، وهما: الأول، الإيمان بالله تعالى، والثاني: الإيمان بالقدر خيره وشره. باعتبار تعلقه بصفات الله تعالى لاسيما صفة العلم الإلهي والإرادة والمشيئة، ولا شك أن العقل أحد الوسائل المهمة الموصلة إلى معرفة الله ﷻ والخبر الموحى به للأنبياء أساس آخر في هذه المسألة؛ وإن كان متوقفا على قبول العقل أيضا.

على الرغم من أن إثبات وحدانية الله تعالى تندرج ضمن الإلهيات بصفة عامة فإننا نجد أن أبا المعالي الجويني(ت478هـ) يفردها وحدها خارج ترتيب القسمة الثلاثية السابقة (ما يجب وما يجوز وما يستحيل في حق الله) قائلا: "فإن قيل لِمَ لم تدرجوا إثبات الوحدانية في قسم من الأقسام الثلاثة؟ أجاب عن ذلك بقوله: "قلنا ذكرنا ما يجب لله تبارك وتعالى ويستحيل عليه، ويجوز في حكمه فالسؤال عن تقدير مدبر ثانٍ يقع وراء الضبط المقصود فانسل هذا الفصل عن ترتيب المعتقد"[50] ولا يقبل كذلك بوضع هذا المسألة ضمن قسم الواجبات لله تعالى باعتبار أن الوحدانية من صفات الله الواجبة حيث قال إن: "محصول الوحدانية يؤول إلى نفي من سوى الواحد فليستْ صفةً ثابتة، فإن قيل فهلا ألحقتم القول في ذلك بما يستحيل فإن تقدير الثاني محال؟ قلنا نحن ضمنًّا هذا الفصل ما يستحيل في صفات الإله ولا يلزم أن نذكر كل محال. وليس تقدير الثاني متعلقا بصفة الإله الحق، وسبيل من انتهى إلى هذا الموضع ألا يتبرم بترديد القول في الترتيب. فإن أسرار المعقولات تتلقى من سداد ترتيبها"[51] وذلك يعني أن العقل أساس هنا في إحكام العلاقة في ترتيب العقائد لدى إمام الحرمين.

2-النبوات:

النبوات - كما عرفها الآمدي(ت631هـ) على أصول أهل الحق- عبارة عن قول الله تعالى لمن اصطفاه إنك رسولي[52]، ويعتمد هذا القسم على العقل أيضا في إثبات حاجة الناس إلى الأنبياء والرسل، وإثبات صدقهم، وصفاتهم، وغيرها مما يجب للأنبياء عقلا، وما يجوز عليهم من هنات تؤكد طبيعتهم البشرية، وما يستحيل في حقهم من كبائر أو مهلكات، ويتضمن هذا القسم أصلين من أصول الدين الستة المعروفة، وهما: الإيمان بالكتب والإيمان بالرسل، ولا ريب أن العلاقة واضحة تماما بين هذين الأصلين: الإيمان بالكتب والرسل حيث نزل أمين الوحي جبريل عليه السلام، وهو رسول من الملائكة بالكتب على الرسل من البشر. وجدير بالذكر أنه على الرغم من أن الإيمان بالكتب متوقف على

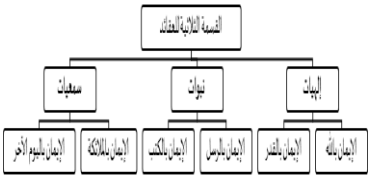
الإيمان بالرسل الذين أنزلت عليهم فإن الإيمان بالكتب كان سابقا في الترتيب للإيمان بالرسل كما دلتْ على ذلك النصوص الشرعية في الكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتۡ قُلُوبُكُمۡۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٞ﴾ [البقرة: 285]، وكذلك السنة النبوية في حديث جبريل السابق (أن تؤمن بالله ... وكتبه ورسله) وقد يعني ذلك أن بقاء الرسالة ليس متوقفا على شخص الرسول فحسب؛ فقد يكون غير موجود بعد أن اصطفاه الله ابتداء لحمل الرسالة، فالرسالة هي الأساس، ومن ثم فهي أسبق من الرسول وباقية بعد ختم النبوة، ومن ثم فالإيمان بالقرآن واتباعه والعمل بما فيه فرض على كافة المكلفين ممن عاصروا النبي ﷺ وشاهدوه أو من أتوا بعده إلى قيام الساعة.[53]

3 – السمعيات:

سميتْ بهذا الاسم نسبة إلى حاسة السمع المعروفة التي تعدّ مصدرًا من مصادر المعرفة الحسية، ولكن الاصطلاح الذي يقصد بالسمعيات هنا أنها مصدر للأخبار الموحى بها في الكتاب والمنقولة سماعًا عن رسول الله ﷺ مما لا يستقل العقل به وحده من أمور ومسائل تتعلق باليوم الآخر والغيبيات، يقول السفاريني: "اعلم أن المراد بالسمعيات ما كان طريق العلم به السمع الوارد في الكتاب أو السنة والآثار مما ليس للعقل فيه مجال، ويقابله ما يثبت بالعقل وإن وافق النقل، فما كان طريق العلم به العقل يسمى بالعقليات والنظريات ولهذا يقال لعلماء هذا الشأن النُّظار"[54] وقد فرّق إمام الحرمين بين السمعيات والعقليات في طريقة تلقيه حيث قال: "إن المعلومات تنقسم إلى: العقليات والسمعيات. فما كان معقولا وجد العاقل له ثلجًا في نفسه وانشراحًا في قلبه، وما تلقاه من السمع فهو غير مرتاب فيه، ولكنه لا يجد من نفسه الثلج الذي يجده من المعقولات".[55] وفي ذلك إشارة واضحة إلى درجة اليقين الناتج عنهما على الرغم من أن كليهما يُصدّق به، ولكن السمعيات التي يصدق بها عن تقليد لن تكون في نفس درجة العقليات من حيث برد اليقين، قال الجويني: "ولن يبلغ العالم عن تقليد الصادق مبلغ من أدرك بعقله"[56] فالسمعيات أمور لا يستقل العقل بإثباتها؛ لأن الإيمان بها مبني على الخبر الصادق الذي وصلنا سماعا عن الرسول ﷺ.

وغاية الأمر أن هذا القسم (السمعيات) أو الغيبيات[57] يدخل تحته أيضا أصلان وردا في حديث جبريل، وهما: الإيمان بالملائكة والإيمان باليوم الآخر

(انظر شكل 3) وفصل المتكلمون ما في اليوم الآخر من منازل: كالبعث أو إعادة الخلق وعذاب القبر وسؤال منكر ونكير والحشر والحساب والصراط والميزان الشفاعة ...إلخ [58] في حين أنه من الملاحظ أن المتكلمين لم يستوفوا الحديث عن الإيمان بالملائكة في كتبهم إلا قليلا كالإمام الحليمي وابن تيمية وابن القيم على النحو الذي فصله القرآن الكريم على الرغم من الإيمان بالملائكة هو الأصل الثاني [59] كما فعلوا في حديثهم عن تفاصيل ومنازل اليوم الآخر.



شكل (3) يوضح القسمة الثلاثية للعقائد الإسلامية وتضمنها لأركان الإيمان الستة.

وعلى الرغم من شهرة هذه القسمة الثلاثية بين المتكلمين فإنهم قد اختلفوا أيضا بشأنها من داخل الفرقة الواحدة أحيانا أو بنقدها والطعن عليها من فرقة أخرى من جانب آخر، ولاسيما في موضوع السمعيات، فمنهم من جعل النبوات مثلا قسما منها، إذ جعل القسمة على موضوعين رئيسين، هما: الإلهيات والسمعيات فقط باعتبار أن النبوة جزءٌ من السمعيات، وذلك كما في شرح المقاصد للسعد التفتازاني [60] حيث فسّر السمعيات بأنها الأمور التي يتوقف عليها السمع كالنبوة، أي أنه لا بد أن يكون هناك نبي أولا قبل ورود الأخبار المنقولة إلينا منه سماعا، أو الأمور التي تتوقف هي على السمع كالمعاد وأسباب السعادة والشقاوة من الإيمان والطاعة والكفر والمعصية [61] ومنهم من فرق بينهما وهو الغالب.

الحق أننا نجد أن إمام الحرمين الجويني (ت487هـ) قد أوضح في كتابه "العقيدة النظامية" هذه الأقسام الثلاثة حيث وضع فصلا بعنوان (ترتيب تراجم العقائد بعد تمهيد حدث العالم) فمحصول الكلام لديه محصور في ثلاثة أبواب: (إلهيات، نبوات، سمعيات) جاعلا السمعيات مندرجة تحت النبوات، باعتبار أن إثبات السمعيات متوقف على ثبوت النبوة أولا، فالنبي هو الذي أخبرنا عن أمور الغيب التي لا يستقل العقل بمعرفتها، ثم قسَّم الجويني كل باب فصولا: "باب في العلم بأحوال **الإله**، وباب في مناط التكليف من صفات العباد، وباب في **النبوات** التي تتصل الأوامر التكليفية بالعباد، بها ترتبط الأمور **السمعية** في الحشر والنشر والوعد والوعيد، المفسرين بالثواب والعقاب إلى غيرهما مما أنبأ عنه المرسلون ... وتنتجز

قواعد الدين بنجاز هذه الأبواب"[62] لعله من الملاحظ هنا أنه قد دمج السمعيات باعتبارها جزءًا من النبوات لمناسبتها وارتباطها بإخبار النبي عنها، ولعل ذلك يرجع إلى القول بأنه: "لّما ثبتَ صدق الرسول وعصمته فيما يبلغه عن الله تعالى وجب تصديقه في كل ما أخبر به من الأمور المُغَيّبة جملةً وتفصيلًا، فإن كان مما يعلم تفصيله وجب اعتقاده، وإن لم يعلم تفصيله وجب أن يؤمن به جملة، ونكلُ تأويله إلى الله ورسوله"[63] في حين أن إمام الحرمين لم يجعل المقدمات الطبيعية المتعلقة بحدث العالم جزءا من الإلهيات أو من أركان الدين وقواعده.

وعلى الرغم من كون أبي حامد الغزالي (ت505هـ) كان أحد تلاميذ إمام الحرمين المبرزين فإنه قد اتخذ منطلقا آخر في إثبات العقائد الدينية في صورة قواعد بنى عليها عقائد الدين كما أوضح ذلك في ربع العبادات من كتابه الإحياء حيث انطلق من الارتباط بين الشهادتين اللتين وردتا في أول حديث جبريل المشهور، واستنبط من الشهادة الأولى لله بالوحدانية ما يجب لله تعالى وما يجوز وما يستحيل في حق ذاته وصفاته وأفعاله ولا يكتمل الإيمان بشهادة التوحيد ما لم تقترن بشهادة الرسول، وهو قولك محمد رسول الله ﷺ "وألزم الخلق تصديقه في جميع ما أخبر عنه من أمور الدنيا والآخر، وأنه لا يتقبل إيمان عبد حتّى يؤمن بما أخبر به بعد الموت"[64] وجعل موضوع السمعيات ينبني على الإيمان بالرسل؛ لأنهم هم الذين أخبروا بما يكون بعد الموت من الحشر والنشر، سؤال منكر ونكير، عذاب القبر، الميزان، الصراط، خلق الجنة والنار.

وقد قسم القاضي ناصر الدين البيضاوي (ت685هـ) علم التوحيد في كتابه "مصباح الأرواح في أصول الدين" إلى ثلاثة أقسام: (طبيعيات، إلهيات ونبوات) وجعل مباحث السمعيات مندرجة ضمن النبوات حيث قسّم باب النبوات إلى ثلاثة فصول: النبوة وما يتعلق بها، والحشر ـ والجزاء ومن مسائله خلق الجنة والنار والشفاعة، والإمامة[65] وقد طبق الإمام البيضاوي الأمر نفسه في كتاب آخر هو "طوالع الأنوار من مطالع الأنظار" حيث جعل كتابه في ثلاثة كتب: (الممكنات والإلهيات والنبوات) وجعل السمعيات أيضا من متعلقات كتاب النبوات، ولذلك فقد أدرجها تحت باب النبوات، موضحًا ذلك بأن الأنبياء هم الذين يرشدون الناس إلى ما توقف فيه العقل، كبعث الأموات، وأحوال الجنة والنار، ويفصلون ما حسنه العقل إجمالا، ومنها أن يعين

وظائف الطاعات والعبادات المذكرة للمعبود وغيرها من الوظائف[66] وبالتالي فالنبوات يستغنى بذكرها هنا صراحة عن السمعيات باعتبار أن الأخيرة هي ما تَقرر بعد إثبات النبوة؛ ولذلك فهي تندرج تحتها. ولعله من المتأخرين الذين قرب مسلكهم من مسلك المعتزلة في كتبهم حيث يركزون في الغالب على النبوات دون السمعيات بل لا يتعرضون لها أحيانا باعتبار أن العقل يقوم فقط على إثبات الإلهيات والنبوات، ويتأكد ذلك بوضوح من يطالع كتاب "المنهاج في أصول الدين" للزمخشري إذ لا يرد فيه ذكر لمبحث السمعيات ابتداءً.

وفي المقابل نجد أن القاضي عضد الدين الإيجي (ت756هـ) في "المواقف" قد اختار أن يجعل قسم النبوات جزءًا مضمنًا في السمعيات – الموقف السادس من كتابه– وقدم النبوات باعتبارها المرصد الأول منه[67]. وذلك على العكس من مسلك البيضاوي، بحيث تضمنت السمعيَّات الموضوعات الآتية: النبوات، والمعاد: وذكر فيه الحشر والجنة والنار والشفاعة وإحياء الموتى والصراط والميزان، والإيمان وحقيقته ثم الإمامة وشروطها وأفضلية الصحابة، ولما كانت السمعيات تختص بما لا يستقل العقل به ويتوقف معرفته على النبوات جعل النبوات جزءًا من السمعيات، وقدمه بتفاصيل اليوم الآخر وأحداثه وجعل العنوان الأبرز هو (السمعيات) لأنها الأساس في الإثبات بالنسبة للإيمان، ولا يمكن إثباتها إلا بالتصديق بالنبوات، فالسمعيات في مفهومه "هي الأمور التي يتوقف عليها السمع كالنبوة أو تتوقف هي على السمع كالمعاد وأسباب السعادة والشقاوة من الإيمان والطاعة والكفر والمعصية"[68] ولا ريب أن هذا مفهوم السمعيات ليس مقتصرا على أمور الآخرة كما هو الحال عند المتكلمين، وإنما يتسع ليشمل ما تتوقف عليه من إثبات النبوة.

وعلى الرغم من التأرجح بين إدراج السمعيات ضمن النبوات كما فعل إمام الحرمين وناصر الدين البيضاوي أو إدراج النبوات تحت السمعيات كما فعل الإيجي فإن ثمة اتفاقا على ثلاثية القسمة بينهم جميعا، وأن الاختلاف في مراتب القسمة يتعلق بأسس عقلية أو نقلية كالشهادتين، ولكن يبقى في النهاية أن أصول الاعتقاد ثلاثة: (إلهيات، نبوات، سمعيات). ولعل السبب في التأرجح في حصر العلم في الإلهيات مع السمعيات المتضمنة للنبوات أو الإلهيات مع النبوات المتضمنة للسمعيات يرجع إلى توقف قبول أحدهما على الآخر، فالتصديق بنبوة

محمد ﷺ يتضمن التصديق بما أخبر به وسمعناه عنه (السمعيات) وتصديقنا باليوم الآخر وما فيه من منازل يتوقف على تصديقنا بالله الذي أرسله الرسل(النبوات)، الأمر الذي يوضح حقيقة مسألة الدور وأثرها في تأسيس البناء الكلامي والتأرجح بين طرفين يتوقف أحدهما على الآخر، وهو مرتبط في واقع الأمر كذلك بما سبق الحديث عنه من العودة إلى الأصلين الإيمان بالله واليوم الآخر أو الإيمان بالله والإيمان بالرسل كأساس للبناء وإن كان مغلفا في شكل القسمة الثلاثية، وهذا يشير إلى إمكانية التقسيم والتضمّن لبعض الأصول في بعض وترتب بعض الأصول على بعض وذلك يدل على تنامي البناء العقديّ وعدم ثباته على صورة واحدة للعرض. وبقي الآن أن نعرف أساس هذه القسمة في الآتي:

أساس القسمة الثلاثية:

لا نبالغ في القول بأن العقل لدى المتكلمين كان هو الأساس- الغالب- في نهج هذه القسمة الثلاثية[69] سواء في الموضوع أو الطريقة (ما يجب، وما يجوز، وما يستحيل على الباري) فالعقل يداخل الوحي في إثبات وجود الله تعالى عن طريق الأدلة والبراهين كإثبات ما يجب لله تعالى مما أوجبه لنفسه في كتابه أو على لسان رسوله ﷺ، وهو الأساس كذلك في إثبات ضرورة إرسال الرسل وما يجوز في حقهم وما يستحيل وفي إثبات دلائل صدقهم، قال إمام الحرمين (ت478هـ) في باب (القول في السمعيات) من كتابه الإرشاد مقسمًا أصول الدين على أساس عقلي إلى ثلاثة أقسام: "اعلموا، وفقكم الله، أن أصول العقائد تنقسم إلى ما يدرك عقلا، ولا يسوغ تقدير إدراكه سمعا، وإلى ما يدرك سمعا، ولا يتقدر إدراكه عقلا؛ وإلى ما يجوز إدراكه سمعا وعقلا. فأما ما لا يدرك عقلا، فكل قاعدة في الدين تتقدم على العلم بكلام الله تعالى ووجوب اتصافه بكونه صادقا؛ إذ السمعيات تستند إلى كلام الله تعالى؛ وما يسبق ثبوته في الترتيب ثبوت الكلام وجوبا، فيستحيل أن يكون مدركه السمع. وأما ما لا يدرك إلا سمعًا، فهو القضاء بوقوع ما يجوز في العقل وقوعه، ولا يجب أن يتقرر الحكم بثبوت الجائز ثبوته فيما غاب عنا إلا بسمع، ويتصل بهذا القسم عندنا جملة أحكام التكليف، وقضاياها من التقبيح والتحسين والإيجاب والحظر والندب والإباحة. وأما ما يجوز إدراكه عقلا وسمعا، فهو الذي تدل عليه شواهد العقول، ويتصور ثبوت العلم بكلام الله تعالى متقدما عليه. فهذا القسم يتوصل إلى دركه

بالسمع والعقل. ونظير هذا القسم إثبات جواز الرؤية، وإثبات استبداد الباري تعالى بالخلق والاختراع وما ضاهاهما مما يندرج تحت الضبط الذي ذكرناه. فأما كون الرؤية ووقوعها فطريق ثبوتها الوعد الصدق والقول الحق"[70].ولعل هذا الاتجاه العقلي كان أساسًا مهمًا في محاولتهم إيجاب النظر العقلي على العاقل المكلف كطريق إلى معرفة الله تعالى. وليس أدل على ذلك من اعتماد العقل أساسًا في تقسيم مبحث الإلهيات ما يجب لله تعالى من صفات وما يجوز عليه في حقه وما يستحيل في حقه، وكذلك اتباع الحكم العقلي في تقسيم النبوات إلى ما يجب من حق الأنبياء من صفات، وما يجوز فيهم وما يستحيل عليهم، وهذه القسمة العقلية لن نجدها فيما يتعلق بالسمعيات؛ حيث إن المجال في إثباتها ورود الخبر الصادق، ودور العقل فقط يقتصر على إثبات إمكان وقوعها، وبناء على ذلك يعدّ العقل مصدرا من مصادر العقيدة الإسلامية في منهج المتكلمين؛ لأنه يتوقف عليه قبول النقل، وإلا كيف يُستدل بشيء من النقل لم يتقين ثبوته بالعقل بعد؟! فالعقل أصل النقل[71].

جدير بالذكر أنه لا تعارض بين الأدلة العقلية والنقلية حيث دفع ابن تيمية ذلك التعارض في كتابه الضخم درء تعارض العقل والنقل "وبيّن أن أصول الدين الحق الذي أنزل الله به كتابه وأرسل به رسوله، وهي الأدلة والبراهين والآيات الدالة على ذلك قد بيّنها الرسول أحسن بيان، وأنه دل الناس وهداهم إلى الأدلة العقلية والبراهين اليقينية التي بها تعلمون المطالب الإلهية بها يعلمون إثبات ربوبية الله ووحدانيته وصفاته وصدق رسوله، وغير ذلك مما يحتاج إلى معرفته بالأدلة العقلية بل وما يمكن بيانه بالأدلة العقلية وإن كان يحتاج إليها فإن كثيرًا من الأمور يعرف بالخبر الصادق ومع هذا فالرسول بين الأدلة العقلية الدالة عليها فجمع بين الطريقين السمعيّ والعقليّ. وبينا أن دلالة الكتاب والسنة على أصول الدين ليست بمجرد الخبر كما تظنه طائفة من الغالطين من أهل الكلام والحديث والفقهاء والصوفية وغيرهم بل الكتاب والسنة دلا الخلق وهدياهم إلى الآيات والبراهين والأدلة(يعني العقلية منها) المبينة لأصول الدين"[72]وقد ترتب على الانحياز لأحد الطرفين العقل أو النقل خللٌ في المنهجية بين مصنفي العقيدة إذ ظهر اتجاهان: أحدهما يقدم العقل والثاني يقدم النقل وكلاهما يستحق الملام، قال عنهما ابن تيمية:"حزب يقدمون في كتبهم الكلام في النظر والدليل والعلم وأن النظر

يوجب العلم وأنه واجب ويتكلمون في جنس النظر وجنس الدليل وجنس العلم بكلام قد اختلط فيه الحق بالباطل ثم صاروا إلى ما هو الأصل والدليل للدين استدلوا بحدوث الأعراض على حدوث الأجسام، وهو دليل مبتدع في الشرع وباطل في العقل.

والحزب الثاني عرفوا أن هذا الكلام مبتدع وهو مستلزم مخالفة الكتاب والسنة وعنه ينشأ القول بأن القرآن مخلوق وأن الله لا يرى في الآخرة ... والطائفتان يلحقهما الملام لكونهما أعرضتا عن الأصول التي بينها الله بكتابه فإنها من أصول الدين وأدلته وآياته فلما أعرض عنها الطائفتان وقع بينهما العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة"[63] ولعل هذا التقسيم العقلي الثلاثي أثر من آثار اختلاط مناهج الفلسفة بالدين كما رأى ابن خلدون ويتضح ذلك في تناولهم لأمور فلسفية عامة قبل تناول هذه الأقسام، ومن ثم خاضوا في الطبيعيات، وهي الإضافة الرابعة كالآتي:

المبحث الثالث: تطور البناء المنهجي لأركان الإيمان من الثلاثة إلى الأربعة:

جديرٌ بالذكر أن الغلو في استعمال المنهج العقلي في إثبات العقائد قد أثَّر ذلك على القسم الخاص بإثبات وجود الله تعالى أو ما سموه بالإلهيات حيث تجاوز الأدلة النقلية الواردة في القرآن الكريم على الرغم من وضوح منطقها العقلي، وذلك بإضافة بعض المباحث أو المقدمات الطبيعية (الطبيعيات) أو كما سماها البيضاوي(ت685هـ)[64] في طوالعه بالممكنات أو الأمور الكلية، وبذلك يضاف إلى الأصول الثلاثة السابقة (الإلهيات، النبوات، السمعيات) فتصبح جزءا أصيلا منه (الطبيعيات)، وذلك نظرا لأن للعقل مدخلًا في إثبات العقائد فقد اعتبرتْ تلك المقدمات واجبة بل أصولا مهمة لمبحث الإلهيات؛ لأنَّ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب لاسيما إذا كان إثبات العقائد متوقفا عليها، فعلى الرغم من أن الأصل في "العقائد يجب أن تؤخذ من الشرع الذي هو الأصل، وإن كانت مما يستقل فيه العقل فإن ثبوت الصانع وقدرته لا يتوقف من حيث ذاته على الكتاب والسنة لكنه يتوقف عليهما من حيث الاعتداد به لأن هذه المباحث إذا لم تعتبر مطابقتها للكتاب والسنة كانت بمنزلة العلم الإلهي للفلاسفة"[65] ولا ريب أن اعتداد أصحاب الكلام بالعقل واستنادهم إلى النقل من الأمور المهمة التي تميز موضوع علم الكلام عن الفلسفة.

الطبيعيات منسوبة إلى الطبيعة أي، العالم الطبيعي، والعلم الطبيعي هو العلم الناظر في أحوال الأجسام الطبيعية كالسماء والأرض وما بينهما من الأجسام والأعراض[76] والعالم عند المتكلمين هو كل ما سوى الله[77]، وينقسم العالم لديهم إلى جواهر وأعراض، ولا ريب أن العالم لديهم ليس مقصودا لذاته؛ إذ الغاية منه الاستدلال على وجود خالقه، من هنا فالمتكلمون لم ينظروا في الطبيعيات لذاتها وإنما كانت غايتهم هي إثبات مسائل الإلهيات في المقام الأول، ومن ثم باتت الطبيعيات جزءا مكملا لها، ومعضدا لها ولكن الإسراف في ذلك أدى إلى تعقيد الإلهيات وتغييبها[78]، وذلك يعني أن الطبيعيّات مقدمة مهمة للإلهيات، وقد اتّضح ذلك بجلاء لدى المتأخرين من المتكلمين حيث رأوا أن العالِم "لا يستطيع .. أن يقيم البرهان على وجود الله تعالى إلّا إذا عرف شيئًا سمّوه بالمطالب السبعة:

1 –أن العالم جواهر وأعراض، وأن العرض شيء يزيد على الجوهر كالجسم المتحرك، فالجسم جوهر والحركة عرضٌ يقوم به زائد عليه.

2 –أن العرض لا يقوم بنفسه وإنما يقوم بالجوهر.

3 – أن العرض لا ينتقل من محل إلى آخر.

4 – أنه لا يكمن في محله حتى يرد على محله عرض يضاده.

5 – العرض لا ينفك عن موضعه.

6 – القديم لا ينعدم.

7 – أنه ليس هناك حوادث لا أول لها.[79]

هذه هي المطالب السبعة التي يتوقف عليها عندهم الاستدلال على وجود الصانع، ويغالى فيها السنوسي بقوله عنها: "بها ينجو المكلف من أبواب جهنم السبعة، ويقول الشيخ البيجوري لا يعرفها إلا الراسخون في العلم"[80] ولعل ذلك ما دفع ابن تيمية إلى نقد المتكلمين لاعتبارهم الاستدلال بالجواهر والأعراض من أصول الدين بقوله: "وأولئك المتكلمون لما أصلوا لهم دينًا بما أحدثوه من الكلام كالاستدلال بالأعراض على حدوث الأجسام ظنوا أن هذا هو أصول الدين ولو كان ما قالوه حقا لكان ذلك جزءا من الدين فكيف إذا كان باطلا".[81]

وعلى الرغم من أن هذا القسم (الطبيعيات) ليس من أصول العقائد في شيء فإنه قد أصبح جزءا منها؛ لأنه أساس في إثبات وجود الله تعالى، وفقًا لمنطق أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وذلك يعني أن علم العقيدة ليس منحصرًا في علم معين وإنما يستفيد من جملة العلوم والمعارف الأخرى مادامت مادة مهمة

لإثبات أصول العقائد، ولعل تلك النظرة الثاقبة قد انتبه إليها الفارابي(ت339هـ) في تصنيفه للعلوم حيث جعل علم الكلام هو آخر العلوم والمعارف باعتبار أن كل ما في هذه العلوم يمكن أن يكون موادّ ودلائل ووسائل مهمة في إثبات أصول العقائد[82] علمًا بأن هذه المسائل الطبيعية ذات الأثر الفلسفي باتتْ جزءا أصيلا من البناء الكلامي لدى المتأخرين لاسيما عضد الدين الإيجي(ت756هـ) الذي قال: "وهي- أي مسائل الكلام- كل حكم نظري لمعلوم هو من العقائد الدينية أو يتوقف عليه إثبات شيء منها، وهو العلم الأعلى، فليست له مَبَادٍ تُبيّن في علم آخر، بل مباديه إما مبينة بنفسها أو مبينة فيه، فهي مسائل له ومبادٍ لمسائل أُخر منه لا تتوقف عليها"[83] وأكد على ذلك الشريف الجرجاني(ت816هـ) في شرحه- وهو أحد المتأثرين بالإيجي- حيث أوضح أن علم الكلام ليس متوقفًا على علم آخر بل هو مستقل بذاته، إذ قال: "فليست له(أي علم الكلام) مبادٍ تُبين في علم آخر سواء كان علمًا شرعيًّا أو غير شرعي؛ وذلك أن علماء الإسلام قد دوّنوا لإثبات العقائد الدينية المتعلقة بالصانع تعالى وصفاته وأفعاله وما يتفرع عليها من مباحث النبوة والمعاد علمًا يتوصل به إلى إعلاء كلمة الحق فيها ولم يرضوا أن يكونوا محتاجين فيه إلى علم آخر أصلا فأخذوا موضوعه على وجه يتناول تلك العقائد والمباحث النظرية التي تتوقف عليها تلك العقائد سواء كان توقفها عليها باعتبار موادّ أدلتها أو باعتبار صورها وجعلوا ذلك مقاصد مطلوبة في علمهم هذا فجاء علمًا مستغنيًا في نفسه عمّا عداه ليس له مباد في علم آخر"[84] وتأسيسًا على ذلك يتضح أن الطبيعيات قد أضحتْ إحدى الموضوعات الرئيسة لعلم الكلام وأن جمهور المتكلمين استطاعوا توظيفها بحيث لا يمكن تجاوزها في إثبات وجود البارئ وإن كانت لم تخل من الآثار والتعقيدات اللفظية والفلسفيّة التي لا تخفى على أحد.

جدير بالذكر أن ابن خلدون(ت808هـ) قد فسّر لنا أن السبب في إضافة القسم الرابع (الطبيعيات) إلى موضوعات علم الكلام موضحًا صعوبة ذلك لاختلاط الكلام بالفلسفة عند المتأخرين من المتكلمين حيث قال: "خلط المتأخرون من المتكلمين مسائل علم الكلام بمسائل الفلسفة، لعروضها في مباحثهم وتشابه **موضوع علم الكلام بموضوع الإلهيات** ومسائله بمسائلها، فصارت كأنها فن واحد، ثم غيروا ترتيب الحكماء في مسائل الطبيعيات والإلهيات وخلطوهما فنا واحدا، وقدموا

الكلام في الأمور العامة، ثم أتبعوه بالجسمانيات، وتوابعها، ثم بالروحانيات وتوابعها، إلى آخر العلم كما فعله ابن الخطيب في المباحث المشرقية"[85] والحق أن ابن خلدون نفسه قد طبّق هذه الطريقة في كتابه "لباب المحصل" واتضح فيها إسراف المتكلمين في بيان الأمور الفلسفية العامة- ولا غرو في ذلك فهو من متأخري الأشاعرة أيضا- حيث قسَّم كتابه إلى أربعة أركان: في الركن الأول تناول فيه المقدمات[86] وتعرض فيه إلى الأمور العامة (البديهيات، النظر، الدليل وأقسامه) وفي الثاني تناول المعلومات (الموجودات عند الفلاسفة، وعند المتكلمين، النظر في الأجسام) وفي الثالث تناول الإلهيات وجعله أقساما (الذات والصفات، الأفعال، الأسماء) والركن الرابع تناول السمعيات، ووضع النبوات ضمن الركن الأخير أعني السمعيات، فهي القسم الأول منه والمعاد القسم الثاني، والأسماء والأحكام في القسم الثالث، والإمامة في القسم الرابع دونما أن يقدم لنا مسوغًا لهذه القسمة غير الأثر الفلسفي الجدلي الذي طغى لدى متأخري المتكلمين. وقد لاحظ ذلك د.حسن حنفي بقوله: "ولما أصبحتْ المباحث الفلسفية العامة هي الأسس النظرية لعلم التوحيد بعد أن توقفت علوم الحكمة، وتسربتْ إليه، استطاع العلم أن يقضي على آخر ما تبقى من تشبيه وفكر ديني تقليدي أو كاد حتّى لم تعدُ الإلهيات والسمعيات أكثر من ربع العلم واحتوتْ المقدمات النظرية الخالصة ثلاثة أرباعه"[87] زمان استغراق المقدمات الضرورية للعلم بنظريتيها العلم والوجود في القرنين السابع والثامن، ويعزو سبب التضخم هذا إلى أن الذات الإلهية لا تصلح موضوعا للعلم.[88]

ومهما يكن من أمر فقد ظهر ذلك الأثر الفلسفي جليًّا في إفراد الكتب الكلاميَّة لمسائل الطبيعيات عن الإلهيات بحيث أصبحت تختص بـ(دقيق الكلام) سواء كان توقفها عليها باعتبارها موادّ أدلّتها أو باعتبار صورها، وتفصله عن (جليل الكلام)، مثل: كتاب التذكرة في أحكام الجواهر والأعراض لابن متويه وكتاب المسائل في الخلاف للنيسابوري وغيرها. وغاية الأمر أن الطبيعيات لا تستقل بذاتها حتى وإن بدا هنالك فصلٌ منهجيٌّ بين دقيق الكلام وجليله. ولعل دعوات التجديد المعاصرة التي سعتْ إلى توظيف حقائق ومنجزات العلم الحديث هي محاولة متجددة لإعادة إثبات الإلهيات عن طريق الطبيعيات مرة ثانية بطريقة تناسب عصرها وتتجاوز الطبيعيات بصورتها القديمة التي اختلطت

بالفلسفة، وأما الزعم بأن علم الكلام لن ينطلق من عقاله إلا بفصل الطبيعي عن الإلهي فهذا محض خرافة يكذبه الواقع، ولعل محاولة وحيد الدين خان في كتابه "الإسلام يتحدى" تعدّ من المحاولات الجديدة لعودة الطبيعيات كمقدمة لإثبات الإلهيات بما يناسب العصر.

المبحث الرابع: تطور البناء المنهجي لأركان العقائد من الأربعة إلى الأصول الخمسة:

معلومٌ أن المعتزلة قد بنَوا عقائدهم بوضعهم أصولا خمسة تعدُّ هي- في واقع الأمر- لبَّ فهمهم لمسائل العقائد، يَلزم المكلفين معرفتُها باعتبارها من أصول الدين، وهي "خمسة: التوحيد، والعدل، الوعد والوعيد، والمنزلة بين المنزلتين، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وهذه الأصول عليها مدار الدين، ومن خالف فيها فهو عظيم الخطأ وربما كَفَر أو فَسق بذلك"[89] وربما كانوا من أول الفرق التي وضعت أصولا وقواعد للخلاف على أساس عقليّ، ومما هو جدير بالذكر أن المعتزلة قد اختلفوا أيضا حول عدد هذه الأصول، وذلك ما أكده د. فيصل عون بقوله: "لكن من الصحيح أيضا أن رجال المعتزلة قد اختلفوا فيما بينهم في حصر هذه الأصول، فمن قائل بوجود أصلين، ومن قائل بوجود أربعة[90]، ومن قال بخمسة[91]. كذلك اختلفوا أحيانا في تسمية هذه الأصول حيث عدَّ البعض النبوة أصلا بينما ذكر فريق آخر القرآن والسنة..."[92] وعلى الرغم من ذلك الاختلاف في الظاهر حول عدد الأصول فتبقى الأصول الخمسة هي الجامعة بين اختلافاتهم بحيث إنه لا يستحق أحدٌ - كما ذكر أبو الحسين الخياط (ت311هـ) في كتابه الانتصار[93]- لقبَ الاعتزال حتّى يجمع القول بها، ولعل الخياط حاول ضبط الأصول في ظل التشويش والتخبط لعدم تمييز المعتزلة عن غيرهم من المدعين، ومن ثم لزم جمع هذه الأصول الخمسة التي تميزهم عن غيرهم من الفرق المختلفة آنذاك، لاسيما إذا عرفنا أن الشهرستاني (ت548هـ) - مثلا- قد حاول التَّأصيل للفرق المختلفة في تصنيفه للفرق الكلامية الإسلامية على أسس وقواعد تميزها حقيقة لا اعتبارا، إذ قال هبة الله: "وما وجدتُ لأحد من أرباب المقالات عنايةً بتقرير هذا الضابط، إلا أنهم استرسلوا في إيراد مذاهب الأمة كيف اتفق، وعلى الوجه الذي وجد، لا على قانون مستقر، وأصل مستمر. فاجتهدتُ على ما تيسر من التقدير، وتقدر من التيسير حتى حصرتها في أربع قواعد، هي **الأصول الكبار**."[94] ومن الواضح أن الاتجاه العام

في التأريخ للفرق ينبني على رصد أصول الاتفاق والاختلاف بين أصحابها.

أيًّا ما كان الأمر فالتوحيد- كأصل- يأتي على رأس تلك الأصول وإن كان المعتزلة قد عبروا عنه بفهْمٍ تنزيهيّ خاص يدل على تفردهم عن الفرق الأخرى من الثنوية والمانوية والمزدكية والبراهمة وغيرهم من أصحاب الديانات والنحل الأخرى، وبلغوا من الغلو في التنزيه حدًّا نَفُوا معه عن الله معاني صفاته حتى يفردوا الله وحده بالقدم الذي هو أخصُ صفاته، فصفاته تعالى لا تتعدد بالإضافة إلى ذاته؛ لأنها تعود إلى ذاته كما كان رأى العلاف والنظام، ولعل ذلك ما دفعهم إلى اختيارهم لقب "أهل التوحيد والعدل" كما عنوّن صاحب المغني لموسوعته الكبيرة مفاخرين بدورهم واختصاصهم بالتوحيد سائر الفرق الأخرى.

مهما يكن من أمر فقد اتضح أن لقب المعتزلة "التوحيد والعدل" يتضمّن بقية الأصول الأخرى التي سبق ذكرها، ومن هنا نجد القاضي عبد الجبار (ت415هـ) يرى أن هذين الأصلين هما أول ما يلزم المكلف معرفته من جملة العلوم، إذ قال: "يلزمه (أي المكلف) أن يعرف التوحيد والعدل ويقتصر عليهما ويجعل الأبواب الأُخر داخلة في باب العدل"[95]، وذلك ما أكده شارح الأصول الخمسة بقوله: "اعلم أن ما يلزم المكلَّف معرفتُه من أصول الدين أصلان اثنان على ما ذكره – رحمه الله – في المغنى، هما: التوحيد والعدل"[96] ثم يضيف بعد هذا الإجمال بقية الأصول الخمسة على سبيل التضمين والتفصيل، إذ قال: "وقد يُفصّل فيُقال: يلزمه أن يعرف: التوحيد، والعدل، والوعد والوعيد، والمنزلة بين المنزلتين، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، من حيث انْتَصبَ للخلاف في الوعد والوعيد وفي الأسماء والأحكام قومٌ قد وافقوا في العدل. وربما يذكر فيقال: يلزم معرفة التوحيد والعدل والنبوات والشرائع فيكون العدل قد تضمّن الوعد والوعيد وغيرها"[97] ومن الواضح أن هناك تفصيلًا بعد إجمال وأن بقية الأصول عند المعتزلة كالوعد والوعيد في الآخرة والمنزلة بين المنزلتين تتعلق بأصل العدل على سبيل الإجمال والتضمين، بل إن أصل العدل يتضمن كذلك إمكان الحكم على الناس في الآخرة الذي يعدُّ المعادل الموضوعي لقسم السمعيات أو بقية أصول الإيمان عدا التوحيد.[98]

وعلى الرغم من أن الأصول واحدة عند المتقدمين والمتأخرين فمن الجدير بالذكر أن ترتيبها قد اختلف بينهما إذ "وُضع هذان الأصلان (التوحيد

والعدل)- في كتب المتأخرين- في مقدمة الأصول؛ ليوجزا المذهب الاعتزالي. أما في كتب المتقدمين، فقد كان لهما ترتيب آخر: كان التوحيد هو الأصل الخامس، والعدل أولا واتخذت الثلاثة الأصول مواضعها في الترتيب المعهود: فجاء أصل الوعد والوعيد ثانيا وذلك أن المعتزلة لما اعتقدت في حرية الإرادة الإنسانية وفي العدالة الإلهية، قالت بأن الله لا يغفر لمرتكب الكبيرة ما لم يتب، وبأنه يجب عليه مجازاة المؤمن. وحل أصلّ المنزلة بين المنزلتين ثالثا، وقالوا: إن مرتكب الكبيرة غير مستحق لمنزلة المؤمن ولا لمنزلة الكافر، بل الأخرى أن يقال فيه فاسق وكان الأصل الرابع هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على أي نحو يستطيعه المرء"[99]

وقد أوضح القاضي عبد الجبار سر ترتيب هذه الأصول بما لا يدع مجالا للشك إذ قال: "والأصل في ذلك أن الذي يلزم العلم به أولا هو التوحيد وترتب عليه العدل لوجهين: أحدهما أن العلم بالعدل علمٌ بأفعاله- تعالى- فلا بدّ من تقدّم العلم بذاته ليصح أن نتكلم في أفعاله التي هي كلام في غيره. والثاني أنا إنما نستدل على العدل بكونه عالما غنيًّا، وذلك من باب التوحيد فلا بدَّ من تقدم العلم بالتوحيد ليُبْنَى العدل عليه، وكما لا بدَّ من ترتب العدل على التوحيد فلا بدَّ من ترتيب التوحيد على مقدماتٍ لا يتم العلم بالتوحيد من دون العلم بها ألا ترى أن الغرض بالتوحيد هو تفرّده ﷻ بصفات لا ثاني له في استحقاقها؟! ... وإذا ثبتتْ فقد عُرف التوحيد ثم يبُنى العدل عليه"[100]

وإذا كان الأصل الأول وهو التوحيد يمثل لبُّ قسم (الإلهيات) على الرغم من كونه إحدى مسائل الإلهيات الكثيرة، فإن العدل - وهو الأصل الثاني- يعدُّ المعادل الموضوعي للحديث عن قسم (النبوات) عند الأشاعرة وغيرهم، حيث إن القاضي عبد الجبار أرجع "النبوات والشرائع إلى أصل العدل؛ لأنه كلام في أنه تعالى إذا علم أن صلاحنا في بعثة الرسل وأن نتعبد بالشريعة وجب أن يبعث ونتعبد، ومن العدل أن لا يخلُّ بما هو واجبٌ عليه، وكذلك الوعد والوعيد داخل في العدل، لأنه كلام في أنه تعالى إذا وعد المطيعين بالثواب وتوعد العصاة بالعقاب، فلا بد من أن يفعل ولا يخلف في وعده ولا في وعيده وكذلك المنزلة بين المنزلتين داخل في باب العدل، لأنه كلام في أن الله تعالى إذا علم أن صلاحنا في أن يتعبدنا بأجراء أسماء وأحكام المكلفين وجب أن يتعبدنا به، ومن العدل أن لا يخل بالواجب وكذا الكلام في الأمر بالمعروف

والنهي عن المنكر"[101] ثم ما يفتىء أن يحدد لنا القاضي عبد الجبار كيف يبنى العدل وما الذي يسبقه وما يتضمّنه وما يلزم له إذ قال: "وللعدل أيضا مقدمات يترتب عليها ما هو المقصود بالعدل عليها. ألا ترى أن الغرض بالعدل هو أنه تعالى لا يفعل القبيح ولا يخلّ بالواجب عليه فإذا كان كذلك فلا بد من أن نعرف أحكام الأفعال والوجوه التي تؤثر في الأحكام نحو ما يقبُح وما يحسن ويجب وما يؤثر في القبح والحسن والوجوب ... وإنما وجب العلم بهذه الأشياء لأنا نريد إثباته ﷻ فاعلا للواجب ونريد أن ننفي عنه أن يقع عن فعله قبح ... فإذا نحن عرفنا هذه الأصول ونفينا أن يقع في فعله القبيح وأثبتناه فاعلا للواجب ولما هو حسن وإحسان دخل تحت هذه الجملة ما يتصل بالنبوات من التكاليف الشرعية؛ لأنه ﷻ إذا علم أن صلاح عباده يتعلق بأمر من الأمور لا سبيل لهم إلى معرفته من جهة العقول فلا بد من أن يبعث إليهم من يعرفهم ذلك فيكون من باب إزاحة العلّة ويدخل في جملة العدل ... وإذا دخل تحت العدل النبوات والشرائع فقد دخل تحته الوعد والوعيد؛ لأن العلم بهما على الحد الذي يثبت الآن هو من جهة السمع، وكذلك إذا وجب أن يعرفنا الله تعالى مصالحنا فقد تضمّن بذلك بيان المنزلة بين المنزلتين لأن علينا تكليفًا فيما نجريه من الأحكام على المكلفين ... وكذلك فقد تضمّن وجوب تكليفنا بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لما لنا فيه من الصلاح، وكل هذه الأصول وما يتعلق بها دخل تحت التوحيد والعدل على ما فصلناه ولن يخرج كل خلاف يقع في أبواب العدل عما ذكرناه؛ لأنا ننفي عنه فعل القبائح"[102] والحق أن أصل العدل لدى المعتزلة لا يعدو أن يكون تأصيلا لمسائل نشأت في فترة تاريخية سابقة مثل مشكلة القدر (الجبر والاختيار) وأفعال العباد، ولم يتوقف التطور عند ذلك بل ترتبت على أصل العدل مسائل أخرى فرعية أخرى كالصلاح والأصلح واللطف والأعواض وغيرها صارت فروعًا على ذلك الأصل الجامع لها. وكذلك فإننا لا نعدّ المنزلة بين المنزلتين أصلا بذاته إلا لمسألة فرعية ألا وهي الحكم على مرتكب الكبيرة، وهو ذاته الحكم الذي نطق به واصل في مجلس الحسن البصري، وقيل إنه كان سببًا في نشأة الاعتزال نفسه.

فمن العدل الإلهي – لدى المعتزلة – مادام الله لم يخلق الناس عبثًا فيجب إرسال الرسل لهم؛ لأن ذلك هو الأصلح والأفضل بالنسبة لهم، واختيار الأصلح والأنفع – في رأيهم – واجب على الله،

والوجوب هنا له معنى خاص ينطلق من الذات الإلهية وليس من خارجها، حيث إنه واجب في حكمته تعالى فما دام أن الله هو الخالق للناس وحده فالأصلح بمقتضى حكمته وجوبًا أن يرسل لهم أنبياء ورسل يرشدونهم ويصلحون أمرهم حتى يقيم عليهم الحجة، وإن لم يرسل فلم تقم الحجة عليهم، وكيف يصح الوعد والوعيد في الآخرة؟ فمن العدل الإلهي – إذن – مجازة الناس على طاعتهم أو عصيانهم ولا يكون ذلك إلا بأمرين: الأول وجوب إرسال الرسل لإقامة الحجة على الناس إرشادا وتزكية. والثاني – وهو من العدل أيضا – لابد أن يكون الإنسان حرا مختارا مستطيعا حتى تصح المجازة. ولا ريب أن ذلك هو الأصل الرابع الوعد والوعيد، وهو من أحكام الآخرة، وتفصيل كلام الآخرة(السمعيات) كما ذكر الملاحمي(ت536هـ) – "مبنيٌّ على صحة نبوة محمد عليه السلام؛ لأنا بخبره نصل إلى العلم بتفصيل أحكام الآخرة، ويدخل في ذلك القول في استحقاق الثواب بالطاعة وأنه تعالى سيفعله واستحقاق العقاب بالمعصية"[103] وذلك بناء على الحرية الإنسانية التي خولها مبدأُ العدل الذي يمكنه من تحقيق الأصل المبدأ الحركي في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك هو الأصل الخامس عند المعتزلة وإن كان الأجدر به مجال الفقهاء كما قال الجويني في الإرشاد[104]، وجدير بالذكر أن مسألة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كانت قاصمة الظهر بالنسبة للمعتزلة لاعتمادهم عليها في فرض ما اعتقدوا صحته وجوبًا على الناس من مسألة القول بخلق القرآن باعتبار أنها من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لاسيما لما آل الحكم إليهم أيام المأمون ففرضوا ذلك على الناس باعتبار أنهم أصحاب الولاية على غيرهم بفرض هذا المعتقد بالقوة؛ لأنه من أول درجات تغيير المنكر تبعًا لما ورد في الحديث المعروف "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده"[105] ومن ثم وجب فرض القول بخلق القرآن على الناس وامتحانهم. وتأسيسًا على ذلك فالمتأمل يجد أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس أصلا من أصول الدين ابتداء وهي مسألة فقهية فرعية ولكن المعتزلة جعلوا منها أصلا عمليا خامسًا يميزون به أنفسهم عن غيرهم من الفرق لاسيما وقد استطاعوا تغيير المنكر باليد.

حريٌّ بنا أن نشير إلى فكرة الأصول قد تأصلت بناء على افتراق الفرق واختلافها فيما بينها الأمر الذي تطلَّب أن تكون هناك أصولٌ تميز كل فرقة عن

غيرها، ومن هنا وضع المعتزلة أصولا خمسة تميزهم عن غيرهم، فأصل العدل يميز المعتزلة عن المجبرة والوعد والوعيد يميزهم عن المرجئة، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يميزهم عن الشيعة، وذلك ما قرره شارح الأصول الخمسة بنفسه حيث بيَّن سبب اقتصاره على الأصول الخمسة باعتبار أنها تميزهم عن غيرهم من المخالفين إذ قال: "لا خلاف أن المخالفين لنا لا يَعدون أحد هذه الأصول. ألا ترى أن خلاف الملحدة والمعطلة والدهرية والمشبهة قد دخل في التوحيد، وخلاف المجبرة بأسرهم داخل في باب العدل؛ وخلاف المرجئة داخل في باب الوعد والوعيد؛ وخلاف الخوارج داخل تحت المنزلة بين المنزلتين؛ وخلاف الإمامية داخل في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر"[106] ولما كانت تلك الأصول ثمرة لعقول المتكلمين فإنها قد تتأثر بالأجواء التي توضع فيها، فأحيانا تتدخل العوامل السياسية في تهمِيشها، كما هو الحال في أصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو تدعم الفرع فتجعله هو القاعدة التي يُحاكم إليها كما كان في محنة القول بخلق القرآن، ولا بأس مع ذلك التطور أن يندرج أصل كالوعد والوعيد تحت أصل آخر وهو العدل الإلهي.

ومن الواضح أن هذه الأصول الخمسة الاعتزالية تدور حول ثلاثة موضوعات كبرى الأول منها هو توحيد الله والثاني العدل والثالث الوعد والوعيد، والأول منها هو لب قسم الإلهيات، والثاني هو لب قسم النبوات والثالث هو لب السمعيات، ولعله قد اتضح مما سبق أن المعتزلة لم تلتزم الترتيب الطبيعي لأصول الدين شكلا أو اسما، وإنما أعادت بناء هذا المضمون العقدي مرة ثانية وفقا لفلسفتهم الخاصة تحت أصول أساسية كالتوحيد والعدل يتفرع منها أصول فرعية تميزهم عن غيرهم من الفرق الأخرى، وذلك يعني انفراد المعتزلة ببناءٍ منهجيّ جديد أساسه "العدل" اختلفوا فيه عن أصول البناء الأولى ولبناته التي وضعها الرسول ﷺ في حديث جبريل المشهور.

المبحث الخامس: تطور البناء المنهجي لأركان الإيمان وأصل الإمامة:

من الموضوعات المهمة التي عُني بها متكلمو أهل السنة في كتبهم أيضا مسألة الإمامة على الرغم من أنها ليست أصلا من أصول الدين ابتداءً بل جرت عادة المتكلمين الإشارة أو بإلحاقها في آخر كتبهم بالمسائل الكلامية باعتبار أنها كانت سببًا في نشأة الجدل والمباحثة حول تلك المسألة الاجتهادية

الفقهية التي اعتبرها الشهرستاني أعظم خلاف بين الأمة "إذ ما سُلَّ سيفٌ في الإسلام على قاعدة دينية مثل ما سُلَّ على الإمامة في كل زمان"[107]، ومن هنا قال الجويني عن الإمامة في الإرشاد: "الكلام لي في هذا الباب ليس أصلا والخطر على من يزل فيه يربي على الخطر على من يجهل أهله"[108] وقال عنها في النظامية عن موضوعات علم العقائد: "ثم **الإمامة** ليست من العقائد، ولو غفل عنها المرءُ لم تضره ولكن جرى الرسم باختتام علم التوحيد بها"[109] ولا يبعد تلميذه الغزالي(ت505هـ) عن ذلك بقوله: "النظر في الإمامة أيضا ليس من المهمات، وليس أيضا من فن المعقولات فهي من الفقهيات، ثم إنها مثار للتعصبات، والمعرض عن الخوض فيها أسلم من الخائض بل وإن أصاب، فكيف إذا أخطأ! ولكن جرى الرسم باختتام المعتقدات به أردنا أن نسلك المنهج المعتاد فإن القلوب عن المنهج المخالف للمألوف شديدة النفار"[110] وأخرجها الشهرستاني(ت548هـ) تماما من أصول الاعتقاد بقوله: "إن الإمامة ليست من أصول الاعتقاد"[111] واتفق معه الشريف الجرجاني(ت816هـ) بقوله: "الإمامة ليست من أصول الديانات والعقائد خلافًا للشيعة، بل هي عندنا من الفروع المتعلقة بأفعال المكلفين"[112] فالإمامة من المسائل الفرعية الواجبة على الأمة وتتعلق بالمصالح العامة المفوضة إلى نظر الخلق.

وتأسيسًا على ذلك فجمهور أهل السنة يرى أنها من الفروع العملية الفقهية الاجتهادية بينما يعدها الشيعة ركن الدين وأصل الإسلام بالإضافة إلى التوحيد والعدل والنبوة والمعاد، قال السيوري (ت826هـ): "والمسائل الأصولية أي المنسوبة إلى علم الأصول، وهو عبارة عن العلم بذات الله تعالى وصفاته وعدله ونبوة الأنبياء وتصديقهم فيما جاؤوا به من عند الله تعالى وإمامة الأئمة"[113] ويقول في موضع آخر محددا أركان الإيمان: "اعلم أن أركان الإيمان أربعة، وهي: التوحيد، والعدل، والنبوة، والإمامة"[114] والملاحظ أن الإمامة هي الركن الرابع من أركان الإيمان في ترتيبها لدى الشيعة حيث أتتْ بعد النبوة باعتبار أن عليا – هو الإمام بعد محمد ﷺ بلا فصل نصًا وتعينًا، ولا يتم الإيمان إلا بالاعتقاد بالإمامة بل هي أصل من أصول الدين لا يتم الإيمان إلا بالاعتقاد بها، ويجب النظر فيها لا التقليد كما يجب النظر في التوحيد والنبوة[115] بل يسبغون على الإمام بعض صفات النبي باعتباره استمرارًا للنبوة، فالإمام معصوم مثل النبي وإلا لاحتاج إلى إمام[116] وانتهي

ابـن المطهـر الحـلي(ت726هـ) إلى "أن الأئمـة معصومون كالأنبياء في ذلك"[117] من جميع الرذائل والفواحش ما ظهر منها وما بطن من سن الطفولة إلى الموت، وذلك ما أكدّه أحد كبار الشيعة الإمامية المحدثين أيضا إذ يقول: "والدليل الذي نعتقد بعصمة الأنبياء هو نفسه يقتضينا أن نعتقد بعصمة الأئمة بلا فرق"[118] بل الأئمة أعلى درجة من الأنبياء، لأن النبوة لطف خاص انتهى، وختم النبوة والإمامة لطف عام مستمر[119]، وذلك من ميزاتها بعد انتهاء دور النبوة، ومن ثم فالإمامة واجبة عقلا؛ "لأنها لطف يُقرِّب من الطاعة ويبعِّد من المعصية، ويختل حال الخلق مع عدمها"[120] ومن ثم فالإمامة لطف على الله، واللطف واجب على الله، ومن ثم فنصب الإمام واجب على الله.[121] وخلاصة القول إن الإمامة من الموضوعات جرت العادة بذكرها في كتب أهل السنة والجماعة ليتميزوا عن الشيعة على الرغم من كونها مسألة فرعية عند أهل السنة وأصلية لدى الشيعة فوجب التمييز.

خاتمة البحث:

بعد أن تناولنا البناء المنهجي للعقائد الإسلامية وتطورها في العصر الحديث بات جليا أن المتكلمين لم يتفقوا على منهج واحد أو طريقة واحدة في تأصيل أركان الإيمان، وإنما تفاوتت أفهامهم وتقسيماتهم لمسائل الاعتقاد عن الصورة التي وردت في حديث جبريل المشهور حتى بلغ الأمر لدى بعض المحدثين بإقصاء بعض الموضوعات جزئيا أو تأويلها ومحاولة هدمها كليا وعلى الرغم من ذلك فيمكننا أن نوجز أهم النتائج في بعض الأبعاد التي يمكن أن نستفيد بها من منهج المتكلمين في النقاط الآتية:

أولا: البعد الأصولي:

أن العقائد لها أصول يترتب عليها فروع، أو والأصول عبارة عن أمور مجملة وأخرى مفصلة عنها، ومن ثم فالاختلاف حول تفاصيل العقائد لا يقدح في ثبات الإيمان بالأصول المجملة الرئيسة فمن يخالفها لا يعد مؤمنا كأركان الإيمان الستة، وهناك مسائل فرعية متعلقة بتلك الأصول يُعذر أصحابها إن أخطأوا باجتهادهم في تصورها لا أن يكفروا مثلما وقع بين الفرق الكلامية في مسألة تعلق الصفات بالذات، فالأصل هو إثبات الإيمان بالله تعالى والإعلان عن وحدانية الله تعالى، أما عدد

الأسماء والصفات والتفاصيل التي خاض فيها أهل الكلام يجدر بنا عدم الاختلاف بشأنها وطيّ صفحة الخلاف القديم بالتجاوز والتسامح باعتبار أنها فروع على الأصول. وبذلك نجفف من غلواء الفرقة والتكفير وننتقل من التوحيد إلى وحدة الصف لاسيما إذا علمنا أن هناك علاقة عكسية بين الأصول والفُرْقة، حيث تزداد الأصول الاعتقادية في الكمّ كلما كثرتْ الفرقة وساد الخلاف إذ تحتاج إلى أن تميز نفسها عن غيرها في حين تقل تلك الأصول غالبا حينما تخف وطأة الفرقة، وذلك يدل على أن ذلك البناء العقائدي بناءٌ ديناميكي لا سيما حينما يتجادل مع الواقع وفرقه المختلفة التي تطوعه حسب فهمها وهواها تأويلا أو تبديلا. وبناء عليه نستطيع القول بأن تقسيمات العقائد تقسيمات منهجية لا تقدح في أصول الاعتقاد ولا يعني الاختلاف المنهجي خلافا حول الأصول المجملة في العقائد الستة المعروفة. ولذلك فالمتأمل يجد أن طُرُق عرض العقائد وأصولها جاءت متنوعة بل تأثرت أحيانًا بالظرف التاريخي الذي تُقدم فيه، ولذلك سنجد أن الاهتمام أحيانًا يكون بالإلهيات ومقدماتها حينما يكثر الجدل مع أصحاب العقائد والفلسفات الأخرى، على الرغم من أن الإيمان بالله أمر فطريّ تشهد به الفطر السليمة، وأحيانا نجد أن مبحث الإمامة يتقدم أو يتأخر بحسب المذهب الذي يعرض العقيدة وهكذا.

ثانيا: البعد الموضوعي:

●بالنظر إلى هذه الموضوعات يظهر لنا أن كل فرقة يغلب عليها نظرة معينة إلى الأصول تناسب منهجها، فأهل المنقول يغلب عليهم القسمة السداسية والأشاعرة المتقدمون غلب عليهم القسمة الثلاثية في حين أن المتأخرين منهم غلب عليهم القسمة الثنائية، والمعتزلة أصحاب المعقول غلب عليهم القسمة الخماسية.

●أهمية ترتيب مسائل العقيدة الإسلامية وفقا لطرق عرض متعددة تنطلق من العقل أحيانا ومن النقل أحيانا أخرى. وأن هناك مراحل متأخرة كانت تمتاز بحسن العرض والتبويب والترتيب لموضوعات البناء الكلامي.

ثالثا: البعد الحضاري:

نلحظ أن الأمور الستة التي أخبر عنها الرسول أضحت أركان الإيمان ثم قسمت إلى تقسيمات متنوعة تعبر في ذات الوقت عن الإطار الحضاري والثقافي الذي كان سائدا آنذاك، فالقسمة الثلاثية– مثلا– قد برزتْ في الفترة التي كانتْ فيها الحضارة

الإسلامية والعقل الإسلامي هاضمًا ومستوعبًا لأصول دينه بإثبات (ما يجب وما يجوز وما يستحيل) في حق الله وسله وذلك بتأثير ترجمة الفلسفة واختلاطها بمسائل الكلام، الأمر الذي انعكس بحلاء على محاولات القسمة الرباعية بإضافة الطبيعيات إلى الإلهيات والنبوات والسمعيات، وكذلك الحال مع القسمة الخماسية الأصولية لدى المعتزلة فهي تدل على تفردهم وتوظيفهم للعقل والمنطق واستيعابهم لواقعهم ونهوضهم الفكري ثم تحولتْ العقائد بعد ذلك إلى شروح وحواشي ومنظومات أخيرا، ونلاحظ كذلك أن القسمة الثنائية التي تجلتْ عند متأخري الأشاعرة يرتبط ظهورها بالانحسار الحضاري، ولعل ذلك ما تنبّه له ابن خلدون من قبل ورأى أنه ترداد ثقيلٌ لا قيمة له ولذلك قال ابن خلدون: إن علم الكلام لم يعد طلاب هذا العصر في حاجة إليه؛ لأنه لم يعالج المشكلات بل يخترعها. وربما يحتاج ذلك الربط بالبعد الحضاري إلى دراسة مستقلة لا يتسع لها المقام هنا ويكفي الإشارة إلى ربط تقسيمات تاريخ العلم بالأبعاد الحضارية.

توصية البحث:

ضرورة الاستفادة من البناء المنهجي العقدي لدى المتكلمين في بناء مقررات العقيدة الإسلامية على نحو يغطي موضوعاتها بطريقة معاصرة تناسب طرق وضع المقررات الدراسية في البرامج الأكاديمية الخاصة بالعقيدة بطريقة منظمة، تراعي الترتيب والتدرج في تدريس مقررات العقيدة الإسلامية من خلال المستويات الأكاديمية الآتية:

المستوى الأول: عرض العقيدة الإسلامية من خلال **الأمور الستة (أركان الإيمان)** بالترتيب الذي ورد في حديث جبريل في كما رتبها الرسول ﷺ[122]، على نحو قرآنيّ ونبويّ متجاوزا مواطن الخلاف؛ وذلك يتناسب مع طلاب السنة الأولى (عقيدة 1 = المدخل إلى العقيدة الإسلامية) ونستصحب فيه الأدلة العقلية والنقلية الدالة على أمور الاعتقاد والمداخل المناسبة لها[123]، وتعدُّ دراسة هذا المقرر واجبا على كل طالب مكلف (متطلب عام إجباري مثلا) ثم إن أردنا أن نعمق الدراسة أكثر من ذلك للطلاب المتخصصين بالجامعات نلجأ إلى: **المستوى الثاني**: ويتم ذلك عن طريق اعتماد القسمة الثلاثية أو الرباعية للعقائد كأن ندرِّس الإلهيات مع مقدماتها من الطبيعيات أو ما نسميه اليوم توظيف حقائق

العلم الحديث في إثبات مسائل الإلهيات في مقرر دراسي واحد، ويتضمن أيضا الإيمان بالقدر باعتباره متعلقًا بصفة العلم الإلهي ويكون هذا (عقيدة 2) ويكون مستقلا بذاته، وبذلك يكون مؤكدا على أصلين سابقين هما: الإيمان بالله والإيمان بالقدر، فضلا عن توظيف حقائق العلم الحديث في إثبات وجود الله تعالى بإضافة فيزياء العلوم الحديثة كما تحدث المتكلمون عن الطبيعيات قديما. وكذلك يكون هناك مقرر ثالث – إن أردنا- يتعلق بالنبوات ويكون متضمنا للسمعيات أو العكس كذلك باعتبار أن أحدهما متضمّن في الآخر أو متوقف عليه كما سبق وبيَّنا من قبل، ويكون رقمه (عقيدة 3) وفي هذا المستوى يحتاج إلى معرفة ما يجب في حق الله الأنبياء والرسل وما يجوز عليهم وما لا يستحيل، وكذلك فيما يتعلق باليوم الآخر. ثم إن أردنا تخصصا أكثر من ذلك يكون هناك مقرر عن الإيمان وهي مسألة الأسماء والأحكام التي وردت في كتب المتكلمين، مع ربطه بمشكلات الحياة المعاصرة مثل الإيمان وظاهرة التكفير كما هو مطروح في إحدى الجامعات العربية (عقيدة 4) أو الإيمان والحضارة باعتبار أن العمل الصالح ناتج حضاري مثمر يقابل أزمة التراجع الحضاري الذي يمثل تحديًّا حضاريًّا مزمنًا. وفي هذا المستوى يستوجب الخوض في "تفاصيل الأدلة وتمهيد مقدماتها، ومعرفة هذا القدر واجب عينا على المتأهل لفهم ذلك عند علماء الأصول، وهي عند كثير من الفقهاء مستحبة بناء "على أن الواجب عينا عندهم هو الاعتقاد الصحيح دون تحصيل ما يوصل إليه من الأدلة والبراهين"[124] وذلك لأن الغاية منه هو القيام ببيان العقائد من جهة ودفع الشبه والمطاعن عنها من جهة أخرى. **المستوى الثالث**: ثم مقرر الفرق الإسلامية (عقيدة5) وهنا يظهر لنا القسمة الخماسية والفرقة والخلاف ثم إذا أردنا تخصصا أكثر من ذلك في الدراسات العليا للمتخصصين في الدراسات الكلامية كان هناك مقرر عن الفرق غير الإسلامية أو ما نسميه اليوم بمقارنة الأديان (عقيدة 6).

ثبت بأهم المصادر والمراجع:

- أبو حنيفة، نعمان بن ثابت الكوفي، الفقه الأكبر، طبع بمطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد الدكن، 1342هـ.
- الآسدآبادي، ابن أحمد: المجموع في المحيط بالتكليف، ج1، عني بتصحيحه الأب جين يوسف هوبن اليسوعي، بيروت، المطبعة الكاثوليكية، د.ت.

والأصول الخمسة المنسوب إلى القاضي عبد الجبار بن أحمد، تحقيق، د.فيصل بدير عون، لجنة التأليف

والتعريب والنشر، مطبوعات جامعة الكويت، ط1/ 1998.

- الآمدي، سيف الدين: المبين في شرح معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين، تحقيق د.حسن الشافعي، القاهرة، مكتبة وهبة، ط2/ 1993.
- البياضي، كمال الدين أحمد: إشارات المرام من عبارات الإمام، تحقيق وتعليق، يوسف عبد الرزاق، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط1/ 1949.
- البيضاوي، ناصر الدين: طوالع الأنوار من مطالع الأنظار، تحقيق عباس سليمان، بيروت، دار الجيل، ط1/ 1991.
- التفتازاني، مسعود بن عمر، رسالة مخطوطة بعنوان هذه رسالة معمولة في خلاصة الكلام، إسطنبول، د.ت.
- الجرجاني، الشريف علي بن محمد: شرح المواقف، ج8، ضبطه محمود الدمياطي، بيروت، دار الكتب العلمية.
- الجويني، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، حققه وعلى عليه د.محمد يوسف موسى، وعلى عبد المنعم عبد الحميد، الخانجي، 1950.

العقيدة النظامية في الأركان الإسلامية، تحقيق، محمد زاهد الكوثري، القاهرة، المكتبة الأزهرية للتراث، 1992.

- الحليمي، الحسين بن محمد: المنهاج في شعب الإيمان، ج1، تحقيق، حلمي فودة، القاهرة، دار الفكر، ط1/ 1979.
- حنفي، د.حسن: من العقيدة إلى الثورة، ج1، لبنان، دار التنوير، ط1/ 1988.
- الخوارزمي، محمود بن محمد الملاحمي: المعتمد في أصول الدين، تحقيق مارتن مكدرمت وآخر، الهدى لندن، 1991.
- الخياط، أبي الحسين عبد الرحيم بن عثمان: الانتصار والرد على ابن الراوندي الملحد، تحقيق: د.نيبرج، بيروت، دار الندوة الإسلامية، 1988.
- الدواني، جلال الدين: تعريف علم الكلام، بعناية نزار حمادي، تونس، دار الإمام ابن عرفة، د.ت.
- السفاريني، محمد بن أحمد: لوامع الأنوار البهية وسواطع الأسرار الأثرية لشرح الدرة المضية في عقد الفرقة المرضية، بيروت، المكتب الإسلامي، ط3/ 1991.
- السنوسي، محمد بن محمد بن يوسف، شرح أم البراهين، مطبعة الاستقامة، ط1/ 1351هـ.
- شبلي النعماني: علم الكلام الجديد، ترجمة، جلال الحفناوي، القاهرة، المركز القومي للترجمة، ط1/ 2012.
- الشهرستاني، أبو الفتح محمد بن عبد الكريم: نهاية الأقدام في علم الكلام، تحقيق، ألفرد جيوم، بغداد، مكتبة المثنى، د.ت.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد: فيصل التفرقة بين الإسلام والزندقة، مجموعة رسائل الغزالي، دار الكتب العلمية، بيروت. وقواعد العقائد، تحقيق، موسى محمد علي، عالم الكتب، ط2/ 1985.

●اللالكائي، أبو القاسم هبة الله منصور: شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة، ج1، تحقيق: أحمد بن سعد الغامدي، السعودية، دار طيبة، ط8/ 2003.

الهوامش:

(1) عن عمر بن الخطاب ﷺقال: "بينما نحن جلوس عند رسول الله ذات يوم إذ طلع علينا رجل شديد بياض الثياب، شديد سواد الشعر، لا يرى عليه أثر السف،ر ولا يعرفه منا أحد؛ فجلس إلى النبي فأسند ركبتيه إلى ركبتيه ووضع كفيه على فخذيه، وقال: يا محمد أخبرني عن الإسلام؟ قال رسول اللهﷺ «**الإسلام أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم رمضان وتحج البيت إن استطعت إليه سبيلا**» قال: صدقت، فعجبنا له يسأله ويصدقه، قال: أخبرني عن الإيمان؟ قال: «**أن تؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسوله واليوم الآخر وتؤمن بالقدر خيره وشره**» قال: أخبرني عن الإحسان؟ قال: «**أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك**» قال: أخبرني عن الساعة؟ قال: «ما المسئول عنها بأعلم من السائل». قال أخبرني عن أماراتها؟ قال: «أن تلد الأمة ربتها وأن ترى الحفاة العراة العالة رعاء الشاء يتطاولون في البنيان» ثم انطلق فلبثت مليا ثم قال لي: «يا عمر أتدري من السائل»؟ قلت الله، ورسوله أعلم قال: «**فإنه جبريل أتاكم يعلمكم دينكم**» رواه مسلم، كتاب الإيمان، باب معرفة الإيمان والإسلام والقدر وعلامة الساعة، من حديث عمر، رقم34. هذا حديث عظيم متفق عليه على صحته وجلالة قدره وكثرة فوائده فهو كالأم للسنة كما سميت الفاتحة أم القرآن لجمعها معاني القرآن. والحديث مشهور رواه أحد عشر من الصحابة منهم عمر وابن عمر وابن مسعود وابن عباس ... انظر: البياضي، إشارات المرام، ص69.

(2) ولا ريب أن هذه الأسئلة مقصودة لذاتها بغرض تعليم الصحابة (أمر) دينهم كما ورد في الحديث، وقد جاءت لتوضح العلاقة بين مباني هذا الدين حيث تنتقل الأسئلة من حيث الارتباط بينها من دائرة الظاهر إلى الباطن أو من العموم إلى الخصوص فجواب السؤال الأول عن الإسلام أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله ... يتعلق بذكر الاستسلام الظاهري في القول والفعل، والسؤال الثاني عن الإيمان الذي يتعلق بالانقياد الباطني القلبي الذي يصدر عنه القول والفعل وهنالك يأتي السؤال الثالث- المترتب على السؤالين السابقين- الذي يتعلق بالفعل الذي يجب أن يجب أن يتسم بكونه حسنا متقنا(الإحسان) وهو عبادة الله تعالى ظاهرا بالأقوال والأفعال وباطنا بالإخلاص لله تعالى وحده؛ ومن الظاهر والباطن(القول+ الفعل) يتكون العمل المتقن المسبوق بالنيَّة، وهو عبادة

مادام أنه قصد به وجه الله وحده، لأن الله تعالى يرانا ويطلع علينا في كل حال وهو معنى (أن تعبد الله كأنك تراه فإن لم تكن تراه فإنه يراك).

(3)انظر: التفتازاني: **شرح العقائد النسفية**، بغداد، مكتبة المثنى، د.ت، ص11.

(4) البياضي، كمال الدين: **إشارات المرام من عبارات الإمام**، تحقيق وتعليق، يوسف عبد الرزاق، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط1/ 1949 ص57.

(5)ظهرت بعض التآليف في العقيدة عبارة عن سؤال وجواب مثل كتاب الأجوبة في علم الكلام لأبي بكر محمد بن عبد الله الأنصاري الإشبيلي المعروف بالخفَّاف حيث قال:"سأل من تعيَّن في الدين إجابته عن مسائل من علم الكلام؛ طالبا إبانة ما خفي منها، فالله يجري الحق على لسان المسؤول بمنه وكرمه" ص49، وعدة هذه الأسئلة ثلاثة عشرة سؤالا، أجاب فيها عن أسئلة كلامية دقيقة أتته من مدينة فاس، وهو يشرح كتاب الإرشاد للجويني، والحق أن هذا النمط من التأليف الكلامي كما يقول محقق الكتاب: "رسم مغربي، صار عليه أكابر المتكلمين منهم، ونهض إليه عارفوه المختصون به، ومن أمْثلهم فيه الإمام عبد الحق الصقلي في سؤالاته للإمام النظَّار أبي المعالي الجويني، ومنهم الحافظ أبو بكر بن العربي، في سؤالاته لحجة الإسلام أبي حامد الغزالي، والسؤال لا يُحسنة كلُّ أحد ولا يرتقى إليه إلا من كان على قدر من العلم والفهم" تحقيق د.عبد الله التوراتي، دار الحديث الكنانية، المغرب، ط1/ 2019، ص19. وحذا نحو ذلك عدد من العلماء في التأليف في العقائد مثل كتاب 200 سؤال وجواب في العقيدة للشيخ حافظ أحمد آل حكمي، مؤسسة الشيخ عيد بن محمد آل ثاني الخيرية، عقيدة المسلم في سؤال وجواب لمحمد جميل زينو. وكذلك كتاب الجواهر الكلامية في إيضاح العقيدة الإسلامية حيث اشتمل على مائة وواحد سؤال وأجوبتها وكان واجبا على طلبة العلم وتلامذة المدارس والمكاتب، إذ قال مؤلفها طاهر بن صالح جزائري في مقدمتها: "هذه رسالة مشتملة على المسائل المهمة في علم الكلام، قريبة المأخذ للأفهام، وجعلتها على طريق السؤال والجواب، وتساهلت في عباراتها تسهيلا للطلاب"صححها حسن الهادي حسين، دار العصور للطبع والنشر بشارع الخليج المصري بالظاهر بمصر، د.ت، ص2. وقد استعمل هذه الطريقة أيضا الأشعري في كتابه "الإبانة"حيث كتب بابا من أبواب الإبانة (باب الكلام في الإرادة، والرد على المعتزلة، وإيراد أسئلة والجواب عنها) ومنها دلائل التوحيد 50 سؤالا وجوابا في العقيدة تأليف محمد بن عبد الوهاب، دار الاستقامة، القاهرة، ط1/ 2011. ولا يخفى ما في هذه الطريقة من سهولة ويسر تناسب

العامة والصبيان وقد استعملها الشهرستاني في كتابه نهاية الإقدام في علم الكلام أيضا حيث قال: "وقد أوردت المسائل على تشعث خاطري وتشعب فكري ممتثلا أمره في معرض المباحثات ترتيبًا وتمهيدًا وسؤالًا وجوابًا وجعلتها عشرين قاعدة تشتمل على جمع مسائل الكلام" حرره وصححه ألفريد جيوم، بغداد، مكتبة المثنى، د.ت، ص4.

(6)عبد المجيد النجار: **الإيمان وأثره في الحياة**، تونس، دار الغرب الإسلامي، ط/ 1997،ص10، 11.

(7) رأى الكافيجي أن "النظر في معرفة الله تعالى واجبٌ إجماعًا ... ولكن وجوبه عندنا بالسمع وعند غيرنا بالعقل. أما السمع فنحو قوله تعالى: (قل انظروا ماذا في السموات والأرض)، وقوله: (فانظر إلى آثار رحمة الله كيف يحي الأرض بعد موتها)، ولأن ما لا يتم الواجب المطلق إلا به فهو واجب" محيي الدين حمد بن سليمان، **الأنوار في علم التوحيد شرح كلمتي الشهادة**، ت حليم جاليش، إشراف عادل بيك، استانبول 1999م، ص2.

(8) انظر: كارادفو: **مفكرو الإسلام**، ترجمة محمد عبد العزيز الحبابي، الرباط، مطبعة الأمنية، ط1/ 1945، ص65.

(9)انظر: **شرح العقيدة الطحاوية**، ص 379. المفاضلة بين الملائكة وصالحي البشر وعلى رأسهم الأنبياء باتت من إحدى مسائل المتكلمين المتأخرين.

(10) الأصل لغة هو ما يبنى عليه غيره، وقد احتفى التراث الإسلامي بهذا اللفظ في مجالات عدة فاشتهر اللفظ بإطلاقه على علم أصول الفقه، وأصول الدين حتى في التراث الصوفي قالوا من ضيع الأصول فقد حرم الوصول.

(11) وقرر ذلك أيضا سعد التفتازاني في ***شرح العقائد النسفية*** إذ قال: "اعلم أن الأحكام الشرعية منها ما تتعلق بكيفية العمل، وتسمى فرعية، ومنها ما تتعلق بالاعتقاد، وتسمى أصلية واعتقادية. والعلم المتعلق بالأولى يسمى علم الشرائع والأحكام؛ لما أنها لا تستفاد إلا من جهة الشرع، ولا يسبق الفهم عند إطلاق إلا إليها. وبالثانية: علم التوحيد والصفات؛ لما أن ذلك أشهر مباحثه وأشرف مقاصده" بغداد، مكتبة المثنى، ص10،9.

(12)ولعل الفلاسفة المسلمين قد عبروا عن هذين الأصلين بمصطلحين آخرين، هما: المبدأ والمعاد. وربما انتقلت عدوى هذين المصطلحين إلى المتكلمين إذ قال السمرقندي في "***الصحائف في علم الكلام***" عن تعريفه: بـ"أنه علم يبحث فيه عن ذات الله- تعالى- وصفاته، وأحوال الممكنات في المبدأ والمعاد على قانون الإسلام"ص65 ولعلهم رجعوا إلى القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿اللَّهُ يَبْدَأُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ

﴿ثُمَّ إِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾ وكذلك الآيات [الروم: 11]، و[الأنبياء: 104]، و[يونس: 34] و[الروم: 27].

(13) راجع أيضا الآيات التي ورد فيها الاقتران بين أصلي الإيمان بالله واليوم الآخر دون بقية الأصول الستة في السور الآتية: سورة البقرة: 62، 228، 232، وسورة آل عمران: 114، وسورة النساء: 39، 59، 162، وسورة المائدة: 69، وسورة التوبة: 19، 44، 45، 99. وسورة النور: 2، وسورة الأحزاب: 21، وسورة الممتحنة: 6، وسورة الطلاق: 2.

(14) راجع أيضا آيات: (المجادلة: 22) [التوبة: 45] [البقرة: 8].

(15) رواه مسلم في ***صحيحه***، كتاب الإيمان، باب الحث على إكرام الجار والضيف، من حديث أبو هريرة ﷺ، رقم 97.

(16) رواه البخاري في ***صحيحه***، كتاب الجنائز، باب إحداد المرأة على غير زوجها، من حديث أم حبيبة رضي الله عنها، رقم 1234. وانظر كذلك الحديث الذي رواه مسلم في ***صحيحه***، كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، من حديث أبي هريرة ﷺ، رقم 1052، وما رواه البخاري في ***صحيحه***، كتاب الحج، أبواب المحصر وجزاء الصيد، من حديث أبي شريح العدوي، رقم 1748.

(17) الحنفي، عصام الدين إسماعيل بن محمد(ت1195هـ): ***حاشية القونوي على تفسير الإمام البيضاوي***، ومعه حاشية ابن التمجيد، ج2، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1/ 2001، ص98.

(18) راجع: الفصل الثاني بعنوان بيان اتفاق الشرائع على إثبات المعاد، من كتاب الشوكاني محمد بن علي: ***إرشاد الثقات إلى اتفاق الشرائع على التوحيد والمعاد والنبوات***، لبنان، ط1/ 1984، ص10.

(19) البياضي، كمال الدين أحمد: ***إشارات المرام***، ص69.

(20) انظر: ***السابق***، ص70.

(21) يقول في منظومته **جوهرة التوحيد** بعد أن ذكر جميع العقائد الإيمانية مما يرجع إلى الألوهية والنبوة وجوبا وجوازا واستحالة: "وجامعٌ معنى الذَّي تقررا ****شهادتا الإسلام فاطرح المِرا. ويعني بذلك تَضَمّن الشهادتين لجميع العقائد الإيمانية الواجبة كما عنون اللقاني شارح الجوهرة. إذ يقول: "والمعنى أن الشهادتين جمعتا جميع العقائد الإيمانية الواجبة الاعتقاد شرعا، سواء تعلقتْ بالله تعالى أو برسله أو بكتبه أو بالجنة والنار أو بشيء من المغيبات التي وردت بها الأخبار، وسواء رجعت للواجب العقلي أو للممتنع العقلي أو للجائز العقلي" ***هداية المريد لجوهرة التوحيد***، برهان الدين إبراهيم اللقاني

المالكي، تحقيق، مروان حسين عبد الصالحين البيجاوي، القاهرة، دار البصائر، ط1/ 2009، ص721. وهذا ما أكده أيضا الشيخ محمد بخيت المطيعي(ت1354هـ) في ***كتابه القول المفيد في علم التوحيد*** الذي شرح فيه منظومة رسالة وسيلة العبيد للشيخ محمد الإمام الطاهري في قول الأخير:

وذي العقائد التي تقرَّرتْ ....في لازم الشهادتين اندرجتْ

إذ لازم الكلمة الشريفة ....غناه قل وحاجة الخليقة

انظر: دار البصائر، ط1/ 2011، ص128.

(22)السنوسي، محمد بن يوسف الحسيني، ***متن السنوسية في علم التوحيد***، ص6-8.

(23) ***السابق*** نفسه.

(24) الشنقيطي، محمد بن يحيى الولاتي المالكي(ت1330)، ***فتح الرب المجيد الحميد على نظم عبد المجيد الأزهري الشرنوبي في عقائد التوحيد***، عناية نزار حمادي، ط1/ 2014، ص64.

(25) ***السابق*** نفسه.

(26)انظر: انظر: الشافعي، حسن وآخر: ***محاضرات في العقيدة الإسلامية***، القاهرة، دار الهاني، ط1/ 2009، ص230.

(27) والآيات الآتية أيضا: النساء: 152، 171؛ و الحديد: 19، 21.

(28) الهندي، الشبلي النعماني: ***علم الكلام الجديد***، ص177.

(29) اللقاني، برهان الدين إبراهيم: ***هداية المريد لجوهرة التوحيد***، ص723، 724.

(30) ***سنن أبي داود***، كتاب الجنائز، باب في التلقين، من حديث معاذ بن جبل، رقم 2758. وحديث (أفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلي عشية عرفة لا إله إلا الله وحده ...) الدعاء للطبراني، باب الدعاء بعرفات، من حديث علي ﷺ، رقم 800.

(31) انظر: ***تهذيب واختصار أم البراهين***، ص203.

(32) تتان، عبد الكريم وآخر، **عون المريد لشرح جوهرة التوحيد في عقيدة أهل السنة والجماعة**، دار البشائر للطباعة، ط2/ 1999، ص122.

(33) ***السابق***، ص123. وانظر أيضا: إبراهيم البيجوري، **تحفة المريد على جوهر التوحيد**، القاهرة، مصطفى بابي الحلبي، 1939م، ص83.

(34) السنوسي، محمد بن محمد بن يوسف، ***شرح أم البراهين***، مطبعة الاستقامة، ط1/ 1351ه، ص83.

(35) ***السابق*** نفسه.

(36) ***السابق***، ص83.

(37)انظر: الفاسي، محمد بن أحمد بن محمد: ***مختصر الدر الثمين والمورد المعين على المنظومة المسماة بالمرشد المعين على الضروري من علوم الدين***، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، 1345هـ، 7،8.

(38)الكافيجي، محمد بن سليمان، ***الأنوار في التوحيد***، ص26.

(39) انظر ***السابق*** نفسه، ص34.

(40)انظر: الحليمي، الحسين بن الحسن: ***المنهاج في شعب الإيمان***، ج1، تحقيق، حلمي فودة، القاهرة، دار الفكر، ط1/ 1979، ص184،183.

(41) متفق عليه، ***صحيح البخاري***، كتاب العلم، باب من خص بالعلم قوما دون قوم، من حديث أنس بن مالك ﷺ، رقم 127.

(42) متفق عليه، ***صحيح مسلم***، كتاب الإيمان، باب من مات لا يشرك بالله شيئا دخل الجنة من حديث أبي ذر، رقم 167، صحيح البخاري، كتاب الاستئذان، باب من أجاب بلبيك وسعديك، رقم 5938.

(43) اليحصبي، القاضي عياض بن موسى بن عياض: ***قواعد الإسلام***، طنجة، مجلة لسان الدين، السنة السابعة، 1953، ص3.

(44) ***السابق***، ص4.

(45) ***السابق*** نفسه.

(46) ***السابق***، ص5.

(47)الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد: ***فيصل التفرقة بين الإسلام والزندقة***، مجموعة رسائل الغزالي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص134.

(48)الدواني، جلال الدين: ***تعريف علم الكلام***، بعناية نزار حمادي، تونس، دار الإمام ابن عرفة، د.ت، ص60، 61.

(49) الألوهيات يتعلق- غالبا- بالتصورات والفلسفات البشرية للإله من حيث محاولة إثبات وجوده كعلة أولى وصفاته وأفعاله، ومن هنا نجد أن بعض الجامعات في تركيا وإيران قد استحدثت كلية أطلقت عليها اسم الإلهيات، وإن كانت التسمية تفصل ما بين ما هو نقل إلهي وما هو فكر وضعي وبشري؛ فذلك كانت متناسبا مع طبيعة الصراع الخفي بين تيارين كبيرين: أحدهما يرتكز على الدين، والآخر علماني لا يعتد به، ومن هنا كان من المناسب للتفرقة بين الدين واللا دين اختيار هذه التسمية. ويسمى في الجامعات الغربية لدى المستشرقين باللاهوت. theology

(50) الجويني، ***العقيدة النظامية في الأركان الإسلامية***، تحقيق، محمد زاهد الكوثري، القاهرة، المكتبة الأزهرية للتراث، 1992م،ص39.

(51) السابق، ص39، 40.

(52)الآمدي، سيف الدين: ***المبين*** في شرح معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين، تحقيق د.حسن الشافعي، القاهرة، مكتبة وهبة، ط2/ 1993، ص122.

(53)انظر: الشافعي، د.حسن وآخر: ***محاضرات في العقيدة الإسلامية***، القاهرة، دار الهاني، ط1/ 2009، ص216.

(54)السفاريني، محمد بن أحمد: ***لوامع الأنوار***، ص3.

(55)الجويني، ***العقيدة النظامية***، ص76.

(56) ***السابق*** نفسه.

(57) من المعاصرين من سمى السمعيات بالغيبيات وجعل مضمونها هو: حقائق تتعلق بالموت وذكر فيها ملك الموت وقبضه للأرواح وسؤال القبر وعذابه ونعيمه، الساعة وأشراطها، ويوم القيامة وأحداثه وما يتعلق به من الحشر والحساب والميزان والصراط والحوض والشفاعة والجنة والنار والخلود فيهما. راجع: محمد همام: الغيبيات في ضوء السنة، ط1/ 1986. والبوطي، محمد سعيد، كبرى اليقينيات الكونية، دار الفكر، ط9/ 1997، ص301.

(58) انظر: الجويني، ***العقيدة النظامية***، ص76. وابن خمير السبتي(ت614هـ) في كتابه "***مقدمات المراشد إلى علم العقائد***" حيث وضع مقدمة ذكر فيها السمعيات التي يجب الإيمان بها، ثم فصَّل الكلام في كيفية الموت، وسؤال القبر وعذابه ونعيمه، والحساب ...إلخ، ص322 وما بعدها.

(59)الشرقاوي، محمد عبد الله، ***دراسات العقيدة***، ص144.

(60) انظر: التفتازاني: ***شرح المقاصد***، ج4/ 263.

(61)اللقاني، ***هداية المريد لجوهرة التوحيد***، ص667.

(62)الجويني، ***العقيدة النظامية***، ص19.

(63)حمادي، نزار: ***الدليل القائد لدراسة علم العقائد***، مركز ابن عرفة للتكوين في العلوم الشرعية، تونس، د.ت، ص33.

(64) الغزالي، محمد بن محمد: ***قواعد العقائد***، تحقيق، موسى محمد علي، عالم الكتب، ط2/ 1985، ص63.

(65)انظر: ***مصباح الأرواح في أصول الدين***، تحقيق: سعيد فودة، الأردن، دار الرازي، ط1/ 2007، ص191، وما بعدها.

(66)انظر: البيضاوي، ناصر الدين: ***طوالع الأنوار من مطالع الأنظار***، تحقيق عباس سليمان، بيروت، دار الجيل، ط1/ 1991، ص213.

(67)انظر: ***المواقف***، ص337.

(68)الجرجاني، علي بن محمد: ***شرح المواقف للقاضي عضد الدين الإيجي***، ج8، ضبطه محمود الدمياطي، بيروت، دار الكتب العلمية، ص241.

(69)رأى أبو حيان التوحيدي أن العقل هو المعتبر في تقسيم أصول الدين حيث قال في رسالة العلوم: "وأما علم الكلام فإنه باب من الاعتبار في أصول الدين يدور النظر فيه على محض العقل في التحسين والتقبيح والإحالة والتصحيح والإيجاب والتجويز والاقتدار والتعجيز

والتعديل والتجوير والتوحيد والتكفير والاعتبار فيه ينقسم بين دقيق يتفرد العقل به وبين جليل يفزع إلى كتاب الله تعالى فيه ثم التفاوت في ذلك بين المتحلين به على مقاديرهم في البحث والتنقير"التوحيدي، أبو حيان: ***رسالتان***، الرسالة الثانية "رسالة العلوم"، قسطنطينة، مطبعة الجوائب، ط1/ 1301ه، ص203.

(70) الجويني، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، ***الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد***، حققه وعلى عليه د.محمد يوسف موسى، وعلى عبد المنعم عبد الحميد، الخانجي، 1950، ص359،358.

(71) انظر: الرازي، فخر الدين، ***المحصول في أصول الفقه***، ج1، تحقيق، د. طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3/ 1997، ص406.

(72)ابن تيمية: ***معارج الوصول إلى معرفة أصول الدين وفروعه*** قد بينها الرسول، دار الزيني للطباعة والنشر، د.ت، ص8، 9.

(73)السابق نفسه.

(74)انظر: البيضاوي، ناصر الدين: ***طوالع الأنوار من مطالع الأنظار***، تحقيق سليمان عباس، بيروت، دار الجيل، ط/ ، ص75 وما بعدها.

(75) الفتني، عبد الملك، ***الحواشي الجليلة على المقدمة البديعة الجميلة*** المسماة بالمطالب الحسان في أمور الدين وشعب الإيمان، المطبعة الكبرى الميرية ببولاق مصر المحمية، الطبعة الأولى 1304هـ،ص8.

(76) ***المبين***، تحقيق، حسن الشافعي، ص122؛ انظر: النيسابوري، محمد بن الحسن: ***الحدود المعجم الموضوعي للمصطلحات الكلامية***، تحقيق، د.محمود يزدي مطلق، إيران، مؤسسة الإمام الصادق، ط1/ 1414هـ، ص32.

(77) ***المواقف مع شرحه*** 1/ 56.

(78)ليس أدل على ذلك من كتاب شرح المقاصد لسعد الدين التفتازاني حيث نجد أنه قد قدم لمقصد الإلهيات بأربعة مقاصد في الأمور العامة تعد تمهيدا للكلام عن ذات الله تعالى وكمالاته في المقصد الخامس(راجع: ج4) من الكتاب تحقيق د.عبد الرحمن عميرة، لبنان، عالم الكتب، ط2/ 1998 .

(79)انظر: الدسوقي، محمد: ***حاشية الدسوقي على أم البراهين*** لمؤلفها محمد السنوسي، مكتبة المشهد الحسيني، د.ت، ص151، 152.

(80)العدوي، محمد أحمد، ***آيات الله في الآفاق أو طريق العقائد في القرآن***، مطبعة المنار بمصر، سنة 1933م، ص.د من المقدمة.

(81)ابن تيمية، ***معارج الوصول***، ص33.

(82)راجع: الفارابي، ***إحصاء العلوم***، ص113:107. ورأى ابن سينا أن هذا العلم(العلم الإلهي) إن كان من حقه التقديم في المرتبة على العلوم كلها إلا أنه يتأخر عن غيره في

الرتبة انظر: ابن سينا، ***الإلهيات من الشفاء***، تحقيق آية الله حسن زاده الآملي، قم، مركز انتشارات إسلامي، ط1/ 1418، ص30.

(83) الإيجي، عضد الدين: ***المواقف في علم الكلام***، بيروت، عالم الكتب، د.ت، ص8.

(84)الجرجاني، ***شرح المواقف***، 1/ 62.

(85)ابن خلدون، ***تاريخ ابن خلدون***، ج1، تحقيق، خليل شحادة، ص653. ويقول اليوسي: "وقد أدرج المتأخرون جملا من الرياضيات والطبيعيات ومباحث كثيرة فلسفيات، للاتساع والانتفاع كما مرّ فاشتمل على أقسام" قانون العلم والعالم والمتعلم، ص181.

(86)ابن خلدون، ***لباب المحصل في أصول الدين***، نشره الأب الأغوسطيني لوسيانو روبيو، تطوان، دار الطباعة المغربية،1952، ص23:3.

(87)حنفي، ***من العقيدة إلى الثورة***، ج1/ 71.

(88)انظر: ***السابق***، ج1/ 79.

(89)الأسدآبادي، القاضي عبد الجبار: ***الأصول الخمسة*** المنسوب إلى القاضي عبد الجبار بن أحمد، تحقيق، د.فيصل بدير عون، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مطبوعات جامعة الكويت، ط1/ 1998م، ص67.

(90)ذهب القاسم بن إبراهيم الرسيّ(ت246هـ) أحد رجال الزيدية: أن الأصول خمسة: التوحيد، العدل، الوعد والوعيد، المنزلة بين المنزلتين، ثم القرآن والكريم والسنة المطابقة له"ص19، 20.

وذكر القاضي في مختصر الحسنى أن أصول الدين أربعة: التوحيد والعدل، والنبوات، والشرائع" ص23.

(91) يقول د.عون في موضع آخر "كما أنه يوجد أكثر من كتاب، ومن ثم أكثر من مؤلف لكتب في الأصول الخمسة فمن المؤلفين الذين ألفوا عن الأصول الخمسة نجد العلاف أبو الهذيل العلاف 246ه وجعفر بن حرب 236، والقاسم الرسيّ 246ه وأحمد بن يحيي المرتضى 840" ص37.

(92) عون، فيصل، ***مقدمة الأصول الخمسة***: القاضي عبد الجبار، ص19.

(93)الخياط، عبد الرحيم بن عثمان: ***الانتصار والرد على ابن الراوندي الملحد***، تحقيق: د.نيبرج، بيروت، دار الندوة الإسلامية،1988م، ص127.

(94) الشهرستاني: الملل والنحل، ج1/ 12.

(95) قاضي القضاة، عبد الجبار بن أحمد: ***المجموع في المحيط بالتكليف***، ج1، عني بتصحيحه الأب جين يوسف هوبن اليسوعي، بيروت، المطبعة الكاثوليكية، د.ت، ص9.

(96)انظر: أحمد بن الحسين بن أبي هاشم: ***شرح الأصول الخمسة***، تحقيق عبد الكريم عثمان، مكتبة وهبة، ط3/ 1996م، ص123، ود.فيصل عون، الأصول الخمسة: القاضي عبد الجبار، ص20.

(97)عبد الجبار، قاضي القضاة: ***المجموع في المحيط بالتكليف***، ج1، ص9.

(98) ***شرح الأصول الخمسة***، ص123. راجع:، هانم يوسف: ***أصل العدل عند المعتزلة***، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1/ 1993، ص67.

(99)رشا العمري، ***أصول المعتزلة***، منشور ضمن كتاب المرجع في تاريخ علم الكلام، ترجمة د.أسامة شفيع، بيروت، مركز نماء، ط1/ 2016، ص260.

(100)عبد الجبار، قاضي القضاة: ***المجموع في المحيط بالتكليف***، ج1، ص11.

(101)بدوي، عبد الرحمن: ***مذاهب الإسلاميين***، ج1، دار العلم للملايين، بيروت، 1997، ص56.

(102)عبد الجبار، قاضي القضاة: ***المجموع في المحيط بالتكليف***، ج1، ص11، 12.

(103) الخوارزمي، محمود بن محمد الملاحمي: ***المعتمد في أصول الدين***، تحقيق مارتن مكدرمت وآخر، الهدى لندن، 1991، ص10،9..

(104)انظر: الإرشاد، إذ قال في باب في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: "قد جرى رسم المتكلمين بذكر هذا الباب في الأصول، وهو بمجال الفقهاء أجدر. فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان بالإجماع على الجملة" ص368.

(105) رواه مسلم في ***صحيحه***، كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان، من حديث أبي سعيد الخدري، رقم 99.

(106) أحمد بن الحسين بن أبي هاشم: ***شرح الأصول الخمسة***، تحقيق عبد الكريم عثمان، مكتبة وهبة، ط3/ 1996م، ص124.

(107) ***الملل والنحل***، ج1، تحقيق، أمير على مهنا وآخر، دار المعرفة، بيروت، ط3/ 1993، ص31.

(108)الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف: ***الإرشاد إلى قواطع الأدلة***، ص410.

(109)الجويني: ***العقيدة النظامية***، ص19.

(110)الغزالي، أبو حامد: ***الاقتصاد في الاعتقاد***، تحقيق د.مصطفى عمران، دار البصائر، ط1/ 2009، ص504.

(111)الشهرستاني: ***نهاية الأقدام في علم الكلام***، تحقيق، ألفرد جيوم، بغداد، مكتبة المثنى، د.ت، ص478.

(112) الجرجاني: ***شرح المواقف***، ج8/ 376.

(113)السيوري، المقداد بن عبد الله: ***الاعتماد في شرح واجب الاعتقاد***، تحقيق، صفاء البصري، إيران، مجمع البحوث الإسلامية، ط1/ 1412هـ، ص42.

(114)السابق، ص75.

(115) المظفر، محمد رضا: ***عقائد الإمامية***، النجف، مكتبة الأمين، 1968، ص65.

(116) انظر: السيوري، ***الاعتماد***، ص87.

(117) الحليّ، ابن المطهر، ***منهاج الكرامة في معرفة الإمامة***، ص37.

(118) المظفر، محمد رضا: ***عقائد الإمامية***، ص67.

(119) ***تلخيص الشافي***، ج4، ص131، 132.

(120) ابن نوبخت، أبو إسحاق إبراهيم: ***الياقوت في علم الكلام***، على أكبر ضيائي، مكتبة آية الله العظمى، قم، إيران، ط1/ 1413، ص75.

(121) انظر: السيوري، ***الاعتماد***، ص89.

(122) اختار بعض المؤلفين في العقيدة هذه الطريقة مثل: أركان الإيمان وهبي سليمان غاوجي الألباني، ودراسات في العقيدة الإسلامية، د.عبد الحميد مدكور، وأصول الدين دراسة لمراتب الدين وأسس العقيدة وأركان الشريعة، محمد بن عبد العزيز العلي، وغيرهم.

(123) يراعي في تأليف وعرض كل أصل من هذه الأصول الستة الطابع الخاص به؛ وذلك بأن يكون مدخلا لعرض مسائله المختلفة، فعلى سبيل المثال لا الحصر: الأصل الأول، وهو الإيمان بالله تعالى يجب أن يغلب عليه المدخل العقلي والعلمي التجريبي المشبع بالإيمان الفطري حتى تثبت مسائله عقلا وتهدأ الروح ويستقر الوجدان، وهذا ما نجده بوضوح في أدلة القرآن الكريم. والأصل الثاني، الإيمان الملائكة يناسبه مدخل التسليم والقبول لأنه لا مجال للعقل ابتداء. والأصل الثالث (كتبه) والرابع (ورسله) يناسبه المدخل التاريخي النقدي تاريخ الرسل والرسالات للأنبياء وللأمم. والأصل الخامس والسادس اليوم الآخر والقدر خيره وشره المدخل العملي الواقعي الذي يصاحبه التوكل على الله والأخذ بالأسباب. وعلى الرغم من اقتراحي لهذه المداخل في عرض مسائل العقيدة فإنني أقترح أيضا أن تكون المداخل متعلقة بطبيعة الإنسان ومحاولة التوازن بين مكوناته المتنوعة، فيكون هناك مدخل نفسي- وروحي، ومدخل عقلي، ومدخل فطري ووجداني، وقلبي وتسليمي، ومدخل جسدي= عملي، ومدخل تاريخي.

(124) نزار حمادي: مقدمة تحقيق تعريف علم الكلام، جلال الدين الدواني، ص12.

الطعن القضائي لقرارات ضريبة الدخل أمام محكمة البداية الضريبية

دراسة تحليلية في القانون الأردني

د.أحمد حسن أبو صباح*

تاريخ وصول البحث: 19/ 8/ 2020م تاريخ قبول البحث: 29/ 11/ 2020م

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان طبيعة القضاء المختص بنظر المنازعات الضريبية، وبيان طبيعة الإجراءات الواجب اتباعها عند مباشرة الدعوى الضريبية وأثرها في تحقيق سرعة البت في المنازعات الضريبية.

وتبرز إشكالية الدراسة في أن تخويل المشرع الضريبي الأردني بموجب قانون ضريبة الدخل لمحكمة البداية الضريبية صلاحيات واسعة وشاملة قد يعيق سير العدالة ويؤخر الفصل في النزاعات الضريبية التي تتطلب شيء من السرعة نظرًا لطبيعتها الخاصة ولما يترتب عليها من آثار مالية على المكلفين.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها: أن اختصاص محكمة البداية الضريبية يعد اختصاصًا عامًا شاملًا، إذ تختص المحكمة بكافة المنازعات الضريبية بغض النظر عن قيمتها وطبيعتها سواء كانت إدارية أم جزائية أم مدنية، كما خلصت إلى عدد من التوصيات أهمها: ضرورة استحداث محكمة صلح ضريبية والعمل على إعادة توزيع الاختصاصات بينها وبين محكمة البداية الضريبية على أساس قيمة الدعوى.

الكلمات المفتاحية: الطعن القضائي، الدعوى الضريبية، ضريبة الدخل، محكمة البداية الضريبية.

* أستاذ مساعد،قسم القانون المقارن، كلية الشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

The Judiciary Appeal to the Decisions of the Income Tax of the First Instance Tax Court: Analytical Study in jordanian law

Dr. Ahmad Abusabah

Abstract

This study aims to clarify the nature of the judiciary competent to consider tax disputes, and to indicate the nature of the procedures to be followed when initiating a tax lawsuit and its impact in achieving the rapid processing of tax disputes.

The problem of the study emerges in the fact that the Jordanian tax legislator's authorization under the Income Tax Law to the tax court of first instance broad and comprehensive powers may impede the course of justice and delay the adjudication of tax disputes that require some speed due to their special nature and the consequent financial implications for the taxpayers.

This study has concluded a number of results, the most important: the competence of the tax court of first instance it is a comprehensive general specialty, The court is competent in all tax disputes regardless of their value and nature, whether administrative, criminal or civil, It also concluded a number of recommendations, the most important: The necessity of establishing a tax magistrate court and working to redistribute of competences between it and the tax court of first instance based on the value of the lawsuit.

Key words: Judicial appeal, Tax lawsuit, Income tax, Tax court of first instance

المقدمة:

تعدّ الضـريبة أحـد أهـم المصـادر السيادية التي تعتمد عليها الدول في سبيل تمويل إنفاقها، ولا شكّ في أن الضـريبة لا يمكـن أن تقـوم بهـذا الـدور إلا إذا قامت على أسـاس مـن العدالـة، والعدالـة الضـريبية عبر عنهـا الدسـتور الأردني لعـام 1952 وتعديلاتـه في المـادة (111) منـه التـي جـاء فيهـا" .....وعـلى الحكومـة أن تأخـذ في فـرض الضـرائب بمبـدأ التكليـف التصـاعدي مـع تحقيـق المسـاواة والعدالـة الاجتماعية وأن لا تتجاوز مقدرة المكلفين على الأداء

وحاجة الدولة الى المال". فالعدالة الضريبية تقتضي أن يتحمل كل شخص في المجتمع سواء كان طبيعيًا أو معنويًا الضريبة المستحقة حسب قدراته وفي إطار قانوني يوفر له جميع الضمانات عند تحديد الوعاء الضريبي، وتقدير الضريبة المستحقة وتحصيلها، وأثناء تقدير الضريبة وتحصيلها يمكن أن يحصل خطأ في حسابها أو تقديرها، أو خروجا من قبل الإدارة الضريبية عن صلاحياتها القانونية، وبلا شك يثبت للمكلف الحق في رفضها وعدم قبولها ومن ذلك تقوم المنازعة الضريبية. فكلما وجه للمكلف بالضريبة قرارا يلزمه بتسديد ضريبة معينه، بإمكانه الطعن فيه إداريًا عن طريق الاعتراض الإداري، وقضائيًا عن طريق الدعوى المرفوعة أمام الجهات القضائية المختصة بالفصل في المنازعة الضريبية.

فالمنازعة الضريبية تعبّر عن الاختلاف في وجهات النظر بين المكلف والإدارة الضريبية، بمناسبة قيامها بمهامها وواجباتها التي نص عليها التشريع الضريبي، من هنا تظهر الأهمية النظرية والعملية للمنازعة الضريبية، والتي لا تقتصر على النواحي الفقهية التي تقتصر على بيان مفهوم المنازعة الضريبية وخصائصها وأسبابها، إنما يتعدى الأمر ذلك ليشمل الإجراءات الواجب اتباعها في سبيل حل المنازعات الضريبية.

لهذا فقد رسم المشرع الضريبي الأردني للمكلف طريقين لحل المنارعة الضريبية هما أولًا: الطريق الإداري (الاعتراض الإداري) الذي يقوم على أساس التظلم لدى المدقق على قرار التدقيق الصادر عنه لإعادة النظر فيه نظرًا لوجود أسباب قانونية أو موضوعية تستدعي ذلك. ثانيًا: الطريق القضائي الذي يقوم على أساس لجوء المكلف إلى القضاء المختص بالمنازعات الضريبية وذلك لعدم جدوى الطريق الأول في الاستجابة لاعتراض المكلف.

وقد اتجه الباحث إلى أن تقتصر دراسته الحالية على موضوع الطريق القضائي بوصفها وسيلة لحل النزاعات الضريبية دون الطريق الإداري، إذ إن الضمان الممنوح للمكلف في اللجوء للإدارة الضريبية لحل المنازعات الضريبية غير كافٍ، إذ تميل الإدارة في أغلب الأحيان إلى عدم الاعتراف بما وقع منها من أخطاء، كما أن لجوء المكلفين إلى الإدارة الضريبية لا يمنحهم الشعور بالإطمئنان على حقوقهم، كون الإدارة هي الخصم والحكم في ذات

الوقت، لذا فإن اللجوء إلى القضاء هو أفضل الضمانات المقرره للمكلفين.

إشكالية الدراسة:

تظهر إشكالية الدراسة في أن تخويل المشرع الضريبي الأردني بموجب قانون ضريبة الدخل لمحكمة البداية الضريبية صلاحيات واسعة وشاملة قد يعيق سير العدالة ويؤخر الفصل في النزاعات الضريبية التي تتطلب شيء من السرعة نظرًا لطبيعتها الخاصة ولما يترتب عليها من آثار مالية على المكلفين.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان ماهية الدعوى الضريبية وتشخيصها تشخيصًا دقيقًا، كما تهدف إلى تسليط الضوء على مرحلة في غاية الأهمية من مراحل تسوية المنازعات الضريبية ألا وهي المرحلة القضائية بمختلف إجراءاتها أمام محكمة البداية الضريبية. بما لهذه المرحلة من أثر في تحقيق الاستقرار للمراكز القانونية.

منهج الدراسة:

سيتبع الباحث المنهجين الوصفي والتحليلي من خلال تحديد المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة وعرض النصوص القانونية المطبقة على المنازعات الضريبية، وكذلك عرض الإجراءات المتبعة في تسويتها وتحليلها ونقدها.

الدراسات السابقة:

1. القبيلات، حمدي سليمان، الطعن بقرار تقدير ضريبة الدخل في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم 57 لسنة 1985 وتعديلاته (دراسة تحليلية تطبيقية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد1، السنة 32، 2008.

تتفق هذه الدراسة مع موضوع البحث ببيان الجهة المختصة بنظر الدعوى الضريبية وشروط قبولها، والحكم الصادر بها، وتختلف الدراسة محل البحث عن هذه الدراسة في أنها تتناول الدعوى الضريبية وإجراءات التقاضي أمام محكمة البداية الضريبية في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته، إذ إن هناك اختلافًا كبيرًا في الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى الضريبية وإجراءات التقاضي عما ورد في قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (57) لسنة 1985 وتعديلاته الذي تم الاعتماد عليه في دراسة القبيلات، من جهة أخرى اقتصرت الدراسة محل البحث على تناول طريق الطعن القضائي بقرارات ضريبة الدخل أمام محكمة البداية الضريبية في حين

أن دراسة القبيلات تناولت الطعن الإداري بقرار التقدير الضريبي، والطعن القضائي بقرار التقدير أمام محكمة استئناف قضايا ضريبة الدخل، ومحكمة التمييز.

2. السعايدة، عارف وآخرون، الطعن القضائي في منازعات ضريبة الدخل في الأردن، المجلة الجنائية القومية، المجلد 55، العدد الأول، 2012.

تتفق هذه الدراسة مع موضوع البحث عمومًا في تناول الطريق القضائي للطعن بقرارات تقدير الضريبة على الدخل، إلا أن الدراسة محل البحث تتميّز عن هذه الدراسة في تناولها للدعوى الضريبية وإجراءات التقاضي أمام محكمة البداية الضريبية على وجه التحديد والتفصيل في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته التي تم من خلالها بيان مفهوم الدعوى الضريبية والجهة المختصة بنظرها وهي تختلف عن تلك الجهة الواردة في هذه الدراسة، كما تناولت الدراسة محل البحث شروط قبول الدعوى الضريبية وإجراءات التقاضي أمام محكمة البداية الضريبية بشكل تفصيلي والحكم الصادر في الدعوى، في حين أن هذه الدراسة قد تناولت الطعن القضائي في منازعات ضريبة الدخل في الأردن في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (57) لسنة 1985 وتعديلاته، وغفلت عن بيان إجراءات التقاضي أمام الجهة المختصة بنظر الدعوى الضريبية بشكل تفصيلي، كما أن الإشارة للحكم الصادر بالدعوى كانت بشكل مقتضب.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: ماهية الدعوى الضريبية وأحكامها

المطلب الأول: مفهوم الدعوى الضريبية والجهة المختصة بالنظر فيها

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى الضريبية

المبحث الثاني: نظر الدعوى الضريبية

المطلب الأول: إجراءات النظر في الدعوى الضريبية

المطلب الثاني: الحكم الصادر عن محكمة البداية الضريبية

الخاتمة وتتضمن النتائج والتوصيات

المبحث الأول ماهية الدعوى الضريبية وأحكامها:

أتاح المشرع الضريبي الأردني للمكلفين الحق في رفع الدعوى الضريبية أمام جهة معينة حددها القانون في مواجهة الإدارة الضريبية لرفع الظلم والاجحاف الذي قد يتعرض له المكلف من قبل الادارة الضريبية، على أن تقدم الدعوى وفق ضوابط وشروط يترتب على إغفالها رد الدعوى. وعليه سيبين الباحث في هذا المبحث مفهوم الدعوى الضريبية والجهة المختصة بالنظر فيها في مطلب أول، أما المطلب الثاني فسيخصصه الباحث للحديث في شروط قبول الدعوى الضريبية.

المطلب الأول: مفهوم الدعوى الضريبية والجهة المختصة بالنظر فيها.

إذا لم يتمكن المكلف من استيفاء حقه في المرحلة الادارية (الاعتراض الاداري) أمام الادارة الضريبية، فعليه اللجوء إلى المرحلة القضائية لكي ينازع من أجل حماية حقوقه من خلال رفع الدعوى الضريبية أمام المحكمة المختصة.[1]

الفرع الأول: تعريف الدعوى الضريبية.

عرفت المادة (1613) من مجلة الاحكام العدلية الدعوى القضائية على أنها" طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي وللآخر المدعى عليه"

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الدعوى القضائية بأنها"الوسيلة التي خولها القانون لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حق أو حمايته"[2]

فالدعوى القضائية هي الوسيلة القانونية التي سنتها التشريعات المختلفة لأصحاب الخصومة للجوء بمقتضاها إلى القضاء المختص لحماية حقوقهم، وتعرف الدعوى الضريبية على أنها" كل الأعمال والإجراءات التي تهدف إلى التخفيض الكلي أو الجزئي لضريبة تم إقرارها"[3]

كما تعرف الدعوى الضريبية على أنها الوسيلة القانونية والعملية لفض النزاع الدائر ما بين المكلف والإدارة الضريبية، وبمناسبة قيام الإدارة بربط الضريبة على المكلف ومدى اتساقها مع القواعد القانونية والأساس القانوني للتكليف.[4]

مما سبق يخلص الباحث إلى أن الدعوى الضريبية هي مجموعة الاجراءات التي خولها القانون للمكلف للالتجاء إلى القضاء عندما تثور المنازعة الضريبية بينه وبين الإدارة الضريبية لتقرير مشروعية دين الضريبة من عدمه أو هي دعوى خاصة يتحدد

نطاقها بالفرائض الضريبية، وتتميز بأنها وسيلة اختيارية وتقبل الانقضاء بالتقادم.

يظهر للباحث مما سبق أن الدعوى الضريبية تختلف عن الدعوى المدنية التي تنظرها المحاكم العادية من عدة نواحي أهمها أطراف الدعوى، إذ تعد الإدارة الضريبة طرفًا في الدعوى الضريبية بما لها من سلطات مستمدة من القانون العام وبهذا تكون المنازعة الضريبية بين طرفين غير متكافئين لكن متحدين بالصفة القانونية[5] وهما: الإدارة الضريبية من جهة والمكلف من جهة أخرى، وهو المدعي في المنازعة الضريبية وهو من يتحمل عبء الإثبات وليست الإدارة الضريبية على الرغم من أنها الطرف الأقوى في الدعوى الضريبية إذ إنها تتمتع بكافة السلطات والإمتيازات المقررة للهيئات الإدارية أهمها: تخويل موظفي الإدارة الضريبية حق الإطلاع على جميع المستندات والبيانات الخاصة بالإدارة والمؤسسات العامة أو الشركات الخاصة والأفراد، ليتمكنوا من إثبات صحة إقرارات المكلفين، كما تملك الحق في التنفيذ الجبري على أموال المكلفين المتخلفين عن دفع الضرائب باتباع إجراءات إدارية سريعة.[6]

وقد يطعن المكلف في مبدأ خضوعه للضريبة ويطلب إلغائها كليًا، وقد يطعن في العناصر الواقعية التي تعتمدها الإدارة كأساس لتحديد مبلغ الضريبة فيطلب التخفيض الجزئي للضريبة.

الفرع الثاني: الجهة المختصة بالنظر في الدعوى الضريبية.

تختص المحاكم القضائية بنظر الطعون في الخلافات التي تثور بين المكلفين والادارة الضريبية بشأن الضريبة.[7]

ثار خلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للجهة المختصة بنظر الدعوى الضريبية، حيث ذهب رأي[8] إلى القول بإسناد اختصاص نظر المنازعات الضريبية إلى القاضي المدني، بمقولة أن القانون المدني في نظرهم هو الشريعة العامة لشتى فروع القانون الوضعي، فتطبق أحكامه فيما لم يرد بشأنه نص خاص، وبذلك يكون القاضي المدني أجدر من غيره في تطبيق النصوص الضريبية التي وردت استثناء من أحكام القانون العام رعاية لمصالح الأفراد، حيث إن القاضي المدني إنما يلتزم الأحكام العامة التي تكفل مصلحة المكلفين بدفع الضريبة على خلاف القاضي الإداري الذي يميل إلى الدفاع عن مصلحة الخزينة.

بينما ذهب فريق آخر[9] إلى القول بوجوب اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الضريبية، على اعتبار أن الدعوى الضريبية ما هي إلا دعوى إدارية تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري، أضف إلى ذلك أن الإدارة الضريبية تستند عند فرضها دين الضريبة إلى القرارات الإدارية بوصفها سلطة عامة تتمتع بامتيازات القانون العام، لذلك وجب أن يختص القضاء الإداري دون غيره بنظر المنازعات الضريبية، كما أن تطبيق القانون الخاص بالضرائب يثير الكثير من المشاكل الحسابية والفنية والقانونية التي لا يتسع لتمحيصها وحلها وقت المحاكم العادية.[10] وذهب آخرون[11] إلى القول بأن المنازعات الضريبية يجب أن تختص بنظرها محاكم ضريبية مستقلة عن كل من المحاكم العادية والمحاكم الإدارية، لأن القانون الضريبي لا يلتزم إلا بأحكامه التي تمليها قواعده ومبادئه، لذلك يجب إنشاء قضاء ضريبي يعمل على تأصيل مبادئ القانون الضريبي وتوحيد أحكامه، وبذلك يتم تفادي الأحكام المتناقضة التي تطبق تارة أحكام القانون الخاص وتارة أخرى أحكام القانون العام، كذلك فإن سرعة البت في قضايا الضرائب التي تتطلبها مصلحة الخزينة تحتاج إلى إنشاء قضاء ضريبي مستقل. كما أن إنشاء قضاء ضريبي متخصص وتعيين قضاة لا ينظرون إلا في القضايا الضريبية سيجعلهم يكتسبون الخبرة اللازمة بعد مرور وقت معين، فموضوع الضرائب يتطلب نوعًا من الخبرة المحاسبية بالإضافة إلى الأحكام القانونية. وليس هناك ما يمنع القاضي الضريبي من الرجوع إلى أحكام القانون العام أو أحكام القانون الخاص ما دامت متفقة مع ذاتية القانون الضريبي.

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الثالث الذي ينادي بضرورة إنشاء محاكم ضريبية متخصصه للنظر في المنازعات الضريبية، إذ يثير التشريع الضريبي العديد من المشاكل الفنية والحسابية والمالية والقانونية التي يصعب على المحاكم الأخرى الفصل فيها، سيما أن المحاكم الضريبية المتخصصه من شأنها أن تكسب القضاة الخبرة والدراية الكافية في المجال الضريبي مما يجعل القاضي الضريبي أكثر قدره من غيره على حماية حقوق المكلفين ضد تعسف الادارة الضريبية في قراراتها المتعلقة في تقدير الضريبة أو ربطها، مما يسهم في سرعة البت في المنازعات الضريبية.

وقد تأثر المشرع الضريبي الأردني بالاتجاه الثالث، حيث عهد مسؤولية النظر في الطعون

المقدمة من قبل المكلفين لقضاء ضريبي متخصص، حيث أنشأ محاكم خاصة تسمى محكمة البداية الضريبية ومحكمة الاستئناف الضريبية.[12]

وفي هذا الصدد يثور لدينا السؤال التالي: هل يمكن للمحكمة الإدارية أن تفصل في الطعون الضريبية بالاستناد إلى دعوى الإلغاء؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول بأن القضاء الإداري الأردني درج على عدم قبول دعوى الالغاء إلا عند عدم وجود مرجع طعن موازٍ يحقق للطاعن جميع المزايا التي يمكن أن تحققها له دعوى الإلغاء. وفي هذا قضت المحكمة الإدارية بأن" وحيث إن محكمتنا لا تختص بالنظر في القرار الإداري الا عند وجود مرجع طعن مواز يمنح الطاعن جميع المزايا التي تمنحها له دعوى الالغاء".[13]

يستنتج الباحث مما سبق أن القضاء الإداري قد أسس عدم قبوله لدعوى الإلغاء في هذه الحالة على أساس الدعوى الموازية، وتعرف الدعوى الموازية على أنها دعوى مباشرة ترفع أمام قاض، ويكون من شأنها أن تشل آثار القرار المعيب بالنسبة للطاعن، بحيث تحقق له ذات النتائج التي يريد الوصول إليها عن طريق دعوى الإلغاء.[14]

واستنادًا إلى ما تقدم فلا مجال للطعن في القرارات الضريبية الفردية إلا أمام محكمة البداية الضريبية على اعتبار أنها الجهة القضائية المختصة قانونًا بنظر هذا النوع من المنازعات، وتأسيسًا على نظرية الدعوى الموازية على اعتبار أن الدعوى الضريبية ستحقق نفس النتائج التي يسعى رافع الدعوى إلى تحقيقها عن طريق دعوى الإلغاء.

وقد نص المشرع الأردني على تشكيل محكمة البداية الضريبية بموجب المادة (42) من قانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته بقولها" تنشأ محكمة بداية تسمى (محكمة البداية الضريبية) تؤلف من رئيس وعدد من القضاة يعينهم المجلس القضائي".

يتبين للباحث مما سبق أن محكمة البداية الضريبية تتشكل من رئيس وعدد من القضاة يعينهم المجلس القضائي، وتنعقد جلساتها من قاض منفرد[15]، وتعقد المحكمة جلساتها في مدينة عمان أو في أي مكان آخر تحدده داخل المملكة[16] وتعتبر هذه المحكمة جزءًا من السلطة القضائية، ويتمتع قضاتها بما يتمتع به أعضاء السلطة القضائية من ضمانات تكفل لهم استقلالهم وحياديتهم، كما يسري على قضاتها ما يسري على القضاة النظاميين من أحكام بما

في ذلك التشكيلات القضائية. وتمارس المحكمة أعمالها وفق قانون ضريبة الدخل والأنظمة التابعة له.[17] ومن جهة أخرى تتشكل في الإدارة نيابة عامة ضريبية تتبع لرئيس النيابة العامة تتألف من نائب عام ومساعدين له ومدعين عامين وموظفين حسب الحاجة يتم تعيينهم بقرار من المجلس القضائي[18]، وتمارس النيابة العامة الضريبية الصلاحيات المقررة للنيابة العامة وفق أحكام قانون ضريبة الدخل وقانون أصول المحاكمات الجزائية أو الصلاحيات المخولة للمحامي العام المدني.[19] وقد استحدث المشرع الأردني بموجب القانون رقم (38) لسنة 2018 المعدل لقانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014 في الدائرة مديرية القضايا لضريبة الدخل وضريبة المبيعات وأي مبالغ أخرى متعلقة بها تتبع للمدير تتألف من ممثلي الدائرة الحقوقيين وموظفين حسب الحاجة.[20]

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى الضريبية

حدد المشرع الضريبي شروط الدعوى الضريبية، التي يمكننا استخلاصها من نصوص قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته، وهي على النحو الآتي:

أولًا: الخصم في الدعوى الضريبية.

نصت المادة (55/ ج) من قانون ضريبة الدخل على أن" على الرغم مما ورد في هذا القانون وقانون الضريبة العامة على المبيعات، يتولى تمثيل الدائرة في قضايا ضريبة الدخل وضريبة المبيعات الحقوقية التي تكون الدائرة طرفا فيها امام محكمة البداية الضريبية ومحكمة الاستئناف الضريبية وأي محكمة أخرى مرافعة ومدافعة وتقديم اللوائح والطلبات أو التنسيب للمدير بإجراء المصالحات من يعين خطيا من قبل الوزير من المدققين الحقوقيين الحاصلين على الدرجة الجامعية الأولى في الحقوق حدا أدنى والذين مضى على خدمتهم في الدائرة بعد الحصول على هذا المؤهل مدة لا تقل عن ثلاث سنوات منها مدة لا تقل عن سنة واحدة مدققًا".

فالخصم في الدعاوى الضريبية الحقوقية ليس شخص المدقق الضريبي وإنما دائرة ضريبة الدخل يمثلها أحد المدققين الحقوقيين أمام المحكمة، وعليه فلو قام المكلف برفع الدعوى على من لا يعد خصمًا في الدعوى، فإن ذلك يجعل الدعوى مستوجبة للرد، وتعد الخصومة من النظام العام، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الأردنية بقولها" إن الخصومة من النظام العام تتصدى لها المحكمة من

تلقاء نفسها ولو لم يثرها أحد الخصوم لتعلق ذلك بالنظام العام".[21]

ثانيًا: رفع الدعوى خلال ميعاد الطعن القانونية.

حدد المشرع الأردني المدة التي يحق للمكلف الطعن بقرارات تقدير الضريبة على الدخل لدى محكمة البداية الضريبية بثلاثين يومًا تبدأ من اليوم التالي من تاريخ تبليغ القرار القابل للطعن، وهذا ما نصت عليه المادة (43/ ج) من قانون ضريبة الدخل التي جاء فيها" تقدم لائحة الدعوى خلال مدة ثلاثين يومًا من اليوم التالي من تاريخ تبليغ القرار القابل للطعن وفق أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ذي علاقة لدى محكمة البداية الضريبية". والجزاء المترتب في حال عدم مراعاة المكلف لمدة الطعن المحددة قانونًا هو رد الدعوى شكلًا، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بقولها" حيث إن نتيجة الاعتراض كانت بتاريخ 9/ 4/ 2006 على القرار موضوع الدعوى، وأن هذه الدعوى أقيمت بتاريخ 18/ 6/ 2006 كما هو ثابت من تاريخ تسجيلها فإن هذه الدعوى قد أقيمت بعد مرور المدة القانونية المشار إليها أعلاه ويكون من المتوجب ردها شكلًا"[22]، ويرتبط ميعاد الطعن بالنظام العام[23]، فلا يجوز الاتفاق على مخالفته، ويجوز إثارته في أي مرحلة كانت فيها الدعوى، وللمحكمة إثارته من تلقاء نفسها.[24]

ومن جانب آخر فقد أوجب المشرع متابعة السير في الدعوى من قبل الورثة أو وكيل التفليسة أو المصفي خلال ستة أشهر فيما إذا أوقفت الدعوى لوفاة المدعي أو أشهر إفلاسه أو تم تصفية أمواله خلال نظر الدعوى من قبل المحكمة وإلا فإن القرار المطعون فيه يكتسب الدرجة القطعية.[25]

مما سبق يتبين للباحث أن المشرع الأردني اعتمد في احتساب مدة الطعن تاريخ تبليغ القرار محل الطعن، ويكفي لإثبات التبليغ أن يكون الإشعار قد عنون وأرسل في البريد على الوجه الصحيح، ويعدّ كل إشعار بمقتضى ذلك أنه سلم حسب الأصول إلى الشخص المعنون له فيما لو رفض ذلك الشخص أن يتسلمه، وإذا قام وكيل المكلف أو محاميه أو العامل عنده أو أحد أفراد أسرته باستلام الإشعار يعدّ أن المكلف قد استلم الإشعار.[26]

ثالثًا: دفع المبلغ المسلم به

ينبغي على المدعي أن يبين في لائحة دعواه المبلغ الذي يسلم به، وأن يرفق مع لائحة الدعوى إيصالًا بدفعه[27] أو دفع المبلغ الذي وافق المدير على استيفائه في حال التقسيط،[28] وإلا ترد الدعوى شكلًا.

والحكمة من ذلك هي تحديد المبلغ المتنازع عليه ما بين المكلف والإدارة الضريبية، وبالتالي تأمين الحصول على المبالغ المسلم بها، مما يؤدي إلى استمرارية رفد الخزينة في الايرادات الضريبية.[29] وقد ثار خلاف حول مسألة المبلغ المسلم به، أهو المبلغ الوارد في لائحة الدعوى أم هو المبلغ الذي سبق أن أقر به الطاعن في كشف التقدير الذاتي؟[30] وقد أجابت محكمة التمييز على هذا التساؤل بقولها" إن المبلغ المسلم به هو ما يسلم به المستأنف في لائحته فقط، بغض النظر عن مبلغ الضريبة الذي سبق أن أعلنه في كشفه".[31]

رابعًا: دفع الرسم القانوني

يجب على الطاعن أن يدفع عند تقديمه لائحة الطعن لدى محكمة البداية الضريبية، رسمًا قدره 3٪ من الفرق بين مقدار الضريبة المقدرة عليه أو المطالبة ومقدار الضريبة الذي يسلم به أو المطالبة، على أن لا يقل هذا الرسم عن ثلاثين دينارًا بما في ذلك عدم وجود ضريبة أو مطالبة لوقوع المدعي في خسارة وألا يزيد على ثلاثمائة دينار وذلك لكل فترة ضريبية عن كل درجة من درجات التقاضي، وقد أعفى المشرع الأردني النيابة العامة الضريبية من دفع أية رسوم، وإذا قام المدعي بتجديد الدعوى بعد أن تم إسقاطها لأول مرة فيجب عليه دفع نصف الرسوم القانونية ويدفع الرسم كاملًا إذا قام بتجديدها بعد أن تم إسقاطها للمرة الثانية.[32]

خامسًا: حضور المدعي أمام المحكمة أو توكيل محامي

أجاز قانون ضريبة الدخل للمكلف المثول أمام المحكمة بشخصه وتوقيع اللوائح والاستدعاءات المقدمة اليها إذا كان قاضيًا عاملًا أو سابقًا أو محاميًا مزاولًا أو غير مزاول وغيرهم من الأشخاص المعفيين من التدريب بموجب قانون نقابة المحامين النظاميين إعمالًا لنص المادة (56) من قانون ضريبة الدخل، أما إذا كان المدعي من غير المذكورين في هذا النص فإنه يجب عليه أن يقوم بتوكيل محامي أستاذ في الدعوى التي يقيمها، وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة (43/ أ/ 8) من قانون ضريبة الدخل التي تنص على" توقيع ممثل المدعي أو وكيله حسب مقتضى الحال وتاريخ تحرير الدعوى"، وكذلك المادة (3/ أ/ 8) من نظام أصول المحاكمات في القضايا الضريبية الحقوقية التي استلزمت توقيع وكيل المدعي.

سادسًا: لائحة الدعوى ومشتملاتها.

يجب على المدعي أن يقدم دعواه خلال المدة القانونية، والأصل أن تقدم اللائحة لدى المحكمة المختصة وهي محكمة البداية الضريبية، إلا أن المشرع الضريبي الأردني أجاز للمدعي تقديم دعواه بوساطة رئيس محكمة البداية التي يقيم المكلف في منطقة اختصاصها وفي هذه الحالة تدفع الرسوم إلى صندوق المحكمة التي قدمت لائحة الدعوى بوساطة رئيسها، وترسل هذه المحكمة اللائحة ومرفقاتها إلى محكمة البداية الضريبية خلال عشرة أيام من تاريخ تقديمها.[33]

ويجب أن تشمل لائحة الدعوى المقامة لدى محكمة البداية الضريبية على البيانات والمعلومات الآتية:[34]

1- اسم المحكمة.

2- اسم المدعي بالكامل سواء كان الدائرة أو من يمثلها أو اسم المدعي الصادر بحقه القرار المطعون فيه ووكيله.

3- اسم المدعى عليه بالكامل ومن يمثله وعنوان كل منهما للتبليغ، وفي حال كان المدعى عليه هو مصدر القرار المطعون فيه بصفته الوظيفية يمثله المدعي العام الضريبي.

4- الرقم الضريبي للمدعي أو المدعى عليه حسب مقتضى الحال والفترة الضريبية التي يقدم الطعن بشأنها.

5- تاريخ تبلغ الاشعار الخطي بالقرار المطعون فيه وطريقة التبليغ في حال كان المدعي هو المكلف أو من يمثله قانونا.

6- مبلغ الضريبة وأي مبالغ أخرى مطالب بها في القرار المطعون فيه.

7- وقائع الدعوى وأسانيدها وأسباب الطعن بصورة موجزة وفي بنودٍ مستقلة ومرقمة وخالية من الجدل وطلبات المدعي.

8- توقيع ممثل المدعي أو وكيله حسب مقتضى الحال وتاريخ تحرير الدعوى.

المبحث الثاني نظر الدعوى الضريبية:

تختص محكمة البداية الضريبية وفق المادة (44) من قانون ضريبة الدخل في نظر الدعوى الضريبية، وتقدم لائحة الدعوى إلى محكمة البداية الضريبية مباشرة أو بواسطة رئيس محكمة البداية التي يقيم المكلف في منطقة اختصاصها كما أسلفنا.

وتقتضي طبيعة الدراسة تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: إجراءات النظر في الدعوى الضريبية.

بعدما تُستكمل الشروط آنفة الذكر، يحدد رئيس المحكمة جلسة للنظر في الدعوى، تعقد المحكمة جلستها الأولى بحضور أطرافها (وكيل المدعي والمدعي العام الضريبي)، على أنه يجوز حضور المكلف المدعي بشخصه وتوقيع اللوائح والاستدعاءات المقدمة إليها إذا كان قاضيًا عاملًا أو سابقًا أو محاميًا مزاولًا أو غير مزاول وغيرهم من الأشخاص المعفيين من التدريب بموجب قانون نقابة المحامين النظاميين وفقًا لنص المادة (56) من قانون ضريبة الدخل، حيث تقوم المحكمة بتسليم المدعي العام الضريبي نسخة عن لائحة الدعوى كما تقوم بتلاوة لائحة الدعوى وتاريخ تقديمها وتدقيق الوكالة المقدمة من المحامي وصحة الخصومة والرسوم المدفوعة كما تثبت من الإشعار الضريبي، وموعد تقديم الدعوى وكافة الأمور الشكلية، وبعد ذلك تصدر قرارها حول القبول الشكلي للدعوى، ومن الممكن أن يتم ذلك في الجلسة الأولى أو في الجلسات اللاحقة حيث غالبًا ما تكلف المحكمة المدعى عليه بإحضار تقرير عن مراحل الإشعارات أو صك التبليغ أو تقديم الملف الضريبي للتثبت من صحة الخصومة وتقديم الدعوى في موعدها.

وعلى أي حال تباشر محكمة البداية الضريبية النظر في الدعوى على النحو الآتي:

أولًا: نظر الدعوى شكلًا:

بعد أن تُقدّم لائحة الدعوى لدى محكمة البداية الضريبية يتعين عليها النظر فيها، وتدقيقها للتأكد من الأمور الآتية:

1. أن لائحة الدعوى مُقدّمة خلال المدة القانونية وهي ثلاثين يومًا من تاريخ تبليغ القرار القابل للطعن، وبالتالي فإن قدم المكلف دعواه خارج تلك المدة ترد شكلًا، ويصبح القرار المطعون فيه قرارًا نهائيًا.

2. التأكد من صفة رافع الدعوى، حيث يجب أن يقدم الطعن كما أسلفنا من قبل المكلف نفسه، أو من يفوضه، ويخاصم المكلف في دعواه دائرة ضريبة الدخل يمثلها النائب العام الضريبي ومساعديه، وعليه فإن الدعوى الضريبية لا ترفع في مواجهة المدقق الضريبي، على اعتبار أن الخصومة الضريبية هي خصومة موضوعية تمس أموال المكلف وذمته المالية. وبالتالي فإن ثبت للمحكمة أن الدعوى ليست مقدمة من المكلف أو من يفوضه، أن تم رفعها على شخص لا يعد خصمًا في الدعوى الضريبية، فعليها رد الدعوى شكلًا.

3. التأكد من قيام المكلف بدفع مبلغ الضريبة المسلم بها في لائحته، وفق المادة (43/ ب) من قانون ضريبة الدخل، وتنفيذًا لذلك يتوجب على المكلف تحت طائلة رد الدعوى شكلًا إرفاق وصل مالي يفيد دفعه لمبلغ الضريبة المسلم به، والغرامات الأخرى بلائحة الدعوى.

4. التأكد من أن موضوع الدعوى يندرج ضمن الموضوعات التي تختص بها محكمة البداية الضريبية، إذ نصت المادة (42/ أ) من قانون ضريبة الدخل على أن" تنشأ محكمة بداية تسمى (محكمة البداية الضريبية) تؤلف من رئيس وعدد من القضاة يعينهم المجلس القضائي وتختص بالنظر في جميع الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات التنفيذية والتعليمات الصادرة بمقتضاه مهما كانت قيمتها وبغض النظر عن طبيعتها جزائية أم مدنية، وسواء كانت المطالبة موضوع الدعوى متعلقة بالضريبة أو بغرامة التأخير أو بأي مبالغ أخرى يتعين دفعها أو اقتطاعها أو توريدها أو ردها بمقتضى أحكام هذا القانون بما في ذلك ما يلي:

1 – الدعاوى المقامة للطعن في القرارات الصادرة عن هيئة الاعتراض وفق أحكام الفقرة (و) والبند (2) من الفقرة (ز) من المادة (33) من هذا القانون.

2 – القرارات المعدلة لقرارات التدقيق أو لقرارات التقدير الإداري أو للقرارات الصادرة عن هيئة الاعتراض والقابلة للطعن وفق أحكام هذا القانون.

3 – الجرائم التي ترتكب خلافًا لأحكام هذا القانون.

4 – طلبات الحجز التحفظي والمنع من السفر."

يتبين للباحث من هذا النص أن محكمة البداية الضريبية تختص بالنظر بما هو آتٍ:

أولًا: النظر في جميع الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام قانون ضريبة الدخل والأنظمة والتعليمات التنفيذية والتعليمات الصادرة بمقتضاه مهما كانت قيمتها وبغض النظر عن طبيعتها جزائية أم مدنية، وسواء كانت المطالبة موضوع الدعوى متعلقة بالضريبة أو بغرامة التأخير ومثال ذلك الغرامة التي تملك الإدارة الضريبية فرضها على المكلف الذي يتأخر عن تقديم الإقرار الضريبي[35] أو بأي مبالغ أخرى يتعين دفعها أو اقتطاعها أو توريدها أو ردها بمقتضى أحكام قانون ضريبة الدخل.

يظهر للباحث من ذلك أن المشرع الأردني قد جعل اختصاص المحكمة اختصاصًا عامًا شاملًا، بحيث يتضمن جميع الدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون الضريبة سواء كانت جزائية أم مدنية وبغض النظر عن قيمتها وهذا يشكل خروجًا عن القواعد العامة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية.

من هنا يرى الباحث أن على المشرع الضريبي الأردني العمل على استحداث محكمة صلح ضريبية والعمل على إعادة توزيع الاختصاصات بينها وبين محكمة البداية الضريبية على أساس قيمة الدعوى، بحيث تختص محكمة الصلح الضريبية في الدعاوى الضريبية التي لا تتجاوز قيمتها 10 آلاف دينار، وما يتجاوز هذه القيمة يدخل ضمن اختصاص محكمة البداية الضريبية لما في ذلك من تخفيف للعبء عن كاهل محكمة البداية الضريبية وتحقيقًا للصفة الاستعجالية التي تتمتع بها المنازعات الضريبية.

ثانيًا: النظر في الطعن المقدم من قبل المكلف ضد القرار الصادر عن هيئة الاعتراض في حال عدم موافقته على نتيجة القرار، وذلك خلال ثلاثين يومًا من اليوم التالي لتبلغه إشعارًا خطيًا بنتيجة الاعتراض.

ثالثًا: النظر في الطعن المقدم من قبل المكلف ضد القرارات المعدلة لقرارات التدقيق أو لقرارات التقدير الإداري أو للقرارات الصادرة عن هيئة الاعتراض، وذلك خلال ثلاثين يومًا من اليوم التالي لتبلغه نتيجة القرار.

رابعًا: النظر في الدعاوى المقامة ضد الجرائم التي ترتكب خلافًا لأحكام قانون ضريبة الدخل، ومن ذلك جرائم التهرب الضريبي.

خامسًا: النظر في طلبات الحجز التحفظي والمنع من السفر، إذ يملك أعضاء النيابة العامة الضريبية بناءً على طلب مدير عام دائرة ضريبة الدخل والمبيعات إصدار قرار بإلقاء الحجز التحفظي على الأموال المنقولة وغير المنقولة العائدة لأي مكلف أو أن يطلب منع المكلف من السفر حال توافر أدلة تشير إلى وجود حالات تهرب ضريبي أو إذا كانت الدائرة تطالبه بدفع الضريبة أو أي مبالغ أخرى تزيد على ألفي دينار ترتبت بموجب أحكام قانون ضريبة الدخل أو أنه قد يقوم بتهريب أمواله أو التصرف فيها بقصد منع التنفيذ عليها بأي وجه من الوجوه.[56]

فإن لم يثبت لدى المحكمة أي من الأسباب السابق بيانها، فعليها رد الدعوى شكلًا، وبالتالي يمتنع عليها النظر في الدعوى موضوعًا، وهذه

الأسباب تُعد من النظام العام بحيث يستطيع القاضي إثارتها من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى. وبالمقابل فإن ثبت للمحكمة قبول الدعوى شكلًا، فإنها تباشر النظر فيها موضوعًا.

ثانيًا: نظر الدعوى موضوعًا:

بعد أن تفرغ المحكمة من نظر الدعوى، وتدقيقها، ومناقشتها من حيث الشكل، فإنها تنتقل إلى نظر الدعوى من حيث الموضوع، وسيتم عرض ذلك على النحو الآتي:

1. أجاز المشرع الضريبي الأردني لمحكمة البداية الضريبية تأجيل الدعوى باتفاق الطرفين لمرة واحدة أو أكثر لإتاحة الفرصة لحلها مصالحة، ولا يجوز أن يزيد مجموع مدد التأجيل في جميع الحالات على ستين يومًا.[37]

ويرى الباحث بأن المشرع الأردني لم يكن صائبًا عندما أجاز للمحكمة عرض النزاع للتصالح إذا كان محل الدعوى الضريبية الطعن بالقرار الصادر عن هيئة الاعتراض، فلو كان هناك مجالًا للتصالح لتم في مرحلة الاعتراض وهي مرحلة حاسمة من مراحل فض المنازعات الضريبية، أضف إلى ذلك بأن عرض النزاع للمصالحة في هذه الحالة من شأنه أن يطيل أمد التقاضي وهذا من شأنه المساس بأهم خصيصه من خصائصه وهي صفة الاستعجال، سيما أن المشرع قد أجاز تأجيل الدعوى لأكثر من مرة بما لا يزيد على ستين يومًا.

2. في حال لم يتفق الطرفان على التأجيل، أو لم يفضِ التأجيل إلى مصالحة، يقدم المدعي العام الضريبي ملف التقدير المتعلق بالدعوى أو صوره عنه كبينه للمدعي العام الضريبي، ويعدّ هذا الملف عند تقديمه بينة للمدعي العام الضريبي.[38]

وقد نصت المادة (45/ ج) من قانون ضريبة الدخل على أن" يقدم المدعي خلال ثلاثين يومًا من تاريخ تقديم الملف الضريبي حافظة بجميع مستنداته وقائمة ببيناته الخطية الموجودة تحت يد الغير، وقائمة بأسماء الشهود وعناوينهم الكاملة والوقائع التي يرغب في إثباتها بالبينة الشخصية لكل شاهد على حدة وأي بينة أخرى يجيزها القانون".

كل ذلك حتى يستجلي القاضي ما لبس تقدير الضريبة من غموض وإبهام، وحتى يتحقق ذلك ينبغي أن تكن بينات المدعي منتجة في الدعوى وغير مسلم بها من الطرف الآخر.

أما الفقرة (د) من ذات المادة فقد نصت على أن" بعد ختم المدعي بيناته يقدم المدعى عليه أي بينات لازمة للرد على بينات المدعي وذلك خلال

ثلاثين يومًا من تاريخ ختم المدعي بيناته حافظة مستنداته وقائمة بالبينات الموجودة تحت يد الغير، وقائمة بأسماء الشهود والوقائع التي يرغب في إثباتها بالبينة الشخصية لكل شاهد على حدة وأي بينة أخرى يجيزها القانون".

يلاحظ الباحث أن المشرع الضريبي الأردني لم يفرض أي جزاء على كل من يتخلف من أطراف الدعوى عن تقديم مستنداته خلال الميعاد المحدد.

أجازت الفقرة (هـ) من المادة (45) من قانون ضريبة الدخل للمدعي والمدعى عليه تقديم طلب تمديد مدة تقديم بينات كل منهم، ويخضع قبول الطلب من عدمه للسلطة التقديرية للمحكمة.

3. تجري المحاكمة لدى محكمة البداية الضريبية بصورة علنية إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك، وتعطى الدعاوى الضريبية صفة الاستعجال، وهذا ما نصت عليه المادة (42/ هـ) من قانون ضريبة الدخل التي تنص على" تجري المحاكمة لدى المحكمة بصورة علنية إلا إذا أمرت المحكمة خلاف ذلك، وتعطى الدعاوى والطلبات المنظورة أمامها صفة الاستعجال".

ويرى الباحث أن المشرع الضريبي لم يكن موفقًا عندما أجاز للمحكمة أن تجري المحاكمة سريًا، لأن المحاكمة السرية لا تجري إلا مراعاة للنظام العام والآداب العامة، وهذا الأمر لا ينسحب على المنازعات الضريبية، لذا ينبغي إعادة النظر بالنص التشريعي بحيث تجري المحاكمة بصورة علنية تماشيًا مع نص المادة (101) من الدستور الأردني.

ومن ناحية أخرى، فإن المشرع الأردني قد منح الدعاوى والطلبات أمام محكمة البداية الضريبية صفة الاستعجال[39] رعاية لمصالح الخزينة من جهة ولاستقرار الاوضاع المالية للمكلفين على أسس سليمة من جهة أخرى[40]، وهذا يفترض أن قضايا ضريبة الدخل لا تخضع لتبادل اللوائح أو حصر البينة، إلا أن نظام أصول المحاكمات الضريبية عاد ونص في المادة (4/ ج) منه على تقديم المدعي حافظة بجميع مستنداته وقائمة بيناته الخطية الموجودة تحت يد الغير وقائمة بأسماء شهوده وعناوينهم الكاملة، والوقائع التي يرغب في إتباعها بالبينة الشخصية لكل شاهد على حدة وأي بينة أخرى يجيزها القانون خلال ثلاثين يومًا من تاريخ تقديم الملف الضريبي، وقضت محكمة التمييز بأنه" لا تملك محكمة الموضوع استبعاد أي من البينات إذا توافرت شروطها وذلك ضمانًا لحق المكلف لأن استبعاد أي

بينة فيه إجحاف بحق من كانت البينة لصالحه....."[41].

4. قد يواجه القاضي أثناء نظر الدعوى بعض الصعوبات أهمها احتواء الدعوى على مسائل علمية أو فنية لا يستطيع القاضي الإلمام بها بنفسه[42]، وفي سبيل ذلك يثبت للمحكمة الحق في الاستعانة بالخبرة لتكوين عقيدتها، وفي حال إجراء الخبرة فإن تقرير الخبير لا يلزم المحكمة.[43]

5. بعد ختم البينات وتقديم المرافعات من قبل أطراف الدعوى الضريبية تصدر المحكمة حكمها في الدعوى في نفس الجلسة أو في جلسة أخرى تحدد لهذه الغاية.

المطلب الثاني: الحكم الصادر عن محكمة البداية الضريبية.

بعد أن تنتهي المحكمة من نظر الطعن المقدم لديها وتدقيقه شكلًا وموضوعًا، تصدر حكمها بشأن الطعن المنظور أمامها، ولها في ذلك أن تؤيد ما ورد في القرار المطعون فيه أو أن تخفض أو تلغي الضريبة والمبالغ الأخرى المقررة بموجبه كما لها أن تعيد القضية إلى مصدر القرار المطعون فيه لإعادة النظر فيه.[44]

أولًا: رد الدعوى شكلًا.

تملك المحكمة رد الدعوى شكلًا إذا تخلف أي شرط من الشروط القانونية الواجب توفرها لقبول الدعوى، كما لو تم رفع الدعوى خارج المدة القانونية التي نصت عليها المادة (43/ ج) من قانون ضريبة الدخل، وهي الثلاثين يومًا تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تبلغ القرار.

ثانيًا: تأييد القرار المطعون فيه.

إذا لم يستطع المدعي إقامة الدليل لإثبات صحة ما يدعيه بالطرق القانونية من خلال المستندات أو السجلات المقدمة وأي بيانات أو معلومات أخرى تتعلق بموضوع النزاع، فإن المحكمة تصدر حكمها بتأييد القرار المطعون فيه، لعدم كفاية الأدلة المقدمة لنقض القرار المطعون فيه.

ثالثًا: تخفيض أو إلغاء مبلغ الضريبة

تملك محكمة البداية الضريبية صلاحية تخفيض الضريبة أو إلغائها. إذ تملك المحكمة صلاحية تخفيض الضريبة إذا استطاع المدعي إثبات صحة ما يدعيه من خلال ما قدمه من بيانات ومستندات وسجلات اقتنعت بها المحكمة، كإثبات أن خطأ ماديًا قد شاب قرار التقدير المطعون فيه، فهنا تجد المحكمة نفسها ملزمة بتخفيض الضريبة المفروضة.

أما فيما يتعلق بإلغاء مبلغ الضريبة، فتصدر المحكمة هذا القرار إذا ثبت لها من خلال ملف التقدير والبينات المقدمة في الدعوى أن قرار التقدير غير محق أو غير مشروع قانونًا، كأن يثبت المدعي بأنه غير مكلف قانونًا بدفع الضريبة، فهنا تجد المحكمة نفسها ملزمة باتخاذ قرار إلغاء الضريبة وبالتالي تمتنع ملاحقته بالدفع نهائيًا.

مما سبق يستنتج الباحث أن المشرع الضريبي قد حرم المحكمة من حقها في زيادة مبلغ الضريبة بموجب التعديلات التشريعية التي تم إدراجها على قانون ضريبة الدخل.

رابعًا: إعادة القضية إلى مصدر القرار المطعون فيه لإعادة النظر فيه

أجاز المشرع الأردني لمحكمة البداية الضريبية أن تتخذ قرارًا يقضي بإعادة القضية إلى مصدر القرار المطعون فيه لإعادة النظر فيه[45]، وقد تلجأ المحكمة لاتخاذ مثل هذا القرار في الحالات التي يثبت فيها للمحكمة أن مصدر القرار قد أخطأ بتطبيق القانون، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه" أجازت المادة (34/ هـ) من قانون ضريبة الدخل لمحكمة الاستئناف أن تعيد القضية إلى مأمور التقدير لإعادة التقدير على ضوء الفصل الموضوعي لأسباب الاستئناف، وليس لاستدراك مخالفات أصولية يتوجب على محكمة الاستئناف أن تتولى تداركها بنفسها"[46]، وقضت أيضًا" إن إعادة القضية إلى المقدر لإعادة وزن الأدلة وإجراء تقدير جديد هو من مقتضيات النقض الذي قررت محكمة الاستئناف اتباعه"[47]

خامسًا: إسقاط الدعوى

نصت المادة (46/ ج) من قانون ضريبة الدخل على أنه" إذا تم إسقاط الدعوى بسبب الغياب أو لأي سبب آخر، ولم يتم تجديدها يعدّ القرار المطعون فيه قطعيًا بعد مرور ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ المحكمة قرار الاسقاط للمكلف أو وكيله وفي جميع الأحوال لا يجوز تجديد الدعوى المسقطة للسبب نفسه لأكثر من مرتين وبسبب مبرر". كما نصت المادة(9/ ج) من نظام أصول المحاكمات الضريبية على أن" يدفع المدعي نصف الرسم المقرر إذا قام بتجديد الدعوى التي أسقطت لأول مره ويدفع الرسم كاملًا إذا قام بتجديدها بعد إسقاطها مرة ثانية".

من استقراء النصوص القانونية السابقة؛ يتبين للباحث أن المشرع الأردني أجاز لمحكمة البداية الضريبية أن تصدر قرارًا بإسقاط الدعوى بسبب

غياب المدعي، وإذا لم يتم تجديد الدعوى خلال ثلاثين يومًا من تاريخ تبليغ قرار الإسقاط للمدعي أو وكيله يعدّ القرار المطعون فيه قطعيًا، بحيث لا يمكن إعادة الطعن به مرة أخرى أمام القضاء.

وقد أضاف المشرع الأردني بموجب القانون رقم (38) لسنة 2018 المعدل لقانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014 عبارة" وفي جميع الأحوال لا يجوز تجديد الدعوى المسقطة للسبب نفسه لأكثر من مرتين وبسبب مبرر" وعليه فلا يجوز للمدعي تجديد دعواه المسقطة بالاستناد إلى نفس السبب لأكثر من مرتين على أن يكون هذا السبب مبررًا.

هذا وقد اكتفى المشرع الأردني بذكر سببًا واحدًا من أسباب إسقاط الدعوى وهو حالة غياب المدعي ولم يتطرق إلى الحالات الأخرى التي يجوز فيها إسقاط دعوى المدعي وكذلك فعل نظام أصول المحاكمات الضريبية فاسحًا المجال أمام القاضي لإسقاط الدعوى إذا تحقق أي سبب من أسباب الإسقاط الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية وهي ما نصت عليها المادة (124) التي جاء فيها" يجوز للمحكمة أن تقرر إسقاط الدعوى في الحالات التالية:

1. إذا كانت اللائحة لا تنطوي على سبب الدعوى.
2. إذا كانت الحقوق المطلوبة مقدرة بأدنى من قيمتها فكلفت المحكمة المدعي يصحح القيمة خلال مدة عينتها مع دفع الفرق وتخلف المدعي عن القيام بذلك.
3. إذا كانت الحقوق المطلوبة مقدرة تقديرا مقبولا لكن الرسوم التي دفعت كانت ناقصة فكلفت المحكمة المدعي بان يدفع الرسم المطلوب خلال مدة عينتها المحكمة فتخلف عن القيام بذلك".

سادسًا: تصديق المصالحة

إذا تمت المصالحة بين المدعي (المكلف) والمدعي العام الضريبي سندًا لنص المادة (45) من قانون ضريبة الدخل، تصدر المحكمة قرارًا بالمصادقة على المصالحة، ويرى الباحث أن هذا الحكم لا يعد حكمًا قطعيًا، بحيث يندرج ضمن الأحكام التي تقبل الطعن، ومبرر ذلك أن الإدارة الضريبية قد تستخدم سلطاتها وامتيازاتها في التأثير على إرادة المكلف وإجبارة على التصالح، وبالتالي فلو اعتبر حكم المحكمة بتصديق المصالحة حكمًا قطعيًا لأدى ذلك إلى ظلم المكلف والاجحاف بحقه.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

تنشأ المنازعة الضريبية نتيجة للاختلاف في وجهات النظر ما بين المكلف والادارة الضريبية، ولغايات حل المنازعة الضريبية ألزم المشرع الأردني المكلف بسلوك طريق الطعن الإداري قبل التوجه للقضاء، ويعد القضاء هو الجهة الوحيدة التي يطمئن إليها الأفراد لما يتمتع به من ضمانات الحيدة والاستقلالية، لذا فإن مرحلة الطعن القضائي تحتل أهمية خاصه، وقد حظيت هذه المرحلة باهتمام بالغ من قبل المشرع الأردني من خلال العمل على تنظيمها تنظيمًا تشريعيًا مبينًا الجهة المختصة بنظر المنازعات الضريبية وإجراءاتها وتسويتها.

أولًا: النتائج

1. إجراءات الدعوى الضريبية لها صفة استعجالية، وبذلك تختلف عن غيرها من الدعاوى الأخرى.

2. يعد اختصاص محكمة البداية الضريبية اختصاصًا عامًا شاملًا، إذ تختص المحكمة بكافة المنازعات الضريبية بغض النظر عن قيمتها وطبيعتها سواء كانت إدارية أم جزائية أم مدنية.

3. قد يتم إنهاء المنازعة الضريبية وتسويتها بالتصالح بين طرفي الدعوى الضريبية، وهذا ما يمكننا استنتاجه من نص المادة (45) من قانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته، وفي هذه الحالة تعمد المحكمة على تصديق المصالحه، ويرى الباحث أن هذا الحكم لا يعد حكمًا قطعيًا، بحيث يندرج ضمن الأحكام التي تقبل الطعن، ومبرر ذلك أن الإدارة الضريبية قد تستخدم سلطاتها وامتيازاتها في التأثير على إرادة المكلف وإجبارة على التصالح، وبالتالي فلو عدّ حكم المحكمة بتصديق المصالحة حكمًا قطعيًا لأدى ذلك إلى ظلم المكلف والاجحاف بحقه.

ثانيًا: التوصيات

1. العمل على منح المدعي ضمانات وامتيازات إضافية تحقيقًا لمبدأ التكافؤ بين الخصوم أمام القضاء كمنح المحكمة صلاحية تمديد مدة الطعن الواردة في المادة (43/ ج) من قانون ضريبة الدخل الأردني إذا اقتنعت المحكمة أن الطاعن لم يتمكن من تقديم طعنه خلال المدة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من المادة (43) لأي سبب معقول تقدّره المحكمة.

2. توصي الدراسة المشرع الضريبي الأردني بضرورة استحداث محكمة صلح ضريبية والعمل على إعادة توزيع الاختصاصات بينها وبين محكمة البداية الضريبية على أساس قيمة الدعوى، بحيث

تختص محكمة الصلح الضريبية في الدعاوى الضريبية التي لا تتجاوز قيمتها 10 آلاف دينار، وما يتجاوز هذه القيمة يدخل ضمن اختصاص محكمة البداية الضريبية لما في ذلك من تخفيف للعبء عن كاهل محكمة البداية الضريبية وتحقيقًا للصفة الاستعجالية التي تتمتع بها المنازعات الضريبية.

3.الاقتصار على الأخذ بالتصالح كوسيلة لإنهاء المنازعات بين الإدارة الضريبية والمكلف في مرحلة الاعتراض الإداري فقط إذا كان محل الدعوى الضريبية الطعن بالقرار الصادر عن هيئة الاعتراض.

4.إعادة النظر بالنص التشريعي الذي يجيز لمحكمة البداية الضريبية أن تجري المحاكمة سريًا، لأن المحاكمة السرية لا تجري إلا مراعاة للنظام العام والآداب العامة، وهذا الأمر لا ينسحب على المنازعات الضريبية.

الهوامش:

1) أمزيان، عزيز، المنازعة الجبائية في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2005، ص67. صديق، رمضان، إنهاء المنازعة الضريبية الناشئة عن تطبيق القوانين الضريبية والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،، 2006، ص117. المنجي، إبراهيم، الطعن بالنقض الضريبي، منشأ المعرف، الاسكندرية، ط2006،1، 168.

2)الصاوي، أحمد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص5178.

3)فريحة، حسين، الاجراءات الادارية والقضائية لمنازعات الضرائب المباشرة في الجزائر، منشورات دحلب، 1994، ص 12.

4)إدلبي، منى، الدعوى الضريبية في سورية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 3، المجلد 27، (2011)، ص9.

5)الجميلي، رائد، القضاء الضريبي ومجالاته في القانون العراقي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ص 33.

6)الحرازي، محمد علي، المنازعة الضريبية ووسائل إنهائها – دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 31–36.

7) العلي، عادل، المالية العامة والقانون المالي والضريبي، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2011، ص235.

8) بيومي، زكريا محمد، الطعون القضائية في ربط الضريبة على الدخل، مطبوعات جامعة القاهرة، القاهرة، 1974، ص88. المبشر، يحيى مصطفى، المنازعات الضريبية في القانون اللبناني، دار الحسيني للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،

1994، ص 144. عبدالرؤوف، محمد أحمد، المنازعة الضريبية في التشريع الضريبي المصري المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، القاهرة، 1998، ص 571.

9)عطية، نقولا قدري، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة الاسكندرية، 1960، ص 152.

10) إبراهيم، محمد فؤاد، الضريبة على إيراد القيم المنقولة، بدون دار نشر، القاهرة، 1955، ص 359.

11)العقيلي، إبراهيم سالم (2008)، الرقابة القضائية على قرارات مقدري الضريبة على الدخل (دراسة قانونية مقارنة)، دار قنديل للنشر، ط1، عمان، ص94.

12)انظر المادة (42/ أ/ ب) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

13) الحكم رقم 426 لسنة 2016 – المحكمة الإدارية الصادر بتاريخ 2016-12-18.

14) القبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2018، ص305. لعيوين، ثورية القضاء الاداري، قضاء الالغاء، دار النشر الجسور، الطبعة الاولى، 1997، ص 132.

15) انظر المادة (42/ ج/ 1) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

16)انظر المادة (42/ ج/ 3) من قانون ضريبة الدخل الأردني.

17) الرفاعي، خليل محمود، المحاسبة الضريبية، دار المستقبل للنشر والتوزيع، الاسكندرية،1998 ، ص 148.

18) المادة (55/ أ/ 1، 55/ ب) من قانون ضريبة الدخل.

19) المادة (55/ و) من قانون ضريبة الدخل.

20)المادة (55/ أ/ 2) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

21)حكم محكمة التمييز الاردنية رقم (3380/ 2009) تاريخ 10/ 2/ 2011، منشورات مركز عدالة.

22)حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (2593/ 2010)، تاريخ 8/ 2/ 2011.

23) الفوركي، مصطفى، المسطرة القضائية في المادة الضريبية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد6، 2014، ص 56.

24)الخلايلة، محمد علي، القضاء الاداري (دراسة تحليلية في كل من الأردن وفرنسا وبريطانيا ومصر)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2020، 189.

25)فقد نصت المادة (46/ د) من قانون ضريبة الدخل على أن" توقف الدعوى لوفاة المكلف أو إفلاسه أو تصفيته أثناء النظر فيها من المحكمة، ويتوجب على الورثة أو وكيل التفليسة أو

المصفي متابعة السير في الدعوى خلال ستة أشهر على الأكثر من تاريخ تبليغهم من المحكمة وفق قانون اصول المحاكمات المدنية، وفي حال عدم متابعة السير فيها يكتسب القرار المطعون فيه الدرجة القطعية".

26)الزبيدي، عبدالباسط علي، الضرائب المباشرة، دار ومكتبة الحامد، عمان، ط1، 2015، ص 302-303.

27) الشوابكة، سالم محمد، المالية العامة والتشريعات الضريبية، دار رند للنشر والتوزيع، الكرك 2000، ص 173.

28) انظر المادة (3/ أ/ 6) من نظام أصول المحاكمات في القضايا الضريبية الحقوقية رقم (3) لسنة 2010.

29) الحتاملة، سليم (2000-2001)، الرقابة الإدارية والقضائية على أحكام وقرارات تقدير ضريبة الدخل في القانونين الأردني واللبناني، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، ص256

30)القبيلات، حمدي سليمان، الطعن بقرار تقدير ضريبة الدخل في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم 57 لسنة 1985 وتعديلاته (دراسة تحليلية تطبيقية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد1، السنة 32، 2008، ص 449.

31) تمييز حقوق، قرار رقم (98/ 1879) تاريخ 28/ 2/ 1999، مشار إليه لدى القبيلات، حمدي سليمان، الطعن بقرار تقدير ضريبة الدخل في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم 57 لسنة 1985 وتعديلاته (دراسة تحليلية تطبيقية)، مرجع سابق، ص 249.

32) أنظر المادة (9) من نظام أصول المحاكمات في القضايا الضريبية الحقوقية رقم (3) لسنة 2010.

33) المادة (44) من قانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

34) المادة (43/ أ) من قانون ضريبة الدخل رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

35) المادة (63) من قانون ضريبة الدخل الأردني.

36) انظر المادة (41) من قانون ضريبة الدخل الأردني.

37)أنظر المادة (45) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

38) أنظر المادة (45/ ب) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

39) أنظر المادة (42/ هـ) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

40) بيومي، زكريا، المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضريبة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1990، ص 8. عطا، محمد حامد، المنازعات الضريبية في مجال الضرائب على الدخل، مطبعة دار الطباعة الحرة، الاسكندرية، 2006، ص 357. السعايده، عارف

آخرون(2012)، الطعن القضائي قي منازعات ضريبة الدخل في الأردن، المجلة الجنائية القومية، المجلد 55، العدد الأول، ص 79.

41) تمييز حقوق، 3480/ 2012، تاريخ 29/ 11/ 2012، منشورات قسطاص.

42)محمود، أحمد، النظام الاجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية وفقًا لقانونيه المصري والكويتي، المحلة الكبرى، دار الكتب القانونية، 2007، ص 138. يامة، إبراهيم، الاجراءات القضائية للفصل في الدعوى الضريبية أمام المحاكم الإدارية وفقًا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد3، 2014، ص230. بوتوميت، حنان، منازعات الضريبة في مرحلة تأسيس الضريبية بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء، مجلة منازعات الأعمال، العدد32، 2018، ص145-146.

43) بيومي، زكريا، الطعون القضائية في ربط الضرائب على الدخل (دراسة تحليلية في التشريعين الفرنسي والمصري)، مطبعة جامعة القاهرة، 1973، ص281.

44) الخصاونة، جهاد، علم المالية العامة والتشريع الضريبي، دار وائل للنشر، ط1، عمان، 2010، 212.

45) أنظر المادة (46/ ب) من قانون ضريبة الدخل الأردني رقم (34) لسنة 2014 وتعديلاته.

46) تمييز حقوق رقم (494/ 91)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1993، ص 635. مشار إليه لدى القبيلات، حمدي سليمان، الطعن بقرار تقدير ضريبة الدخل في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم 57 لسنة 1985 وتعديلاته دراسة تحليلية وتطبيقية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1– السنة 32، 2008، 454.

46)تمييز حقوق، 516/ 1985، تاريخ 19/ 10/ 1985، منشورات قسطاس.

47)تمييز حقوق، 516/ 1985، تاريخ 19/ 10/ 1985، منشورات قسطاس.

قائمة المصادر والمراجع:

أولًا: الكتب

- إبراهيم، محمد فؤاد، الضريبة على إيراد القيم المنقولة، بدون دار نشر، القاهرة، 1955.
- أمزيان، عزيز، المنازعة الجبائية في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2005.
- بيومي، زكريا، الطعون القضائية في ربط الضرائب على الدخل (دراسة تحليلية في التشريعين الفرنسي والمصري)، مطبعة جامعة القاهرة، 1973-1974.
- بيومي، زكريا، المنازعات الضريبية في ربط وتحصيل الضريبة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1990.

- الحرازي، محمد علي، المنازعة الضريبية ووسائل إنهائها– دراسة مقارنة–، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- الخصاونة، جهاد، علم المالية العامة والتشريع الضريبي، دار وائل للنشر، ط1، عمان، 2010.
- الخلايلة، محمد علي، القضاء الاداري (دراسة تحليلية في كل من الأردن وفرنسا وبريطانيا ومصر)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2020.
- الرفاعي، خليل محمود، المحاسبة الضريبية، دار المستقبل للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.
- الزبيدي، عبدالباسط علي، الضرائب المباشرة، دار ومكتبة الحامد، عمان، ط1، 2015.
- الشوابكة، سالم محمد، المالية العامة والتشريعات الضريبية، دار رند للنشر والتوزيع، الكرك، 2000.
- صديق، رمضان، إنهاء المنازعة الضريبية الناشئة عن تطبيق القوانين الضريبية والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،، 2006.
- الصاوي، أحمد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- عطا، محمد حامد، المنازعات الضريبية في مجال الضرائب على الدخل، مطبعة دار الطباعة الحرة، الاسكندرية، 2006.
- العقيلي، إبراهيم سالم، الرقابة القضائية على قرارات مقدري الضريبة على الدخل (دراسة قانونية مقارنة)، دار قنديل للنشر، ط1، 2008.
- العلي، عادل، المالية العامة والقانون المالي والضريبي، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2011.
- فريحة، حسين، الاجراءات الادارية والقضائية لمنازعات الضرائب المباشرة في الجزائر، منشورات دحلب، 1994.
- القبيلات، حمدي، الوجيز في القضاء الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2018.
- لعيوين، ثورية القضاء الاداري، قضاء الالغاء، دار النشر الجسور، الطبعة الاولى، 1997.
- المبشر، يحيى مصطفى، المنازعات الضريبية في القانون اللبناني، دار الحسيني للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1994.
- محمود، أحمد، النظام الاجرائي للخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية وفقًا لقانونيه المصري والكويتي، دار الكتب القانونية، 2007.
- المنجي، إبراهيم، الطعن بالنقض الضريبي، منشأ المعرف، الاسكندرية، ط1، 2006.

ثانيًا: الرسائل الجامعية

- الجميلي، رائد، القضاء الضريبي ومجالاته في القانون العراقي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق.

- الحتاملة، سليم، الرقابة الإدارية والقضائية على أحكام وقرارات تقدير ضريبة الدخل في القانونين الأردني واللبناني، كلية الحقوق، الجامعة اللبنانية، 2000-2001.
- عبدالرؤوف، محمد أحمد، المنازعة الضريبية في التشريع الضريبي المصري المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، القاهرة، 1998.
- عطية، نقولا قدري، ذاتية القانون الضريبي وأهم تطبيقاته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة الاسكندرية، 1960.

ثالثًا: الأبحاث العلمية

- إبراهيم، الاجراءات القضائية للفصل في الدعوى الضريبية أمام المحاكم الإدارية وفقًا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد3، 2014.
- إدلبي، منى، الدعوى الضريبية في سورية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 3، المجلد 27، 2011.
- بوتوميت، حنان، منازعات الضريبة في مرحلة تأسيس الضريبية بين القضاء الشامل وقضاء الإلغاء، مجلة منازعات الأعمال، العدد32، 2018.
- السعايده، عارف وآخرون، الطعن القضائي قي منازعات ضريبة الدخل في الأردن، المجلة الجنائية القومية، المجلد 55، العدد الأول، 2012.
- الفوركي، مصطفى، المسطرة القضائية في المادة الضريبية، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد6، 2014.
- القبيلات، حمدي سليمان، الطعن بقرار تقدير ضريبة الدخل في ضوء أحكام قانون ضريبة الدخل الأردني رقم 57 لسنة 1985 وتعديلاته (دراسة تحليلية تطبيقية)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد1، السنة 32، 2008.

التنكيس في العبادات

د.محمد الفاعوري *

تاريخ وصول البحث:1/ 11/ 2020م تاريخ قبول البحث:6/ 12/ 2020م

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم التنكيس والأثر الناتج عنه في العبادات، ومعرفة أقوال العلماء في الفروع الفقهية، وتحرير محل النزاع فيها، وقد اعتمد الباحث المنهج الاستقرائي والتحليلي، وأظهرت الدراسة حكم التنكيس في الأركان والواجبات إذ هي محور المسألة، وبها يكون قبول العمل أو بطلانه، ولم تغفل الدراسة المسوغات لجواز مخالفة الترتيب بدليل أو استدلال.

وتناولت الدراسة حكم التنكيس في قراءة القرآن في الصلاة وخارجها، وكذلك في الطهارة والصلاة والحج وهي العبادات البدنية التي يظهر فيها أثر التنكيس وبيان ما يتطلب التدارك أو لزوم الاستئناف لتلك العبادة، وقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تقسم إلى ثلاثة مباحث، المبحث التمهيدي؛ للتعريف بالتنكيس وذكر مسوغاته، والمبحث الأول لبيان أثر التنكيس في قراءة القرآن، والثاني في أثر التنكيس في الطهارة والصلاة والحج.

* أستاذ مساعد، قسم الفقه و أصوله، كلية الشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Degradation on Worship

Dr.Mohammed Al Faoury

Abstract

This treatise aims at clarifying the concept of degradation and its effect on worship, knowing the sayings of scholars in the jurisprudential branches as well as liberating the place of dispute in them. The researcher adopted the inductive and analytical approach in his study. The study did not neglect the justification for the permissibility of violating the right order with evidence or inference. The study deals with the ruling of degradation on reciting the Qur'an in prayer and outside it as well as in purification, prayer and in Hajj, which are all physical acts of worship. In these acts the effect of degradation appears loud and clear in them , as well as showing what requires recognition or the necessity of resumption of that worship. The first study is to explain the effect of al-Tankis in reading the Qur'an, and the second on the effect of al-Tankis on purity, prayer and Hajj.

المقدمة:

الحمد لله الذي جعل علم الشريعة منهجاً انتظمت به منازل السائرين، وأنزل القرآن العظيم منجماً، وحقق به القوة والتمكين، وأظهره على الدين كله بلسان عربي مبين، وصلى الله وسلم على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد ﷺ مهجة القلوب والمحبين، وبعد،

فإنّ مما ينبغي بيانه، ولا يخفى على المتعبد أثر بسطه وتبيانه، ما استقامت به العبادات من ترتيب أركانها، وكان لأدائها طرقٌ صحّت عن قدوة

التشريع وعنوانها ﷺ، فبرزت أهمية البحث بما صح عنه من الأثر، ولزوم السير على ما سطر في الكتب وما نشر من لزوم الترتيب للأركان والواجبات دون إخلال بتنكيس أو إرجاف بتدليس.

وقد عنيت هذه الدراسة ببيان ما كان ينبغي ترتيبه من الأركان، وتوضيح الأثر لمخالفة الترتيب بالتنكيس، وإظهار ما هو مشروع وممنوع من صوره، والخلاف الفقهي المترتب عليه بين أصحاب المذاهب، وإيراد ما تشعبت به طرق الاستدلال وإن توحدت الأدلة فيما يظهر للعيان.

وناقشت هذه الدراسة الفروع الفقهية التي دلت النصوص الشرعية على لزوم ترتيبها، وعدم تنكيسها، وأعطت أحكام الفقهاء من أصحاب المذاهب على ما استقرت فيه الأحكام بالإبطال او تدارك الفعل وتصحيح الحال.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في قصد الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1. ما المقصود بالتنكيس؟
2. هل التنكيس مشروع أم ممنوع مطلقاً؟
3. ما الأثر المترتب على التنكيس في العبادات؟

أهداف الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لبيان الأمور الآتية:

1. بيان المقصود من التنكيس.
2. توضيح ما كان مشروعاً أو ممنوعاً من التنكيس.
3. بيان الأثر المترتب على التنكيس بين الأركان او الواجبات في العبادات.

الدراسات السابقة:

لم يطلع الباحث على دراسة عنيت بتنكيس العبادات مع كثرة ما تطرق له الفقهاء من ركنية الترتيب، ولزوم التنكيس في بعض الفروع الفقهية المبثوثة في كتب الفقه.

منهج الدراسة:

يقوم منهج هذه الدراسة على الاستقراء، وذلك بتتبع آراء الفقهاء والأثر المترتب على كل مسألة من مسائل الدراسة كما وإنها لم تغفل المنهج التحليلي لبعض الآراء المطروحة، وما تستدل إليه من أدلة كما تطرقت إلى أقوال المذاهب الأربعة فيما ظهر فيه الخلاف، وذلك بعزو كل رأي إلى مصادره.

خطة البحث:

اقتضت طبيعة هذه الدراسة أن تقسم إلى ثلاثة مباحث، وخاتمة على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: التعريف بالتكيس وذكر مسوغاته.

المبحث الأول: التنكيس في قراءة القرآن

المبحث الثاني: التنكيس في الطهارة والصلاة والحج

وبعد ذلك خاتمة أظهرت أهم النتائج.

المبحث التمهيدي:

المطلب الأول: تعريف التنكيس لغة واصطلاحاً

أولاً: التنكيس لغة:

جاء في معاجم اللغة العربية تعريف لكملة التنكيس، ومن ذلك ما ذكره ابن فارس بقوله:" نكس النون والكاف والسين أصل يدل على قلب الشيء، منه النكس: قلبك شيئا على رأسه، والولاد المنكوس: أن يخرج رجلاه قبل رأسه، والنكس: السهم الذي ينكسر فوقه، فيجعل أعلاه أسفله، ويقال للمائق: إنه لنكس، تشبيها بذلك، والمنكس من الخيل: الذي إذا جرى لم يسم برأسه ولا هاديه من ضعفه"[1].

وأكدت آيات الذكر الحكيم هذا المعنى اللغوي، فمن ذلك قوله تعالى:﴿وَمَن نُّعَمِّرْهُ نُنَكِّسْهُ فِي ٱلْخَلْقِ ۚ أَفَلَا يَعْقِلُونَ﴾[يس: ٦٨]، وقال تعالى:﴿ثُمَّ نُكِسُواْ عَلَىٰ رُءُوسِهِمْ لَقَدْ عَلِمْتَ مَا هَٰٓؤُلَآءِ يَنطِقُونَ﴾[الأنبياء: ٦٥]، وقد توافرت كلمات المفسرين لمعنى التنكيس الذي ورد في الآيات على ما جاء في المعنى اللغوي، قال الطبري:" لأن نكس الشيء على رأسه: قلبه على رأسه، وتصيير أعلاه أسفله، ومعلوم أن القوم لم يقلبوا على رءوس أنفسهم، وأنهم إنما نكست حجتهم"[2].

ثانياً: التنكيس اصطلاحاً:

لا ينحصر تعريف التنكيس في مفهوم واحد في التعريف الاصطلاحي، بل إن الفروع الفقهية التي عرضت هذا المصطلح تعددت بحسب الاستعمال، مما أدى ذلك لوجود معانٍ عدة منها:

أولاً: لا يخفى على من تتبع أركان العبادات بعمومها، أو الطهارات التي هي طريق بعضها، أو الكفارات التي ربطت بلزوم الترتيب في إجزائها، يجد أن التنكيس هو النقيض الذي يعتري هذا الركن في الإخلال بقوامة وإفساد بنيانه، فما يخالف الترتيب في تسلسله هو التنكيس بعينه، جاء في شرح حدود ابن عرفة "التنكيس في العبادة أما في ترتيب الوضوء ففي ذلك ما هو معلوم، وأما في تنكيس الصلاة، فإن كان في مثل تقديم سجودها على ركوعها فذلك يبطلها باتفاق"[3].

ثانيا: معنى التحويل، وما يتعلق بالثياب في صلاة الاستسقاء، وذلك بأن يجعل الذي كان أعلى أسفل وعكسه، ومتى جعل الطرف الأسفل الذي على شقه الأيسر على عاتقه الأيمن فقد حصل التحويل[4]، ولعلّ هذا المفهوم غير مسلم به عند الفقهاء حيث إن منهم من فرق بين التحويل والتنكيس، ومن ذلك ما نصّ عليه في شرح الموطأ بقوله: "التّنْكِيسُ لا يُطلَقُ عليه اسم التّحويل"[5].

ولا شك أن دائرة البحث في المصطلحات اللغوية أوسع من الاستعمال الشرعي؛ ولذا فإن ما أورده بعض الفقهاء في معاني التنكيس لا يظهر فيه معنى النهي الشرعي الذي يعارض نصوص الشرع مطلقاً، بل بعض الصور تتجه إلى أحكام مشروعة صحيحة، كما سيأتي في المسوغات، ومن هنا كان تركه أولى من إيراده.

لكنّ المعاني التي تنصرف إليه الفروع الوارد فيها مفهوم التنكيس وهو الأصح في تعريف التنكيس هو مخالفة الترتيب في التقديم والتأخير، وهذا الذي نحن بصدد الدراسة له هو المعنى المتبادر للذهن ابتداء، ثم بعد ذلك بيان ما يترتب عليه من المؤاخذة الشرعية من إلزام بالإبطال أو تصحيح الحال.

ولذا أقول لعل أدق ما يمكن أن نعرف به التنكيس هو **مخالفة الترتيب في التقديم والتأخير** حيث لا يقتصر على عبادتي الطهارة والصلاة كما في التعريف الأول أو حصره بمعنى التحول الذل لا يراه بعض العلماء من التنكيس في شيء.

المطلب الثاني: مسوغات التنكيس:

ليس المقصود من إيراد مسوغات التنكيس الحصر والتعداد، بل المراد بيان ما ورد من دليل أو استدلال فيما يصح في مخالفة الأصل بسبق ما يستحق التأخير، وظهر فيه قوة الترجيح من الدليل، وهذه بعض ما جوز مخالفة الترتيب، ولم يكن فيه مؤاخذة أو تثريب:

أولاً: وجود نصوص شرعية دالة على جواز التقديم لما حقه التأخير، كما في حديث النبي ﷺ الذي قدم فيه سورة النساء على سورة آل عمران كما في حديث حذيفة قال: " صليت مع النبي ﷺ ذات ليلة، فافتتح البقرة، فقلت: يركع عند المائة، ثم مضى، فقلت: يصلي بها في ركعة، فمضى، فقلت: يركع بها، ثم افتتح النساء، فقرأها، ثم افتتح آل عمران، فقرأها، يقرأ مترسلا"[6]، وكما في حديث الحج المشهور في جواز التقديم والتأخير فيما كان انتظامه بزامن أو مكان أولى بالعمل، فما سئل النبي ﷺ عن شيء قدم

ولا أخر إلا قال: " افعل ولا حرج "[7]، وغيرها من الأدلة.

ثانياً: ضيق الوقت الحاضرة لقضاء الفائتة أو كثرة الفوائت، فقد ذكر جمهور الفقهاء من الحنفية[8] والشافعية[9] والحنابلة[10] وجوب الترتيب بين الصلاة الفائتة وبين الصلاة الوقتية إذا ضاق الوقت، مع مراعاة الخلاف في عدد الفوائت التي يلزم بها الترتيب، فيسقط الترتيب فيما بينها كما سقط بينها وبين الوقتية، إلا أن المالكية يقولون بوجوب الترتيب في قضاء يسير الفوائت مع صلاة حاضرة، وإن خرج وقتها[11].

ثالثاً: الخطأ الذي يقدم فيه صلاة على غيرها ظنا منه دخول وقتها، أو في عدم ضبطه لترتيب السور كما هي في المصحف، أو ما جاء في تنكيس الميت على غير القبلة كما لو جعل رأسه مكان قدميه، ويمكن تدارك ذلك ما لم يتغير[12].

رابعاً: التنكيس الذي قصده الشرع لإظهار الحاجة، وطلب تغيير الحال، ولأن ذلك فيه معنى التفاؤل والانتقال من حال الجدب إلى حال الخصب[13]، وذلك في تنكيس الثياب بقلب اليمين لليسار وأدنى الثياب لأعلاها.

غير أن من العلماء من فرق بين التنكيس والتحويل، بل قالوا:" يكره تحويله على التنكيس، يَجْعَل حاشيته التي على كتفيه جهة عجزه، وحاشيته السفلى على كتفيه، وكره ذلك خوف التفاؤل بقوله تعالى:﴿فَجَعَلْنَا عَٰلِيَهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ حِجَارَةً مِّن سِجِّيلٍ﴾[الحجر: ٧٤]"[14]، وقد نُقل عن أبي حنيفة ومالك قولهم:" يحول ولا ينكس"[15]، ونجد من حصره بالإمام دون المأمومين كما نقل صاحب الحاوي عن محمد بن الحسن بقوله:" يفعل ذلك الإمام، دون المأمومين"[16].

خامساً: التنكيس المشروع في هيئة السجود بحيث يكون أسفل ظهره أعلى من رأسه، وينبغي أن يحافظ على هذه الهيئة إذا كان صحيحاً، فإن كان به مرض يمنعه من التنكيس، فإن وضعها على يديه لم يجزه؛ لأنه يسجد على ما هو حامل؛ وإن وضعها على الأرض ثم سجد عليها جاز ذلك، فإن لم يستطع أومأ برأسه إيماء. قال الشافعي: "ولا يرفع إلى وجهه شيئًا يسجد عليه"[17].

سادساً: في التعليم والمسابقات لما له من مصلحة تأكيد الحفظ والتمايز بين المتسابقين في قوة الحفظ ودقة الضبط، وذلك بجعل الطالب يقرأ آية قبل آية، فيقال له : ماذا قبل هذه الآية وقد قرأ ما قبلها، فيكون

الأداء على غير الترتيب الذي في السور والآيات، ولا يظهر في هذه الطريقة التي انتهجها أهل العلم في تدريب الطلاب ما يُمنع منه شرعاً فهو مقصد مشروع لا يوجد دليل ينقضه أو يخالف مسيره.

المبحث الأول: التنكيس في قراءة القرآن

تعتمد هذه المسألة ابتداء على بيان كون القرآن الكريم توقيفي الترتيب في سوره، كما هو في المصحف الشريف، والخلاف مشهور في هذه المسالة بين قائل بأنها توقيفية الترتيب أو جازم بأنها اجتهاد من الصحابة – رضوان الله عليهم–، ولعل الصواب أن ترتيب بعض السور توقيفي وبعضها الآخر اجتهادي، ذلك أن الروايات متعارضة بوجه لا يقوى معه الترجيح، وهذا ما رجحه الزرقاني بقوله:" أن ترتيب بعض السور كان بتوقيف من النبي ﷺ وترتيب بعضها الآخر كان باجتهاد من الصحابة وقد ذهب إلى هذا الرأي جمع من العلماء. ولعله أمثل الآراء"[18]، واختار هذا القول القيعي في كتابه الأصلان بقوله:" المختار أن بعضها توقيفي، والبعض الآخر اجتهادي؛ للروايات المتعارضة"[19].

وإنما عُنيت بترتيب السور – فيما سبق بيانه – دون غيرها؛ لأن الخلاف دائرٌ حولها، ولا يتصور انعكاس ترتيب الكلمات في الكتابة لأن مخالفة رسم المصحف وترتيبه ينقض من إصله، وإن كان هذا قد يحص في الأداء مع المنع؛ لأن المعاني لا تقوم إلا بانتظام نسقها، وترتيب بنيانها، ولا تصح العبادة حال انتكاسها، قال البهوتي:" ويحرم تنكيس الكلمات أي: كلمات القرآن؛ لإخلاله بنظمه وتبطل به الصلاة؛ لأنه يصير بإخلال نظمه كلاما أجنبيا، يبطل الصلاة عمده وسهوه"[20].

وعليه نفصل التنكيس في السور والآيات على النحو الآتي:

المطلب الأول: قراءة سورة قبل سورة.

مدار أهل العلم في جواز تقديم سورة على ما سبقها في ترتيب القرآن، هو ما ورد عند مسلم من حديث حذيفةؓ، قال: "صليت مع النبي ﷺ ذات ليلة، فافتتح البقرة، فقلت: يركع عند المائة، ثم مضى، فقلت: يصلي بها في ركعة، فمضى، فقلت: يركع بها، ثم افتتح النساء، فقرأها، ثم افتتح آل عمران، فقرأها، يقرأ مترسلا، إذا مر بآية فيها تسبيح سبح، وإذا مر بسؤال سأل، وإذا مر بتعوذ تعوذ، ثم ركع، فجعل يقول: سبحان ربي العظيم، فكان ركوعه نحوا من قيامه، ثم قال: سمع الله لمن حمده، ثم قام طويلا قريبا مما ركع، ثم سجد، فقال: سبحان ربي الأعلى، فكان سجوده قريبا من قيامه. قال: وفي

حديث جرير من الزيادة، فقال: سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد "[21].

ووجه الاستلال في هذا الحديث ظاهر في أن القراءة لم تكن على الترتيب العهود في ترتيب السور كما في المصاحف فهو ﷺ قد قرأ بغير الترتيب الذي عليه الترتيب الذي في المصاحف، ولعل هذا ما ذهب إليه من قال بقراءة سورة قبل سورة، و يرد على هذا الاستدلال كونه ورد في النفل دون الفرض، وأيضاً أنه كان قبل الترتيب الذي جُمع عليه مصحف عثمان ﷺ كما أشار إلى ذلك النووي في شرحه على مسلم بقوله: "وإنما اختلف المصاحف قبل أن يبلغهم التوقيف والعرض الأخير، فيتأول قرأته ﷺ النساء أولا، ثم آل عمران هنا على أنه كان قبل التوقيف والترتيب، وكانت هاتان السورتان هكذا في مصحف أُبي"[22].

بل هناك من قيد التنكيس في سور القران بمن يقرأ من آخر السورة ثم يقرأ من أولها، وعليه فلا يكون تقديم السور من التنكيس على هذا القول وقد ذكر هذا القول النووي فقال: "قال وقد أباحه بعضهم وتأول نهي السلف عن قراءة القرآن منكوسا على من يقرأ من آخر السورة إلى أوله"[23].

ولذلك نجد أن أقوال أصحاب المذاهب تدور في فلك الجواز والكراهة مع صحة الصلاة، وأن الكراهة التحريمية التي نصّ عليها الحنفية لم توصل هذا العمل لإبطال الصلاة على الصحيح عندهم، قال ابن نجيم:" لو ترك ترتيب السور لا يلزمه شيء مع كونه واجبا، وهو أجمع ما قيل فيه، وصححه في الهداية، وأكثر الكتب وما في القدوري من قوله، أو ترك فعلا مسنونا أراد به فعلا واجبا ثبت وجوبه بالسنة"[24].

ولا يقصد بالوجوب عند الحنفية هنا ما يلزم به الجبر أو يحدث به الخلل، بل المراد وجوب نظم القرآن وتسلسل السور على الترتيب الذي استقر بين أيدينا اليوم، وعليه فإن المخالفة للترتيب في القراءة عندهم لا يلزم منه سجود السهو، كما جاء في البحر الرائق حيث قال: "لأن مراعاة ترتيب السور من واجبات نظم القرآن، لا من واجبات الصلاة فتركها لا يوجب سجود السهو"[25].

وكذا المالكية بين الجواز في الركعتين، والكراهة في الركعة الواحدة، جاء في الدر الثمين: " قال ابن عرفة الباجي: يكره في الثانية سورة قبل سورة الأولى، عياض: لا خلاف في جوازه، وإنما يكره في

ركعة واحدة، وسمع ابن القاسم هو من عمل الناس، وهو الترتيب سواء"[26].

وعند الشافعية ما يوافق رأي المالكية، فقد قال النووي:" الذي نقوله إن ترتيب السور ليس بواجب في الكتابة ولا في الصلاة ولا في الدرس ولا في التلقين والتعليم ....إلى قوله: ولا خلاف أنه يجوز للمصلي أن يقرأ في الركعة الثانية سورة قبل التي قرأها في الأولى وإنما يكره ذلك في ركعة ولمن يتلو في غير صلاة"[27].

وعند الحنابلة كراهة التنكيس مطلقاً في الركعة والركعتين قال الحجاوي في الإقناع:" يكره تنكيس السور في ركعة أو ركعتين"[28].

ولا يُفهم من عدم التزام القارئ بعد الترتيب السور استواء الأمرين، بل إن فضيلة الالتزام بنظم القرآن، وما كان عليه العمل من السلف والخلف أولى بالعمل إن لم يكن في درجة المستحب، ولما سُئل ابن مسعود عن قراءة القرآن منكوساً قال: " ذاك منكوس القلب"[29].

ومن هنا يترجح أن تنكيس القراءة يحمل على الكراهة إذ الأصل مراعاة ترتيب القران، سواء كان توقيفياً من النبي ﷺ أو من اجتهاد أصحابه الكرام- رضوان الله عليهم- ، وورود حادثة واحدة سبقت جمع القران، وما استقر عليه نظمه وترتيبه، لا تقوى مع ما تواترت عليه الأعمال ولو على وجه الاستحباب أو في ترك مخالفة الأولى.

المطلب الثاني: تنكيس آية قبل آية

لا يستوي تنكيس آيات القران مع تنكيس السور من حيث الحكم والاعتبار؛ إذ إن ترتيب آي القران توقيفي قطعي لم يطرقه الاجتهاد بحال، مع علمنا القطعي أن هذا الترتيب لا يرتبط بنزول القرآن وتتابع الوقائع والأحداث كما قال الحافظ العراقي: " ترتيب الآيات ليس على ترتيب النزول"[30]، وهذا ما ذكره العلماء في بحث ترتيب القرآن وجمعه، قال السيوطي: "الإجماع والنصوص المترادفة على أن ترتيب الآيات توقيفي لا شبهة في ذلك، وأما الإجماع فنقله غير واحد منهم"[31].

ومما ينبغي معرفته أن ترتيب السور تعلقت به أمور أُخرى كالمعاني التي هي نتاج انتظام الألفاظ، والأعجاز الذي عُدّ مبحثاً في علوم القرآن وهو من مقاصد التشريع التي تحدى بها الله ﷻ فصحاء العرب وبلغاءهم، ولا شك أن ذلك مرتبط بترتيب الآيات وتناسق العبارات، وهذا ما ذكره صاحب مرقاة المفاتيح بقوله:" يفرق أيضا بأن عكس الآي

مخل بالإعجاز الذي هو أعلى مقاصد القرآن بخلاف عكس السور"[32].

وأما تنكيس الآيات فقد قال العلماء بالكراهة مع صحة الصلاة، وعليه فإذا قرأ في الركعة آية، وقرأ في الركعة الأخرى آية فوق تلك الآية أو قرأ في ركعة آية، ثم قرأ بعد هذا في تلك الركعة آية أخرى فوق تلك الآية، فقد خالف القراءة في الترتيب، قال بهذا الحنفية[33]، والمالكية[34]، والشافعية[35]، والحنابلة[36]، ولكن المالكية يبطلون الصلاة، ويرون تحريم القراءة بتنكيس الآيات إذا كان اختلال المعنى، وانتقاض النظم مؤدى هذا التنكيس، فقالوا: "وحرم تنكيس الآيات المتلاصقة في ركعة واحدة وأبطل الصلاة لأنه ككلام أجنبي"[37].

بناءً على ما سبق، يترجح أنه يكره التنكيس في الآيات، فلا ينبغي تعمد القراءة بتنكيس الآيات عمداً، والسهو معفوٌّ عنه والخطأ كذلك، فمراعاة الترتيب والمناسبة في التأمل والقرآني وحسن الأداء لا يبتعد عن هذا المقصود الشرعي العظيم.

المبحث الثاني: التنكيس في الطهارة والصلاة والحج

المطلب الأول: التنكيس في الطهارة

يرى الشافعية[38] والحنابلة[39] فرضية ترتيب الأركان في الوضوء، وذلك لأن قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ وَٱمْسَحُواْ بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ ۚ وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُواْ ۚ وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُواْ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُم مِّنْهُ ۚ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُۥ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٦] يدلّ على الترتيب من جهة فعل النبي ﷺ العملي الذي يظهر فيه الترتيب، وهو الذي أمرنا باتباعه والأخذ عنه، ثم نجد من جميل الاستدلال ما قاله الخطيب الشربيني: "ذكر ممسوحا بين مغسولات، وتفريق المتجانس لا ترتكبه العرب إلا لفائدة"[40]، فلا شك أن للترتيب اعتباره، ولا يتصور أنّ الواو العاطفة قد اقتصرت على معنى الجمع دون الترتيب فقط إذ القرائن تمنع الاقتصار عليه.

قال الماوردي: " وأما القياس فهو أنها عبادة ترجع في حال العذر إلى شطرها، فوجب أن يكون الترتيب من شرطها كالصلاة، ولأنها عبادة تبطل بالحدث فوجب أن يسقط فرضها بالتنكيس"[41]، من هنا يتبين لنا أنّ من استقرأ النصوص عند من ألزموا الترتيب مستندهم تعليل بُني على ترتيب أركان الصلاة، والأعذار التي تُظهر أصل التعامل في العزائم والرخص.

والبدل له حكم الأصل في غالب ما تتوجه فيه أدلة التشريع، ومنه فإنّ تعذّر الماء ينقلنا إلى التيمم وترتيب بين أعضائه وإن كانت شطر أعضاء الوضوء إلا أنه الترتيب واجب فيها كما في الوضوء وهذا ما ذكره الماوردي بقوله:" وأما التيمم الترتيب في التيمم واجب كوجوبه في الوضوء"[42].

أما الحنفية[43]، والمالكية[44]، فرأوا استحباب الترتيب، وعللوا ذلك بأن معنى حرف العطف (الواو) الوارد في الآية هو للجمع، وفي حروف العطف ما يدلّ على الترتيب أو التعقيب وهي (الفاء وثم)، فلو أراد الشارع ذلك المعنى لأورده، وأيضاً ما قاله الكاساني: " التطهير لا يقف على الترتيب"[45]، وعليه فلا يلزم الترتيب على هذا الرأي ويكفي غسل العضو المتروك.

ولعل هذا الرأي هو ما تتجه إليه آراء أهل اللغة فيما صح مع اختلاف مذاهبهم في معاني الحروف وهي من الأدلة التي تم تتبعها في استعمال القرآن، وقد قال الزركشي: " هو الصحيح أنها لا تدل على الترتيب لا في الفعل كالفاء، ولا في المنزلة كثم، ولا في الأحوال ك حتى، وإنما هو لمجرد الجمع المطلق كالتثنية"[46]، بل نقل عن ابن الخشاب قوله: "إذا تأملت الواو العاطفة في التنزيل وجدتها كلها جامعة لا مرتبة، وكذا في غير التنزيل"[47].

وليس الترتيب الذي أوجبه الفقهاء بين الأركان لازم بين يمين الركن ويساره؛ إذ أنها جاءت في النص الشرعي بصورة لا تظهر التفاوت والترتيب، بل إنّ لفظ الأيدي والأرجل جاء بدفعة واحدة وعليه فهي مستحبة لورود السنة بالاقتداء ولكن ليس للوجوب ولا يُعلم في ذلك خلاف، كما قال ابن قدامة في المغني: " ولا يجب الترتيب بين اليمنى واليسرى، لا نعلم فيه خلافا؛ لأن مخرجهما في الكتاب واحد"[48].

ثمت أمر لا بدّ من الإشارة إليه، وهو أن وجوب الترتيب هو المقصود أصالة لا عدم التنكيس، فإن غسل الأعضاء دفعة واحدة، لم يصح

منه الوضوء، وكذا لو وضأهُ أربعة أشخاص بتناول جميع الأعضاء[49].

وأما الغسل فلم تتناول آيات القرآن تفصيل أركان الغسل كما تناولته في بيان حكم الوضوء ولذا لم نجد من الفقهاء من أوجب الترتيب في غسل أعضاء الوضوء بل إن المتتبع لقولهم يجد أن تعميم الجسد بالغسل كافٍ في تحقيق معنى الطهارة من الحدث الأكبر، قال الزحيلي:" اتفق الفقهاء على عدم إيجاب الترتيب في الغسل، فيصح البدء بأعلى الجسد أو بأسفله"[50].

بل زيادة على ذلك فإنّ الوضوء يدخل تحت الغسل، ويُسقط وجوب الترتيب، فظهر قوة الأعلى على الأدنى، واندرجت أحكام الوضوء تحت الغسل، كحال العمرة مع الحج، وهذا ما علل به الزحيلي بقوله: " ولا يجب الترتيب ولا الموالاة في أعضاء الوضوء؛ لأن الغسل يجزئ عنهما، لأنهما عبادتان دخلت إحداهما في الأخرى، فسقط حكم الصغرى، كالعمرة مع الحج"[51].

ومما سبق فإنه يمكن القول بأن الراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من فرضية الترتيب بين الأركان، وعدم التنكيس بينها؛ لما يظهر من الأدلة في لزوم صحة الأداء واستقرار النقل عن النبي ﷺ من غير مخالفة في ذلك قولاً وفعلاً، ولم يعلم مخالفةً ولو لمرة واحدة عنه، بل وغير ذلك من الأدلة التي رجحت هذا الرأي.

المطلب الثاني: التنكيس في الصلاة

ألفاظ الفقهاء في التنكيس المتعلق بالصلاة تدور بين المشروع والممنوع، ولعل المقصود الذي يهدف إليه البحث يتجه إلى التنكيس الممنوع؛ إذ أن التنكيس المشروع يتعلق بصورة لا يظهر فيها تقدم ركن على ركن، بل هو أقرب إلى المعنى اللغوي ابتداء، ثمّ هو ما دلت عليه الهيئة التي يتحقق بها تمام أداء الركن على الصورة الشرعية، وذلك في ركن السجود، ويكون بخفض الرأس وارتفاع أسافله عن أعاليه.

الأصل في تنكيس السجود وضع الجبهة على الأرض لا يحول بينهما شيء، فإن عجز عن ذلك لمرض، فقد اختلفت عبارات الفقهاء في وجوب وضع وسادة ليسجد عليها كما ذكر ذلك النووي[52]، وابن النقيب الشافعي[53]، وصاحب موسوعة القواعد الفقهية[54]، وقد لا يتحقق لصاحب العلة تحقيق معنى التنكيس المشار إليه، فيكفي الإيماء بما يمكنه خفضه من جسده أخذاً بقاعدة: " الميسور لا يسقط بالمعسور"[55]، أو" البعض المقدور عليه هل يجب؟"[56]، ولا شك أن التنكيس في السجود لا يراد

به تقديم ركن على ركن، بل خفض الرأس عن باقي الجسد وهو مما لزم إيراده لوروده في كتب الفقه، بل والأمر بتحقيق هذه الهيئة لا يكون إلا بها.

وقد ذكرت مسألة التنكيس في السجود وإن كانت ليست من أصل البحث ولا في ظلاله؛ لوردها بهذا اللفظ في كتب الفقهاء، ومطالبتهم الإتيان بها، وتفصيل الأحوال التي تعرض لها، وما ينبغي تحصيله منها، وإلا فقد عرضت لي مسائل كتنكيس الرأس في الصلاة. وتنكيس السنن، ولم أطرق بابها ولا قصدت محربها؛ لأنها لا تعدو أن تكون من المستحبات التي لا يترتب على ترك أدائها شيء.

أما ما يتعلق بتنكيس ترتيب الأركان، فالمعلوم أن أركان الصلاة جاءت مرتبة بصورة مطردة لم تتخلف في فعل النبي ﷺ فقد كان يصليها مرتبة، بل أمر الناس بذلك بقوله:" صلوا كما رأيتموني أصلي"[57]، وعلمها للذي لم يحسن في صلاته[58] بقوله: " إذا قمت إلى الصلاة فكبر، ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن، ثم اركع حتى تطمئن راكعا، ثم ارفع حتى تعدل قائما، ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا، ثم ارفع حتى تطمئن جالسا، وافعل ذلك في صلاتك كلها" [59]، فظهر جليا قوة الاستدلال بوجوب الترتيب لأنّ حرف العطف (ثم) واضح المعنى في معرفة السابق من اللاحق بخلاف (الواو) الواردة في آية الوضوء.

بهذا الاستدلال قال المالكية[60] والشافعية[61] والحنابلة[62]، واعتبروا الترتيب من الأركان، وعليه يلزم من فوّت ركن أن يعود عليه، ثمّ يأتي بما بعده، وهذا متصور في أجزاء الركعة الواحدة أو بين فوات الركعات لمن كان مسبوقاً، فيكون الأداء على ترتيب أصل الصلاة في الجهر السر وسنية ما يُقرأ بعد الفاتحة أو تركه.

وخالف الحنفية[63] في ذلك فاعتبروا الترتيب من الواجبات في بعض أجزاء الصلاة، فألزموا رعاية الترتيب بين القراءة والركوع، وفيما يتكرر في كل ركعة بالوجوب لا الفرضية، أما ما لا يتكرر في كل ركعة أو في كل الصلاة كترتيب القيام والركوع والسجود الأول والقعود الأخير، فإن الترتيب فيه يكون فرضاً.

ولذا نجد المسبوق عند الحنفية يقضي الركعات الفائتة بعكس ترتيب أصل الأداء، وذلك بمعنى أنّه يصلي آخر الركعات قبل أولها، وهذا بلا شك مؤثر فيما يشرع من جهر الصلاة وإسرارها في المعتمد في الفائت والمؤدى، وهذا ما قال ابن عابدين:" ولهذا اعتبر الشارع صلاة المسبوق غير مرتبة من حيث

الأقوال، فأوجب عليه عكس الترتيب بأن أمره بأن يفعل ما يبتنى على ذلك من قراءة وجهر"[64].

وعليه فإن الخلاف دائر بين كون الترتيب من الأركان أو الواجبات، وإن كان قول الجمهور في الركنية للترتيب أوجه؛ للأدلة التي ساقوها مما برز في لغة العرب أو الأدلة الشرعية القولية والعملية المنقولة عن رسول الله ﷺ، وما ذكره أهل العلم من أدلة راجحة بالبيان ظاهرة للعيان وأن انتكاس أي ركن في الصلاة يظهر في صورة غير التي قامت بها الصلاة وصحة بها العبادة.

المطلب الثالث: التنكيس في أركان الحج معظم الأركان.

لا شك أن من أركان الحج وواجباته ما ينزل منزلة تكبيرة الإحرام في تقدمه على غيره، فلا يتصور بدء ركن من أركان الحج قبل الإحرام به، وكذا ما تأكد تقييده بوقت كوقوف عرفة أو غيرها من الواجبات ولذا نجد من علماء الشافعية من جعل الترتيب في معظم الأركان ركناً أو شرطاً على خلاف ورد في بين أقوالهم، قال ابن حجر الهيتمي: " وله ركن سادس هو الترتيب في معظم ذلك إذ يجب تأخير الكل عن الإحرام وما عدا الوقوف عنه والسعي عن طواف الإفاضة إن لم يكن سعى بعد القدوم وجرى في المجموع على أنه شرط"[65].

ويظهر اختلاف عبارات الإمام النووي في عدّ الترتيب ركناً أو شرطاً ما قاله الشربيني:" في معظم هذه الأركان كما بحثه في الروضة، وإن عده في المجموع شرطا بأن يقدم الإحرام على الجميع ويؤخر السعي عن طواف ركن أو قدوم، ويقدم الوقوف على طواف الركن والحلق أو التقصير للاتباع"[66].

ونجد من أركان الحج أو العمر ما يكون متشابه في الأداء في أبعاض الركن الواحد كالطواف والسعي ورمي الجمار بين ترتيب الحصيات فلا يظهر فيها التنكيس إذ لا يتصور اختلاف الأداء فيها إلا أن يطوف يجعل الكعبة عن يمينه فلا يجزئ طوافه أو يجبر بدم إن كان قد غادر مكة على قول بعض الفقهاء[67]، أو المخافة في البدء في السعي من المروة بدل الصفا، فيترتب على ذلك إلغاء هذا الشوط والإتيان بشوط آخر ليتم به سبعة أشواط[68].

مما سبق يتبين لنا أنّ من قدم ركناً من أركان الحج على الإحرام، أو رمى الجمار قبل الوقوف بعرفة أو سعى سعي الحج أو طاف طواف الإفاضة قبله، فإنه قدم ركناً على ركن أو واجباً لزم تأخيره عن ركن

سابق له، وهذا ما جعل بعض علماء الشافعية يعدون ترتيب معظم الأركان من الأركان كما قال الـ- شربيني:" (الترتيب) في معظم هذه الأركان كما بحثه في الروضة وإن عده في المجموع شرطا بأن يقدم الإحرام على الجميع ويؤخر السعي عن طواف ركن أو قدوم ويقدم الوقوف على طواف الركن والحلق أو التقصير للاتباع"(69).

الخاتمة:

توصلت الدراسة على نتائج عدة كان من أبرزها:

1. أن مفهوم التنكيس في العبادة يراد به عدة معانٍ، وأهمها مخالفة الترتيب في التقديم أو التأخير.

2. يمنع التنكيس في العبادات غالباً وترتب على فعله بطلان للعبادة في بعض الفروع الفقهية أو الإعادة فيما يمكن إدراكه.

3. يشرع التنكيس فيما صح له الدليل وبينته السنة في بعض الأحوال أو الهيئات التي نصت عليها الأدلة الشرعية.

4. الحكم الشرعي الذي نتجت عنه آثار التنكيس ما كان مخلاً بركن أو واجب أو فعل محذور، وليس الحال كذلك في السنن.

5. لا يجوز مخالفة الترتيب فيما طلبه الشرع بصور تأكد منها المقصد في صحة الأداء ومتابعة النبي ﷺ، وذلك في ترتيل القران أو العبادات التي عُدّ الترتيب ركن فيها، ونتج عن الإخلال فيها بطلان أو استدراك.

وختاماً أسأل الله القبول والسداد فهو عون من رجاه ومؤمّل من دعاه.

الهوامش:

(1) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي(395 ه)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، (1399هـ-1979م)، ج5، ص477، وينظر: ابن منظور، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري(711 ه)، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، ط3، (1414 ه)، ج5، ص 241.

(2) الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي(310 ه)، **تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان ط1، (1422 هـ - 2001 م)، ج 16، ص303.

(3) الرصاع، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي-المالكي(894 ه)، **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية = شرح حدود ابن عرفة**، المكتبة العلمية ط1، (1350 هـ - 1 - 100)، وينظر:

قلعجي، محمد رواس قلعجي – حامد صادق قنيبي، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط2،(1408هـ- 1988 م)، ج1، ص148.

(4) الرُّعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الحطاب(954 ه)، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ط3،(1412هـ- 1992م، ج2، ص207.

(5) ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي(543ه)، **المسالِك في شرح مُوَطَّأ مالك**، دَار الغَرب الإسلامي،ط1،(1428 هـ- 2007م)، ج3، ص310.

(6) مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (261هـ)، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب تطويل القراءة في صلاة الليل، رقم 772، ج1، ص.536.

(7) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (256هـ)، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، طوق النجاة، ط1، (1422 ه)، كتاب العلم، باب الفتيا وهو واقف على الدابة وغيرها، رقم 83، ج1، ص28.

(8) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي(683ه)، **الاختيار لتعليل المختار**، تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة الناشر، مطبعة الحلبي، القاهرة، وصورتها دار الكتب العلمية – بيروت، وغيرها،(1356 هـ- 1937م)، ج1، ص 64، وينظر: العينى، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى(855هـ)، **البناية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1420هـ، 2000 م)، ج2، ص592،

(9) وينظر: النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(676ه)، **المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)**، دار الأفكار الدولية، الأردن، ج1، ص577، وينظر: ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي(620ه)،

(10) **المغني على مختصر الخرقي**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1424، 2004) ج1، ص422.

11) ينظر: ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي(520ه)، **المقدمات الممهدات**، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1408هـ- 1988م)، ج1، ص202.

(12) ينظر: الخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي(1101ه)، **شرح مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، ج2، ص130.

(13) ينظر: الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي(474 ه)، **المنتقى شرح الموطأ**، مطبعة السعادة، مصر، ط1، (1332ه)، ج1، ص332.

(14) الشنقيطي، خليل محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي(1302ه)، **لوامع الدرر في هتك أستار المختصر (شرح مختصر خليل)**، دار الرضوان، نواكشوط- موريتانيا،ط1،(1436هـ، 2015م)، ج3، ص16.

(15) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي(450هـ)، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1419هـ- 1999م)، ج2، ص519.

(16) العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي(558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، (1421هـ)، ج2، ص684.

(17) ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد الشيباني الجزري ابن الأثير(606هـ)، **الشَّافي في شرح مسند الشَّافعي**، تحقيق: أحمد بن سليمان و أبي تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية ط1، (1426هـ- 2005م)، ج1، ص629.

(18) الزرقاني، محمد عبد العظيم الزُّرْقاني(1367هـ)، **مناهل العرفان في علوم القرآن**، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ط3، ج1، ص356.

(19) القيعي، أ. د. محمد عبد المنعم القيعي(، **الأصلان في علوم القرآن**، ط4، (1417هـ- 1996م)، ج1، ص115.

(20) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى(1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1418، 1997)، ج1، ص344.

(21) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب استحباب تطويل القراءة في صلاة الليل، رقم 772، ج1، ص.536.

(22) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2،(1392)، ج6، ص62.

(23) المصدر السابق.

(24) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري(970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج2، ص101.

(25) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج2، ص101.

(26) ميارة، محمد بن أحمد ميارة المالكي(1072هـ)، **الدر الثمين والمورد المعين (شرح المرشد المعين على الضروري من علوم الدين)**، تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، (1429هـ- 2008)، ج1، ص276.

(27) النووي، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، ج6، ص62.

(28) الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي(968هـ)، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج1، ص119.

(29) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني(458هـ)، **شعب الإيمان**، تحقيق: الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، (1423هـ- 2003م)، ج4، ص9، وينظر: الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني(1182هـ)، **المصنف**، تحقيق:

حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، (1403)، ج4، ص323.

(30) العراقي، ولي الدين أبي زرعة أحمد بن عبد الرحيم العراقي(806هـ)، **الغيث الهامع شرح جمع الجوامع**، تحقيق: محمد تامر حجازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1425هـ - 2004م)، ج1، ص382.

(31) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي(911هـ)، **الإتقان في علوم القرآن**، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الهيئة المصرية العامة للكتاب، (1394هـ 1974م)، ج1، ص211.

(32) الملا علي القاري، علي بن (سلطان محمد)، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري(1014هـ)، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، (1422هـ - 2002م)، ج2، ص691.

(33) ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ البخاري الحنفي(616هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه**، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424 هـ - 2004م)، ج1، ص305.

(34) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي(1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، دمشق، ج1، ص242.

(35) الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل(502هـ)، **بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)** تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،(2009م)، ج2، ص29.

(36) الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي(1243هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، (1415هـ-1994م)، ج1، ص438.

(37) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح**، ج1، ص242.

(38) الماوردي، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، ج1، ص141.

(39) ابن قدامة، **المغني على مختصر الخرقي**، ج1، ص101.

(40) الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي(977هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1415هـ- 1994م)، ج1، ص180.

(41) الماوردي، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي**، ج1، ص141.

(42) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج1، ص249.

(43) الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي(587هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، (1406هـ - 1986م)، ج1، ص117.

(44) الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج1، ص132.

(45) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج1، ص22.

(46) الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي(794 هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، القاهرة، ط1، (1414هـ – 1994م)، ج3، ص141.

(47) المصدر نفسه، ج3، ص143.

(48) ابن قدامة، **المغني على مختصر الخرقي**، ج1، ص 101.

(49) ينظر: الزحيلي، أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي(1436هـ)، **الفقه الإسلامي وأدلَّته**، دار الفكر، دمشق، ج1، ص527.

(50) المصدر السابق، ج1، ص527.

(51) المصدر نفسه، ج1، ص529.

(52) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، (1412هـ/ 1991م)، ج1، ص257.

(53) ابن النقيب، أبو العباس أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي(769هـ)، **عمدة السالِك وَعدة النَّاسِك**، الشؤون الدينية، قطر، ط1، (1982م)، ج1، ص51.

(54) برنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، **موسوعة القواعد الفقهيَّة**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، (1424 هـ 2003م)، ج2، ص50.

(55) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي(685هـ)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (1411هـ– 1991م)، ج1، ص155.

(56) الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي(794هـ)، **المنثور في القواعد الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط2، (1405هـ– 1985م)، ج1، ص227.

(57) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب الأذان للمسافر، إذا كانوا جماعة، والإقامة، رقم: 631، ج1، ص128.

(58) اشتهر تسمية هذا الحديث بالمسيء صلاته، لكن عبارة الشافعي أليق بقوله: (باب من لا يحسن...) كما في كتابه **الأم**، ج1، ص123، وغيرها من الأبواب.

(59) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الأذان، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها في الحضر والسفر، وما يجهر فيها وما يخافت، رقم: 757، ج1، ص152.

(60) الحاجة كوكب، الحاجّة كوكب عيد، **فقه العبادات على المذهب المالكي**، مطبعة الإنشاء، دمشق، ط1، (1406هـ – 1986م)، ج1، ص155.

(61) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج1، ص386.

(62) ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (1353هـ)، **منار السبيل في شرح الدليل**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط7، (1409 هـ– 1989م) 1ج1، ص87.

(63) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج1، ص138، وينظر: الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي الحنفي(743هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**

وحاشية الشِّلْبِيِّ، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط1، (1313هـ)، ج1، ص153.

(64) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (1252هـ)، **رد المحتار على الدر المختار = حاشية ابن عابدين**، الفكر، بيروت، ط2، (1412هـ-1992م)، ج1، ص463.

(65) الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (974هـ)، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، (1357 هـ-1983م)، ج4، ص146.

(66) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص285.

(67) ينظر: الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج4، ص151.

(68) المصدر نفسه، ج4، ص160.

(69) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص285.

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 (9), Number (1),Ramadan,1443, April. 2022

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.

E-ISSN2790-251X

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 (9), Number (1),Ramadan,1443, April. 2022

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
Prof. Omer Al-momni	The World Islamic Science & Education University
Dr. Mubarak Al-Tarawneh	The World Islamic Science & Education University

Advisory Editorial Board

His Eminence Abd Alkareem Khasawnh	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. Khales 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

Arabic Language Editor
Dr. Abdullah Al-Thneibat

Journal Secretary
Reham Al-Faouri

Designer
Thanaa Taifour


بسم الله الرحمن الرحيم

Al-Meezan for Law and Islamic Studies

An International Research and Refereed Journal

About the journal: Al Meezan Journal for Low 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 coma 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