جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الميزان

للدراسات الإسلامية والقانونية

مجلة علمية عالمية محكمة

المجلد التاسع – العدد الثاني: ذو القعدة 1443هـ/حزيران 2022م

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

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 (2),Dhu alqadea,1443, JUNE. 2022

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



جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الميزان

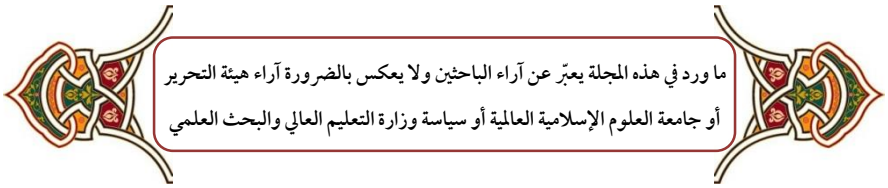
للدراسات الإسلامية والقانونية

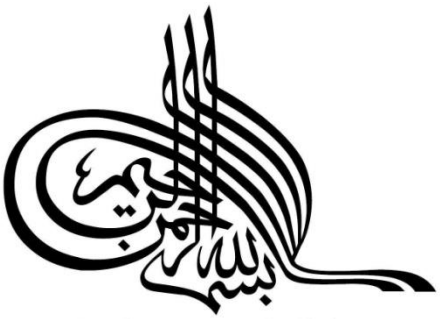
مجلة علمية عالمية محكمة

تصدر عن عمادة البحث العلمي في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

عمّان/ المملكة الأردنية الهاشمية

المجلد التاسع/ العدد الثاني: ذو القعدة 1443هـ/ حزيران2022م





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 محكمة

المجلد التاسع/العدد الثاني: ذو القعدة 1443هـ/ حزيران2022م

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
د. مبارك الطراونة	جامعة العلوم الإسلامية العالمية
د. هارون القضاة(رحمه الله)	جامعة العلوم الإسلامية العالمية

الهيئة الاستشارية

سماحة الشيخ عبد الكريم خصاونة	مفتي عام المملكة الأردنية الهاشمية
أ.د. محمد 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

د. عبد الله ذنيبات

المحرّر اللغوي/ اللغة الإنجليزية

د. غالب فريحات

أمانة سر المجلة وإخراج العدد

رهام الفاعوري


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 نُـــشر أو قُدّم للنـــشر 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- تشـمل معايير التقويم كلاً من: الأصـالة العلمية للمخطوط، ومدى إضـافته 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 للنشـــر، كما أن لها الحق في إدخال قدر من "التحرير" على المخطوطات المجازة.

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 بالضـــرورة سياسة جامعة العلوم الإسلامية العالمية أو هيئة تحرير المجلة.

قواعد تفصيلية للنشر:

مواصفات البحث المُقدّم للنشر:

1- أن لا يزيد المخطوط مع المصـادر والهوامش والجداول والملاحق على (35) صـفحة بواقع (9000 كلمة وحجم الحرف 14)، مطبوعة بمسـافات مزدوجة بين الأسـطر على ورق (A4)، مع الترقيم المتسلسل لجميع صفحات المخطوط.

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

3- ترقّم الجـداول والأشـــكـال بالترتيب كمـا وردت في المخطوط، وتزوّد الجـداول بعنـاوين في الأعلى والأشكال في الأسفل وهوامشهما في الأسفل، ويطبع كل منهما على صفحـــة مستقلـــة 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 [آل عمران: 46].

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 الشـــهرســـتاني (توفي 548هـ/ 1153م)، **الملل والنحل**، تحقيق: أمير علي مهنا وعلي حســـن 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 النصـــوص القانونية بذكر النص من مصـــدره. مثال: المادة (5) من قانون أصـــول 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:

اســم صــاحب البحث كاملاً متبوعاً بفاصــلة، ثم عنوان البحث متبوعاً بفاصــلة، ثم اســم الدورية (مطبوعاً بخط غامق Bold) ومكان صـــدورها متبوعاً بفاصـــلة، 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**: يشـتمل على اسـم الكاتب متبوعاً بفاصـلة، 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:

اســـم المؤلف كاملاً متبوعاً بفاصـــلة، ثم عنوان المخطوط كاملاً (مطبوعاً بخط غامق Bold) متبوعاً بفاصـــلة، ثم رقم المخطوط متبوعاً بفاصـــلة، ثم مكان المخطوط، ثم رقم الصـــفحة (أو الورقة) مع بيان الوجه أو الظهر المأخوذ منه الاقتباس باستخدام الرمزين (و) و(ظ) على التوالي.

مثال: ابن حجر العســـقلاني (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 نـــشر بحثه في المجلة، على أن تتضمن هذه الرسالة تحديد التخصص الدقيق للبحث.
2- نسخة إلكترونية، وذلك حسب المواصفات المتقدّم ذكرها في مواصفات البحث.
3- السيرة الذاتية للباحث (مُوجزة).
4- تعهّد 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



سلطان المحتويات

الباحث/ الباحثون	عنوان البحث	الصفحات
د. أنس الجابر	أثر النية في استباحة رخص السفر	31-13
د. قصي أبو شريعة	الملامسة النبوية : مفهومها وأهميتها وصورها	53-33
د. حسني الضلاعين	رد الحنفية على من ادعى مخالفة أصولهم في شروط القياس والعلة المؤثرة	88-55
د. مؤيد الخوالدة	المسؤولية الجزائية الناشئة عن الإيذاء المبهج في التشريع الأردني	103-89
د. يوسف الشريفين	إعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم 11 لسنة 2016	123-105
عادل حميدات	الخيانة العظمى بوصفها جريمة يرتكبها الوزير في التشريع الأردني	144-125
حنان عوض أ.د. جميلة الرفاعي د. أنور الشعر	الحق في هواء نقي وسكينة عامة في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظرية التعسف في استعمال الحق	162-145
د. هشام الكساسبة ألاء الزبود	النظام القانوني للتصويت الإلكتروني (دراسة مقارنة)	198-163
فادي خريس د. نصر بلعاوي	المسؤولية المدنية على شركات الكهرباء الناشئة عن حالات الصعق الكهربائي	218-199
أ.د. إبراهيم الأرناؤوط	دوروكيل الإعسار في إعادة هيكلة المَشْروعات الاقتصاديَّة المُتَعثِّرة وَفْقًا لقانون الإعْسارِ الأُردنيّ (دراسة مقارنة)	252-219
د. يزيد الشياب	القراءات القرآنية بين الجمع والتركيب	272-253
د. آمنة العقيلي	التكافل الاجتماعي وسُبل تحقيقه في الفقه الإسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني جائحة كورونا -COVID19- أنموذجاً	296-273
دعاء أبو سليم أ.د. إسماعيل البريشي	المحاكمة السِّرية في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني (دراسة فقهية قانونية)	312-297
د. مصطفى بن سميط	فَسْخُ النِكَاحِ بِسَبَبِ الإِيْدِز بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية اليمني رقم(20) لسنة 1992م (دراسة مقارنة)	332-313

د. فكري الدويري د. فتحي طعامنة	دور التربية الإسلامية في إرشاد المقبلين على الزواج	346-333
حنين منصور أ.د. خلوق آغا	الاستحسان في الزكاة و أثره في التجديد الفقهي والأصولي	370-347
إياد أبو ربيع أ.د. منصور مقدادي	موقف الحدائيّين من التّعليل بالمصلحة و أثره في دلالة النّصّ (دراسة تأصيليّة تطبيقيّة)	395-371
أحمد ربابعة د. حارث العيسى	قاعدة: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره وتطبيقاتها في المعاملات المصرفية المعاصرة (دراسة تأصيليّة تطبيقيّة)	426-397
د. جهاد الجراح	مبدأ المساواة في الضمان العام للدائنين في القانون المدني الأردني بين الإطلاق والتقييد	453-427
محمد رايق أ.د. محمود رشيد	الراوي عِمران بن حِطَّان (دراسة نقدية حديثية من خلال رواياته في الجامع الصحيح)	472-455


ن والقلم وما يسطرون
١٤٩٦ جلال

" أثر النية في استباحة رخص السفر"

د. أنس عبد الواحد الجابر*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2020/12/12م

الملخص

سلَّطت الدراسة الضوء على أثر النية في استباحة رخص السفر، فلما كانت النية هي أساس قبول العمل عند الله -سبحانه وتعالى-، جاء هذا البحث هادفاً لبيان الأحكام المتعلقة بأثر النية في استباحة رخص السفر، مبيناً أثر النية المجردة عن الشروع في السفر في استباحة رخصه، وأثر النية في قصد المكان بأن كان مستقلاً برأيه أو تابعاً، وأثر النية في قصد الطريق بمنظور العذر وعدمه، وتعدد نية المسافر، وحال كونه عاصياً، أو كونه مقيماً، وأثر ذلك في استباحة رخص السفر.

حيث خلصت الدراسة إلى اعتبار النية مما ترتب عليه عدم استباحة رخص السفر، ومن لم يرَ اعتباراً للنية أجاز ذلك، وإن اختلفت أنظار الفقهاء للنية في مواطن، فعدم اعتبار النية ترتب عليه جواز استباحة رخص السفر خلافاً لمن اعتبرها.

The effect of Niyah (Intention) in permitting travel exception

Abstract

The study sheds light on the effect of Niyah (Intention) in permitting travel licenses. As Niyah is the basis for acceptance of an act (of worship) by Allah (Subhanahu was Ta'ala), the purpose of this research is to show the rules arising as a result of the effect of Niyah (Intention) in permitting travel licenses indicating the effect of the mere intention of embarking on travel in permitting his licenses, and effect of the intention on intending

* أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصوله، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

the place by whether it is independent or dependent, and the effect of the intention on intending the road in terms of excuse or not, and the multiplicity of the traveler's intention, and the of being disobedient, or is a resident, and the effect of that on permitting travel where study concluded that intent is considered, which resulted in not permitting travel licenses. and whoever does not the intention consideration to the intention permitted he authorized it, and if the eyes of the jurists differed for the intention in a citizen, then not considering the intention resulted in permitting the permissibility of travel permits contrary to those who considered them.

المقدمة:

الحمد لله العالم بالخفيات، المطلع على السرائر والنيات، والصلاة والسلام على أشرف أنبيائه وخيرته من خلقه، حبيبه ومصطفاه، نبينا محمد وعلى آله وأصحابه وعترته، والسالكين لنهجه إلى يوم الدين.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في متعلقه، حيث يعالج أمراً عاماً لا يستغني عنه إنسان، فالسفر والترحال أمرٌ قائم، وإن اختلفت صوره وأشكاله، إلا أنَّ مقاصد الشريعة الإسلامية بمراعاتها لاختلاف الزمان والمكان قادرة على مواكبة هذه المتغيرات، فجاءت هذه الدراسة لبيان أثر النية في استباحة رخص السفر، لا سيما أنَّ النية هي أساس قبول العمل، وبها يرتجى الثواب عند الله - سبحانه وتعالى-.

مشكلة الدراسة:

جاءت هذه الدراسة لتجيب عن السؤال التالي:

ما أثر النية في استباحة رخص السفر؟

ويتفرع عنه الأسئلة الآتية:

أولاً: ما أثر النية المجردة في استباحة رخص السفر؟

ثانياً: ما أثر نية قصد المكان في استباحة رخص السفر؟

ثالثاً: ما أثر نية قصد الطريق في استباحة رخص السفر؟

رابعاً: ما أثر تعدد نية المسافر في استباحة رخص السفر؟

خامساً: ما أثر نية المعصية في استباحة رخص السفر؟

سادساً: ما أثر نية الإقامة في استباحة رخص السفر؟

هدف البحث:

يتوقع الباحث في نهاية هذا البحث أن يصل بالقارئ إلى تصور كامل لحقيقة أثر النية في استباحة رخص السفر؛ ذلك من خلال مجموعة من الأهداف الجزئية التي تمثل بمجملها تصوراً كاملاً لمفردات هذا البحث، وهذه الأهداف:

أولاً: بيان أثر النية المجردة في استباحة رخص السفر.

ثانياً: بيان أثر نية قصد المكان في استباحة رخص السفر.

ثالثاً: بيان أثر نية قصد الطريق في استباحة رخص السفر.

رابعاً: بيان أثر تعدد نية المسافر في استباحة رخص السفر.

خامساً: بيان أثر نية المعصية في استباحة رخص السفر.

سادساً: بيان أثر نية الإقامة في استباحة رخص السفر.

الدراسات السابقة:

خلت المكتبة الفقهية من الأبحاث أو الدراسات ذات العلاقة بالموضوع بصفة شاملة، إلا في بعض المعالجات الفرعية لموضوعات قد تندرج ضمن الهيكل العام لخطة هذا البحث، جاءت على شكل فتاوى رقمية دون اتسامها بصفة علمية، وما كان من اهتمام للباحثين بمتعلقات أحكام السفر دون بحث لمفردات هذه الدراسة على وجه الخصوص، من هذه الدراسات:

الدراسة الأولى: أحكام السفر في الفقه الإسلامي (دراسة تأصيلية)، للأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد العزيز العجلان، الرياض، (ط4)، 1434هـ/ 2013م.

أصل الكتاب رسالة ماجستير، قدمت في قسم الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

تشترك هذه الدراسة مع موضوع البحث في جزئية واحدة متعلقة باشتراط كون السفر مباحاً، وهو ما تناوله موضوع البحث ضمن مبحث أثر نية المعصية في استباحة رخص السفر، وعليه فإنَّ وجود مثل هذه الدراسة في هذا الموضوع لا تغني عن الكتابة فيه؛ ذلك بالنظر لمضمون هذا البحث، ببيان الأحكام المتعلقة بأثر النية في استباحة رخص السفر، مظهراً أثر النية المجردة عن الشروع في السفر في استباحة رخصه، وأثر النية في قصد المكان بأن كان مستقلاً برأيه أو تابعاً، وأثر النية في قصد الطريق بمنظور العذر وعدمه، وتعدد نية المسافر، ونية الإقامة، وأثر ذلك في استباحة رخص السفر.

الدراسة الثانية: أحكام الترخص بسفر المعصية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، للدكتور محمد محمد الشلش، بحث منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الرابع والثلاثون (1)، تشرين الأول 2014م.

ما قيل في الدراسة السابقة يقال هنا؛ بجامع اشتراكهما بمعالجة جزئية واحدة ذات علاقة بموضوع البحث، وهي أثر نية المعصية في استباحة رخص السفر.

منهج البحث:

يعتمد الباحث المنهج الوصفي والتحليلي القائم على الاستقراء، بجمع المادة العلمية، ثم تصنيفها، وتبويبها، وتحليلها؛ للوصول إلى حلول وترجيحات للمسائل المطروحة، وإلى جانب المنهجين الوصفي والتحليلي، المنهج المقارن؛ للمقارنة بين آراء الفقهاء، للوصول إلى الراجح منها، وتوظيفه وفق أصول البحث العلمي.

خطة البحث:

يتألف هذا البحث من مقدمة، وسبعة مباحث، وخاتمة، جاءت على النحو الآتي:

المقدمة: أهمية الموضوع، مشكلة الدراسة، هدف البحث، الدراسات السابقة، منهج البحث.

المبحث الأول: تحرير مفردات العنوان

المطلب الأول: تعريف النية لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني: تعريف الرخصة الشرعية لغةً واصطلاحاً

المطلب الثالث: تعريف السفر لغةً واصطلاحاً

المبحث الثاني: أثر النية المجردة في استباحة رخص السفر

المبحث الثالث: أثر نية قصد المكان في استباحة رخص السفر

المطلب الأول: أثر نية استباحة رخص السفر لمن كان مستقلاً برأيه

المطلب الثاني: أثر نية استباحة رخص السفر لمن كان تابعاً

المبحث الرابع: أثر نية قصد الطريق في استباحة رخص السفر

المطلب الأول: من سلك الطريق الطويلة تاركاً الأخرى لعذر

المطلب الثاني: من سلك الطريق الطويلة تاركاً الأخرى بغير عذر

المبحث الخامس: أثر تعدد نية المسافر في استباحة رخص السفر

المبحث السادس: أثر نية المعصية في استباحة رخص السفر

المبحث السابع: أثر نية الإقامة في استباحة رخص السفر

الخاتمة: أهم ما خلصت إليه الدراسة من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول: تحرير مفردات العنوان

المطلب الأول: تعريف النية لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: النية لغةً

مصدر نوى، قال ابن فارس:" النون والواو والحرف المعتل، أصل صحيح يدل على معنيين: أحدهما: مقصد الشيء، والآخر: عجم الشيء"[1].

نوى الشيء، ينويه نية، ونواه، يطلق في اللغة ويراد به عدة معانٍ، منها: القصد، والإرادة، والعزم، والجهة، والتحول[2].

الفرع الثاني: النية اصطلاحاً

عرفها الفقهاء بعدة تعريفات:

عرفها الحنفية، بأنها:" قصد الطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل "[3].

وعرفها المالكية، بأنها:" قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله "[4].

وعرفها الشافعية، بأنها:" قصد الشيء مقترناً بفعله "[5].

وعرفها الحنابلة، بأنها:" عزم القلب على فعل العبادة تقرباً إلى الله تعالى "[6].

التعريف المختار:

يؤخذ على تعريف الحنفية عدم ذكره لوقت النية، إذ يشترط أن تكون النية مقترنةً بأول أجزاء الفعل، كما يؤخذ على تعريف المالكية والشافعية خلوهما من قصد الطاعة والقربة لله تعالى، إذ وجود هذا القيد يحقق أحد فوائد النية، بالتمييز بين العبادة والعادة، أما تعريف الحنابلة وإن سلم مما سبق، فيشارك الأول والثاني منها بعدم ذكره لوقت النية، كما يؤخذ عليه: التعبير عن النية بالعزم لا بالقصد، إذا يخالف العزم القصد، قال الماوردي، النية: " قصد الشيء مقترنًا بفعله، فإن قصده وتراخَى عنه فهو عزم"[7].

وعليه يرى الباحث تعريف النية، بأنها:" قصد الشيء مقترناً بفعله طاعة وقربة لله تعالى ".

حيث يجعل النية مختصة بالقصد، ويؤكد شرط اقترانها بأول أجزاء الفعل، وتقييدها بالطاعة والقربة لله تعالى؛ للتمييز بين العبادة والعادة، وفي ذلك جمع بين تعاريف الفقهاء السابقة، متداركاً ما يمكن أن يؤخذ عليها فيما لو ذكرت منفردة.

المطلب الثاني: تعريف الرخصة الشرعية لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: الرخصة لغةً

مصدر رخص، قال ابن فارس:" الراء والخاء والصاد، أصل يدل على لين وخلاف الشدة، ومن ذلك الرخص خلاف الغلاء، والرخصة في الأمر: خلاف التشديد "[8].

الفرع الثاني: الرخصة اصطلاحاً

عرف الأصوليون الرخصة الشرعية بتعريفات عدة، مختلفة في حدها متفقة في معناها، منها:

تعريف السرخسي، بقوله:" ما استبيح للعذر مع بقاء الدليل المحرم "[9]، ولا يخرج عن معناه تعريف الغزالي، بقوله:" ما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم "[10].

ومثلهما تعريف الآمدي، بقوله:" ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم "[11].

المطلب الثالث: تعريف السفر لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: السفر لغةً

مصدر سفر، قال ابن فارس:" السين والفاء والراء أصل واحد يدل على الانكشاف والجلاء، من ذلك السفر، سمي بذلك؛ لأنَّ الناس ينكشفون عن أماكنهم"[12]، والسفر: قطع المسافة، والجمع: أسفار[13].

الفرع الثاني: السفر اصطلاحاً

لم يرد عند الفقهاء تعريف للسفر بالحد، إلا ما عرفه به الطحطاوي الحنفي، بقوله:" خروج من عمران الوطن مع قصد سير مسافة مخصوصة"[14].

إلا أنَّ الفقهاء وان اختلفوا في مقتضيات هذا التعريف من حيث المسافة المخصوصة في السفر المبيح للترخص، اتفقوا في معناه اللغوي، وهو: قطع المسافة مع النية، فلم يخرج عن المعنى اللغوي.

المبحث الثاني: أثر النية المجردة في استباحة رخص السفر

صورة المسألة: كمن نوى السفر ولم يشرع فيه، فهل له استباحة رخص السفر بمجرد وجود نية السفر، أم بالشروع فيه؟

نقل ابن المنذر الإجماع على اشتراط الشروع في السفر بمجاوزة العمران لاستباحة رخصه، وعدم اعتبار النية المجردة لذلك، بقوله: " أجمعوا على أن للذي يريد السفر أن يقصر الصلاة إذا خرج عن جميع البيوت من القرية التي خرج منها "[15].

وجه ذلك:

أولاً: قوله تعالى:﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا ﴾[النساء:101].

وجه الدلالة: " أنه لا يكون ضارباً في الأرض حتى يخرج "[16].

ثانياً: ما رواه أنس بن مالك ﷺ قال:" صليت مع رسول اللهﷺ الظهر بالمدينة أربعاً، وصليت معه العصر بذي الحليفة ركعتين "[17].

وجه الدلالة:

قال ابن حجر:" الحديث دال على أنَّ القصر يشرع بفراق الحضر، وكونه ﷺ لم يقصر حتى رأى ذا الحليفة؛ إنما هو لكونه أول منزل نزله ولم يحضر قبله وقت صلاة "[18].

ثالثاً: ما أخرجه الإمام البخاري معلقاً:" خرج علي بن أبي طالب ﷺ فقصر وهو يرى البيوت، فلما رجع قيل له: هذه الكوفة، قال: لا حتى ندخلها "[19].

وجه ذلك:

" أنَّ علياً ﷺ صلى ركعتين والكوفة بمرأى منهم "[20]، ومقتضاه: أنَّ ما يعتبر لوجوب الإتمام بدخول العمران، هو ذاته المعتبر لاستباحة الرخص بمجاوزته.

" إلا أنه حكي عن عطاء وسليمان بن موسى أنهما أباحا القصر في البلد لمن نوى السفر "[21]، وفي ذلك اعتبار للنية المجردة عن الشروع في السفر لاستباحة رخصه.

وجه ذلك:

" ما رواه عبيد بن جبير، قال: كنت مع أبي بصرة الغفاري صاحب رسول الله ﷺ في سفينة من الفسطاط في رمضان، فدفع ثم قرب غداءه، قال جعفر في حديثه: فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة، قال: اقترب، قلت: ألست ترى البيوت؟ قال أبو بصرة: أترغب عن سنة رسول الله ﷺ قال جعفر في حديثه: فأكل "[22].

يجاب عنه:" إنَّ أبا بصرة لم يأكل حتى دفع، وقوله: لم يجاوز البيوت، معناه: لم يبعد منها، بدليل قول عبيد له: ألست ترى البيوت؟ "[23].

وحكي عن مجاهد أنه قال:" إن خرج بالنهار لم يقصر حتى يدخل الليل، وإن خرج بالليل لم يقصر حتى يدخل النهار "[24].

قال ابن المنذر فيما نسبه له النووي:" لا نعلم أحداً وافقه "[25].

وقال النووي[26]:" مذهب مجاهد منابذ للأحاديث الصحيحة في قصر النبي ﷺ بذي الحليفة حين خرج من المدينة "[27].

القول الراجح:

مما سبق من ذكر لآراء الفقهاء وأدلتهم، يتبين رجحان القول القاضي باشتراط الشروع في السفر بمجاوزة العمران لاستباحة رخصه، وعدم اعتبار النية المجردة عن الشروع في السفر لذلك؛ مرده انعقاد الإجماع، ومخالفة مذهب عطاء وموافقيه لاسم السفر، وكذلك مخالفة مذهب مجاهد للأحاديث الصحيحة الثابتة عن النبيﷺ في هذا الباب.

قال النووي[28]:" مذهب مجاهد منابذ للأحاديث الصحيحة في قصر النبي ﷺ بذي الحليفة حين خرج من المدينة[29]، ومذهب عطاء وموافقيه منابذ لاسم السفر".

المبحث الثالث: أثر نية قصد المكان في استباحة رخص السفر

المطلب الأول: أثر نية استباحة رخص السفر لمن كان مستقلاً بر أيه

صورة المسألة: كمن سار هائماً[30] على وجهه لا لغرض، وبلغ مسافة القصر، فافتقر في ذلك إلى نية قصد السفر لذات المكان، فهل للمكلف أن يستبيح رخص السفر أم لا؟

اتفق الفقهاء من الحنفية[31]، والمالكية[32]، والشافعية[33]، والحنابلة[34]، أنَّ من كانت هذه حاله فليس له استباحة رخص السفر.

وجه ذلك:

انتفاء علمه بطوله بدايةً، حيث إنَّ شرط القصر أن يعزم على قطع المسافة المبيحة للقصر[35].

المطلب الثاني: أثر نية استباحة رخص السفر لمن كان تابعاً

صورة المسألة: كمن كان تابعاً لغيره، كالجندي مع أميره، والزوجة مع زوجها في سفر لم يعين لهما؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: العبرة بنية المتبوع دون التابع، وهو قول الحنفية[36]، والصحيح من مذهب الحنابلة في الأقيس والأشهر[37].

إلا أنَّ الحنفية[38]، ووجه عند الحنابلة[39] قيدوا تبعية الزوجة لزوجها:" بأن تستوفي مهرها المعجل، وإلا فلا تكون تبعاً، فالعبرة بنيتها؛ لأنَّ لها أن تحبس نفسها عن الزوج للمعجل دون المؤجل، وأن يكون الجندي يرزق من بيت المال، فإن كان رزقه في ماله، فالعبرة لنيته؛ لأنَّ له أن يذهب حيث شاء لطلب الرزق ".

وهذا الحكم يتناول كل من كان تبعاً لإنسان ويلزمه طاعته، فيدخل الأجير مع مستأجره، والمحمول مع حامله، والغريم مع صاحب الدين إن كان معسراً، فإن كان مليئاً، فالنية إليه؛ لأنه يمكنه قضاء الدين فيقيم في أي موضع شاء، والأعمى مع قائده، فإن كان القائد أجيراً، فالعبرة لنية الأعمى، وإن كان متطوعاً في قيادته تعتبر نيته[40].

وجه ذلك:" إنهم أتباع لهم، فلهم حكمهم "[41].

القول الثاني: ليس لهم استباحة رخص السفر إن لم يعلموا قصدهم، فإن علموا قصدهم ونووا، استباحوا رخص السفر، وهو قول المالكية[42]، ووجه عند الحنابلة[43] ليس لهم استباحة رخص السفر مطلقاً.

وجه ذلك:" إنَّ شرط السفر العزم من أوله "[44]

القول الثالث: ليس لهم استباحة رخص السفر قبل بلوغهم مسافة القصر، فإن قطعوها، قصروا وإن لم يقصر متبوعهم، أما لو نووا مسافة القصر وحدهم دون متبوعهم، أو جهلوا حاله، قصر الجندي دون غيره، هذا لغير المثبت في الديوان، وهو قول الشافعية[45].

وجه ذلك:

قولهم إنه ليس لهم استباحة رخص السفر قبل قطع المسافة: عدم تحقق الشرط، ووجه قولهم إنَّ لهم استباحة رخص السفر بقطعهم مسافة القصر: إنَّ المسافة هنا معلومة في الجملة، إذ المتبوع يعلمها، أما وجه تفريقهم بين الجندي غير المثبت في الديوان وغيره: إنه ليس تحت يد الأمير وقهره بخلاف غيره، فنيتهم كالعدم[46].

القول الراجح:

مما سبق من ذكر لآراء الفقهاء وأدلتهم، يتبين رجحان القول الأول، القاضي باستباحة رخص السفر لكل من كان تابعاً لغيره، باعتبار نية المتبوع دون التابع؛ إعمالاً للقاعدة الفقهية القاضية بأنَّ: "التابع تابع "[47]، وعليه:" لا يفرد بالحكم؛ لأنه إنما جعل تبعاً "[48]،" واعتبار الفقهاء لنية الإقامة والسفر من الأصل دون التبع؛ لأنَّ الأصل هو المتمكن من الإقامة والسفر دون التبع "[49].

المبحث الرابع: أثر نية قصد الطريق في استباحة رخص السفر

صورة المسألة: أن يكون للبلد الذي يقصده المكلف طريقان، يقصر في إحداهما الصلاة دون الأخرى، فسافر في الطريق الطويلة بنية قصر الصلاة.

المطلب الأول: من سلك الطريق الطويلة تاركاً الأخرى لعذر[50]

اتفق الفقهاء من الحنفية[51]، والمالكية[52]، والشافعية[53]، والحنابلة[54] أنَّ من سلك الطريق الطويلة تاركاً الطريق الأخرى لعذر، أو غرض مباح، استباح جميع رخص السفر، وفي ذلك اعتبار لنية المكلف؛ لمقتضى العذر.

وجه ذلك: تحقق الشرط، وهو: السفر الطويل المباح[55].

المطلب الثاني: من سلك الطريق الطويلة تاركاً الأخرى بغير عذر

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: اعتبار نية المكلف في قصده للطريق، فليس له استباحة رخص السفر، وهو قول المالكية[56]، والأظهر عند الشافعية[57]، ورواية عند الحنابلة[58].

وجه ذلك:

أولاً: قياساً وتخريجاً على سفر النزهة[59]، بجامع أنَّ الحامل عليه ليس غرضاً صحيحاً[60]،" فإنما شرعت الرخصة إعانة على تحصيل المصلحة ولا مصلحة في هذا "[61].

ثانياً: قياساً على من سلك الطريق القصير، وطوله بالذهاب يميناً ويساراً؛ لبلوغ مسافة القصر[62].

القول الثاني: لا اعتبار لنية المكلف في قصده للطريق، فله استباحة رخص السفر، وهو قول الحنفية[63]، والمذهب عند الحنابلة[64]، وقول عند الشافعية[65].

وجه ذلك:

أولاً: " إنه مظنة قصد صحيح، كما لو كان الآخر مخوفاً أو مشقاً، فعدم الحكمة في بعض الصور لا يضره "[66].

ثانياً: قياساً على الطريق المنفرد؛ بجامع أنَّ المسافة بعيدة[67].

ثالثاً: تحقق الشرط، وهو: السفر الطويل المباح[68].

القول الراجح:

مما سبق من ذكر لآراء الفقهاء وأدلتهم، يتبين رجحان القول الثاني، القاضي بعدم اعتبار نية المكلف في قصده للطريق، فله استباحة رخص السفر؛ لتحقق شرط السفر الطويل في حقه، والقياس على الطريق المنفرد؛ بجامع تحقق المسافة المبيحة للترخص، ويتخرج على ذلك فيما:" لو بلغ بكل واحد المسافة، فسلك الأبعد لغير غرض، ترخص في جميعه قطعاً "[69].

المبحث الخامس: أثر تعدد نية المسافر في استباحة رخص السفر

صورة المسالة: كمن نوى أن يسافر من بلده إلى بلد، ثم يسافر من ذلك البلد إلى بلد آخر، وهو ما يُعرف بالمصطلح المعاصر بالطيران غير المباشر (Transit).

لم يتطرق الفقهاء لهذه المسألة إلا ما نص عليه السادة الشافعية، بقولهم: إنه ليس له استباحة رخص السفر ما لم يبلغ كل منهما مسافة القصر، فهما سفران[70].

وللشافعية تفصيل في ذلك جاء على النحو التالي:

" لو نوى قصد موضع في مسافة القصر، ثم نوى بعد مفارقة العمران الإقامة أربعة أيام فصاعداً في بلد في وسط الطريق، قال البغوي وغيره: إن كان من مخرجه إلى البلد المتوسط مسافة القصر ترخص قطعاً ما لم يدخل المتوسط، وإن كان أقل، فوجهان: أصحهما: يترخص ما لم يدخله؛ لأنه انعقد سبب الرخصة، فلا يتغير ما لم يوجد المغير، فإن نوى أن يقيم في المتوسط دون أربعة أيام، فهو سفر واحد، فله القصر في جميع طريقه، وفي البلد المتوسط بلا خلاف، أما إذا خرج بنية السفر إلى بلد، ثم منه إلى آخر، ونوى أن يقيم في الأول أربعة أيام، أو نوى بلداً، ثم بلداً، ثم بلداً ثالثاً ورابعاً وأكثر بنية الإقامة أربعة أيام في كل مرحلة، فإن كان بين البلد والذي يليه مسافة القصر، قصر وإلا فلا، وإن كان بين بلدين منها دون الباقي، قصر بين البلدين دون الباقي؛ لأنها أسفار متعددة "[71].

المبحث السادس: أثر نية المعصية في استباحة رخص السفر

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء من الحنفية[72]، والمالكية[73]، والشافعية[74]، والحنابلة[75] في استباحة رخص السفر لمن كان عاصياً في

سفره، وهو:" من يقصد سفراً مباحاً، فيعرض له فيه معصية، فيرتكبها"[76].

وجه ذلك:

أولاً: " أن الشروط إنما تعتبر عند ابتداء الأسباب، وقد انعقد هذا السفر سبباً مرخصاً"[77].

ثانياً: " أنه ليس ممنوعاً من السفر، وإنما يمنع من المعصية بخلاف العاصي بسفره "[78] ومقتضاه:" أنَّ الناشزة[79]، والمسافر للمكس[80] ونحوه عاصٍ بالسفر، فالسفر نفسه معصية، والرخصة منوطة به مع دوامه، ومعلقة ومترتبة عليه ترتب المسبب على السبب، فلا يباح، ومن سافر مباحاً، فشرب الخمر في سفره، فهو عاصٍ فيه، أي مرتكب المعصية في السفر المباح، فنفس السفر ليس معصية ولا آثماً به، فتباح فيه الرخص؛ لأنها منوطة بالسفر، وهو في نفسه مباح "[81].

ثالثاً: " أنَّ المعصية في الحضر لا تمنع الترخص فيه، فكذلك في السفر "[82].

في حين اختلف الفقهاء في استباحة رخص السفر لمن كان عاصياً بسفره، وهو:" من قصد بسفره المعصية "[83]، أي:" أن يكون الحامل على السفر نفس المعصية كقطع الطريق "[84] " ويكون عاصياً بقصد فعل المعصية، سواء وجدت منه المعصية بالفعل أم لا "[85].

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: اعتبار نية المكلف، فليس له استباحة رخص السفر، هذا ما لم يتب، فإن تاب، ينظر للمسافة من وقت التوبة، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية في المشهور[86]، والشافعية[87]، والحنابلة على الصحيح من المذهب[88].

وجه ذلك:

أولاً: قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [البقرة:173]

وجه الدلالة: " أباح الله تعالى الأكل لمن لم يكن عادياً ولا باغياً، فلا يباح لباغٍ ولا عادٍ "[89].

قال ابن عباس- رضي الله عنهما-" غير باغٍ على المسلمين، مفارق لجماعتهم، يخيف السبيل، ولا عادٍ عليهم "[90].

يجاب عنه: " أنَّ الإثم وعدمه لا يتعلق بالاضطرار نفسه، بل بالأكل، فحينئذ لا بدّ في الآية من تقدير فعله عاملاً في الحال، أي فمن اضطر فأكل حال كونه غير باغٍ ولا عادٍ، فيكون البغي والعداء في الأكل الذي سيقت الآية لبيان حرمته وحله، أي غير متجاوز في الأكل قدر الحاجة على أن عادٍ مكرر للتأكيد، أو غير طالب للمحرم وهو يجد غيره، ولا مجاوز قدر ما يسد الرمق ويدفع الهلاك، أو غير متلذذ ولا متردد، أو غير باغٍ على مضطر آخر بالاستئثار عليه، ولا مجاوز سد الجوعة"[91]

يرد عليه: " أنَّ هذا التأويل لا يصح؛ لأنَّ الله -تعالى- أباح الميتة لمضطر غير باغٍ ولا عادٍ، فلم يجز حمله على من زاد على سد رمقه؛ لأنه غير مضطر، والإباحة لمضطر على حق، فعلم أنَّ المراد بها عدم المعصية، والدليل على ذلك: هو أنَّ رخص السفر متعلقة بالسفر ومنوطة به، فلما كان سفر المعصية ممنوعاً منه لأجل المعصية، وجب أن يكون ما تعلق به من

الرخص ممنوعاً منه لأجل المعصية، وسبب هذه الرخص هو السفر لا غير، وهو في نفسه معصية "[92].

ثانياً: " إنَّ الترخص شرع للإعانة على تحصيل المقصد المباح توصلاً إلى المصلحة، فلو شرع ها هنا، لشرع إعانة على المحرم تحصيلاً للمفسدة، والشرع منزه عن هذا "[93].

ثالثاً: " إنَّ ما يتعلق بالسفر من رخصة تخفيف من الله -سبحانه- على عباده؛ لما يلحقهم من المشقة فيه، ليكون ذلك معونة لهم وقوة على سفرهم، والعاصي لا يستحق المعونة، فلم يجز أن يستبيح الرخصة "[94].

رابعاً: " إنَّ الرخصة نعمة فلا تنال بالمعصية، فيجعل السفر معدوماً في حقها، كالسكر يجعل معدوماً في حق الرخصة المتعلقة بزوال العقل؛ لكونه معصية "[95].

القول الثاني: عدم اعتبار نية المكلف، فله استباحة رخص السفر، وهو قول الحنفية[96]، وقول الإمام مالك على خلاف المشهور[97]، وقول المزني من الشافعية[98]، واختيار ابن تيمية من الحنابلة رجحه ابن عقيل[99].

وجه ذلك:

أولاً: عموم النصوص وإطلاقها الدال على إباحة الرخص في كل سفر دون التفريق بين سفر وآخر[100]، منها:

قوله تعالى:﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾[البقرة:185]

وما روته السيدة عائشة- رضي الله عنها- قالت: " الصلاة أول ما فرضت ركعتين، فأقرت صلاة السفر، وأتمت صلاة الحضر "[101].

وما رواه علي بن أبي طالب ﷺ في المسح على الخفين، قال:" جعل رسول الله ﷺ : ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوماً وليلة للمقيم "[102].

يجاب عنه بأمرين:

الأول منهما: " أنَّ هذه النصوص وردت في حق الصحابة ﷺ وكانت أسفارهم مباحة، فلا يثبت الحكم فيمن سفره مخالف لسفرهم، ويتعين حمله على ذلك جمعاً بين النصين "[103].

الثاني: " قياس المعصية على الطاعة بعيد؛ لتضادهما "[104].

ثانياً: " إنَّ نفس السفر ليس بمعصية، وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره، والرخصة تتعلق بالسفر لا بالمعصية، وهذا لما عرف أنَّ المعصية المجاورة لا تنفي الأحكام، كالبيع عند النداء"[105].

يجاب عنه:

" إنَّ فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء، فإن كان تعاطيه في نفسه حراماً، امتنع معه فعل الرخصة وإلا فلا، وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسفر والمعصية فيه، فالناشزة، والمسافر للمكس ونحوه عاصٍ بسفره، فالسفر نفسه معصية، والرخصة منوطة به مع دوامه، ومعلقة ومترتبة عليه ترتب المسبب على السبب، فلا يباح، ومن سافر مباحاً، فشرب الخمر في سفره، فهو عاصٍ فيه، أي مرتكب المعصية في السفر المباح، فنفس السفر ليس معصية ولا آثماً به، فتباح فيه

الرخص؛ لأنها منوطة بالسفر، وهو في نفسه مباح "[106].

القول الراجح:

مما سبق من ذكر لآراء الفقهاء وأدلتهم، يتبين رجحان القول الأول، القاضي باعتبار نية المكلف، وعليه ليس للعاصي بسفره استباحة رخص السفر؛ إعمالاً للقاعدة الفقهية القاضية بأنَّ:" الرخص لا تناط بالمعاصي"[107]، ومقتضاه:" أنَّ فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء، فإن كان تعاطيه في نفسه حراماً، امتنع معه فعل الرخصة وإلا فلا "[108].

المبحث السابع: أثر نية الإقامة في استباحة رخص السفر

صورة المسألة: كمن نوى الإقامة مدة معينة، فما هي المدة التي تمنع استباحة رخص السفر؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال، " وسبب الخلاف يرجع إلى أنه أمر مسكوت عنه في الشرع، والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع، ولذلك رام هؤلاء كلهم أن يستدلوا لمذهبهم من الأحوال التي نقلت عنه -عليه الصلاة والسلام- أنه أقام فيها مقصراً، أو أنه جعل لها حكم المسافر"[109].

القول الأول: اعتبار النية مقيد بمدة أربعة أيام، وعليه للمسافر استباحة رخص السفر ما دام نوى الإقامة دون هذه المدة، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية[110]، والشافعية[111]، ورواية عن الإمام أحمد[112].

إلا أنَّ المالكية قيدوا نية الإقامة بأربعة أيام، وإن كانت في خلاله على الأصح، وقيد ابن الماجشون، وسحنون، وابن المواز من المالكية نية الإقامة بعشرين صلاة، وعلى الأيام لا يعتد بيوم الدخول إلا أن يدخل أوله، مقيد بدخوله قبل الفجر[113].

وقيد الشافعية نية الإقامة بأربعة أيام غير يومي الدخول والخروج، إذا دخل نهاراً على الصحيح من المذهب، **والثاني:** يحسبان[114].

وجه ذلك[115]:

" أنَّ في الأول الحط، وفي الثاني الرحيل، وهما من أشغال السفر، ووجه احتسابهما: فكما يحسب في مدة مسح الخف يوم الحدث ويوم النزع.

وفرق الأول بأنَّ المسافر لا يستوعب النهار بالسير، وإنما يسير في بعضه، وهو في يومي الدخول والخروج سائر في بعض النهار بخلاف اللبث، فإنه مستوعب للمدة.

وعلى القول بأنهما يحسبان: إنما يحسبان بالتلفيق لا يومان كاملان، فلو دخل زوال السبت ليخرج زوال الأربعاء، أتم، أو قبله قصر، فإن دخل ليلاً لم تحسب بقية الليلة ويحسب الغد، ومقامه في هذه الحالة دون ما يقميه لو دخل نهاراً ".

وجه أصحاب القول الأول فيما ذهبوا إليه:

أولاً: قوله ﷺ:" يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً "[116].

وجه الدلالة" السنة بينت أنَّ دون الأربعة لا يقطع السفر، فالترخص في الثلاث يدل على بقاء حكم السفر بخلاف الأربعة "[117]؛" لأنَّ

الثلاث حد القلة، فإذا أقام أربعاً فقد زاد على حد القلة، فيتم"[118]

يجاب عنه:" التقدير بهذا؛ لأنه ﷺ علم أنَّ حوائجهم كانت ترتفع في هذه المدة، لا لتقدير أدنى مدة الإقامة "[119].

ثانياً: أنَّ عمر ﷺ ضرب للنصارى واليهود والمجوس بالمدينة إقامة ثلاث ليالٍ يتسوقون، ويقضون حوائجهم، ولم يكن أحد منهم يقيم بعد ذلك "[120].

وجه الدلالة:" في معنى الثلاث ما فوقها ودون الأربعة، وألحق بإقامة الأربعة نية إقامتها "[121]، " فأشبه ما يكون ذلك مقام السفر، وما جاوزه مقام الإقامة "[122].

القول الثاني: اعتبار النية مقيد بمدة خمسة عشر يوماً، وعليه للمسافر استباحة رخص السفر ما دام نوى الإقامة دون هذه المدة، وهو قول الحنفية[123].

وجه ذلك:

أولاً:" أنه مأثور عن ابن عباس وابن عمر ﷺ والأثر في مثله كالخبر"[124]؛" فهو باب لا يوصل إليه بالاجتهاد؛ لأنه من جملة المقادير، ولا يظن بهما جزافاً، فالظاهر إنهما سماعاً عن رسول الله ﷺ "[125].

فقد روي عن ابن عمر – رضي الله عنهما- أنه قال:" من أقام خمسة عشر يوماً، أتم الصلاة"[126].

وجه الدلالة: دل الأثر على ارتفاع أحكام السفر في حق من نوى الإقامة خمسة عشر يوماً.

يجاب عنه:" من راعى الزمان الأقل من مقامه، تأول مقامه في الزمان الأكثر مما ادعاه خصمه، على هذه الجهة: فإن الخمسة عشر يوماً التي أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح إنما أقامها وهو أبداً ينوي أنه لا يقيم أربعة أيام، وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذي حددوه"[127].

ثانياً:" إنه لا بدّ من اعتبار مدة؛ لأنَّ السفر يجامعه اللبث، فقدرناها بمدة الطهر؛ لأنهما مدتان موجبتان "[128]، أي:" أنَّ مدة الإقامة في معنى مدة الطهر؛ لأنه يعيد ما سقط من الصوم والصلاة، فكما يتقدر أدنى مدة الإقامة في معنى الطهر بخمسة عشر يوماً، فكذلك أدنى مدة الإقامة، ولهذا قدرنا أدنى مدة السفر بثلاثة أيام؛ اعتباراً بأدنى مدة الحيض "[129].

ثالثاً:" إنَّ التقدير إنما يكون بالأيام أو الشهور، والمسافر لا يجد بداً من المقام في المنازل أياماً؛ للاستراحة أو لطلب الرفقة، فقدرنا أدنى مدة الإقامة بالشهور وذلك نصف شهر"[130].

القول الثالث: اعتبار النية مقيد بأكثر من إحدى وعشرين صلاة، وعليه للمسافر استباحة رخص السفر ما دام نوى الإقامة هذه المدة، وهو المذهب عند الحنابلة[131]، واختيار السبكي من الشافعية[132].

وجه ذلك:

ما رواه أنس ﷺ قال: خرجنا مع النبي ﷺ من المدينة إلى مكة، فكان يصلي ركعتين ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة، قلت: أقمتم بمكة شيئاً؟ قال: أقمنا بها عشراً "[133].

وجه الدلالة:

" أنَّ النبي ﷺ أقام بمكة، فصلى بها إحدى وعشرين صلاة يقصر فيها؛ وذلك أنه قدم لصبح رابعة، فأقام إلى يوم التروية، فصلى الصبح ثم خرج "[134]،" فهذه أربعة أيام، وصلاة

الصبح بها يوم التروية تمام إحدى وعشرين صلاة يقصر فيها، فهذا يدل على أنَّ من أقام إحدى وعشرين صلاة يقصر، وهي تزيد على أربعة أيام "[135].

يجاب عنه:" أنه ﷺ أقام في مكة وما حولها، لا في مكة نفسها فقط، والمراد في سفره ﷺ في حجة الوداع، فقدم مكة في اليوم الرابع، فأقام بها الخامس والسادس والسابع، وخرج منها في الثامن إلى منى، وذهب إلى عرفات في التاسع، وعاد إلى منى في العاشر، فأقام بها الحادي عشر والثاني عشر، ونفر في الثالث عشر إلى مكة، وخرج منها إلى المدينة في الرابع عشر، فمدة إقامتهﷺ في مكة وحواليها عشرة أيام، وكان يقصر الصلاة فيها كلها، ففيه دليل على أنَّ المسافر إذا نوى إقامة دون أربعة أيام سوى يومي الدخول والخروج يقصر، وأنَّ الثلاثة ليست إقامة؛ لأنَّ النبيﷺ أقام هو والمهاجرون ثلاثاً بمكة، فدل على أنَّ الثلاثة ليست إقامة شرعية، وأنَّ يومي الدخول والخروج لا يحسبان منها "[136].

القول الراجح:

مما سبق من ذكر لآراء الفقهاء وأدلتهم، يتبين رجحان القول الأول، القاضي باعتبار نية الإقامة وتقييده بمدة أربعة أيام غير يومي الدخول والخروج، وعليه للمسافر استباحة رخص السفر ما دام نوى الإقامة دون هذه المدة، وذلك:" لفعله ﷺ، حيث أقام بمنى ثلاثاً يقصر، وقدم مكة فأقام قبل خروجه إلى عرفة ثلاثاً يقصر، ولم يحسب اليوم الذي قدم فيه؛ لأنه كان فيه سائراً، ولا يوم التروية الذي خرج فيه سائراً "[137]، ولما في عدم احتساب يومي الدخول والخروج من تحقيق للحكمة التي شرعت لأجلها رخص السفر، بدفع المشقة عن المكلفين؛ لما يرافق يومي الدخول والخروج من أشغال السفر بالحط والترحال.

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد - صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم- وبعد:

فقد خلصت هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

أولاً: حُكي الإجماع على عدم اعتبار النية المجردة لاستباحة رخص السفر، باشتراط الشروع في السفر بمجاوزة العمران، خلافاً لما حُكي عن عطاء وسليمان بن موسى أنهما أباحا القصر في البلد لمن نوى السفر، وفيه اعتبار للنية المجردة عن الشروع في السفر لاستباحة رخصه.

ثانياً: اختلاف الفقهاء في أثر نية قصد المكان في استباحة رخص السفر، تبعاً لاختلافهم في حكم من كان مستقلاً برأيه أو تابعاً لغيره.

ثالثاً: اختلاف الفقهاء في أثر نية قصد الطريق في استباحة رخص السفر، مناطه الاختلاف بمنظور العذر وعدمه.

رابعاً: تفرد المذهب الشافعي ببيان أثر تعدد نية المسافر في استباحة رخص السفر، وهي متمثلة بالصورة المعاصرة للطيران غير المباشر المعروف (Transit).

خامساً: اختلاف الفقهاء في أثر نية المعصية في استباحة رخص السفر، مناطه التفريق بين العاصي في سفره والعاصي بسفره.

سادساً: اعتبار نية الإقامة في استباحة رخص السفر محل اتفاق بين الفقهاء، وإن اختلفوا في تحديد ذات المدة، وسبب الخلاف راجع إلى أنه أمر مسكوت عنه في الشرع، ومناط الاجتهاد مبني على الأحوال التي نقلت عنه ﷺ في سفره وإقامته.

التوصيات:

يوصي الباحث في نهاية هذه الدراسة، أن يولي طلبة العلم الشرعي من المختصين في مجال الفقه وأصوله موضوع أثر النية مزيداً من البحث والدراسة، لا سيما أنه غير قاصر على موضوع بعينه، فأثر النية يظهر في كثير من أبواب الفقه.

﴿ سُبۡحَٰنَ رَبِّكَ رَبِّ ٱلۡعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ ١٨٠ وَسَلَٰمٌ عَلَى ٱلۡمُرۡسَلِينَ ١٨١ وَٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ﴾ [الصافات:180-182]

الهوامش:

(1) ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا القزويني، (ت:395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الفكر، 1979م، باب النون والواو وما يثلثهما، ج5، ص366

(2) الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، (ت:817هـ)، **القاموس المحيط**، بيروت، مؤسسة الرسالة، فصل: الواو، ج1، ص1728، والرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، (ت:721هـ)، **مختار الصحاح**، تحقيق: محمود خاطر، بيروت، مكتبة لبنان ناشرون، 1995م، (طبعة جديدة)، باب: النون، ج1، ص286

(3) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت:1252هـ)، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، بيروت، دار الفكر، 1421هـ، ج1، ص105، وسيشار إليه فيما بعد بالاسم الذي اشتهر به، وهو:(حاشية ابن عابدين)، وابن نجيم، إبراهيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي، (ت:970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، بيروت، دار المعرفة، (ط2)، ج1، ص25

(4) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، (ت:684هـ)، **الذخيرة**، تحقيق: محمد حجي، بيروت، دار الغرب، 1994م، ج1، ص240

(5) الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، (ت:977هـ)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، بيروت، ج4، ص134، والغمراوي، محمد الزهري، **السراج الوهاج على متن المنهاج**، بيروت، دار المعرفة، ج1، ص41

(6) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (ت:1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت، دار الفكر، 1402هـ، (ط1)، ج1، ص313، وابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي، (ت:884هـ)، **المبدع في شرح المقنع**، بيروت، المكتب الإسلامي، 1400هـ، ج1، ص414

(7) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص134، والغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص41

(8) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، باب الراء والخاء وما يثلثهما، ج2، ص500

(9) السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (ت:490هـ)، **أصول السرخسي**، بيروت، دار المعرفة، ج1، ص171

(10) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت:505هـ)، **المستصفى**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1413هـ، (ط1)، ج1، ص78

(11) الآمدي، أبو الحسن علي بن محمد، (ت:631هـ)، **الإحكام**، تحقيق: د. سيد الجميلي، بيروت، دار الكتاب العربي، 1404هـ، (ط1)، ج1، ص177

(12) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، باب السين والفاء وما يثلثهما، ج3، ص82

(13) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي الإفريقي المصري، (ت:711هـ)، **لسان العرب**، بيروت، دار صادر، 1414هـ، (ط3)، ج4، ص368

(14) الطحطاوي، أحمد بن محمد بن إسماعيل، (ت:1231هـ)، **حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح**، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997م، (ط1)، ص419

(15) ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري، (ت:318هـ)، **الإجماع**، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، الإسكندرية، دار الدعوة، 1402هـ، (ط3)، ص39، وانظر: ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص138، والمواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، (ت:897هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، بيروت، دار

الفكر، 1398هـ، (ط2)، ج2، ص143، والبكري، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، **إعانة الطالبين**، بيروت، دار الفكر، ج2، ص100، وابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد المقدسي، (ت:620هـ)، **المغني**، بيروت، دار الفكر، 1405هـ، (ط1)، ج2، ص49

(16) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص50

(17) أخرجه الشيخان: الإمام البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجحفي، (ت:256هـ)، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أُمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، الشهير باسم: صحيح البخاري**، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دمشق، اليمامة للنشر والتوزيع، 1407هـ، كتاب: الكسوف، باب: يقصر إذا خرج من موضعه، ج1، ص369، حديث رقم:(1039)،)، والإمام مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (ت:261هـ)، **الجامع الصحيح، المعروف باسم: صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: صلاة المسافرين وقصرها، ج1، ص480، حديث رقم:(690)، **لفظ الحديث:** متفق عليه.

(18) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، (ت:852هـ)، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، تحقيق: محب الدين الخطيب، بيروت، دار المعرفة، ج2، ص570

(19) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه معلقاً، كتاب: الكسوف، باب: يقصر إذا خرج من موضعه، ج1، ص369، باب رقم:(5)، قال ابن حجر:" وصله الحاكم من رواية الثوري عن وقاء بن إياس عن علي بن ربيعة ". ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ج2، ص569

(20) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص142

(21) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص49، وانظر: النووي أبو زكريا يحيى من شرف، (ت:676)، **المجموع شرح المهذب**، بيروت، دار الفكر، 1997م، ج4، ص290

(22) أخرجه أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، (ت:275هـ)، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، كتاب: الصوم، باب: متى يفطر الصائم إذا خرج، ج2، ص318، حديث رقم:(2412)، والبيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن موسى، (ت:458هـ)، **سنن البيهقي الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة، مكتبة دار الباز، 1414هـ، كتاب: الصيام، باب: من قال يفطر وإن خرج بعد طلوع الفجر، ج4، ص246، حديث رقم:(7967)، **الحكم على الحديث:** قال الشوكاني:" سكت عنه أبو داود والمنذري، والحافظ في التلخيص، ورجال إسناده ثقات ". الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت:1255هـ)، **نيل الأوطار**، بيروت، دار الجيل، 1973م، ج4، ص311

(23) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص50

(24) النووي **المجموع**، ج4، ص290

(25) النووي **المجموع**، ج4، ص290

(26) النووي، **المجموع**، ج4، ص290

(27) سبق تخريجه، انظر: هامش رقم:17

(28) النووي، **المجموع**، ج4، ص290

(29) سبق تخريجه، انظر: هامش رقم:17

(30) " الخارج على وجهه لا يدري أين يتوجه وإن سلك طريقاً مسلوكاً". الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267، والبهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص506

(31) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج2، ص122، وابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص139

(32) الدردير، سيدي أحمد أبو البركات، (ت:1201هـ)، **الشرح الكبير**، تحقيق: محمد عليش، بيروت، دار الفكر، ج1، ص362، والمواق، **التاج والإكليل**، ج2، ص146

(33) النووي، أبو زكريا يحيى من شرف، (ت:676هـ)، **منهاج الطالبين**، بيروت، دار المعرفة، ج 1، ص20، والشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267

(34) البهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص506، والرحيباني، مصطفى السيوطي، (ت:1243هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، دمشق، المكتب الإسلامي، 1961م، ج1، ص717

(35) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267، وانظر: الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني، (ت:954هـ)، **مواهب الجليل**، بيروت، دار الفكر، 1398هـ، (ط2)، ج2، ص147

(36) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص150، والزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، (ت:743هـ)، **تبيين الحقائق**، القاهرة، دار الكتب الإسلامي، 1313هـ، ج1، ص216

(37) المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان (ت:88هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق: محمد حامد الفقي، بيروت، دار إحياء التراث، ج2، ص316، والبهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص505

(38) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص150، والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج1، ص216

(39) المرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص316، وابن مفلح، **المبدع**، ج2، ص48

(40) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص150

(41) البهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص 505

(42) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج2، ص147

(43) المرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص316، وابن مفلح، **المبدع**، ج2، ص48

(44) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج2، ص147

(45) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص268، والغمراوي، **السراج الوهاج**، ج1، ص80

(46) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص268

(47) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت:911هـ)، **الأشباه والنظائر**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، (ط1)، ص117 (القاعدة الرابعة).

(48) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص117

(49) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج1، ص216

(50) كالأمن أو السهولة أو زيارة أو عيادة ". النووي، **روضة الطالبين**، ج1، ص387

(51) مما تجدر الإشارة إليه: أنَّ الحنفية أطلقوا القول ولم يفرقوا بين ما إذا سلك الطريق الطويلة لعذر أم لا. ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص140، والحصكفي محمد بن علي بن محمد الحصني، المعروف بعلاء الدين الحصكفي، (ت:1088ه)، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار**، بيروت، دار الفكر، 1386ه، (ط2)، ج2، ص123

(52) الدردير، **الشرح الكبير**، ج1، ص362

(53) النووي، أبو زكريا يحيى من شرف، (ت:676)، **روضة الطالبين**، بيروت، المكتب الإسلامي، 1405ه، (ط2)، ج1، ص387، والشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267

(54) البهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص512، وابن مفلح، **المبدع**، ج2، ص113

(55) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267

(56) الدردير، **الشرح الكبير**، ج1، ص362، والنفراوي، أحمد غنيم بن سالم، (ت:1125ه)، **الفواكه الدواني**، بيروت، دار الفكر، 1415ه، ج1، ص254

(57) النووي، **روضة الطالبين**، ج1، ص387، والشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267

(58) المرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص362، وابن مفلح، **المبدع**، ج2، ص113

(59) الدردير، **الشرح الكبير**، ج1، ص362، والمرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص362

(60) البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد، (ت:1221ه)، **حاشية البجيرمي**، تركيا، المكتبة الإسلامية، ج1، ص356

(61) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص52

(62) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267

(63) ابن نجيم، **البحر الرائق**، ج2، ص140، والحصكفي، **الدر المختار**، ج2، ص123

(64) البهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص512، والمرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص362

(65) النووي، **روضة الطالبين**، ج1، ص387، والشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267

(66) البهوتي، **كشاف القناع**، ج1، ص512، وابن مفلح، **المبدع**، ج2، ص113

(67) ابن مفلح، **المبدع**، ج2، ص113

(68) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص267

(69) النووي، **روضة الطالبين**، ج1، ص387

(70) النووي، **المجموع**، ج4، ص279، والشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، (ت:467ه)، **المهذب**، بيروت، دار الفكر، ج1، ص102

(71) النووي، **المجموع**، ج4، ص279، 280

(72) قال ابن عابدين:" العاصي في السفر، بأن عرضت المعصية في أثنائه، فإنه محل وفاق ". ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج2، ص124

(73) قال النفرواي:" أما العاصي في سفره فلا نزاع في جواز قصره ". النفرواي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، (ت:1125ه)، **الفواكه الدواني**، بيروت، دار الفكر، 1415ه، ج1، ص254

(74) قال النووي:" العاصي في سفره له الترخص بالقصر وغيره بلا خلاف ". النووي، **المجموع**، ج4، ص286

(75) قال ابن قدامة:" أما إن كان السفر مباحاً، لكنه يعصي فيه، لم يمنع ذلك الترخص ". ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص52

(76) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير، (ت:1004ه)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت، دار الفكر، 1404ه، ج2، ص265، وانظر: النووي، **المجموع**، ج4، ص286

(77) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت:505ه)، **الوسيط**، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة، دار السلام، 1417ه، (ط1)، ج2، ص251 وانظر: ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص52

(78) النووي، **المجموع**، ج4، ص286

(79) **النشوز**، هو:" معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذة من النشز، وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته ". ابن، قدامة، **المغني**، ج7، ص241

(80) **المكس**: النقص والظلم، وصاحب مكس، هو:" الذي يأخذ من التجار إذا مروا عليه مكساً باسم العشر أي الزكاة " ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج2، ص310، وانظر: آبادي، محمد شمس الحق العظيم، (ت:1329ه)، **عون المعبود**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995م، (ط2)، ج8، ص111

(81) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص140

(82) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص52

(83) الشرواني، عبد الحميد، **حواشي الشرواني**، بيروت، دار الفكر، ج2، ص386

(84) البجيرمي، **حاشية البجيرمي**، ج1، ص359

(85) الطحطاوي، **حاشية الطحطاوي**، ص277

(86) خليل بن إسحاق بن موسى، (ت:767ه)، **مختصر خليل**، تحقيق: أحمد علي حركات، بيروت، دار الفكر، 1415ه، ج2، ص57، والدسوقي، محمد عرفة، (ت:1230ه) **حاشية الدسوقي**، تحقيق: محمد عليش، بيروت، دار الفكر، ج1، ص164، " اختلف قول مالك في ذلك يعني في سفر المعصية، قال الباجي: المشهور من مذهب مالك أنه لا يقصر فيه الصلاة، وروى زياد أنه يقصر، وقال ابن ناجي في

شرح المدونة: أما سفر المعصية فالمشهور أنه لا يقصر صاحبه تحريماً، وقيل: يقصر". الحطاب، **مواهب الجليل**، ج2، ص140

(87) النووي، **المجموع**، ج4، ص287، والشربيني، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بيروت، دار الفكر، ج1، ص171

(88) المرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص316، وابن قدامة، **المغني**، ج2، ص51

(89) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص51

(90) أخرجه البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن موسى، (ت:458ه)، **معرفة السنن والآثار**، تحقيق: سيد كسروي حسن، بيروت، دار الكتب العلمية، كتاب: الصلاة، باب: قصر الصلاة لمن كان سفره في غير معصية، ج2، ص441 وانظر: ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص51

(91) ابن أمير الحاج، (ت:879ه)، **التقرير والتحبير**، بيروت، دار الفكر، 1417ه، ج2، ص272

(92) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (ت450ه)، **الحاوي الكبير**، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، 1419ه، ج2، ص388

(93) ابن قدامة، المغني، ج2، ص51

(94) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج2، ص389

(95) ابن أمير الحاج، **التقرير والتحبير**، ج2، ص271

(96) ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين**، ج2، ص124، والطحطاوي، **حاشية الطحطاوي**، ص277

(97) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج2، ص140

(98) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج2، ص387

(99) المرداوي، **الإنصاف**، ج2، ص316

(100) الكاساني، علاء الدين، (587ه)، **بدائع الصنائع**، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982م، (ط2)، ج1، ص93، وابن قدامة، **المغني**، ج2، ص51

(101) أخرجه الشيخان: الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الكسوف، باب: في كم يقصر الصلاة، ج1، ص369، حديث رقم:(1040)، والإمام مسلم في صحيحه، كتاب: صلاة المسافرين وقصرها، باب: صلاة المسافرين وقصرها، ج1، ص478، حديث رقم:(685)، **لفظ الحديث:** للإمام البخاري.

(102) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الطهارة، باب: التوقيت في المسح على الخفين، ج1، ص232، حديث رقم:(276)

(103) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص51

(104) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص51

(105) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج1، ص216

(106) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص140، وانظر: الرملي، **نهاية المحتاج**، ج2، ص265

(107) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص138 (القاعدة الرابعة عشرة).

(108) السيوطي، **الأشباه والنظائر**، ص140، والرملي، **نهاية المحتاج**، ج2، ص265

(109) ابن رشد، ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، (595ه)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، بيروت، دار الفكر، ج1، ص123

(110) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، (463ه)، **الكافي**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1407ه، (ط1)، ج1، ص68، والنفراوي، **الفواكه الدواني**، ج1، ص254

(111) النووي، **المجموع**، ج4، ص301، والبكري، **إعانة الطالبين**، ج2، ص102

(112) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص65، **والكافي في فقه ابن حنبل**، بيروت، المكتب الإسلامي، ج1، ص 200

(113) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج2، 149، 150، والمواق، **التاج والإكليل**، ج2، ص149

(114) النووي، **المجموع**، ج4، ص301، والشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص265

(115) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص265

(116) أخرجه الشيخان: الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: فضائل الصحابة ﷺ، باب: إقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه، ج3، ص1431، حديث رقم:(3718)، والإمام مسلم في صحيحه، كتاب: الحج، باب: جواز الإقامة بمكة للمهاجر منها بعد فراغ الحج والعمرة ثلاثة أيام بلا زيادة، ج2، ص985، حديث رقم:(1352)، **لفظ الحديث:** للإمام مسلم.

(117) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص265

(118) ابن قدامة، **الكافي في فقه ابن حنبل**، ج1، ص200

(119) السرخسي، شمس الدين السرخسي، (ت:483ه)، **المبسوط**، بيروت، در الفكر، ج1، ص236، والكاساني، **بدائع الصنائع**، ج1، ص97

(120) أخرجه الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، (ت:179ه)، **موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني**، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، (ط2)، ص312، حديث رقم:(873)، **الحكم على الأثر:** صححه أبو زرعة. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، (ت:852ه)، **تلخيص الحبير**، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، 1384ه، ج2، ص47

(121) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص265

(122) المزني، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، (ت:264ه)، **مختصر المزني**، بيروت، دار المعرفة، 1393ه، (ط2)، ص24

(123) المرغيناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، (ت:593هـ)، **الهداية شرح البداية**، المكتبة الإسلامية، ج1، ص81، والزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج1، ص214

(124) المرغيناني، **الهداية شرح البداية**، ج1، ص81

(125) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج1، ص97

(126) الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي، (ت:279هـ)، **الجامع الصحيح المعروف بسنن الترمذي**، تحقيق: أحمد شاكر وآخرون، بيروت، دار إحياء التراث، كتاب: أبواب الطهارة، باب: في كم تقصر الصلاة، ج2، ص431، حديث رقم:(548)

(127) ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج1، ص123

(128) المرغيناني، **الهداية شرح البداية**، ج1، ص81

(129) السرخسي، **المبسوط**، ج1، ص236

(130) السرخسي، **المبسوط**، ج1، ص236

(131) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص65، **والكافي في فقه ابن حنبل**، ج1، ص200

(132) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج1، ص265

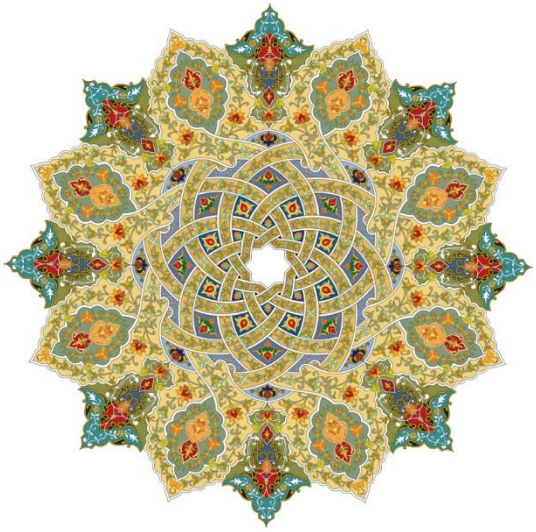
(133) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب: الكسوف، باب: ما جاء في التقصير وكم يقيم حتى يقصر، ج1، ص367، حديث رقم:(1031)

(134) ابن قدامة، **الكافي في فقه ابن حنبل**، ج1، ص200

(135) ابن قدامة، **المغني**، ج2، ص66

(136) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، (676هـ)، **شرح النووي على صحيح مسلم**، بيروت، دار إحياء التراث، 1392هـ، (ط2)، ج5، ص202

(137) المزني، **مختصر المزني**، ص24، والنووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، ج5، ص202



" الملامسة النبوية "
" مفهومها وأهميتها وصورها "

د. قصي إسماعيل أبو شريعة*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2020/12/12م

الملخص

تناولت الدراسة موضوعاً من أبرز موضوعات الحياة الإنسانية المتعلقة بالنفس الإنسانية، ألا وهو الملامسة النبوية، باعتباره حاجة أساسية في كل مراحل حياتنا، وتسليط الضوء على فهمه وحسن توظيفه من الجوانب جميعها من خلال السنة النبوية.

وهدفت الدراسة إلى بيان مفهوم الملامسة النبوية وأهميتها، وقدّم البحث نماذج تطبيقية من الهدي النبوي حول صور الملامسة، وبيان الأثر النبوي الإيجابي لهذه الصور على الحياة الإنسانية، وتكمن أهمية الدراسة في تقديم دراسة علمية أولية للباحثين، ينتظر أن تؤدي إلى فتح الباب أمام هذا النوع من الدراسات.

الكلمات المفتاحية: الملامسة، السنة النبوية، المسح، اليد.

Prophetic Contingence: its Concept, Significance, and Forms

Abstract

The study tackled one of the most prominent human life subjects related to the human soul, that is the prophetic contingence, considering it as a basic need at all stages of our life, and shedding light on its understanding and the best of employing it from all perspectives through the prophetic Sunnah (hadith).

* أستاذ مشارك، قسم أصول الدين، كلية الشريعة، جامعة آل البيت.

The study aimed at pinpointing the prophetic contingence and its significance. The study submitted applied models from the prophetic guidance about forms of contingency and cleared the positive prophetic impact of these forms on human life. The significance of the study conceals in submitting a primary scientific study for researchers, it is expected to open the door in front of this type of studies.

Keywords: Contingence, Prophetic Sunnah, Wiping, the Hand

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمدﷺ سيد الأولين والآخرين، وعلى آله وأصحابه الغرّ الميامين، ومن اتّبَعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

إن نعم الله -سبحانه وتعالى- على الخلق لا يحصرها أحد، فهناك نعم يدركها الناس جميعاً لظهورها ولكونها تدرك بالحواس، ونعمٌ جليلة وعظيمة يتفاوت الناس في إدراكها ومعرفة أهميتها، مع اشتراكهم في استخدامها، فمن هذه النعم الملامسة، على الرغم مما تشهده المنظومة الاجتماعية المعاصرة من أزمة في اضطراب القيم، واختلاط الرؤى.

تعدّ الملامسة من المصطلحات التي لم تُعطَ اهتماماً في الدراسات المعاصرة الحديثة، مع أن لها أثراً كبيراً في صلاح الفرد والمجتمع، وإن لم تذكر في شروح العلماء ومصنفاتهم بنصه ومنطوقه، إلا أنه حاضراً بروحها ومنطقها، لا بل تفوقت السنة النبوية على غيرها في تناولها وبيان أهميتها لتحقيق صلاح الفرد والمجتمعات.

ومن أجل الإسهام في تحقيق ذلك الهدف، كان لا بد من تسليط الضوء على هذا الموضوع؛ لكشف جوانبه وبيان أهميته وفاعليته في تحقيق الأهداف التي نسعى إلى تحقيقها من خلال شواهده التطبيقية في السنة النبوية.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة الدراسة في كيفية تطبيق منهج النبي ﷺ، حيث يحاول هذا البحث الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1- ما هو مفهوم وأهمية الملامسة النبوية؟
2- ما هي صور الملامسة في السنة النبوية؟
3- كيف وظف النبي ﷺ الملامسة في تنمية الشخصية الإسلامية في المجتمع؟

أهداف الدراسة:

1- توضيح المقصود بالملامسة النبوية، وأهميتها.

2- بيان الصور النبوية في الملامسة.

3- إبراز توظيف النبي ﷺ الملامسة في تنمية الشخصية الإسلامية في المجتمع.

الدراسات السابقة:

لم أجد فيما اطلعتُ عليه- دراسة متخصصة ومنفصلة في الملامسة النبوية، إلا أنه توجد عناوين قليلة ذات صلة بالموضوع، ومن هذه الدراسات:

1- المسح على رأس اليتيم، للباحثة الدكتورة مها يوسف جارالله، قدم في المؤتمر العالمي العاشر للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، تركيا، تحت إشراف الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، 11-2011/3/14م.

2- لغة الجسد في السنة النبوية (لغة الأيدي أنموذجا)، للباحثة ريم بنت خالد السقاف، جامعة الملك عبد العزيز، مجلة الآداب والعلوم الإنسانية، مجلد (27)، عدد (6).

3- البيان غير اللفظي في الحديث النبوي: لغة الجسد، د. أحمد علي عبد العزيز، دار عالم الثقافة للنشر والتوزيع، 2016م.

وهذه الدراسات والبحوث على أهميتها فقد تعرضت لجزئيات محددة من البحث المطروح، وقد جاء هذا البحث بمحاولة تعريف الملامسة النبوية وأهميتها وصورها، جامعاً للأحاديث المتعلقة بالموضوع، وإثراءَها بالفوائد الحديثية والتربوية.

منهج البحث:

جمعت الدراسة بين المنهج الاستقرائي باختيار نماذج من السنة ذات العلاقة بموضوع البحث، والمنهج الوصفي التحليلي، القائم على جمع واستقراء الأحاديث النبوية، وجمع أقوال العلماء والمعلومات المتعلقة بالموضوع من مصادرها وتحليلها.

خطة البحث:

المقدمة: وتضم: مشكلة الدراسة، أهدافها، ومنهجها، والدراسات السابقة، وخطة البحث.

المبحث الأول: مفهوم الملامسة النبوية وأهميتها.

المطلب الأول: مفهوم الملامسة النبوية.

المطلب الثاني: أهمية الملامسة.

المبحث الثاني: الملامسة النبوية للرأس.

المطلب الأول: المسح على الرأس.

المطلب الثاني: المسح على الخد والوجه.

المطلب الثالث: شد الأذن وتحنيك الطفل.

المبحث الثالث: الملامسة النبوية للجسد.

المطلب الأول: الملامسة النبوية للصدر.

المطلب الثاني: الملامسة النبوية للبطن والظهر.

المطلب الثالث: الملامسة النبوية لليد

الخاتمة: وتضم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الملامسة النبوية وأهميتها

المطلب الأول: مفهوم الملامسة النبوية

أولاً: مفهوم الملامسة

المُلامَسَة لغة:

المُلامَسَة: بضم الميم وفتح السين من لامَسَ الشيءُ غيره إذا التصق به التصاقاً خفيفاً، والمَسُّ: بالفتح والتشديد مصدر مسَّ الشيءَ: لمسه بيده[1]، واللمسُّ: وضع البشرة على البشرة بغير حائل، اللَّمْس: الجَسُّ، وقيل اللَّمْسُ المَسُّ باليد، لَمَسَه يَلْمِسُهُ ويَلْمُسُه لَمْساً ولامَسَه فَلُمِسَ، والجمع لُمْسٌ، واللَّمْس كناية عن الجماع [2].

قال الفيّوميّ: مَسِسْتُهُ، من باب تَعِبَ، وفي لغة مَسَسْتُهُ مَسًّا، من باب قَتَلَ: أفضيت إليه بيدي، من غير حائل، ومَسَّتِ الحاجةُ إلى كذا: ألجأت إليه، ومَاسَّهُ مُمَاسَّةً، ومِسَاسًا، من باب قاتل: بمعنى مَسَّهُ، وتَمَاسَّا: مسّ كلُّ واحد الآخرَ، ومَسَّ الماءُ الجسدَ مَسًّا: أصابه، وقال ابن الأعرابي: "اللَّمْسُ" يكون مسّ الشيء، وقال في باب الميم: "المَسُّ" مسُّكَ الشيء بيدك [3].

وقال الجوهري اللمس: المس باليد. وقد لمسه يلمسه ويلمسه. ويكنى به عن الجماع. وكذلك الملامسة. والالتماس: الطلب. والتلمُّس: التطلُّب مرة بعد أخرى.[4]

المُلامَسَة اصطلاحاً:

لا يبتعد تعريف الملامسة عند العلماء اصطلاحاً في اللغة، بل يدور في حدوده وفلكه، وفيما يلي أبرز التعريفات لمصطلح الملامسة:

اللَّمْسُ: قُوَّةٌ سَارِيَةٌ فِي الْبَدَنِ كُلِّهِ، بِهَا يُدْرَكُ الْحَارُّ، وَالْبَارِدُ وَالرَّطْبُ، وَالْيَابِسُ، وَنَحْو ذَلِكَ، عند التماس والاتصال به.[5]

ومن معاني اللَّمْسُ: مُلَاقَاةُ جِسْمٍ لِجِسْمٍ لِطَلَبِ مَعْنًى فِيهِ كَحَرَارَةٍ، أَوْ بُرُودَةٍ، أَوْ صَلَابَةٍ، أَوْ رَخَاوَةٍ، أَوْ عِلْمٍ حَقِيقَةٍ كَأَنْ يَلْمِسَ لِيَعْلَمَ هَلْ هُوَ آدَمِيٌّ أَوْ لَا[6].

ثانياً: الفرق بين اللمس والمس

فرق العلماء بين اللمس والمس من عدة جوانب:

1- أن اللمس يكون باليد خاصة ليعرف اللين من الخشونة والحرارة من البرودة، والمس يكون باليد وبالحجر وغير ذلك، ولا يقتضي أن يكون باليد، ولهذا قال تعالى: " مستهم البأساء " وقال " وإن يمسسك الله بضر" ولم يقل يلمسك. [7]

2- أن اللمس لصوق بإحساس، والمس: لصوق فقط.[8]

3- المس إيصال الشيء بالبشرة بحيث تتأثر الحاسة. واللمس كالطلب له، ولذلك يقال: ألمسه فلا أجده[9]. والمراد أن اللمس ينبئ عن اعتبار الطلب له سواء أكان داخلاً في مفهومه، أم لازماً له[10].

4- اللَّمْسُ: قد يكون مَسَّ الشيء بالشيء، ويكون مَعْرِفَة الشيء وإن لم يكن، ثَمَّ مَسٌّ لجَوْهَرٍ على جوهر، والمُلامَسَة أكثر ما جاءت من اثنين، اللَّمْس باليد أن تطلب شيئاً ههنا وههنا[11].

5- إن المس يكون بين جمادين، واللمس لا يكون إلا بين حيَّين. [12]

ثالثاً: تعريف مصطلح الملامسة النبوية

ممَّا سبق من التعريفات لمفردات مصطلح الملامسة، يمكن للباحث أن يصوغ تعريفاً لهذا المصطلح المركب، ويمكن تعريف الملامسة النبوية بأنها: علاقة ثنائية وذلك بوضع وإمرار النبي ﷺ يده الشريفة على مواضع من جسم الإنسان؛ من أجل طلب معنى كتنمية الجوانب الدينية أو التربوية أو العاطفية أو الأخلاقية وغيرها.

ويمكن القول بأنه: كل ما يقوم به النبي ﷺ من سلوك حركي بواسطة يده الشريفة بالتَّماس المباشر على مواضع من جسم الآخرين ينتج عنه رسالة تواصلية ما بحيث تترك أثراً واضحاً تجاه الآخرين.

المطلب الثاني: أهمية اللمس

تبرز أهمية اللمس كونها حاجة إنسانية طبيعية في جميع مراحل الحياة، فهي من أعظم ما يؤثر في النفس الإنسانية، ويجلب محبتهم، ويشعرهم بالمودة والألفة، وذلك من خلال الملامسة بشكل تلقائي مع أفراد الأسرة، وفي العلاقات الإنسانية العامة.

فإن أول ما يخلق الله -سبحانه وتعالى- في الإنسان حاسة اللمس، فيعتمد المولود منذ الولادة على حاستي اللمس والشم في الاتصال بأمه، فيدرك بها أجناساً من الموجودات، ويتعرف من خلالها على كل ما يحيط به، وتتفوق حاسة اللمس عن بقية الحواس في بداية الطفولة، حيث أن نمو الخلايا اللّمسية يكون في البداية حول الفم والأنف ثم ينتشر إلى الرأس، فإلى باقي الجلد حتى تصبح منتشرة على كامل البدن[13].

ولا شك أن آلة اللمس هي الجلد، وهي منتشرة في كل نواحي البدن، وقوته ناشئة عن كثرة الأعصاب المنتشرة في البدن، واليد هو العضو الذي تجتمع فيه أكثر الأعصاب، فكلما كان العضو أكثر عصباً كانت قوة اللمس أشد ففي قوله تعالى:﴿ حَتَّىٰ إِذَا مَا جَاءُوهَا شَهِدَ عَلَيْهِمْ سَمْعُهُمْ وَأَبْصَارُهُمْ وَجُلُودُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ [سورة فصلت، الآية:20]، حيث ذكر من الحواس السمع والبصر واللمس، ولم يذكر نوعين وهما الذوق والشم، لأن الذوق داخل في اللمس من بعض الوجوه، لأن إدراك الذوق إنما يتأتى بأن تصير جلدة اللسان والحنك مماسة لجرم الطعام فكان هذا داخلاً فيه، فبقي حس الشم وهو حس ضعيف في الإنسان، وليس لله فيه تكليف ولا أمر ولا نهي، ولذلك فإن اللمس حوض تتولد من جميع الحواس[14].

المبحث الثاني

الملامسة النبوية للرأس

المطلب الأول: المسح على الرأس

أولاً: مسح الغبار عن الرأس

عَنْ عِكْرِمَةَ ﷺ، أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ لَهُ: وَلِعَلِيِّ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ائْتِيَا أَبَا سَعِيدٍ فَاسْمَعَا مِنْ حَدِيثِهِ، فَأَتَيْنَاهُ وَهُوَ وَأَخُوهُ فِي حَائِطٍ لَهُمَا يَسْقِيَانِهِ، فَلَمَّا رَآنَا، جَاءَ فَاحْتَبَى[15] وَجَلَسَ، فَقَالَ: كُنَّا نَنْقُلُ لَبِنَ الْمَسْجِدِ لَبِنَةً لَبِنَةً، وَكَانَ عَمَّارٌ يَنْقُلُ لَبِنَتَيْنِ لَبِنَتَيْنِ، فَمَرَّ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ، وَمَسَحَ عَنْ رَأْسِهِ الْغُبَارَ، وَقَالَ: «وَيْحَ عَمَّارٍ، تَقْتُلُهُ الْفِئَةُ الْبَاغِيَةُ، عَمَّارٌ يَدْعُوهُمْ إِلَى اللَّهِ، وَيَدْعُونَهُ إِلَى النَّارِ»[16].

مسح النبي ﷺ الغبار عن رأس عمار؛ ﷺ رضاً من رسول الله ﷺ بفعله، وشكراً له على عزمه في ذات الله، وفيه بيان عدم كراهة مسح الغبار عن رأس الناس، حال كونه في سبيل الله نحو الجهاد وغيره من أبواب الطاعة، وذلك دفعاً لتوهُّم كراهية غسل الغبار ومسحه، لكونه من جملة آثار الجهاد.[17]

وهذ يدل على أثر استخدام الملامسة في إيضاح المعاني، حيث كان مسحه ﷺ الغبار عن رأس عمار ﷺ بيده الشريفة، يدعم ويرتبط بقوله ﷺ بأنه ستقتله فئة باغيه، وذلك تقريباً وتوضيحاً للمعني في نفس السامع.

ثانياً: المسح على رأس اليتيم.

المسح على رأس اليتيم له دور في تنمية الجانب العاطفي والتربوي، وحسن توظيف المشاعر لدى اليتيم وتنميتها، وذلك من خلال نقل مشاعر الألفة والحنان والحب والعطف، وتقويم الأخلاق وتهذيبها، وإشعاره بالاهتمام.

فعن عَبْدِ اللَّهِ بْن جَعْفَرٍ ﷺ قَالَ: لَوْ رَأَيْتَنِي وَقُثَمَ وَعُبَيْدَ اللَّهِ ابْنَيْ عَبَّاسٍ، وَنَحْنُ صِبْيَانٌ نَلْعَبُ، إِذْ مَرَّ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى دَابَّةٍ، فَقَالَ: «ارْفَعُوا هَذَا إِلَيَّ»، قَالَ: فَحَمَلَنِي أَمَامَهُ، وَقَالَ لِقُثَمَ: «ارْفَعُوا هَذَا إِلَيَّ» فَجَعَلَهُ وَرَاءَهُ، وَكَانَ عُبَيْدُ اللَّهِ أَحَبَّ إِلَى عَبَّاسٍ مِنْ قُثَمَ فَمَا اسْتَحَى مِنْ عَمِّهِ أَنْ حَمَلَ قُثَماً وَتَرَكَهُ، قَالَ: ثُمَّ مَسَحَ عَلَى رَأْسِي ثَلَاثاً، وَقَالَ كُلَّمَا مَسَحَ: «اللَّهُمَّ اخْلُفْ جَعْفَراً فِي وَلَدِهِ»، قَالَ: قُلْتُ لِعَبْدِ اللَّهِ مَا فَعَلَ قُثَمُ، قَالَ: اسْتُشْهِدَ، قَالَ: قُلْتُ اللَّهُ أَعْلَمُ بِالْخَيْرِ وَرَسُولُهُ بِالْخَيْرِ قَالَ أَجَلْ.[18]

وردت الأحاديث على صحة المسح على رأس اليتيم دون تحديد الكيفية في المسح، حيث ورد أن اليتيم يمسح رأسه من أعلاه إلى مقدمه وغيره بعكسه، وذلك بوضع كفه على مَقدم رأس اليتيم مما يلي جبهته ثم أصعدها إلى وسط رأسه ثم أحدرها إلى مقدم أوائل جبهته، وقد خص الرأس بذلك لأن في المسح عليه تعظيماً لصاحبه وشفقة عليه ومحبة له وجبراً لخاطره[19].

وفي مسحه ﷺ تذكير اليتيم بالمهمة التي قام بها والده، خصوصاً إن كانت حسنة، من مداعبة الصبيان، والتلطف معهم، والتعاطف عليهم وذلك تواضعاً وشفقة، يحمل الصبي، ويركبه خلفه، وأمامه بين يديه على الراحلة، ويمسح على رأسه، حتى أحب الصبية لقاءه، وترقبوا قدومه، ليستقبلوه بكل الحب والبشر والسرور، وكان الصبي الذي يحظى بشيء من ذلك يزهو ويفخر، ويعد من مناقبه وفضائله أن حمله رسول الله ﷺ أو أردفه خلفه، أو حمله أمامه بين يديه.[20]

ومن هذه المواقف الجلية يمكن اعتبار الملامسة النبوية شكلاً من أشكال الرحمة، لما لها من أثر كبير في نفس اليتيم، والمسلم مُخيَّر في كيفية المسح، مع صحة تكرار المسح ثلاث مرات، والدعاء لليتيم أثناء المسح.

المطلب الثاني: المسح على الخد والوجه

أولاً: المسح على الخد

فعَنْ جَابِرِ بْنِ سَمُرَةَ قَالَ: صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ صَلاَةَ الأُولَى، ثُمَّ خَرَجَ إِلَى أَهْلِهِ، وَخَرَجْتُ مَعَهُ، فَاسْتَقْبَلَهُ وِلْدَانٌ، فَجَعَلَ يَمْسَحُ خَدَّيّ[21] أَحَدهِمْ وَاحِداً وَاحِداً. قَالَ: وَأَمَّا أَنَا فَمَسَحَ خَدِّي، قَالَ: فَوَجَدْتُ لِيَدِهِ بَرْداً أَوْ رِيحاً كَأَنَّمَا أَخْرَجَهَا مِنْ جُؤْنَةِ عَطَّارٍ[22][23].

وفي مسحه النبي ﷺ وجوه الصبيان بيديه الشريفتين دلالة على ما يلي[24]:

1- تشريفاً لهم ببركة يده المباركة، شفقة عليهم.
2- حسن خُلقه ﷺ وتواضعه ورحمته للأطفال وملاطفتهم.

وفيما يتعلق بطريقة مسحه ﷺ وجوه الصبيان فإنه كان يستوعبهم جميعاً بيديه، وكأنه ﷺ كان يمسح الخدين بكفيه، أو كان يمسح الخدين باليمنى، وواحداً واحداً، أي يمسح الخدين منهم بالكفين منه من الجانبين مرتبين واحدًا بعد واحد.[25]

ويصف جابر ﷺ أثرَ الملامسة النبوية عليه، حين مسحَ النبي ﷺ خَدَّه بيديه، وكأنه أخرجَها من جُؤْنة العَطَّار، حيث وجد رَوْحاً وراحةً من يَدِيه، أو رائحةً طَيبةً زَكِيَّةً، وهو مما أكرمه الله -سبحانه وتعالى- به، وكانت هذه الريح الطيبة صفته وإن لم يمس طيباً، ومع هذا كان يستعمل الطيب في كثير من الأوقات.[26]

ثانياً: وضع اليد على الوجه

عن جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ في حَجَّةِ الوداع قَالَ: وَأَرْدَفَ الْفَضْلَ بْنَ عَبَّاسٍ، وَكَانَ رَجُلاً حَسَنَ الشَّعْرِ أَبْيَضَ وَسِيماً، فَلَمَّا دَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَرَّتْ بِهِ ظُعُنٌ[27] يَجْرِينَ، فَطَفِقَ الْفَضْلُ يَنْظُرُ إِلَيْهِنَّ، فَوَضَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَهُ عَلَى وَجْهِ الْفَضْلِ، فَحَوَّلَ الْفَضْلُ وَجْهَهُ إِلَى الشِّقِّ الآخَرِ يَنْظُرُ، فَحَوَّلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدَهُ مِنَ الشِّقِّ الآخَرِ عَلَى وَجْهِ الْفَضْلِ، يَصْرِفُ وَجْهَهُ مِنَ الشِّقِّ الآخَرِ.[28]

استخدم النبيﷺ الملامسة لتعليم ولتوضيح المعنى في ذهن الفضل بن عباس، فقد وضع النبي ﷺ يده على وجه الفضل بن عباس لدفع الفتنة، والحثّ على غَضّ البصر، وكونه ﷺ لم ينهه عن ذلك ولم يزجره؛ دليل على أنه لم يفعل محرماً، وفيه بيان أن من رأى منكراً، وأمكنه إزالته بيده لزمه إزالته.[29]

ففي الأول تصريح بأن النظر كان إليهن، والظاهر أن النظر في المرة الثانية إليهن لم يكن قصداً منه، فالغرض بوضع يده ﷺ أن لا تنظر إليه الظعن، وأما قوله في الثالثة ليس المراد فيه بالنظر النظر إلى الظعن، بل المراد من النظر إلى ذلك الجانب لا إلى الظعن؛ لأنه لا يمكن من ابن عباس أن ينظر إليهن بعد منعه ﷺإياه من النظر إليهن في الجانبين، ولهذا لم يذكر فيه وضع يده ﷺعلى وجهه.[30]

المطلب الثالث: شد الأذن وتحنيك الطفل

أولاً: شد الأذن

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: بِتُّ لَيْلَةً عِنْدَ خَالَتِي مَيْمُونَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ، فَقُلْتُ لَهَا: إِذَا قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَيْقِظِينِي. فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقُمْتُ إِلَى جَنْبِهِ الأَيْسَرِ، فَأَخَذَ بِيَدِي فَجَعَلَنِي مِنْ شِقِّهِ الأَيْمَنِ، فَجَعَلْتُ إِذَا أَغْفَيْتُ يَأْخُذُ بِشَحْمَةِ أُذُنِي، قَالَ: فَصَلَّى إِحْدَى عَشْرَةَ رَكْعَةً ثُمَّ احْتَبَى حَتَّى إِنِّي لأَسْمَعُ نَفَسَهُ رَاقِداً فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ الْفَجْرُ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ.[31]

وفي رواية: "فَوَضَعَ يَدَهُ الْيُمْنَى عَلَى رَأْسِي، وَأَخَذَ بِأُذُنِي يَفْتِلُهَا"[32]، وفي رواية: "ووضع يده على رأسي فجعل يمسح أذني".[33]

فقد استعمل رَسُولُ اللَّهِ أسلوب الإمساك بالأذن، وفي ذلك تطييب وإيناس ورحمة وحنو، وحرصاً منه ﷺ على تعليم الصحابة ﷺ، حيث وضع رسول الله ﷺ يده الشريفة على رأس ابن عباس، فجعله عن يمينه وأخذ بأُذُنه اليمنى يفتلها، أَيْ يُدَلِّك أُذُنه، وكان ذلك بعد أن أدار ابن عباس إلى جنبه الأيمن ﷺ، ومعنى ذلك أنه كان يأخذ الأذن البعيدة مما يؤدي إلى مرور يده ﷺ حول عنق ابن عباس.[34]

قال ابن حجر: "وضعها أولاً ليتمكن من مسك الأذن، أو لأنها لم تقع إلا عليه، أو لينزل بركتها به ليعي جميع أفعاله ﷺ في ذلك المجلس وغيره".[35]

وهذا يدل على أثر الملامسة النبوية وقوتها في توضيح المعنى مما يغني عن الكلام فاكتفى ﷺ بالإمساك المفهم عن النطق.

وفي أخذه ﷺ بأُذُنِه فوائد[36]:

أولاً: أنه أراد أن يذكر القصة بعد ذَلِكَ؛ لصغر سنه.

ثانياً: نفي النوم عنه لما أعجبه قيامُه معه، وقيل إنما فتلها تنبيها له من النعاس.

ثالثاً: يحتمل أن يكون مثل التأديب والتقويم، فيكون ذلك أبلغَ لما يريد منه، وأذكرَ له فيما يستأنفه، وفي فتل الأذن تنبيه عَلَى الفهم، وتثبيت للتعليم ويقال: إن المعلم إِذَا تعاهد فَتْلَ أُذُن المعلَّم كان أذكى لفهمه.

رابعاً: ليتنبه لهيئة الصلاة وموقف المأموم، واستذكاراً لما يشاهده من الأحكام، وَيَسْتَحْضِر أَفْعَال النَّبِيّ ﷺ.

خامساً: تأنيساً له لكون ذلك ليلاً. قال ابن حجر: وزاد في الرواية: "فعرفت أنه إنما صنع ذلك ليؤنسني بيده في ظلمة الليل". لكن لا يلزم من إدارته على هذه الصفة أن لا يعود إلى مسك أذنه لتأنيسه وإيقاظه، فالحق أنه أخذ بأذنه أولاً لإدارته من اليسار إلى اليمين، ثم أخذ بها أيضاً لتأنيسه لكون ذلك في ظلمة الليل أو لإيقاظه أو لإظهار محبته، لأن حاله كانت تقتضي ذلك لصغر سنه.

سادساً: لم يكن فتله أُذُنه إلا لأجل أنه لما وقف بجنبه اليسار فأخذ أذنه وعركها وأداره إلى يمينه.

وعن زَيْد بْن أَرْقَمَ قَالَ: فَبَيْنَمَا أَنَا أَسِيرُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي سَفَرٍ قَدْ خَفَقْتُ بِرَأْسِي مِنْ الْهَمِّ إِذْ أَتَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَعَرَكَ أُذُنِي وَضَحِكَ فِي وَجْهِي، فَمَا كَانَ يَسُرُّنِي أَنَّ لِي بِهَا الْخُلْدَ فِي الدُّنْيَا،

ثُمَّ إِنَّ أَبَا بَكْرٍ لَحِقَنِي فَقَالَ: مَا قَالَ لَكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، قُلْتُ: مَا قَالَ لِي شَيْئًا إِلَّا أَنَّهُ عَرَكَ أُذُنِي وَضَحِكَ فِي وَجْهِي، فَقَالَ: أَبْشِرْ، ثُمَّ لَحِقَنِي عُمَر، فَقُلْتُ لَهُ مِثْلَ قَوْلِي لِأَبِي بَكْرٍ، فَلَمَّا أَصْبَحْنَا قَرَأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سُورَةَ الْمُنَافِقِينَ.(37)

في الحديث دلالةٌ بارزةٌ تتجسد في الاهتمام والسعي لإحداث رابطة متينة لا يمكن الانفكاك منها كلا الطرفين، فقد أصاب زيد بن أرقم ﷺ الهمّ بتكذيبه، فعرك رسول الله ﷺ أذنه، وضحك في وجهه أن له بها الخلد في الدنيا، فهذا الخلق العظيم من النبي ﷺ في جبر الخواطر وتطييب النفوس.

ثانياً: تحنيك الطفل

عَنْ أَسْمَاءَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا حَمَلَتْ بِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ قَالَتْ فَخَرَجْتُ وَأَنَا مُتِمٌّ فَأَتَيْتُ الْمَدِينَةَ فَنَزَلْتُ بِقُبَاءٍ فَوَلَدْتُهُ بِقُبَاءٍ ثُمَّ أَتَيْتُ بِهِ النَّبِيَّ ﷺ فَوَضَعْتُهُ فِي حَجْرِهِ ثُمَّ دَعَا بِتَمْرَةٍ فَمَضَغَهَا ثُمَّ تَفَلَ فِي فِيهِ فَكَانَ أَوَّلَ شَيْءٍ دَخَلَ جَوْفَهُ رِيقُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ حَنَّكَهُ بِتَمْرَةٍ ثُمَّ دَعَا لَهُ وَبَرَّكَ عَلَيْهِ وَكَانَ أَوَّلَ مَوْلُودٍ وُلِدَ فِي الْإِسْلَامِ(38).

هذا الحديث يبيّن لنا صورة من صُوَر العناية بالمولود، بأن يقصد بالمولود من أهل الفضل والعلماء والأئمة الصالحين، بتحنيكه بالتمر أو غيره والدعاء له بالبركة، غير أنه ليس ريق أحد في البركة كريق النبيﷺ، فمن وصل إلى جوفه من ريقه ﷺ فقد أسعده الله وبارك فيه؛ ألا ترى بركة عبد الله بن الزبير وما حازه من الفضائل ؛ فإنه كان قارئاً للقرآن عفيفاً في الإسلام، وكذلك كان عبد الله بن أبى طلحة من أهل الفضل والتقدم في الخير ببركة تحنيك النبي ﷺ له(39).

المبحث الثالث

الملامسة النبوية للجسد

المطلب الأول: الملامسة النبوية للصدر

أولاً: الضم إلى الصدر

تعدّ المرحلة العمرية المبكرة للإنسان وخصوصاً الطفولة هي مرحلة اللعب والملاطفة والحب والحنان والرعاية، لذا نجد النبي ﷺ يعلم أصحابه والأمة من بعده كيفية التعامل في هذه المرحلة من خلال تعامله مع الحسن والحسين وغيرهما من الصحابة ﷺ.

فعَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ ﷺ، كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْخُذُنِي فَيُقْعِدُنِي عَلَى فَخِذِهِ، وَيُقْعِدُ الْحَسَنَ عَلَى فَخِذِهِ الْأُخْرَى، ثُمَّ يَضُمُّهُمَا، ثُمَّ يَقُولُ: «اللَّهُمَّ ارْحَمْهُمَا فَإِنِّي أَرْحَمُهُمَا».(40)

ووضع النبيﷺ أسامة بن زيد والحسن -رضي الله عنهما- على فخديه ﷺ هو من باب الرحمة والرأفة والتعطف الولد، وقد كان عليه السلام يحمل ابنةَ أبي العاصي بن الربيع حفيدته على عنقه في الصلاة، وهو أكثر من إجلاسه للحسن ولأسامة على فخديه في غير الصلاة.(41)

وعَنْ يَعْلَى الْعَامِرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ الْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ يَسْعَيَانِ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَضَمَّهُمَا إِلَيْهِ، وَقَالَ: «إِنَّ الْوَلَدَ مَبْخَلَةٌ مَجْبَنَةٌ»(42).

ضمَّ النبي ﷺ الحسن والحسين إلى جسده الشريف وقبلهما، وضمُّهما إليه نوع من بر الوالد إلى الولد، وقول النبي ﷺ بعدما ضمهما إليه: «إِنَّ الْوَلَدَ مَبْخَلَةٌ مَجْبَنَةٌ»، يعني أن وجود

الولد لك يمنعك عن بذل المال صرفه وإنفاقه في الخيرات، وكذلك كلّ ما يحملك ويمنعك عن بذل نفسك في الخيرات؛ كالجهاد ودفاع العدو عن بلاد الإسلام، فإن الولد مظنة البخل في المال والجبن في النفس[43].

وعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: ضَمَّنِي النَّبِيُّ ﷺ إِلَى صَدْرِهِ، وَقَالَ: «اللَّهُمَّ عَلِّمْهُ الْحِكْمَةَ»[44]. وفي رواية قَالَ: ضَمَّنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: وَقَالَ: «اللَّهُمَّ عَلِّمْهُ الْكِتَابَ»[45].

في الحديث جواز الضمّ والمعانقة للطفل وللقادم من سفر ونحوه، بلا كراهة، والدعاء إلى الله تعالى في ذلك، فقد ضم رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ابن عباس إلى نفسهِ، أو صدرهِ، مقروناً بالدعاء فكان ابن عباس بحر العلم وحبر الأمة.[46]

مما سبق استخدم النبيﷺ صورة من صور الملامسة وهي المعانقة والاحتضان المعبرة عن مشاعر التشجيع والعطف والحنان مقرونة بالنطق.

ثانياً: الضرب على الصدر

عَنْ جَرِيرٍ قَالَ: مَا حَجَبَنِى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مُنْذُ أَسْلَمْتُ، وَلاَ رَآنِي، إِلاَّ تَبَسَّمَ فِى وَجْهِي، وَلَقَدْ شَكَوْتُ إِلَيْهِ أَنِّى لاَ أَثْبُتُ عَلَى الْخَيْلِ، فَضَرَبَ بِيَدِهِ فِي صَدْرِي، وَقَالَ: «اللَّهُمَّ ثَبِّتْهُ وَاجْعَلْهُ هَادِياً مَهْدِيّاً».[47]

ضربَ النبيﷺ بيده الشريفة في صدر جرير؛ لأن فيه القلب، وهو محل الثبات واليد محل القدرة، وذلك من التواضع واستمالة النفوس، وفيه بركة دعوة النبي ﷺ؛ لأنه قد جاء في هذا الحديث أنه ما سقط بعد ذلك من الخيل.[48]

وطريقة الضرب على الصدر ما روي فِي حَدِيث الْبَرَاء:" شَكَا جَرِير إِلَى رَسُول اللَّه ﷺ الْقَلَع[49]، فَقَالَ: أُدْنُ مِنِّي، فَدَنَا مِنْهُ فَوَضَعَ يَده عَلَى رَأْسه، ثُمَّ أَرْسَلَهَا عَلَى وَجْهه وَصَدْره حَتَّى بَلَغَ عَانَته، ثُمَّ وَضَعَ يَده عَلَى رَأْسه وَأَرْسَلَهَا عَلَى ظَهْره حَتَّى اِنْتَهَتْ إِلَى أَلْيَته، وَهُوَ يَقُول مِثْل قَوْله الْأَوَّل"، فَكَانَ ذَلِكَ لِلتَّبَرُّكِ بِيَدِهِ الْمُبَارَكَة.[50]

ففي حديث البراء ﷺ أن جرير لخفته كان يرتفع عن السرج كلما ارتفع الحصان، ويهبط بهبوطه، فقالﷺ: ادن مني فدنا منه، فوضع يده على رأسه، ثم أرسلها على وجهه وصدره حتى بلغ عانته، ثم وضع يده على رأسه مرة ثانية، وأرسلها إلى ظهره، حتى انتهت إلى إليته، ولا تعارض فإن اليد ضربت الصدر عند مرورها به كما جاء في حديث الحاكم أنه النبي ﷺ قال: في حالة إمراره يده عليه في المرتين "اللَّهُمَّ ثَبِّتْهُ، وَاجْعَلْهُ هَادِياً مَهْدِيًّا".[51]

قال القرطبيّ: "دعا له النبيّ ﷺ بأكثر ممّا طلب، بالثبوت مطلقاً، وبأن يجعله هادياً لغيره، ومهديًّا في نفسه، فكان كلُّ ذلك"[52].

وعَنْ أُبَيّ بْنِ كَعْبٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « يَا أَبَا الْمُنْذِرِ أَتَدْرِى أَيُّ آيَةٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ مَعَكَ أَعْظَمُ». قَالَ: قُلْتُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ. قَالَ: «يَا أَبَا الْمُنْذِرِ أَتَدْرِى أَيُّ آيَةٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ مَعَكَ أَعْظَمُ». قَالَ: قُلْتُ اللَّهُ لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ الْحَىُّ الْقَيُّومُ. قَالَ فَضَرَبَ فِي صَدْرِي وَقَالَ: «وَاللَّهِ لِيَهْنِكَ الْعِلْمُ أَبَا الْمُنْذِرِ».[53]

في الحديث استخدم النبيﷺ السؤال كوسيلة من وسائل التعليم مقرونة بالملامسة النبوية ألا

وهي الضرب في الصدر، فسؤال النبي ﷺ لتحقيق أغراض عديدة، فقد يكون للحث على الاستماع، وقد يكون للكشف عن مقدار علمه وفهمه، وقد جمع أُبَيّ بن كَعْب ﷺ بين الأدب والامتثال، لما فيه من تعظيم السائل، وإرادة التعليم والإرشاد كما هو دأب أرباب الكمال[54].

وضرب رسولُ الله ﷺ يده على صدر أبيّ بن كَعْب، محبةً وتلطُّفاً؛ ليتمكَّن العلمُ في صدره، وفيه إشارة إلى امتلاء صدره علماً وحكمة، وترغيب في أن يزداد علماً وبصيرة، وسروره بما أدركه من ذلك، وفرح بما ظهر عليه من آثاره المباركة، دعاء له بتيسير العلم له ورسوخه فيه، وتنشيط المعلم لمن يعلمه إذا رآه أصاب، وتنويهه به، وفي الخبر إلقاء المعلم على أصحابه المسائل لاختبار معرفتهم، أو ليعلمهم ما لعلهم لم ينتبهوا للسؤال عنه. وفيه منقبة عظيمة لأبي، ودليل على كثرة علمه، وإخبارٌ بأنه عالم.[55]

وعَنْ عَلِيٍّ، قَالَ: بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ، فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللهِ، بعَثْنِي وَأَنَا شَابٌّ أَقْضِي فِيهِمْ وَلاَ أَدْرِي مَا الْقَضَاءُ، فَضَرَبَ فِي صَدْرِي بِيَدِهِ، وَقَالَ: «اللَّهُمَّ اهْدِ قَلْبَهُ وَثَبِّتْ لِسَانَهُ»، قَالَ: فَوَ الَّذِي فَلَقَ الْحَبَّةَ، مَا شَكَكْتُ بَعْدُ فِي قَضَاءٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ[56].

سلك النبي ﷺ صورة من صور الملامسة المبني على اعتبار المشاعر، من خلال ضرب رسول الله ﷺ بيده الشريفة في صدر علي ﷺ، مما ولَّد في نفس علي ﷺ، الطمأنينة والاستقرار في القضاء.

بيان فضل علي ﷺ، وذلك بدعوة النبيّ ﷺ، يوفق قلبه الهداية والصواب في الحكم، ويثبت لسانه على النطق بالصواب في قضائه، بعد ضرب رسول الله ﷺ بيده الشريفة في صدر علي ﷺ، لأنها محل العلم؛ لأن القلب فيها.[57]

وعن عُثْمَانَ بْن أَبِى الْعَاصِ الثَّقَفِيُّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ: «أُمَّ قَوْمَكَ». قَالَ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَجِدُ فِي نَفْسِى شَيْئاً. قَالَ: «ادْنُهْ». فَجَلَّسَنِي بَيْنَ يَدَيْهِ، ثُمَّ وَضَعَ كَفَّهُ فِي صَدْرِي بَيْنَ ثَدْيَيَّ، ثُمَّ قَالَ: «تَحَوَّلْ». فَوَضَعَهَا فِي ظَهْرِي بَيْنَ كَتِفَيَّ، ثُمَّ قَالَ: «أُمَّ قَوْمَكَ فَمَنْ أَمَّ قَوْماً فَلْيُخَفِّفْ، فَإِنَّ فِيهِمُ الْكَبِيرَ، وَإِنَّ فِيهِمُ الْمَرِيضَ، وَإِنَّ فِيهِمُ الضَّعِيفَ، وَإِنَّ فِيهِمْ ذَا الْحَاجَةِ، وَإِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ وَحْدَهُ فَلْيُصَلِّ كَيْفَ شَاءَ».[58]

يُشكّل فعل النبي ﷺ بوضع كفه الشريفة على صدره بين ثدييه، ثمَّ تحول كفه الشريفة على ظهره بين كتفيه، مدخلاً نفسياً يملأ القلب طمأنينة، ويُشعِرُ المتلقي بخصوصية التوجيه، وقول عثمان بن أبي العاص أجد في نفسي شيئاً، لعله خشى ما يقع في نفسه من الكبر والعُجب بالتقدم على قومه، أو الخجل والضعف عند ذلك، والأول أظهر معانى هذه اللفظة، أو يكون غير ذلك من المعاني، فصنع النبي ﷺ ما صنع بمسحه بيده المباركة، ليذهب الله تعالى ذلك عنه ببركة يده ودعائه.[59]

وعَنْ أُبَيّ بْنِ كَعْبٍ قَالَ: كُنْتُ فِي الْمَسْجِدِ فَدَخَلَ رَجُلٌ يُصَلِّي فَقَرَأَ قِرَاءَةً أَنْكَرْتُهَا عَلَيْهِ، ثُمَّ دَخَلَ آخَرُ فَقَرَأَ قِرَاءَةً سِوَى قِرَاءَةِ صَاحِبِهِ، فَلَمَّا قَضَيْنَا الصَّلاَةَ دَخَلْنَا جَمِيعاً عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقُلْتُ: إِنَّ هَذَا قَرَأَ قِرَاءَةً أَنْكَرْتُهَا عَلَيْهِ، وَدَخَلَ آخَرُ فَقَرَأَ سِوَى قِرَاءَةِ صَاحِبِهِ، فَأَمَرَهُمَا رَسُولُ

اللَّهِ ﷺ فَقَرَءَا فَحَسَّنَ النَّبِيُّ ﷺ شَأْنَهُمَا، فَسُقِطَ فِي نَفْسِي مِنَ التَّكْذِيبِ وَلاَ إِذْ كُنْتُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَلَمَّا رَأَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا قَدْ غَشِيَنِي ضَرَبَ فِي صَدْرِي، فَفِضْتُ عَرَقاً وَكَأَنَّمَا أَنْظُرُ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَرَقاً فَقَالَ لِي: « يَا أُبَيُّ أُرْسِلَ إِلَيَّ أَنِ اقْرَأْ الْقُرْآنَ عَلَى حَرْفٍ فَرَدَدْتُ إِلَيْهِ أَنْ هَوِّنْ عَلَى أُمَّتِي. فَرَدَّ إِلَيَّ الثَّانِيَةَ اقْرَأْهُ عَلَى حَرْفَيْنِ، فَرَدَدْتُ إِلَيْهِ أَنْ هَوِّنْ عَلَى أُمَّتِي، فَرَدَّ إِلَيَّ الثَّالِثَةَ اقْرَأْهُ عَلَى سَبْعَةِ أَحْرُفٍ فَلَكَ بِكُلِّ رَدَّةٍ رَدَدْتُكَهَا مَسْأَلَةٌ تَسْأَلُنِيهَا، فَقُلْتُ: اللَّهُمَّ اغْفِرْ لأُمَّتِي، اللَّهُمَّ اغْفِرْ لأُمَّتِي، وَأَخَّرْتُ الثَّالِثَةَ لِيَوْمٍ يَرْغَبُ إِلَيَّ الْخَلْقُ كُلُّهُمْ حَتَّى إِبْرَاهِيمُ عليه السلام».[60]

حرص النبيﷺ على تعليم الصحابة المبني على الحوار، والذي يهدف إلى حفظ المشاعر وتنميتها، حيث نبّه النبي ﷺ أبي بن كعب بضربه في صدره، حين رأى النبي ﷺما وقع في نفس أُبَيّ بن كعب من ذلك الخاطر المذموم.

وقع في نفس أُبَيّ بن كعب نزعة من الشيطان غيرَ مستقرة، ثم زالت في الحال حين ضرب النبي ﷺ بيده في صدره، يُحتمل أن يكون هذا الضربُ تثبيتاً له حين رآه قد غشيه ذلك الخاطر المذموم، ويحتمل للتأديبِ وإخراجِ الوسوسة الشيطانية عن قلبه ببركة يده، ويحتمل أن يكون هذا الضربُ للتلطفِ، وإما لإرادة الحفظ أو لتذكر القضية وعدم العود إلى مثلها فأعقب ذلك بأن انشرح صدره، وتنوّر باطنه.[61]

قال الطيبيّ: "كان أُبيّ ﷺ من أكابر الصحابة، ومن الموقنين، وكان طَرَيانُ ذلك التكذيب بسبب الاختلاف نزغةً من الشيطان، فلما أصاب بركة يده ﷺ بضربه على صدره زالت تلك الهاجسة إلى الخارج مع الْعَرَق، فرجع الشكّ المسبوق بعلم اليقين إلى عين اليقين، فنظر إلى الله تعالى خوفاً وخجلاً مما غشيه من الشيطان".[62]

وعَنْ أَبِي أُمَامَةَ قَالَ: إِنَّ فَتًى شَابّاً أَتَى النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ ائْذَنْ لِي بِالزِّنَا فَأَقْبَلَ الْقَوْمُ عَلَيْهِ فَزَجَرُوهُ، قَالُوا: مَهْ مَهْ، فَقَالَ: «ادْنُهْ» فَدَنَا مِنْهُ قَرِيباً، قَالَ: فَجَلَسَ، قَالَ: أَتُحِبُّهُ لِأُمِّكَ، قَالَ: لَا وَاللَّهِ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاءَكَ، قَالَ: وَلَا النَّاسُ يُحِبُّونَهُ لِأُمَّهَاتِهِمْ، قَالَ: أَفَتُحِبُّهُ لِابْنَتِكَ، قَالَ: لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاءَكَ، قَالَ: وَلَا النَّاسُ يُحِبُّونَهُ لِبَنَاتِهِمْ، قَالَ: أَفَتُحِبُّهُ لِأُخْتِكَ، قَالَ: لَا وَاللَّهِ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاءَكَ، قَالَ: وَلَا النَّاسُ يُحِبُّونَهُ لِأَخَوَاتِهِمْ، قَالَ: أَفَتُحِبُّهُ لِعَمَّتِكَ، قَالَ: لَا وَاللَّهِ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاءَكَ، قَالَ: وَلَا النَّاسُ يُحِبُّونَهُ لِعَمَّاتِهِمْ، قَالَ: أَفَتُحِبُّهُ لِخَالَتِكَ، قَالَ: لَا وَاللَّهِ جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاءَكَ، قَالَ: وَلَا النَّاسُ يُحِبُّونَهُ لِخَالَاتِهِمْ، قَالَ: فَوَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهِ، وَقَالَ: «اللَّهُمَّ اغْفِرْ ذَنْبَهُ وَطَهِّرْ قَلْبَهُ وَحَصِّنْ فَرْجَهُ»، فَلَمْ يَكُنْ بَعْدُ ذَلِكَ الْفَتَى يَلْتَفِتُ إِلَى شَيْءٍ.[63]

وفي رواية فوضع رسول الله يده على صدره وقال: «اللهم كفر ذنبه وطهر قلبه وحصن فرجه».[64]

جاءت السنة النبوية وقايةً وعلاجاً لجميع الإشكاليات التي تواجهه فئة الشباب، ففي الحديث استخدم النبي ﷺ التلطف في الخطاب والحوار؛ لتحقيق التوازن في إدارة العواطف والمشاعر، ليسهم في تسكين ما كان يسعى إليه

من المحرمات، ولم تقتصر على مجرد التلطف اللفظي، بل تجاوَزَ لجملة من الوسائل التي تدعم ذلك.

ولما كان عليه النبي ﷺ من مكارم الأخلاق وحسن السياسة، أمر النبي ﷺ الشاب الدُّنُوَّ والقربَ، فَدَنَا مِنْهُ قَرِيباً، وذلك لأن الجالسَ أهدأُ من القائمِ، وأكثرُ قدرة على التحاوَرِ الهادفِ، وفيه تتحقَّقُ الألفة بينهما، والمسافة الفاصلة بين الموجِّه والشاب حيث دنا منه قريباً، بحيث يستطيع التواصل بيده الحانية ولمسه في اللحظة المناسبة، ليتم استيعابُه، والدعاء له بهذه الدعوات المباركات التي هي من جوامع الكلم، ودعاؤه ﷺ مستجاب، وببركة هذه الدعوات عصمه الله تعالى من الزنا وغيره.[65]

المطلب الثاني: الملامسة النبوية للبطن والظهر

أولاً: الملامسة النبوية على سبيل المزاح

عَنْ أُسَيْدِ بْنِ حُضَيْرٍ - رَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ– قَالَ: بَيْنَمَا هُوَ يُحَدِّثُ الْقَوْمَ وَكَانَ فِيهِ مِزَاحٌ بَيْنَا يُضْحِكُهُمْ فَطَعَنَهُ النَّبِيُّ ﷺ فِي خَاصِرَتِهِ بِعُودٍ، فَقَالَ: أَصْبِرْنِي. فَقَالَ: قَالَ إِنَّ عَلَيْكَ قَمِيصاً وَلَيْسَ عَلَيَّ قَمِيصٌ. فَرَفَعَ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ قَمِيصِهِ فَاحْتَضَنَهُ وَجَعَلَ يُقَبِّلُ كَشْحَهُ، قَالَ: إِنَّمَا أَرَدْتُ هَذَا يَا رَسُولَ اللَّهِ.[66]

إنّ النبي ﷺ طعن إنساناً بقضيب مداعبة على سبيل المزاح؛ لأنه كان ﷺ يشغل يده بعود أو عصا أو قضيب، فقال له أَصْبِرْنِي أي أقدني من نفسك، قال النبي ﷺ: «اصْطَبِرْ»، أي استقد، فاعتنقه وأخذه في حضنه وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وجعل يقبل كشحه وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع الأقصر من أضلاع الجنب، قال: إنما أردت هذا يا رسول الله.[67]

يظهر في هذا الموقف التفوق النبوي في تلمس وتشخيص نفسية الأنصاري في تفريغ المشاعر، لقد صرح الأنصاري بالأثر النفسي الذي تركه أسلوب النبي ﷺ فما أرد بقوله أصبرني إلا هذا التقبيل، وما أرد حقيقة القصاص.

وفيه دليل على ما يلي:[68]

1- جواز مداعبة الشيخ لبعض تلاميذه، والكبير لبعض أعوانه ممن يعرف أنه يحب المداعبة والمزاح، من غير أن يؤذي.
2- إكرام الأكابر من المشايخ والعلماء بتقبيل جسدهم وبدنهم ورأسهم ونحو ذلك تعظيماً لهم والتماساً لبركتهم.
3- جواز التحيل إلى الوصول لما يعود نفعه كما في قصة يوسف، حيث جعل السقاية في رحل أخيه ثم أذن مؤذن أيتها العير إنكم لسارقون، حين أراد رؤية أخيه ومجيئه إليه.

وعَنْ أَنسٍ ﷺ : أنَّ رَجُلاً مِنَ البَادِيَةِ اسْمُهُ: زاهِرُ بن حَرَامٍ كان يَهدِي للنَّبي ﷺ مِنَ البَادِيَةِ فيُجَهِّزُهُ رَسُولُ الله ﷺ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ، فقالَ النَّبيُّ -ﷺ- : "إنَّ زاهراً بادِيتُنا، ونَحْنُ حَاضِروُه"، وكَانَ النَّبي ﷺ يُحِبُّهُ، وكَانَ دَمِيْماً، فَأَتَى النَّبيّ ﷺ يَوْماً وهُوَ يَبيعُ مَتاعَهُ، فَاحْتَضَنَهُ مِنْ خَلْفِهِ وَهُوَ لا يُبْصِرُهُ، فقال: أَرسِلْنِي، مَنْ هذَا؟ فالْتَفَتَ فَعَرَفَ النَّبيَّ ﷺ، فَجَعَلَ لا يَأْلُو مَا ألْزَقَ ظَهْرَهُ بِصدرِ النَّبيّ ﷺ حِينَ عَرَفَهُ، وجَعَلَ النَّبيّ ﷺ يَقولُ: "مَنْ

يَشْتَرِي العَبْدَ؟"، فقالَ: يا رسولَ الله! إذاً والله تَجِدُني كَاسِداً، فَقَالَ النَّبيّ ﷺ: "لَكِنْ عِنْدَ الله لَسْتَ بِكَاسِدٍ"[69].

يبين الحديث تفاوت الناس فهم الملامسة على سبيل المداعبة والمزاح، فهذا زاهر ﷺ نجح في تعامله مع الملامسة النبوية، مما ترك أثراً في نفس الصحابي. وكان النبي ﷺ يحبه أي حباً شديداً، وله ﷺ عن زاهر مداعبة ومزاح، وكان مع حسن سيرته رجلاً دميماً، أي قبيح المنظر كريه الصورة، فأتى النبي ﷺ فجاءه، وهو يبيع متاعه في السوق فعانقه من خلفه بأن أدخل يديه ﷺ تحت إبطي زاهر، وأخذ عينيه بيديه لئلا يعرفه، فقال: أطلقني من هذا، فالتفت زاهر فرآه بطرف عينه فعرف النبي ﷺ فجع فشرع وطفق لا يألو ما ألزق ظهره أي في إلزاق ظهره بصدر النبي ﷺ تبركاً حين عرفه، قيل ذكره ثانياً اهتماماً بشأنه وتنبيهاً على أن منشأ هذا الإلزاق ليس إلا معرفته، فجعل النبي ﷺ يقول من يشتري العبد، أنه أراد من يقابل هذا العبد بالإكرام، أو من يستبدله مني بأن يأتين بمثله، فقال يا رسول الله: أن عرضتني للبيع أو الأخذ إذا والله تجدني كاسداً أي رخيصاً أو غير مرغوب فيه.[70]

ثانياً: الملامسة النبوية في مسح التراب

عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ قَالَ: إِنْ كَانَتْ أَحَبَّ أَسْمَاءِ عَلِيٍّ ﷺ إِلَيْهِ لَأَبُو تُرَابٍ، وَإِنْ كَانَ لَيَفْرَحُ أَنْ يُدْعَى بِهَا، وَمَا سَمَّاهُ أَبُو تُرَابٍ إِلَّا النَّبِيُّ ﷺ، غَاضَبَ يَوْماً فَاطِمَةَ فَخَرَجَ فَاضْطَجَعَ إِلَى الْجِدَارِ إِلَى الْمَسْجِدِ، فَجَاءَهُ النَّبِيُّ ﷺ يَتْبَعُهُ فَقَالَ: هُوَ ذَا مُضْطَجِعٌ فِي الْجِدَارِ فَجَاءَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَامْتَلَأَ ظَهْرُهُ تُرَاباً فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَمْسَحُ التُّرَابَ عَنْ ظَهْرِهِ، وَيَقُولُ: «اجْلِسْ يَا أَبَا تُرَابٍ»[71]

وفيه ما جبل الله عليه رسوله من كرم الأخلاق وحسن المعاشرة وشدة التواضع، وذلك أنه طلب علياً وتوجه إليه؛ حَتَّى عرف مكانه ولقبه بالدعابة، ومسح التراب عن ظهره؛ واسترضاه تلطفاً به، ليبسطه ويذهب غيظه ويسكن نفسه بذلك، ولم يعاتبه على مغضبته لابنته، وذلك دلالة على فضيلة علي ﷺ عنه وعلو منزلته عند النبي ﷺ.[72]

المطلب الثالث: الملامسة النبوية لليد

عَنْ أَبِي سَعِيدِ بْنِ الْمُعَلَّى قَالَ: كُنْتُ أُصَلِّي فِي الْمَسْجِدِ فَدَعَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَلَمْ أُجِبْهُ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي كُنْتُ أُصَلِّي، فَقَالَ: أَلَمْ يَقُلْ اللَّهُ ﴿اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾، ثُمَّ قَالَ لِي: لَأُعَلِّمَنَّكَ سُورَةً هِيَ أَعْظَمُ السُّوَرِ فِي الْقُرْآنِ قَبْلَ أَنْ تَخْرُجَ مِنْ الْمَسْجِدِ، ثُمَّ أَخَذَ بِيَدِي فَلَمَّا أَرَادَ أَنْ يَخْرُجَ قُلْتُ لَهُ: أَلَمْ تَقُلْ لَأُعَلِّمَنَّكَ سُورَةً هِيَ أَعْظَمُ سُورَةٍ فِي الْقُرْآنِ، قَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ هِيَ السَّبْعُ الْمَثَانِي وَالْقُرْآنُ الْعَظِيمُ الَّذِي أُوتِيتُهُ.[73]

من صور الملامسة أن النبي ﷺ استخدم أسلوب الحكمة في نصحه، وأخذه ﷺ بيده لتهيئة المتلقي لتحصيل العلم، من خلال إيجاد بيئة تساهم المتلقي على الانتفاع بما سمع.

فقوله ﷺ : "ألا أعلمنك كلمة"، للحث والتحضيض على ما يقوله القائل في مثل هذا الموضع، وينبغي لمن نصب نفسه للأمر والنهي

أن يستعمل الحكمة في نصحه، وأخذه ﷺ بيده لحكمة، وعلى أن الإنسان لا تمنعه مهابةٌ رئيسيةٌ من تعلم أمر دينه منه.[74]

وعَنْ حُذَيْفَةَ قَالَ: كُنَّا إِذَا حَضَرْنَا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ طَعَاماً لَمْ نَضَعْ أَيْدِيَنَا حَتَّى يَبْدَأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَيَضَعَ يَدَهُ، وَإِنَّا حَضَرْنَا مَعَهُ مَرَّةً طَعَاماً فَجَاءَتْ جَارِيَةٌ كَأَنَّهَا تُدْفَعُ، فَذَهَبَتْ لِتَضَعَ يَدَهَا فِي الطَّعَامِ، فَأَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهَا، ثُمَّ جَاءَ أَعْرَابِيٌّ كَأَنَّمَا يُدْفَعُ، فَأَخَذَ بِيَدِهِ: فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ الشَّيْطَانَ يَسْتَحِلُّ الطَّعَامَ أَنْ لاَ يُذْكَرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ، وَإِنَّهُ جَاءَ بِهَذِهِ الْجَارِيَةِ لِيَسْتَحِلَّ بِهَا فَأَخَذْتُ بِيَدِهَا، فَجَاءَ بِهَذَا الأَعْرَابِيِّ لِيَسْتَحِلَّ بِهِ فَأَخَذْتُ بِيَدِهِ، وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ إِنَّ يَدَهُ فِي يَدِى مَعَ يَدِهَا»[75].

كانت ملامسة النبي ﷺ بيده توضيحاً وتقريباً للمعنى، وتأدباً مع النبي ﷺ وكذلك ينبغي أن يتأدب مع الفضلاء، والعظماء، والعلماء، فالجارية ذهبت مندفعةً مسرعةً نحو الطعام، فمدت يدها نحوه بسرعة فأمسك رسول الله ﷺ بيدها، ومنعها من الوصول إلى الطعام، ثم جاء أعرابي كأنما يدفعه دافع خارجي إلى الأمام، فذهب ليضع يده في الطعام، فأمسك رسول الله -ﷺ- بيده، وبهذا نبه ﷺ على أدبين[76]:

1- الأدب الأول أن لا يبدأ الصغير قبل الكبير، وذلك بإمساك يدها ومنعها من البدء والتقدم، وهذا واضح الارتباط بصدر الحديث
2- الأدب الثاني وهو التسمية على الطعام، ولا شك أنها حتى لو قالت بسم الله الرحمن الرحيم لا تكون تسميتها في بركة تسمية الكبير، فضلاً عن تسمية رسول الله ﷺ.

وعَنْ عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ رضى الله عنها أَنَّهَا قَالَتْ: كُنْتُ أُحِبُّ أَنْ أَدْخُلَ الْبَيْتَ فَأُصَلِّيَ فِيهِ، فَأَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِي فَأَدْخَلَنِي فِي الْحِجْرِ، فَقَالَ: « صَلِّي فِي الْحِجْرِ إِذَا أَرَدْتِ دُخُولَ الْبَيْتِ، فَإِنَّمَا هُوَ قِطْعَةٌ مِنَ الْبَيْتِ، فَإِنَّ قَوْمَكِ اقْتَصَرُوا حِينَ بَنَوُا الْكَعْبَةَ فَأَخْرَجُوهُ مِنَ الْبَيْتِ»[77].

استخدم النبي ﷺ في ثبوت المعلومة واستحضارها من خلال ربطها بحركة مصاحبة لذلك، فأخذ النبي ﷺ بيد عَائِشَةَ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ رضى الله عنها، ليرشدها للأفضل والأيسر في العبادة، حيث بيّنَ لها أن الحجر من البيت، فمن أراد أن يصلي داخل الكعبة، فليصلِّ في الحجر.

وعَنْ أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ عَائِشَةَ رضى الله عنها أَنَّهَا قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ أَحَداً كَانَ أَشْبَهَ سَمْتاً وَهَدْياً وَدَلاًّ - وَقَالَ الْحَسَنُ حَدِيثاً وَكَلاَماً وَلَمْ يَذْكُرِ الْحَسَنُ السَّمْتَ وَالْهَدْىَ وَالدَّلَّ - بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِنْ فَاطِمَةَ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهَا، كَانَتْ إِذَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ قَامَ إِلَيْهَا فَأَخَذَ بِيَدِهَا، وَقَبَّلَهَا وَأَجْلَسَهَا فِي مَجْلِسِهِ، وَكَانَ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهَا قَامَتْ إِلَيْهِ فَأَخَذَتْ بِيَدِهِ فَقَبَّلَتْهُ وَأَجْلَسَتْهُ فِي مَجْلِسِهَا.[78]

جسَّدَ النبي ﷺ في حياته الأسرية مفهوم الملامسة باعتبارها حاجةً إنسانيةً، ففي الحديث أن فاطمة –رضي الله عنها- إذا دخلت عليه قام مستقبلاً ومتوجهاً إليها ﷺ أخذَ بيدها، فقبلها بين عينها أو رأسها والأظهر الأول،

وأجلسها في مجلسه الذي كان فيه لتتبرك بمكان جلوسه، تكريماً لمأتاها، وكان إذا دخل عليها قامت إليه فأخذت بيده فقبلته أي عضواً من أعضائه الشريفة، والظاهر أنه اليد المنيفة وأجلسته في مجلسها تعظيماً له وإكراماً، ولتتبرك بجلوسه في مكانها، المهيأ للكرامة.[79]

وعن جَابِر بْن عَبْدِ اللَّهِ يَقُولُ: أَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِي ذَاتَ يَوْمٍ إِلَى مَنْزِلِهِ، فَأَخْرَجَ إِلَيْهِ فِلَقًا مِنْ خُبْزٍ، فَقَالَ: « مَا مِنْ أُدُمٍ ». فَقَالُوا: لاَ إِلاَّ شَيْءٌ مِنْ خَلٍّ. قَالَ: «فَإِنَّ الْخَلَّ نِعْمَ الأُدُمُ»، قَالَ جَابِرٌ: فَمَا زِلْتُ أُحِبُّ الْخَلَّ مُنْذُ سَمِعْتُهَا مِنْ نَبِيِّ اللَّهِ ﷺ.[80]

استخدم النبيﷺ أسلوب التواصل الجسدي، حيث أمسك رسول الله ﷺ بيد جَابِرَ ﷺ فذهب به متماشيين إلى منزله ﷺ، مما يدل على الرعاية والاهتمام به، وقد صرح جابرﷺ بالأثر الذي تركه أسلوب النبي ﷺ بقوله:" فَمَا زِلْتُ أُحِبُّ الْخَلَّ مُنْذُ سَمِعْتُهَا مِنْ نَبِيِّ اللَّهِ ﷺ".[81]

وعن عَبْدُ اللَّهِ بْن هِشَامٍ قَالَ كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ آخِذٌ بِيَدِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَأَنْتَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا مِنْ نَفْسِي فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لَا وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ حَتَّى أَكُونَ أَحَبَّ إِلَيْكَ مِنْ نَفْسِكَ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ فَإِنَّهُ الْآنَ وَاللَّهِ لَأَنْتَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ نَفْسِي فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ الْآنَ يَا عُمَرُ

أَخذُ اليد دليل على غاية المحبة وكمال المودة والاتحاد، ووجه إدخال هذا الحديث في المصافحة أن الأخذ باليد يستلزم التقاء صفحة اليد بصفحة اليد غالباً ومن ثم أفردها بترجمة تلي هذه لجواز وقوع الأخذ باليد من غير حصول المصافحة، أي أنَّ أخذَهُ بيده لم يكن للمصافحة، بل هو للتأنيس ولولا أن في عمر فضلاً عظيماً لما أخذ النبيﷺ يده.[82]

من خلال الأحاديث السابقة تجسدت الملامسة النبوية لليد، وفق ما تفرضه ضوابط الدين الإسلامي لإقامة العلاقة بالآخرين، وأدرك النبي ﷺ أثر ذلك، كونَها حاجة إنسانية طبيعية تفاعلية، لتحقيق أغراض عديدة كالتعليم، والتربية، والتلطّف والمودة، والإيناس، والإرشاد والتوجيه وغيرها.

الخاتمة:

فهذه جملة من أهم النتائج والتوصيات التي توصلتُ إليها في بحثي:

1. إنَّ للملامسة النبوية ثمرات عظيمة لجميع المراحل العمرية، حيث تقودها إلى الرُّقي والسمو في جميع المجالات، ومع ذلك لم أجد من عرَّف الملامسة النبوية تعريفاً جامعاً، فاجتهدت في وضع تعريف له، قد سُطرت في مطلع البحث.
2. تبين من خلال استعراضنا للملاسة النبوية أن السنةَ النبويةَ غنيةٌ بما يمكن أن تضيفه ضمن الملامسة من المفاهيم والمواضيع التي تستحق الدراسة، فهي حافلة بالأمثلة الكفيلة بإثبات أن الملامسة يمكن فهمها وتطبيقها من خلال السنة النبوية، ويمكن للباحثين جمعها من خلال أبحاثهم الميدانية.

3. الملامسةُ النبويةُ لها دلالةٌ بارزةٌ تتجسد في الاهتمام والسعي لإحداث رابطة قوية ناتجة عن التشبث بأجراء من الجسم المُمسك، لا يمكن الفكاك منها إلا ببذل الجهد والمقاومة، وليست مجرد اقتراب من الآخرين حتى يحدث التماس بالآخر.
4. إن ما تقوم به اليد من سلوك حركي في اتصالها مع الآخرين يمكن اعتباره شكلاً من أشكال الملامسة، فهي أداة الفعل الأولى التي يستخدمها الإنسان، وهي الأداة الأبرز لتجسيد مفهوم الملامسة.
5. إن السنة النبوية أرشدت إلى هيئات عدة في الملامسة تعين على تنمية الشخصية الإسلامية وتقويتها، وذلك من خلال الملامسة والتعبير باليد عن فكرة أو مفهوم ما؛ لما أودع الله في اليد من قدرات سلوكية، أهّلتها لكي تكون مصدراً للعديد من الكنايات والاستعارات اللغوية ذات الطابع التمثيلي.
6. الملامسة النبوية علاقة ثنائية تحقيق حاجات أساسية وأهداف عديدة، حيث تعبر عن الرضا والإعجاب، أو التعليم والإرشاد والتأديب، أو تنبيه المتعلم لأمر مهم، أو لعتاب المخطئ وتنبيهِهِ لما وقع فيه من خطأ، أو لغرض المداعبة والمزاح والملاطفة...وغيرها.
7. نوصي الباحثين على إنجاز المزيد من الدراسات الحديثة حول موضوع الملامسة وتطبيقاتها، من خلال السنة النبوية، باعتباره علم شمولي يستوعب العديد مما توصل إليه البحث العلمي.
8. يوصي الباحث بضرورة تربية وترسيخ الصورة العملية للملامسة النبوية، وكل ما من شأنه تقويتها لدى المجتمع في جميع المراحل العمرية.



الهوامش:

(1) قلعجي، محمد رواس، وقنيبي، حامد صادق، **معجم لغة الفقهاء**، ط1، 1405هـ- 1985م، بيروت، دار النفائس، ص424، 458.

(2) ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، **لسان العرب**، ط1، بيروت، دار صادر، 209/6.

(3) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**، بيروت، المكتبة العلمية، 572/2.

(4) الجوهري، إسماعيل بن حماد، **تاج اللغة وصحاح العربية**، ط4، 1990م، دار العلم للملايين، بيروت، 113/4.

(5) التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، **شرح التلويح على التوضيح**، ضبطه زكريا عميرات، بيروت، دار الكتب العلمية، 331/2، الجرجاني، علي بن محمد بن علي، **التعريفات**، تحقيق: إبراهيم الأبياري، ط1، 1405هـ، بيروت، دار الكتاب العربي، ص248، مصطفى، إبراهيم، وآخرون، **المعجم الوسيط**، تحقيق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، 838/2.

(6) الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية، 119/1،.

(7) أبو هلال العسكري، الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد، تحقيق: محمد إبراهيم سليم، **الفروق اللغوية**، 1418هـ-1997م، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 468/1.

(8) أبي البقاء الكفومي، أيوب بن موسى الحسيني، **الكليات**، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1419هـ-1998م، ص1280.

(9) البيضاوي، أبوالخير عبدالله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، **أنوار التنزيل وأسرار التأويل**، تحقيق: عبد القادر عرفان بن سليم العشا حسونة، دار الفكر، بيروت، 1996م، 350/1.

(10) أبو هلال العسكري، **الفروق اللغوية**، 468/1.

(11) ابن منظور، **لسان العرب**، 209/6.

(12) أبو هلال العسكري، **الفروق اللغوية**، 468/1.

(13) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، **المنقذ من الضلال**، تحقيق: محمد جابر، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، ص15، بوسمينة، صالحه، **تربية الحواس من خلال سورتي الإسراء والنور**، رسالة ماجستير، جامعة الزيتونة، المعهد الأعلى لأصول الدين، تونس، 2004م، ص15.

(14) الرازي، فخر الدين محمد بن عمر التميمي الشافعي، **مفاتيح الغيب**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ - 2000 م، 101/27، جميل صليبا، **علم النفس**، ط2، 1404هـ - 1984م، دار الكتاب اللبناني، بيروت لبنان، ص321.

(15) فَاحْتَبَى: الاحتباء أن يجمع ظهره وساقية بعمامة أو نحوها، وقد يحتبي بيديه. البِرْماوي، أبو عبد الله محمد بن عبد الدائم بن موسى النعيمي العسقلاني، **اللامع الصبيح بشرح الجامع الصحيح**، تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف نور الدين طالب، ط1، 1433هـ - 2012م، دار النوادر، سوريا، 411/8.

(16) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه و أيامه**، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، 1422هـ، دار طوق النجاة، كتاب الجهاد والسير، باب مسح الغبار عن الرأس في سبيل الله، رقم (2657)، 1035/3.

(17) ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، **فتح الباري**، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز ومحب الدين الخطيب، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وذكر أطرافها: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، 30/6.

(18) ابن حنبل، أحمد بن حنبل، **المسند**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، ط2، 1420هـ- 1999م، مؤسسة الرسالة، مسند أهل البيت، حديث عبد الله بن جعفر بن أبي طالب رضي الله عنهما، تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده حسن، 205/1، الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، 1411هـ - 1990م، بيروت، دار الكتب العلمية، كتاب الجنائز، قال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، 528/1، الهيثمي، الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، 1412 هـ- 1992م، بيروت، دار الفكر وقال: رواه أحمد ورجاله ثقات، 246/9.

(19) المناوي، عبدالرؤوف، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، ط1، 1356هـ مصر، المكتبة التجارية الكبرى، 194/2، الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد، **المعجم الأوسط**، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، 1415هـ، القاهرة، دار الحرمين، 69/2.

(20)لاشين، موسى شاهين، **فتح المنعم شرح صحيح مسلم**، 1423هـ - 2002م، دار الشروق الأولى، 364/9، جارالله، مها يوسف جار الله الحسن، **المسح على رأس اليتيم**، المؤتمر العالمي العاشر للإعجاز العلمي في القرآن والسنة، ص81.

(21) خَدَّيْ: تثنية خَدّ بفتح الخاء المعجمة، وتشديد الدال المهملة، الخَدَّانِ بالفتح، والخُدَّانِ بالضم، وهو قليل: ما جاوَزَ مُؤَخَّرَ العيْنَيْنِ إلى مُنتهى الشِّدقِ، أو الخَدَّانِ: اللَّذَانِ يَكْتَنِفَانِ الأنف عن يمينٍ وشِمالٍ، أو الخَدَّانِ من الوَجْه: من لَدُنِ المَحْجِرِ إلى اللَّحْيِ من الجانِبَيْنِ جميعًا، والجمع: خُدُودٌ، لا يُكَسَّر على غير ذلك. الزبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار الهداية، الكويت، 1965م، 52/8.

(22) الجؤنة: سفط أو سلة مستديرة مغشاة بالجلد يجعل فيها الطيب والثياب وهو الحقة التي يجعل فيها العطر أو الحلى. القرطبي، أبو العباس أحمد بن عمر بن إبراهيم، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، تحقيق: محيي الدين ديب ميستو وآخرون، ط1، 1417هـ - 1996م، دار ابن كثير، بيروت، 133/6.

(23) مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، **الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم**، بيروت، دار الجيل، كتاب الفضائل، باب طيب رائحة النبي ﷺ- ولين مسه والتبرك بمسحه، رقم(6197)، 80/7.

(24) الأُزْمي، محمد الأمين بن عبد الله الأُزْمي العَلَوي الهَرَري الشافعي، **الكوكب الوهَّاج والرَّوض البَهَّاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، مراجعة: لجنة من العلماء برئاسة هاشم محمد علي مهدي، ط1، 1430هـ - 2009م مكة المكرمة، دار طوق النجاة، 164/23.

(25)لاشين، **فتح المنعم شرح صحيح مسلم**، 180/9.

(26) الطيبي، شرف الدين الحسين بن عبد الله، **شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى بـ الكاشف عن حقائق السنن**، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، ط1، 1417هـ - 1997م، الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 3694/12.

(27) الظُّعُنُ بضمّ الظاء، والعين، ويجوز إسكان العين: جميع ظَعِينة، كسَفِينة وسُفُن، وأصل الظَّعِينة البعير الذي عليه امرأة، ثم سُمِّيَ به المرأة مجازاً؛ لملابستها البعير، ويقال للمرأة: ظَعِينةٌ، فَعِيلةٌ بمعنى مفعولة؛ لأن زوجها يَظْعَن بها - أي: يَرْحَل بها - ويقال: الظَّعِينة: الْهَوْدَجُ، وسواء كان فيه امرأة أم لا، ويقال: الظَّعِينة في الأصل وصفٌ للمرأة في هَوْدجها، ثمّ سُمّيت بهذا الاسم، وإن كانت في بيتها؛ لأنها تصير مظعونةً. النووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، 8/ 189 – 190.

(28) مسلم، **الصحيح**، كتاب الحج، باب حَجَّةِ النَّبِيِّ ﷺ، رقم (3009)، 39/4.

(29) النووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، 190/8. الإثيوبي، محمد بن علي بن آدم بن موسى، **البحر المحيط الثجاج في شرح صحيح الإمام مسلم بن الحجاج**، ط1، 1426هـ، دار ابن الجوزي، 123/23، القرطبي، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، 96/5.

(30) السهارنفوري، خليل أحمد، **بذل المجهود في حل سنن أبي داود**، اعتني به وعلق عليه: الأستاذ الدكتور تقي الدين الندوي، ط1،

1427هـ - 2006م، الناشر: مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية، الهند، 356/7.

(31) مسلم، **الصحيح**، كتاب صلاة المسافرين، باب الدعاء في صلاة الليل وقيامه، رقم(1828)، 180/2.

(32) البخاري، **الصحيح**، كتاب الوتر، باب مرض ما جاء في الوتر، رقم (947)، 337/1.

(33) النسائي، أبو عبدالرحمن أحمد بن شعيب، **السنن الكبرى**، تحقيق: د. عبدالغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، ط1، 1411هـ – 1991م، دار الكتب العلمية، بيروت، كتاب قيام الليل وتطوع النهار، باب ذكر الاختلاف على عبدالله بن عباس في صلاة الليل، رقم (1338)، 422/1.

(34) القاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي،، **شَرْحُ صَحِيح مُسْلِم لِلقَاضِى عِيَاض المُسَمَّى إِكمَالُ المُعْلِمِ بفَوَائِدِ مُسْلِم**، ط1، 1419هـ- 1998م، تحقيق: الدكتور يحْيَى إِسْمَاعِيل، مصر، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 70/3. ابن عبدالبر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، **الاستذكار**، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ط1، 1421هـ-2000م، دار الكتب العلمية، بيروت، 105/2، السندي، أبو الحسن، نور الدين محمد بن عبد الهادي التتوي، **حاشية السندي على ابن ماجة**، ط2، دار الفكر، 154/3، الأُرْمي، **الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم**، 38/10.

(35) التبريزي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخطيب العمري، **مشكاة المصابيح مع شرحه مرعاة المفاتيح**، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1985م، 348/4.

(36) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، **المنهاج شرح النووي على صحيح مسلم**، ط2، 1392هـ، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 46/6، ابن حجر، **فتح الباري** 72/3، عياض، **إِكمَالُ المُعْلِمِ بفَوَائِدِ مُسْلِم**، 121/3.

(37) الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي، **الجامع الصحيح سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، بيروت، دار إحياء التراث العربي، كتاب تفسير القرآن، باب سورة المنافقين، رقم (3313)،415/5، قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

(38) البخاري، **الصحيح**، كتاب فضائل الصحابة، باب هجرة النبي - ﷺ وأصحابه إلى المدينة، رقم (3697)، 1422/3.

(39) العيني، **عمدة القاري**، 139/25، ابن بطال، **شرح صحيح البخاري**، 373/5.

(40) البخاري، **الصحيح**، كتاب الأدب، باب وضع الصبي على الفخذ، رقم (5657)، 2236/5.

(41) ابن بطال، **شرح صحيح البخاري**، 215/9. ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، **التوضيح لشرح الجامع الصحيح**، ط1، 1429هـ- 2008م، دمشق، سوريا، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، 304/28.

(42) ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، كتاب الأدب، باب بر الوالد والإحسان إلى البنات، قال الألباني: صحيح، رقم(3666)، 1209/2.

(43) البُوَيطي، محمد الأمين بن عبد الله بن يوسف بن حسن الأُرمي، **شرح سنن ابن ماجة المسمى «مرشد ذوي الحجا والحاجة إلى سنن ابن ماجه والقول المكتفى على سنن المصطفى»**، مراجعة لجنة من العلماء برئاسة: الأستاذ الدكتور هاشم محمد علي حسين مهدي، ط1، 1439هـ - 2018م، دار المنهاج، المملكة العربية السعودية، 309/21.

(44) البخاري، **الصحيح**، كتاب فضائل الصحابة، باب ذكر ابن عباس ﷺ، رقم (3546)، 1371/3.

(45) البخاري، **الصحيح**، كتاب العلم، باب قول النبي -ﷺ- (اللهم علمه الكتاب)، رقم (75)، 41/1.

(46) السنيكي، زين الدين أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، **منحة الباري بشرح صحيح البخاري المسمى «تحفة الباري»**، تحقيق: سليمان بن دريع العازمي، ط1، 1426هـ - 2005م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، 289/1.

(47) البخاري، **الصحيح**، كتاب الجهاد والسير، باب من لا يثبت على الخيل، رقم(2871)، 1104/3. مسلم، **الصحيح**، كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل جرير بن عبد الله ﷺ، رقم(6519)، 157/7.

(48) ابن بطال، **شرح صحيح البخاري**، 194/5، الكوراني، أحمد بن إسماعيل بن عثمان بن محمد الشافعي، **الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري**، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، ط1، 1429هـ - 2008م، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 44/6.

(49) الْقَلَع: بِالْقَافِ ثُمَّ اللَّام الْمَفْتُوحَتَيْنِ ضَبَطَهُ أَبُو عُبَيْد الْهَرَوِيُّ: الَّذِي لَا يَثْبُت عَلَى السَّرْج، وَقِيلَ بِكَسْرِ أَوَّله، قَالَ الْجَوْهَرِيّ: رَجُل قَلِع الْقَدَم بِالْكَسْرِ إِذَا كَانَتْ قَدَمه لَا تَثْبُت عِنْد الْجَرْب، وَفُلَان قَلِعَة إِذَا كَانَ يَتَقَلَّع عَنْ سَرْجه، الجزري، أبو السعادات المبارك بن محمد، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى، محمود محمد الطناحي، 1399هـ - 1979م، بيروت، المكتبة العلمية، 157/4، الجوهري، **تاج اللغة وصحاح العربية**، 406/4.

(50) رواه الحاكم في "الإكليل" كتاب المغازي- غزوة ذي الخلصة، ابن حجر، **فتح الباري**، 72/2، أبو حذيفة، نبيل بن منصور بن يعقوب بن سلطان البصارة الكويتي، **أَنِيسُ السَّارِي في تخريج وَتحقيق الأحاديث التي ذكرها الحَافظ ابن حَجر العسقلاني في فَتح البَاري**، المحقق: نبيل بن مَنصور بن يَعقوب البصارة، ط1، 1426 هـ - 2005 م، مؤسَّسَة السَّماحة، بيروت، 5/ 3793، النيسابوري، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري، **منة المنعم في شرح صحيح مسلم**، الشارح: صفي الرحمن المباركفوري، ط1، 1420هـ - 1999م، المملكة العربية السعودية، الرياض، دار السلام للنشر والتوزيع، 129/4.

(51) ابن حجر، **فتح الباري**، 73/2، لاشين، **فتح المنعم شرح صحيح مسلم**، 473/9.

(52) القرطبي، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، 131/20.

(53) مسلم، **الصحيح**، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب فضل سورة الكهف وآية الكرسي، رقم(1921)، 199/2.

(54) البيضاوي، القاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر، **تحفة الأبرار شرح مصابيح السنة**، تحقيق لجنة مختصة بإشراف نور الدين طالب، 1433هـ - 2012م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 525/1.

(55) النووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، 93/6، القاضي عياض، **إكمال المعلم شرح صحيح مسلم**، 100/3، 178/3.

(56) الحاكم النيسابوري، أبو عبدالله محمد بن عبدالله النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، 145/3، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، **سنن ابن ماجه**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار الفكر، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة، رقم(2310)، 774/2، قال الألباني: صحيح.

(57) البُوَيطي، **شرح سنن ابن ماجة المسمى**، 341/13. الإتيوبي، محمد بن علي بن آدم بن موسى، **قرة عين المحتاج في شرح مقدمة صحيح مسلم بن الحجاج**، ط1، 1424هـ، دار ابن الجوزي 41/2، البُوَيطي، **شرح سنن ابن ماجة**، 342/13

(58) مسلم، **الصحيح**، كتاب الصلاة، باب أمر الأئمة بتخفيف الصلاة في تمام، رقم (1078)، 43/2.

(59)النووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، 185/4، القاضي عياض، **إكمال المعلم شرح صحيح مسلم**، 384/2.

(60) مسلم، **الصحيح**، كتاب صلاة المسافرين، باب بيان القرآن على سبعة أحرف، رقم (1941)، 202/2.

(61) النووي، **شرح النووي على صحيح مسلم**، 102/6، القرطبي، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، 320/3.

(62) الطيبي، شرف الدين الحسين بن عبد الله، **شرح الطيبي على مشكاة المصابيح المسمى بـ الكاشف عن حقائق السنن**، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، ط1، 1417هـ - 1997م الرياض، مكتبة نزار مصطفى الباز، 1695/5.

(63) ابن حنبل، **المسند**، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أنس بن مالك ﷺ، رقم(22265)، 256/5، قال شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح، رجاله ثقات رجال

(64) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب، **المعجم الكبير**، تحقيق : حمدي بن عبدالمجيد السلفي، ط3، 1404هـ – 1983م، مكتبة العلوم والحكم - الموصل، رقم(7695)، 162/8.

(65) البنا الساعاتي، أحمد بن عبد الرحمن بن محمد، **الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني**، ط2، دار إحياء التراث العربي، 71/16، صقر، شحاتة محمد، **الدعوة مهارات وفنون**، دار الخلفاء الراشدين، الإسكندرية، ص 252.

(66) الحاكم النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، كتاب معرفة الصحابة رضي الله تعالى عنهم، ذكر أسيد بن حضير الأنصاري ﷺ، 327/3، رقم(5262)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، أبو داود، **سنن أبي داود**، كتاب الأدب، باب في قبلة الجسد، رقم(5226)، 525/4. قال الألباني: صحيح الإسناد.

(67) العظيم آبادي، محمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، دار الكتب العلمية، ط2، 1415هـ، بيروت، 90/14..

(68) ابن رسلان، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حسين بن علي بن رسلان المقدسي الرملي الشافعي، **شرح سنن أبي داود**، تحقيق: عدد من الباحثين بدار الفلاح بإشراف خالد الرباط، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، الفيوم، مصر، ط1، 1437هـ - 2016م، 570/19.

(69) ابن حنبل، **المسند**، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أنس بن مالك ﷺ، رقم(12669)، 161/3، تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين

(70) الملا على القاري، نور الدين ملا علي بن سلطان محمد الهروي القاري، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، ط1، 1422هـ- 2001م، دار الكتب العلمية، 159/14.

(71) البخاري، **الصحيح**، كتاب التفسير، باب ما جاء في فاتحة الكتاب، رقم (5851)، 2291/5.

(72) العيني، **عمدة القاري**، 336/24، الكرماني، محمد بن يوسف بن علي بن سعيد، **الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري**، ط2، 1401هـ - 1981م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 53/22.

(73) البخاري، **الصحيح**، كتاب التفسير، باب ما جاء في فاتحة الكتاب، رقم (4204)، 1623/4.

(74) العيني، **عمدة القاري**، 386/26. السبكي، محمود محمد خطاب، **المنهل العذب المورود شرح سنن الإمام أبي داود**، ط1، 1353هـ. مطبعة الاستقامة، القاهرة، مصر، 108/8.

(75) مسلم، **الصحيح**، كتاب الأشربة، باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما، رقم(5378)، 107/6.

(76) القرطبي، **المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم**، 384/7.لاشين، **فتح المنعم شرح صحيح مسلم**، 198/8.

(77) أبو داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، **سنن أبي داود**، دار الكتاب العربي، بيروت، كتاب الأدب، باب ما جاء في القيام، قال الألباني: صحيح، رقم(5219)، 523/4.

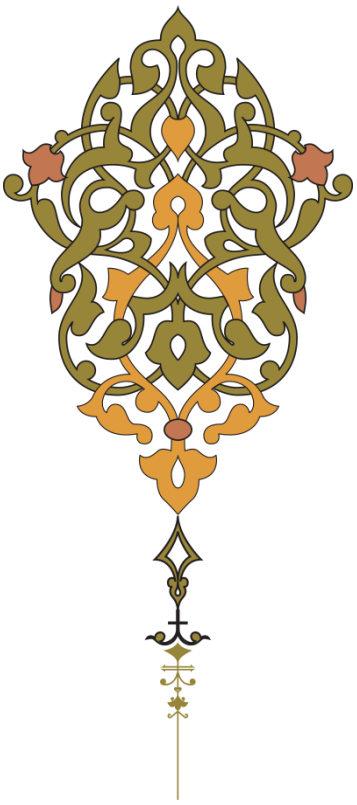
(78) الترمذي، **سنن الترمذي**، كتاب تفسير القرآن عن رسول الله - ﷺ-، باب سورة فاتحة الكتاب، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح، قال الألباني: حسن صحيح، رقم(876)، 225/3، أبو داود، **سنن أبي داود**، كتاب المناسك، باب في الحجر، رقم(2030)، 163/2. النسائي، **سنن النسائي**، كتاب مناسك الحج، باب الصلاة في الحجر، رقم(2912)، 219/5.

(79) الملا على القاري، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، 477/13، ابن رسلان، **شرح سنن أبي داود**، 556/19.

(80) مسلم، **الصحيح**، كتاب الأشربة، باب فضيلة الخل والتأدم به، رقم(5474)، 125/6.

(81) الأُزمي، **الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم**، 250/21.

(82) ابن حجر، **فتح الباري**، 499/17، الكشميري، محمد أنور شاه بن معظم شاه، **فيض الباري على صحيح البخاري**، ط1، 1426هـ - 2005م، دار الكتب العلمية، بيروت، 205/6.



" رد الحنفية على من ادعى مخالفة أصولهم في شروط القياس والعلة المؤثرة "

د. حسني مبروك الضلاعين*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2020/12/14م

الملخص

جاء هذا البحث لبيان رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم في شروط القياس والعلة، فقد أُدعي أن الحنفية قد غيروا حكم النص بعد تعليله، وبذلك خالفوا شرط عدم تغير حكم النص بعد تعليله، كما في حديث " لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء" بإخراج القليل من النص الدال على حرمة الربا في القليل والكثير، فلم يبق حكم النص بعد التعليل في الأصل عما كان قبله، كما اعترضوا على الحنفية أنهم غيروا حكم النص بتعليلهم صلاحية الشاة للفقير؛ حال كونها مالا صالحا لقضاء حوائج الفقير؛ وقيمتها أيضا صالحة كذلك، فأجاب الحنفية على ذلك بأن التغيير جاء من النص نفسه وليس من العلة، فأقل مقدار في المكاييل الشرعية نصف صاع وما دونها هدر، كما بين الحنفية أن إخراج القيمة جاء من النص حيث عدّ الشارع الكريم إخراج القيمة من غير جنس المال؛ لقوله ﷺ (في خمس من الإبل شاة)، فكانت الشاة لبيان المقدار لا لبيان الحصر فيها، بالإضافة للعديد من الردود والمسائل المتناولة داخل البحث.

كما وجه نقض من قبل السائل للمعلل في بعض المسائل التي وجهت إلى العلة المؤثرة في القياس، فرفع الحنفية النقض: بالدفع بالوصف، أو بالمعنى الثابت بالوصف، أو بالحكم، أو بالغرض، ثم وجه معارضة على العلة المؤثرة عند الحنفية، فتم دفع المعارضة بالترجيح بين العلتين، بطريقين اثنين: الأول معارضة فيها مناقضة وهي القلب وتقسم إلى نوعين: الأول: قلب العلة حكما والحكم علة، والثاني: قلب الوصف شاهدا على الخصم، والطريقة الثانية: المعارضة الخالصة وتقسم إلى نوعين: أحدهما بالفرع، والثاني في علة الأصل.

وقد بين البحث ردود الحنفية على السائل بالدفع ونقض حججه بالطرق التي ذكرناها آنفا، كما بين أن الحنفية لم يخالفوا شروطهم بالقياس، وبقيت عللهم وفق ضوابطهم مؤثرة تميزت العدل والصلاح على ما سنذكره ونناقشه إن شاء الله.

الكلمات المفتاحية: أصول الفقه، الفقه، الشريعة.

* أستاذ مساعد، قسم الفقه الحنفي، كلية الفقه الحنفي، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

The Hanafis responded to those who claimed to violate their origins In terms of measurement and the influencing cause

Abstract

This research came to demonstrate the response of the Hanafis to those who claimed that they contravened their origins in terms of measurement and reason. You sell food for food except for the same "by giving out a small amount of the text indicating the prohibition of usury in a little and a lot, and you limit the sanctity of usury to a lot only.

The text is the number of the explanation, where the tap explained the suitability of the sheep for the poor It is good money to fulfill different needs by selling it to the poor and spending its price on fulfilling his various needs, and its value is also valid as well, so the Hanafis answered that that the change came from the text itself and not from the reason, so there was no change, so the minimum amount in the legal measures is half a saa' (A standard used for comparison - measure) and Less than the minimum amount is a waste, as the Hanafis also indicated that the value output came from the text, where the honorable legislator considered the output of the value without the same type of money because he, may God bless him and grant him peace, said (there is a sheep in five camels). so the sheep was to indicate the amount, not to indicate the limitation in it, and the sheep was not of the same type of camels, in addition to many of the responses and issues discussed within the research.

Some have also directed their arrows to veto the problem of the Hanafis in building legal rulings by analogy, claiming that they are not realized in building judgments on them, as the Hanafis was known to the people of influence, and the other school was known to the people of the regularity, so the questioner promote the veto in one of four ways: By

or by purpose, then he directed opposition to the reason influencing the Hanafis, so the opposition was pushed by weighting between the two causes, in two ways: the first is an opposition in which it is contradictory, which is the Reverse, and it is divided into two types: the first is the reversal of the cause by judgment and the judgment is a cause, and the second: Reverse the description is a witness to the opponent. And the second method: pure opposition, and it is divided into two types: the first by the Branch, and the second in the Cause of origination.

The research showed the responses of the Hanafis to the questioner by pushing and refuting his arguments in the ways that we mentioned above, and also showed that the Hanafis did not violate their conditions by analogy, and their Causes remained according to their influential controls that distinguished by justice and righteousness on what we.

Key words: Jurisprudence, Islamic Jurisprudence, shri'ah (Islamic Law)

المقدمة:

تعد مدرسة الفقهاء -الحنفية- ومدرسة المتكلمين علمين شامخين في رسوخ علم أصول الفقه، والذي كان له الأثر في ضبط الفروع وحفظ الدين من المتلاعبين وغلبة الأهواء والتشهي، فشكلت المدرستان بنياناً مرصوصاً أحاط بالدين من كل جانب.

وبالتدافع تنهض العلوم، فكان للتنافس بين المدرستين أثرا عظيما في إثراء الفقه وتقدمه، وشحذ الهمم في خدمته، فانعكس أثره إيجاباً في خدمة علوم الدين، بين ماتن، ومحش، وشارح، وناظم، وكان لاختلاف أصول كل مدرسة عن الأخرى أثره على الفروع، فشرعت كل مدرسة بالدفاع عن أصولها وفروعها بالأدلة والحجة والبرهان.

وسيناقش هذا البحث رد مدرسة الفقهاء الحنفية على ما ادعته مدرسة المتكلمين بمخالفتها الأصول التي وضعت في شروط القياس، والعلل المؤثرة، وبيان الأصول السليمة التي لم يخالفها الحنفية في التفريع والتأصيل في القياس.

مشكلة البحث:

يعتبر القياس من المصادر الرئيسة في التشريع الإسلامي، فكان محل اتفاق المذاهب الفقهية الأربع، إلا أنهم اختلفوا بالتأصيل والتقعيد بحسب أصول كل مدرسة، فجاء هذا البحث للرد على من ادعى مخالفة مدرسة الفقهاء الحنفية أصولهم في شروط القياس، وعللهم المؤثرة، فجاء البحث للإجابة عن ما يلي:

1- ما المقصود بالقياس عند الحنفية؟
2- ما الرد على من ادعى مخالفة الحنفية شروطهم في القياس؟
3- ما الرد على من ادعى مخالفة الحنفية عللهم المؤثرة؟

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث للدارسين الذين يهتمون بأصول المناظرة بين المدارس الفقهية، كما تكمن أهميته ببيان انعكاس هذه الأصول على الفروع، وإن الاختلاف الناتج بين المدارس ليس اختلاف دليل على وجه الحصر، وإنما هو اختلاف فهم بني على أصول متباينة بين المدرستين الأصوليتين.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان أصول الحنفية في القياس وعدم مخالفتهم لها عبر تحقيق عدة أهداف:

1- تعريف القياس عند السادة الحنفية.
2- بيان صحة شروط القياس عند الحنفية واتساقها مع الأصول.
3- إثبات صحة العلل المؤثرة وبطلان المناقضة لها.
4- بيان صحة العلل المؤثرة وبطلان المعارضة لها.

محددات البحث

من خلال الدراسة فلا بد من ذكر المحددات التي التزمها الباحث:

1- اقتصرت الدراسة على رد مدرسة الفقهاء الحنفية.
2- لم تذكر حجج الخصم بالرد على الرد، إنما اقتصرت بذكر المدعى.
3- اقتصر الرد على شروط القياس، والعلل المؤثرة فقط

الدراسات السابقة:

- إبراهيم، محمد علي، **تحقيق القول في مخالفة بعض فروع الحنفية أصول المذهب**، شبكة الألوكة، www.alukah.net/Sharia/o/22491/، حيث قام الباحث بتحقيق أقوال الحنفية في بعض فروع الفقه: كالحدود، والكفارات، والتقديرات، والرخص، وبين الباحث إن الحنفية لم يخالفوا أصولهم بذلك. إلا أن الدراسة أطنبت في تعريف القياس وشروطه، كما لم تقم بالمناقشة العميقة للأدلة الأصولية والرد عليها، إنما جاءت بشكل مقتضب، ولم يكن هناك عمق في المسائل الأصولية والتدليل عليها.

ولم أقف على دراسات متخصصة في بيان دفوع المذهب الحنفي عن أصوله على طرق آداب المناظرة التي اعتمدت في كتابة هذا البحث.

منهج البحث:

أولاً: المنهج الوصفي: من خلال وصف المسألة، وبيان الحجج والبراهين وعرضها وتصورها.

ثانياً: المنهج التحليلي: من خلال عرض المسائل وتحليلها، لمعرفة محل النزاع وتحريره

ثالثاً: المنهج المقارن: من خلال مقارنة الأقوال، والأصول والقواعد، ومعرفة نقاط الالتقاء والاختلاف.

رابعاً: المنهج الاستنباطي: من خلال استنباط النتائج المبنية على مقدمات التحليل والمقارنة.

خطة البحث:

المبحث الأول: تعريف القياس وشروطه وركنه.

- المطلب الأول: تعريف القياس لغة.
- المطلب الثاني: تعريف القياس اصطلاحا.
- المطلب الثالث: شروط القياس.
- المطلب الرابع: أركان القياس.

المبحث الثاني: رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم شروطهم في القياس.

- المطلب الأول: رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم في الأموال الربوية.
- المطلب الثاني: رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم بدفع القيمة في الزكاة.
- المطلب الثالث: رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم بتغيير مصارف الزكاة، والتكبير، وإزالة الخبث بالتعليل.

المبحث الثالث: ردود الحنفية على من ادعى نقض عللهم ومعارضتها:

- المطلب الأول: الرد على من ادعى نقض العلة المؤثرة.
- الفرع الأول: الدفع بالوصف.
- الفرع الثاني: الدفع بالمعنى الثابت بالوصف.
- الفرع الثالث: الدفع بالحكم.
- الفرع الرابع: الدفع بالغرض.

المطلب الثاني: الرد على من ادعى المعارضة للعلة المؤثرة عند الحنفية

الفرع الأول: معارضة فيها معنى المناقضة (القلب):

- قلب العلة حكما وقلب الحكم علة.
- قلب الوصف شاهدا.

الفرع الثاني: المعارضة الخالصة عن المناقضة (معارضة بالغير):

- المعارضة في حكم الفرع.
- المعارضة في علة الأصل.

المبحث الأول: تعريف القياس وشروطه وركنه

المطلب الأول: القياس لغة

الفرع الأول: المعنى في اللغة عند أهل اللغة:

هو التقدير: قاس الشيء بغيره وعلى غيره (فانقاس) قدره على مثاله وبابه باع وقال و (قياسا) أيضا فيهما. ولا يقال: أقاسه. والمقدار (مقياس). و (قايس) بين الأمرين (مقايسة) و (قياسا). و (اقتاس) الشيء بغيره قاسه به. وهو يقتاس بأبيه (اقتياسا) أي يسلك سبيله ويقتدي به.. قيس: من (قاس) الشيء بالشيء قدره على مثاله. ويقال: بينهما (قيس) رمح و (قاس) رمح أي قدر رمح[1].

الفرع الثاني: المعنى اللغوي عند الأصوليين:

كان للأصوليين نظر في التدقيق والتمحيص في أصل الوضع اللغوي لمعنى القياس فاق ما بحثه أهل اللغة، حيث بحثوا في سبر المعنى من مظانه، لا سيما أن الأصوليين هم أنفسهم من أهل اللغة ابتداء، بالإضافة إلى تركيزهم على

القوالب والمعاني في آن واحد. فقد أظهروا معاني القياس في أصل الوضع أكثر مما هو موجود عند أهل اللغة، فقد ذكر صاحب الإبهاج: (إن الأصوليين دققوا في فهم أشياء من كلام العرب لم يصل إليها اللغويون، فكلام العرب متسع، والنظر فيه متشعب، فكتب اللغة تضبط الألفاظ، ومعانيها الظاهرة دون المعاني الدقيقة التي تحتاج إلى نظر الأصول، واستقراء زائد، على استقراء اهل اللغة)[2].

فعرف الأصوليين القياس من حيث اللغة بعدة معان، وهي: التقدير، والاعتبار، والتسوية، والتمثيل، والتشبيه، والمماثلة، والإصابة[3].

والكلام في المعنى اللغوي في القياس يطول، ليس المحل هنا للاستطراد به، وإنما كان لا بدّ من الإشارة في معناه عند الأصوليين لبيان العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي[4].

المطلب الثاني: القياس اصطلاحا[5]:

القياس: (تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك بمجرد اللغة) [6] والمراد بالأصل المقيس عليه والفرع المقيس. وقد اعترض على هذا التعريف؛ بأنه يلزم من تعدية حكم الأصل إلى الفرع أن يبقى الأصل بلا حكم، وحكم الأصل وصف، وانتقال الأوصاف من المحال[7].

وعرفه الإمام النسفي[8]: (تقدير الفرع بالأصل في الحكم والعلة)[9]، والتقدير الإلحاق، والفرع هو المقيس، والأصل المقيس عليه، والحكم هو المعدى، سواء أكان وجوديا أو عدميا، والعلة ما يضاف الحكم إليها وتكون موجبة له. وهذا التفسير أقرب إلى اللغة بقلة التغيير[10]. ويرد عليه أن تصور الأصل والفرع لا يمكن بدون معرفة القياس؛ لأن الفرع هو المقيس، والأصل هو المقيس عليه؛ فلزم الدور[11].

وعرفه صاحب الميزان: (إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر)[12].

ويرى الباحث أن التعريف الأخير هو الأنسب؛ للخروج من الدور، وبذكره (مثل حكم)؛ خرجنا من بقاء الأصل بلا حكم[13]، واشتمل على أركان القياس الرئيسة من مذكورين: هما الأصل والفرع، بالإضافة للعلة، والتعدية.

والحاصل أن الأحكام الشرعية بنيت على معان، شكلت عللا، وهذه المعاني متى وجدت في غيرها لزم من ذلك اشتراكها في مثل الحكم، فالاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم [14].

وللقياس ركن وشرط وحكم ودفع، ولا شكّ أن مثل هذه الأركان والعلل قد نوقشت وسبر غورها في كتب الأصول، وسنذكر هنا شروط القياس والعلة عند الحنفية؛ لأنهما محل البحث بشكل مقتضب في المطلبين الآتيين:

المطلب الثالث: ركن القياس

وللقياس أربعة اركان: الأصل، والفرع، والعلة، والحكم[15]، إلا أن العلة هي الركن الرئيس، وهي موضوع بحثنا في ما اعترض على الحنفية فيه، ولذا اقتضى التركيز عليها، لا إهمالا لغيرها، وإنما لأنها من الأهمية بمكان، حيث إن مدار القياس عليها، وسبر غورها تفريعا وتأصيلا وشروطا وتطبيقا فكانت لها الحظ الأوفر في مبحث القياس، فأصبحت علما

على القياس، فإنه ما لم تتحقق العلة لا يتحقق أصل، ولا فرع، ولا حكم.

فعرفت العلة بأنها: المعنى؛ أي المناسب الذي إذا عرض على العقل أن يلزم من ترتب الحكم عليه حصول ما هو المقصود منه يقبله[16].

وقيل العلة: المعرف[17]؛ وقالوا العلل الشرعية كلها معرفات؛ لأنها ليست في الحقيقة بمؤثرة، بل المؤثر هو الله -تعالى-، قال صاحب روضة الناظر: (علل الشرع لا توجب الحكم لذاتها، بل هي أمارة معرفة للحكم)[18]، وذكر الآمدي: (إن العلة في القياس إنما هي بمعنى الأمارة والعلامة على الحكم في الفرع)[19]، وذكر الإسنوي: (المراد من العلة في الشرعيات إنما هو المعرف للحكم)[20]، ويرد عليه في دخول العلامة في تعريف العلة فلا يبقى الفرق بينهما، لكن الفرق ثابت؛ لأن الأحكام بالنسبة إلينا مضافة إلى العلل: كالملك إلى الشراء، والقصاص إلى القتل، وليست الأحكام مضافة إلى العلامات: كالرجم إلى الإحصان فلا بد من الفرق بين العلة والعلامة[21].

والحاصل:

إن من قال (العلة معرفة) أراد أن يقول: إن العلة ليست علة حقيقية مؤثرة بذاتها، إنما هي علامة ومعرف، وليست بباعث، إنما يعرف الحكم من خلال هذا الوصف، فمثلا: الإسكار ليس هو العلة في التحريم وليس باعثا، إنما الإسكار علامة نعرف منها أن حكم الخمر موجود هنا فقط، وهذا يرجع إلى خلاف عقدي، وهروبا من كون المصلحة تتحقق لله -تعالى-، وكونه مضطرا للاستجابة، وهذه المعاني كلها فاسدة، ويكفي العرض في هذا المقام اختصاراً للإطناب في غير موضوع البحث.

وقيل العلة: المؤثر[22]، وهي في الحقيقة ليست بمؤثرة، فالبعض – وهم المعتزلة - عرفوا العلة بالمؤثر بناء على قاعدتهم في التحسين والتقبيح العقليين [23]، والمراد بالمؤثر ما به وجود الشيء: كالشمس للضوء والنار للإحراق، قال صاحب المعتمد: (وأما العلة في عرف الفقهاء فهي ما أثرت حكما شرعيا... هذا على قول شيوخنا، وإنما سموا كل واحد من ذلك علة؛ لأن لها تأثيرا في الإيجاب... وأما المعلول فهو الذي أثرته العلة وأنتجته وهذا هو الحكم من حيث هو ثابت في الفرع لا من حيث هو ثابت في الأصل)[24].

والحاصل:

إن التأثير الذي قصده المعتزلة ليست العلة مؤثرة استقلالا تؤثر بذاتها، بل بما أودعه الله -تعالى- في المخلوقات فأصبحت تخلق افعالها بنفسها، وهذا المبحث يرجع إلى مسألة التحسين والتقبيح الشرعيين، والخلاف فيها حال كون العقل يحكم على الأشياء بالقبح والحسن من غير مجيء الشرع أو لا، ومحله في مظانه[25].

وقيل: الباعث لا على سبيل الإيجاب[26]؛ وهذا مبني على أن أفعال الله -تعالى- معللة بمصالح العباد[27]، مع أن الأصلح لا يكون واجبا عليه خلافا للمعتزلة. قال الآمدي: (اختلفوا في جواز كون العلة في الأصل بمعنى الأمارة المجردة، والمختار أنه لا بدّ أن تكون العلة في الأصل بمعنى الباعث، أي مشتملة على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم) [28].

والحاصل:

إن المراد من كون العلة باعثا ومعللة بالمصالح لا كونها تعود على الله -تعالى- بالمصلحة والمنفعة، بل مراعاة لمصالح العباد في أحكامه فضلا وكرما لا وجوبا كما زعم المعتزلة بقولهم يجب على الله الأصلح، فالله لا يجب عليه شيء ولا يلزم بشيء، وإنما التزم بفضله وكرمه أن يكون الحكم الشرعي راجع لمصلحة العباد، وليس المقصود أنه راجع لله -تبارك وتعالى-[29].

وعرفها النسفي: (هو الوصف الذي جعل علما على ثبوت الحكم في الفرع)[30]، وهو المعنى الجامع المسمى علة، فسمي علما؛ لأن علل الشرع أمارات ومعرفات للحكم وعلامة عليه، والموجب الحقيقي هو الله -تعالى-، واختار مشايخ العراق أن العلة تكون علما على الحكم في الفرع لا على الأصل، لأن النص دليل قطعي، وإضافة الحكم إليه في الأصل أولى من إضافته إلى العلة، والنص دليل قطعي والعلة دليل فيه شبهة، وإحالة الحكم إلى القطعي أولى من إضافته إلى المظنون، وأضيف الحكم في الفرع إلى العلة لأنه لا دليل فيه فوقها[31].

وما ذهب إليه الإمام النسفي أولى في التعريف؛ حيث إن القياس مظهر للحكم لا مثبت له، إنما أضيفت الأحكام إلى الأسباب لأنا مبتلون بنسبة الأحكام إلى أسبابها الظاهرة، فيجب القصاص بالقتل، وإن كان في الحقيقة المقتول ميت بأجله، ففي ظاهر الشرع الأحكام مضافة إلى الأسباب، فهذا معنى كونها مؤثرة، لا تأثيرا حقيقيا وإنما مجازا.

وسيتم مناقشة شروط العلة الرئيسة من عدالة وصلاح في مبحث الرد على نواقض العلة المؤثرة في محله في المبحث الثالث.

إلا أن هناك من ادعى مخالفة الحنفية أصولهم في بعض شروط القياس وعلله المؤثرة، وسنبين من خلال هذا البحث ردود الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم، وفق المبحثين الآتيين بعون الله.

المطلب الثالث: شروط القياس عند الحنفية

وللقياس عند الحنفية أربعة شروط:

الأول: ألا يكون حكم الأصل؛ أي: المقيس عليه مخصوصا به؛ أي: بالأصل بنص آخر[32]؛ كشهادة خزيمة[33].

أي يشترط أن لا يكون النص المثبت للحكم في المحل المقيس عليه مختصا مع حكمه بذلك المحل بسبب نص آخر يدل على اختصاصه بذلك المحل، مثل قوله ﷺ: (من شهد له خزيمة فهو حسبه)[34]، فإنه مختص مع حكمه وهو قبول شهادة الفرد بمحل وروده وهو خزيمة ﷺ بسبب نص آخر يدل على اختصاصه به وهو قوله -تعالى:﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة:282]، فإنه لما أوجب العدد على الجميع مراعاة العدد لزم منه نفي قبول شهادة الفرد، فإذا ثبت بدليل في موضع كان مختصا به، ولا يعدوه النص إلى غيره[35].

الثاني: ألا يكون معدولا به عن القياس[36]

والعدول عن القياس بأحد الأمرين إما بأن لا يدرك العقل حكم الأصل أي: لا يدرك علته وحكمته كأعداد الركعات، أو يكون حكم الأصل

مستثنى عن سنن القياس؛ كأكل الناسي فإنه مستثنى عن سنن القياس، وهو تحقق الفطر من كل ما دخل في الجوف، وإذا كان مستثنى عن سننه لا يصح القياس عليه فلا يصح قياس الأكل خطأ على الأكل ناسيا، وتقوم المنافع في الإجارة؛ فإنه مستثنى عن سنن القياس (لأنه) - أي: التقوم- يعتمد الإحراز، والإحراز يعتمد البقاء ولا بقاء للأعراض[37].

الثالث: أن يتعدى الحكم الشرعي، الثابت بالنص، بعينه إلى الفرع الذي هو نظيره، ولا نص فيه[38].

وهذا الشرط يتضمن شروطا أربعة:

- كون الحكم شرعيا لا لغويا؛ فلا يستقيم التعليل لإثبات اسم الزنا للواطة؛ لأنه ليس بحكم شرعي إنما هو قياس في اللغة؛ وإثبات الصاحبين حكم الزنا للواطة ليس من باب القياس باللغة؛ بل عن طريق دلالة النص [39] .
- والثاني: تعديته بعينه بلا تغيير؛ فلا صحة لظهار الذمي قياسا على وقوع الطلاق؛ لكونه تغييرا للحرمة المتناهية بالكفارة في الأصل؛ لأن ظهار المسلم ينتهي بالكفارة، وظهار الذمي يكون مؤبدا[40].
- والثالث: كون الفرع نظيراً للأصل لا أدون منه؛ فلا نعدي حكم الناسي في الفطر في الصوم إلى المكره والخاطئ؛ لأن عذرهما دون عذره؛ فالنسيان منسوب إلى صاحب الحق ويقع دون اختيار، بعكس المخطئ والمكره ففعلهما من غير صاحب الحق، وفعل المخطئ نتج عن تقصير بالاحتياط وهو ذاكر، والمكره ألجئ على الفعل، فلم يكن عذرهما كعذر الناسي[41].
- والرابع: عدم وجود النص في الفرع؛ فالنص المطلق في كفارة الظهار لا ينبغي أن تقاس رقبة كفار القتل الخطأ وتقيده بالإيمان مع وجود النص المطلق[42].

الرابع: أن يبقى حكم النص بعد التعليل على ما كان قبله: بحيث لا يتغير حكم النص عما كان عليه، سوى أنه تعدى إلى الفرع فعمّ، أي؛ لا يتغير ما هو المفهوم من النص قبل التعليل به كتعليل الشافعي رحمه الله في قوله – تعالى:﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة:89] فإنه علل؛ أي الشافعي، علل الإطعام بالتمليك، والإطعام لغة جعل الغير طاعما، وكان هذا مفهوم النص قبل التعليل، وهذا قد يحصل بالإباحة، فلما عللله بالتمليك قياسا على الكسوة تغير بعد التعليل ما هو المفهوم من النص قبله، حيث لا يخرج المكفر عن عهدة الكفارة بالإباحة، وهو باطل؛ لأنه لا يجوز التعليل على وجه يتغير حكم الأصل في الفرع[43].

المبحث الثاني: رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم شروط القياس

سيعرض من خلال هذا البحث رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم في شروط القياس وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم في الأموال الربوية

الشرط الرابع عند الحنفية في القياس أن يبقى حكم النص بعد التعليل على ما كان قبله، ومعنى بقاء حكم النص؛ ألا يتغير عما كان عليه سوى أنه تعدى إلى الفرع، بحيث يبقى حكم الأصل قبل التعليل كما هو بعد التعليل، إلا أن البعض - وهم الشافعية[44] - قد ادعى أن الحنفية قد خصصوا القليل في قوله -عليه الصلاة والسلام- " لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء"[45] وذلك بإخراج القليل من النص الدال على حرمة الربا في القليل والكثير، وأقصرتم حرمة الربا على الكثير فقط[46].

الفرع الأول: تحرير محل النزاع

هو تقييد الحنفية النص بعد التعليل بزيادة قيد الكثير، في حديث النبي ﷺ، فكان القيد مغيرا لحكم النص بعد التعليل، فصار النص، لا تبيعوا الطعام الكثير بالطعام الكثير، فمن أين أتيتم بالكثير؟ وأيضا لم عللتم حرمة الربا بالقدر والجنس وعديتم إلى غير الطعام[47]؟ فقد خالفتم أصولكم بتخصيص القليل وقصره على الكثير، فأجزتم بيع الحفنة بالحفنتين[48] وإن اتحدا بالجنس والقدر، مع حال كونها من الأموال الربوية التي يجب فيها المساواة من كل وجه[49].

الفرع الثاني: رد الحنفية على المُدّعَى

وقد جاء رد السادة الحنفية من عدة أوجه:

1- إن التخصيص جاء من نفس النص وليس من العلة، وذلك بإشارة النص، فكذا من قال لشخص، لا تقتل حيواناً إلا بالسكين، فلفظ حيوان لفظ عام يشمل جميع الحيوانات، لكن السؤال، هل يشمل ذلك البعوض والذباب؟ هل هناك حاجة لسكين لقتل البعوضة؟! فعمل بالنص بإشارته؛ أي أن المراد لا تقتل حيوانا من شأنه أن يقتل بالسكين إلا بالسكين، فقتل حيوان لا يقتل بالسكين: كالبعوضة والقملة لا يدخل تحت النهي ابتداء[50].

والشاهد من هذا، أن المراد بالمعنى لا تبيعوا الطعام الذي من شأنه أن يكال ويوزن إلا بالكيل والوزن، فلم يستفد من التعليل وإنما استفيد من النص.

2- إن التسوية المعتبرة شرعاً في المطعومات التسوية بالكيل والوزن، وهي لا تتصور إلا بالكثير، والمراد بالفضل ربا؛ أي الفضل على القدر دون نفس الفضل؛ حتى جاز بيع حفنة بحفنتين، وهكذا إلى أن يبلغ نصف صاع؛ لأن أقل القدر الشرعي نصف صاع، فلا يدخل ما دون النصف صاع تحت المسمى الشرعي، فلا يعدّ كيلا معتبرا شرعاً، والمعتبر في الكيل هو ما اعتبره الشرع لا ما لا يعتبره[51]، لذا تضمن الحفنة والحفنتان عندنا بالقيمة[52].

3- إن المساواة مصدر، وقد وقع مستثنى من الطعام في حديثه ﷺ: " لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء"[53]، لكن في الحقيقة لا يصلح أن يكون مستثنى منه في الحقيقة؛ لأن المستثنى لا يكون إلا جزءاً من

نفس المستثنى منه، إلا بحمله على الاستثناء المنقطع، لكن حمله على الاستثناء المنقطع مجاز؛ والمجاز خلاف الأصل، فلا بدّ من التأويل[54].

فقد ذهب الشافعية[55] إلى التأويل في المستثنى بقولهم أن المعنى هو: لا تبيعوا الطعام بالطعام ألا طعاما مساويا بطعام متساو، فالطعام المساوي بالمساوي هو الحلال، وبخلاف ذلك يبقى حراما، فيكون بيع الحفنة بالحفنتين داخل تحت الحرام، يقول الشافعي: (وصف الكيل ملغى بإيماء قوله ﷺ: "لا تبيعوا الطعام بالطعام، إلا سواء بسواء[56]" فإنه يدل على التحريم على هذه الصفة، وترتيب الحكم على الوصف المشتق يدل على كونه علة مستقلة)[57]، وذكر ابن السمعاني في القواطع: (قوله -عليه الصلاة والسلام- " كيلا بكيل[58]" فهم منه عليه السلام إشارة إلى علة الخلاص عن الربا.. قوله عليه السلام " لا تبيعوا الطعام بالطعام"[59] يدل ذكر الطعام أن الطعم علة)[60].

أما الحنفية قالوا: إن الاستثناء (سواء بسواء) حال؛ أي شرط، والطعام لا يكون من الأحوال؛ بل هو من الأعيان، فكيف يصح استثناء الحال من العين، فلا بد من التأويل، حيث أولنا في المستثنى منه، فيكون التقدير: لا تبيعوا الطعام بالطعام في حال من الأحوال إلا في حال المساواة، فيكون المستثنى من جنس المستثنى منه، والأحوال ثلاثة: المساواة، والمفاضلة، والمجازفة، وكلها أحوال الكثير، فتحل المساواة وتحرم المفاضلة والمجازفة، والقليل غير متعرض له أصلا، لا في المستثنى ولا المستثنى منه، فبقي القليل (الحفنة بحفنتين) على أصله وهو الإباحة، أما القليل حال بعيد غير متداول وهذا جواب على من اعتبر القليل من الأحوال التي يجب أن يشملها النص، فكان التغيير بالنص لا بالتعليل[61].

4- إن المستثنى إن لم يكن مذكورا يقدر وفق المستثنى، وها هنا استثنى الحال بقوله: إلا سواء بسواء إذ المراد منه حال تساويهما في الكيل، والمذكور في صدر الكلام هو العين واستثناء الحال من الأعيان باطل في الحقيقة وإن كان يحتمل الصحة بطريق المجاز بأن يجعل الاستثناء منقطعا، لكن المجاز خلاف الأصل، فدل على أن الاستثناء لم يقع على ظاهر اللفظ، بل عما يضمن اللفظ من أحوال البيع، فوجب أن يثبت عموم صدر الكلام بدلالة استثناء الحال كما بينا في النقطة السابقة، فكان التغيير حاصلا بالنص بتحويل عموم الكلام إلى الخصوص موافقا للتعليل ومصاحبا له[62].

5- أما تعدية الحكم إلى كل مكيل وموزون، وبناء علة الربا على القدر والجنس فمن نفس النص لا من العلة، وذلك لأن حديث النبي ﷺ" الحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مثلا بمثل بدا بيد، والفضل ربا"[63]؛ أي بيعوا الحنطة بالحنطة، والحنطة مكيل قوبل بجنسه، وقوله: "مثلا بمثل" حال لما سبق،

كأنه قيل: بيعوا الحنطة بالحنطة حال كونهما متماثلين، والأحوال شروط[64]، والأمر للإيجاب، والبيع مباح، فينصرف الأمر إلى الحال التي هي شرط، فيكون المعنى وجوب البيع بشرط التسوية والمماثلة، لا وجوب نفس البيع[65]

6- واستدلوا أيضا بالنص: حدثنا عبد الله بن مسلمة بن قعنب، حدثنا سليمان يعني ابن بلال، عن عبد المجيد بن سهيل بن عبد الرحمن، أنه سمع سعيد بن المسيب، يحدث أن أبا هريرة، وأبا سعيد فعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: "أكل تمر خيبر هكذا؟" قال: لا والله يا رسول الله إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال ﷺ: "لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان" فهذا نص في أن علة الربا في المكيل والموزون)[66]

والمراد بالمثل القدر؛ أي الكيل في المكيلات، والوزن بالموزونات؛ لأن المماثلة تقوم بالصورة والمعنى، والصورة بالكيل، والمعنى بالجنس، ولا تتصور المماثلة إلا فيما يمكن ضبطه في المساواة ومعرفة المتفاضل منه من غيره، ولا يكون ذلك إلا بالمكيلات والموزونات، ومتى عرفت المعاني التي بني عليها النص من النص لا من العلة، فيتم تعديتها إلى غيره في كل ما يكال ويوزن، فكان موافقا للنص لا مغيراً[67].

والحاصل: إن التغيير بالنص لا بالتعليل، فلم يعد التعليل بالنقض أو الزيادة أو التغيير على حكم الأصل، لأن ذلك مبطل للقياس ابتداء والذي هو تعدية حكم الأصل إلى الفرع لاشتراكهما في العلة، فكيف تكون العلة المستنبطة من الأصل ناقضة له، أو مقيدة، أو مغيرة في حكمه، وإنما التغيير حصل بدلالة النص لا بالتعليل.

المطلب الثاني: رد الحنفية على من ادعى مخالفتهم أصولهم بدفع القيمة في الزكاة

لا شك أن الأموال الزكاة ضوابط ومقادير محددة شرعا لا حظ للإنسان الاجتهاد فيها، لأنها مقادير لا يتوصل العقل مستقلا للوصول إليها، فلا بد من النقل لدركها ومعرفتها، ومنها حديث النبي ﷺ في زكاة السوائم حيث قال: " في خمس من الإبل شاة"[68]، وقد جوّز الحنفية إخراج القيمة في الزكاة؛ فاعتبر ذلك مغيرا للنص[69].

الفرع الأول: تحرير محل النزاع

إن الله -تعالى- أوجب الصدقة للفقراء مجملة، وفسرها النبي ﷺ بقوله: " في خمس من الإبل شاة"[70]، فصار كأن الله -تعالى- قال: إنما الشاة للفقراء، فصارت الشاة مستحقة بصورتها[71]؛ فيورد على الحنفية أنكم غيرتم حكم النص، حيث عللتم صلاحية الشاة للفقير؛ بأنها مال صالح لقضاء الحوائج المختلفة بأن يبيعها الفقير وينفق ثمنها في قضاء

حوائجه المختلفة، وقيمتها أيضا صالحة كذلك؛ أي في قضاء حوائجه المختلفة، فالاشتراك في المعنى يوجب الاشتراك في الحكم، فكل ما جاز أداؤه يجوز أداء القيمة أيضاً فيه، فأبطلتم قيد الشاة المفهومة من النص صريحاً، حيث جاز إخراج قيمتها، فأصبح الحديث: في خمس من الإبل قيمة شاة، فأبطلنا عين الشاة، فقد غيرتم النص الدال على دفع عين الشاة دون القيمة[72].

الفرع الثاني: رد الحنفية على المُدّعَى

وقد أجاب الحنفية عن زعم الشافعية[73] بسقوط حق الفقير بصور الشاة أو في ذات الشاة بالقيمة إنما جاء من النص لا بالتعليل، من عدة أوجه:

1- لم يتم إبطال الحق المستحق عن عين الشاة؛ لأنه لا حق للفقير في صورة الشاة؛ إنما حقه في ماليتها، فإن النبي ﷺ جعل الإبل ظرفا للشاة بقوله " في خمس من الإبل شاة"، وعينها لا توجد في الإبل، وإنما يوجد فيها مالية الشاة، فعرفنا أنه أرد بالشاة ماليتها، إلا إن المالية بعض الشاة، فكنّى بذكر الكل عن البعض، فلم يكن في التعليل إبطال حق الفقير عن صورة الشاة، ألا ترى أنه لو أخرج واحدا من الإبل جاز بالإجماع، فلو كان الحق متعلقا بالصورة لما جاز ذلك، فلم يكن التغيير بالتعليل وإنما من النص[74].

2- إن الله -تعالى- وعد بأرزاق العباد[75]، قال -تعالى-: ﴿وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي الأَرْضِ وَلاَ طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلاَّ أُمَمٌ أَمْثَالُكُم مَّا فَرَّطْنَا فِي الكِتَابِ مِن شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ﴾[الأنعام:38]، وقسم طرق المعاش بين عباده، فمنهم من يرزق بالتجارة، أو الزراعة وآخر بالصناعة وغيرها، وآخر يرزق بالصدقة، فأوجب الله مالا مقدرا على الأغنياء لنفسه وهو الشاة؛ لأن الصدقة تقع في كفّ الرحمن قبل أن تقع في كف الفقير، فأمر الله -تعالى- الأغنياء بقضاء وإنجاز حاجات الفقراء المختلفة من ذلك القدر أو المسمى بقوله ﷻ: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاء وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَكِيم﴾[التوبة:60] لأن الله -تعالى- يملكها أولا، ثم يعطيها الفقراء من عند نفسه كما يعطي الفقراء؛ وحتى لا يُتوَهم أن الذي رزق الفقراء هم الأغنياء، إنما الأغنياء كانوا سببا أو وكلاء للدفع، فلا يكون هناك لبس بأن الله -تعالى- لم يوف بمواعيده للفقراء ولم يوف بوعده. وحوائج الناس مختلفة ومتعددة، والشاة لا تفي بإنجاز تلك المواعيد لكثرتها، فالشاة لا تفي إلا بالإدام فقط، ولا تفي باللباس والحطب وغيره، فكان إذن بالاستبدال دلالة من النص، بأن تستبدل الشاة بالنقدين. فكان ذكر الشاة؛ لأنها معيار لمقدار الواجب فيها تعرف القيمة، لا المراد عين الشاة وذاتها[76].

3- لم يتم إلغاء عين الشاة في الإيفاء؛ وإنما ثبت عندنا حكمان: الأول جواز الاستبدال، والثاني: صلاحية عين الشاة لأن تكون

مصروفة إلى الفقير، فالحكم الأول ثبت بدلالة النص، والحكم الثاني ثبت من ظاهر النص بجواز إخراج عين الشاة؛ فإذا كانت عين الشاة صالحة للصرف إلى الفقير للحاجة، فتكون قيمتها صالحة أيضا بهذه العلة[77].

والحاصل: إن التعليل وقع في هذا الحكم وليس تغييرا للنص، بل يكون التغيير في الحكم الأول وهو ثابت بالنص لا بالتعليل، فيكون تغيير النص بالنص مجتمعا مع التعليل في حكم آخر ليس فيه تغيير للنص، فصار التغيير مجامعا للتعليل بالنص لا بالتعليل.

4- قول الله -تعالى-: {فَلاَ تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ} [الإسراء/23]، قام الدليل إنه نهي لإكرام الأبوين بكف الأذى عنهما وذلك جنس الأذى لا في الأذى بهذه الكلمة (أف)، فسقط اعتبار الاسم، وبقيت العبرة للأذى المطلق، فثبت بدلالة النص أن حقه ﷻ في مطلق المال لا في عين الشاة، فأمكنه أخذ غير الشاة لثبوت حق الله -تعالى- فيه بالدلالة وتعدية الصلاحية إليه بالتعليل[78].

5- دل على جواز أداء القيمة نص معاذ بن جبل -رضي الله عنه-: قال معاذ -رضي الله عنه- لأهل اليمن: "ائتوني بعرض ثياب خميص - أو لبيس - في الصدقة مكان الشعير والذرة أهون عليكم وخير لأصحاب النبي ﷺ بالمدينة "[79] ومعنى خير لأصحاب رسول الله ﷺ أي أنفع لهم، فلم يخرج القيمة إلا لأنه أنفع لحاجة الفقير[80].

6- كتاب أبي بكر رضي الله عنه في الزكاة يدل على أخذ القيمة، حيث كتب فيه: " من بلغت عنده صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين إن استيسرنا له، أو عشرين درهما.."، فدل ذلك أن ذكر الشاة لتعيين مالية الواجب لا أن الواجب صورة الشاة[81].

المطلب الثالث: رد الحنفية على من ادعى مخالفة الحنفية أصولهم بتغيير مصارف الزكاة والتكبير وإزالة الخبث بالتعليل

الفرع الأول: الرد على من ادعى مخالفة الأصول بتغيير مصارف الزكاة بالتعليل:

بيّن الله -تعالى- مصارف الزكاة في سورة التوبة بقوله: ﴿۞إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ﴾[التوبة:60]، فادعي[82] أن الحنفية قد غيروا حكم النص بعد التعليل.

- **تحرير محل النزاع:**

إن الآية تدل على إن الصدقات يجب صرفها إلى جميع الأصناف المذكورة في الآية تمليكا[83]، وقد غير الحنفية النص بتعليلهم بالحاجة؛ أي إن العلة عد الأصناف لبيان مواقع الحاجة، والعلة هي دفع الحاجة، فيجوز الصرف إلى صنف واحد، وليس إلى جميع الأصناف، فكان تغيرا للنص الدال على الصرف والتمليك للجميع بالتعليل وذلك بقصره على صنف واحد

من المصارف الثمانية، فأجزتم إخراجها إليه دون غيره[84].

- **الرد على المدعى:**

ويجاب على ذلك:

- إن اللام في الآية هي لام العاقبة وليست لام التمليك، إنما يلزم تغيير النص لو كانت اللام للتمليك، فكانت اللام للعاقبة؛ أي إن عاقبة الصدقة للفقير، فلا يمكن أن يراد بهم جميعا؛ لأن حرف التعريف إذا دخل على الجمع أبطل الجمعية وأريد به الجنس[85].
- اللام لام الجنس أو لام الماهية أو النوع، فليس المراد جميع الصدقات لجميع الفقراء والمساكين فلا يمكن أن يكون ذلك المراد، فإذا لم يكن الجمع مرادا، ولا الاستغراق فكان المراد جنس الصدقة لجنس الفقير، فكان المراد عد المصارف الصالحة للصرف، وعدم جواز صرفها إلى غيرها من المصارف، فلو صرفت إلى البعض دون البعض جاز[86].

الفرع الثاني: الرد على من ادعى مخالفة الأصول في التكبير بالتعليل

بيّن الله -تعالى- التكبير في افتتاح الصلاة بقوله: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾[المدثر:3]، فادعي[87] أن الحنفية قد غيروا النص بالافتتاح بغير لفظ التكبير.

- **تحرير محل النزاع:**

ومن خلال المدعى يتبين لنا أن محل النزاع حول معنى قول الله تعالى: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾[المدثر:3]، يدل على إن الافتتاح للصلاة لا يصح إلا بلفظ مخصوص وهو التكبير لا غير، إلا إنكم غيرتم النص بالتعليل بقولكم إن المراد هو التعظيم لله ﷻ فيجوز الافتتاح بأي لفظ فيه تعظيم لله ﷻ، كقول: أالله أجل، فكان تغييرا للمعنى الصريح للنص[88].

- **الرد على المُدّعَى:**

ويجاب على ذلك فيما يتعلق بجواز لفظ التعظيم لافتتاح الصلاة إنما جاء من معنى النص؛ فمعنى قوله -تعالى: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾[المدثر:3]، لا يراد به، قل: الله أكبر؛ لأنه لو قيل: وربك قل الله أكبر[89]، لا يفيد معنى، ومن هنا يظهر المراد من النص أن المقصود وربك فعظم، أي قل وافعل ما فيه تعظيم الله، فكل لفظ فيه التعظيم يكون في معنى الله أكبر[90].

الفرع الثالث: الرد على من ادعى مخالفة الأصول في إزالة الخبث بالتعليل

نص حديث النبي ﷺ في إزالة الخبث بقوله -عليه الصلاة والسلام-: " حتيه واقرصيه ثم اغسليه بالماء"[91]، وأيضاً قوله -عليه الصلاة والسلام- : " الماء طهور"[92] نص على أن النجاسة لا تزال إلا بالماء[93]، فادعي أن الحنفية قد غيروا النص بالتعليل[94].

- **تحرير محل النزاع:**

لا خلاف في كون الماء هو الرافع الوحيد للحدث سواء الأكبر منه أو الأصغر؛ لأنه أمر حكمي معنوي لا يعقل معناه من كل وجه، إلا إن الخلاف حاصل في إزالة النجاسة الحسية الحقيقية، فقال الحنفية أنه يجوز إزالة النجاسة بكل مائع طاهر؛ لأنه يحقق المقصود

ومعقول المعنى، فادعي أن الحنفية خالفوا النص بقول النبي ﷺ {الماء طهور} فيدل بمنطوقه على أن الماء هو الطهور المزيل للخبث، وقد غيرتم النص بعد التعليل بأن جعلتم إزالة الخبث تجوز بكل منقٍ مزيل لعين النجاسة ولو من غير الماء[95].

- **الرد على المدعى:**

ويجاب على ذلك: إن استعمال الماء لإزالة النجاسة يجوز بكل ما يصلح لها، لأن التنصيص في قوله ﷺ " الماء طهور"[96]، لا يدل على التخصيص، فلا يدل على أن غير الماء ليس بطهور، فإن استعمال الماء ليس بمقصود بالذات؛ فإن من قطع موضع النجاسة في الثوب سقط عنه استعمال الماء، فكان الواجب إزالة العين النجسة، فإزالتها معقولة المعنى يجوز بكل قالع يزول به الخبث [97].

المبحث الثالث: رد الحنفية على من ادعى نقض عللهم ومعارضتها

تعد العلة هي الركن الرئيس في عملية القياس؛ لأن القياس يدور عليها، وهذا لا يعني عدم افتقارها إلى غيرها من الأركان؛ إنما للأهمية التي تميزها عن غيرها من بقية الأركان، فلصحة القياس لا بد من وجود أصل معلول معقول المعنى بنص أو إجماع؛ ليعرف الحكم فيه، ولا بد من وصف مؤثر في ثبوت ذلك الحكم، ولا بد من وجود فرع وجد فيه مثل ذلك الوصف؛ لأن القياس ما يكون بين شيئين بينهما مشابهة في الوصف المؤثر، ولا وجود له إلا عند وجود الأصل والفرع والوصف الذي هو ركن العلة[98].

فاشترط الحنفية أن تكون العلة مؤثرة لا أن تكون طردية فقط؛ فأهل الاطراد يعرفون العلة الطردية بأنها: دوران الحكم مع الوصف وجودا وعدما عند البعض، ووجودا عند البعض الآخر، أي اختلفوا في ذلك فقيل: وجود الحكم عند وجوده وعدمه عند عدمه، وقيل وجوده عند وجوده ولا يشترط عدمه [99].

أما أهل التأثير فيشترطون الصلاح والعدالة حتى يكون الوصف مؤثرا، لأن الوصف المطرد بدورانه قد يكون اتفاقيا وليس احترازيا، فحتى تكون العلة مؤثرة لا بد من سلامتها من الموانع والمعارضة، وألا ينفك الحكم عن العلة عند وجوده، وإلا لزم تخصيص العلة، فيقول القائل عند تخلف العلة عن الحكم وعدم دورانها معه بأن علتي مخصوصة، وهذا مسلك فاسد عند الحنفية، إذا لا تخصيص للعلة على الراجح عند الحنفية؛ لأن ذلك يؤدي إلى تصويب كل مجتهد، فتخلف العلة عن الحكم يدل على أنها غير صحيحة[100].

فالعلة المؤثرة عند الحنفية هي التي يتوفر فيها شرطان رئيسان: الصلاح والعدالة، فالصلاح: هو الوصف الملائم المناسب الذي يصح إضافة الحكم إليه، ولا يكون نائبا عنه بحيث يكون موافقا للعلل المنقولة عن الرسول ﷺ وعن السلف الصالح، بحيث تكون فكانوا يعللون بأوصاف مناسبة للأحكام، فلا بد للمجتهد من أن تكون علته المستنبطة موافقة لما كان يعللون به السلف من مناسبة وملاءمة، فإذا كانت العلة مناسبة جاز التعليل بها. أما

العدالة بأن يظهر أثره في جنس الحكم المعلل به أو بعينه؛ بحيث تكون العلة مثبتة شرعا بالنص أو بالإجماع، فعند ثبوت العدالة يجب تعدية العلة للحكم؛ لأنها بذلك أصبحت علة مؤثرة فالتعدية لازمة للعة[101].

قال صاحب التقويم: (لا بد من صلاح الشاهد للشهادة، كما في شهود المعاملات صلاحهم للشهادة بالحرية والعقل والبلوغ، كذا الأصل يجب أن يكون صالحا للتعليل، ولا بد من اعتبار الوصف صالحا، كما يعتبر لفظ الشاهد، ولا بد من اعتبار العدالة كما في الشاهد... فمثال المتناظرين مثال المتخاصمين في حقوق الناس، فالمجيب بمنزلة المدعي، والسائل بمنزلة المنكر، والقياس شهادة، والأصل شاهد، والمجيب مستشهد، والحكم مشهود به، والسائل بلسانه وبدنه مشهود عليه، والقلب منه حاكم عليه، وتأثير الوصف عدالة ظاهرة)[102].

ومن هنا ظهر بما يسمى بآداب المناظرة بين المدرستين: مدرسة الاطراد والتأثر بحيث يحاول كل من المدرستين نقض علة الآخر، ونحن في بحثنا هذا لن نتعرض لنقض العلة الطردية، بل سنتعرض للرد على من ادعى مخالفة الحنفية عللهم المؤثرة، وبيان أدلة الحنفية وحججهم في انسجامهم مع أصولهم وعللهم.

المطلب الأول: الرد على من ادعى نقض[103] العلة المؤثرة

لما كانت العلة المؤثرة قد دل على صلاحها الشرع، فلا تقبل النقض حقيقة[104]، إنما قد تقبل النقض صورة، لأن أثرها ظهر بالكتاب والسنة والإجماع، وهؤلاء الثلاث لا تحتمل النقض وفساد الوضع؛ فكذا العلة المثبتَة بها والمستنبطة منها، لذا قلنا إن المناقضة تتجه عليها صورة لا حقيقة، وفي حال تصور المناقضة فإنه يدفع بأحد طرق أربعة[105]:

1- الدفع بالوصف: أي بعدم تحقق وصف العلة في مادة التخلف[106].
2- الدفع بالمعنى الثابت بالوصف: أي بعدم تحقق المعنى الثابت بالوصف دلالة له دخل في عليه الوصف في مادة النقض، فكأنه لم يوجد العلة، فإن الوصف ليس علة بدون ذلك المعنى[107]، ما يسمى علة العلة.
3- الدفع بالحكم: وهو أن تمنع تخلف الحكم عن العلة في صورة النقض[108].
4- الدفع بالغرض: أي بوجود الغرض المطلوب من العلة في مادة النقض [109].

فليس المراد أن الحنفية يدفعون بهذه الأربعة مجتمعة بل يجب دفع بعض النقوض ببعض الطرق، فعند إيراد النقض الصوري على العلل المؤثرة لدى الحنفية من قبل السائل[110] فإنه يتم دفعه ببعضها. والسائل: هو من نصب نفسه لنفي الحكم، والمعلل: من نصب نفسه لإثباته بالدليل، وقيل: السائل هو الهادم للوضع بالمنع والمعارضة، والمعلل هو الحافظ في الموضع بإقامة الحجة[111].

وسنورد أمثلة على كل منها:

إن علة نقض الوضوء عند الحنفية هو خروج مطلق النجاسة وانتقالها من داخل الجسم إلى خارجه، إلا أنهم فرقوا بين السبيلين وغيرهما في الانتقال حيث اشترطوا البدو؛ أي

مجرد الظهور على رأس المخرج لنقض الوضوء في السبيلين، بينما اشترطوا السيلان للنجاسة في غير مخرج السبيلين حتى تكون ناقضة[112].

من هنا أورد الشافعية[113] نقضا فكما نقول في الخارج من غير السبيلين كالدم وغيره إنه نجس خارج من بدن الإنسان فكان حدثا كالبول، فيورد عليه نقضا أي على هذا التعليل ما إذا لم يسل فإنه نجس خارج وليس بحدث؛ فنقض السائل علة المستدل[114].

فدفع الحنفية النقض بالفروع الآتية:

الفرع الأول: الدفع بالوصف

وذلك بدفع مدعى السائل بعدم تحقق الوصف في مادة التخلف، وهو أن الدم ليس بخارج بل هو باد، أي أن الدم مستقر في موضعه، إنما زايله الجلد فظهر الدم الذي تحت الجلد؛ لأن تحت كل جلدة دما، فإذا زالت الجلدة ظهر الدم في مكانه ولم يخرج[115]، ولم تتحقق العلة في انتقاله من موضعه إلى موضع آخر، بخلاف الدم السائل، فهو دم في العروق انتقل إلى فوق الجلد، وخرج من موضعه غلى موضع آخر، فالسيلان غير البدو، فالوصف الذي هو الخروج لم يتحقق؛ لأن تحققه بالدم لا يكون إلا بالسيلان، لذا النقض الذي أورده السائل بأن الدم إذا لم يسل بأنه نجس خارج، نقول إنه ليس بخارج بل هو باد[116].

قال الرهاوي في حاشيته: (إنما يسمى باد لا خارجا؛ لأن تحت كل جلدة رطوبة، وفي كل دم يظهران عند زوال الحائل، كمن كان في خيمة مستترا، فإذا رفعت كان ظاهرا وباديا لا خارجا، إنما يكون خارجا إذا فارق الخيمة)[117]، و ذكر ابن الملك في شرحه: (فندفعه أولا بالوصف وهو أنه ليس بخارج؛ لأن الخروج هو الانتقال من باطن إلى ظاهر، وحيث لم ينتقل من مكانه لا يصير خارجا، فلا يرد نقضا علينا لعدم وجود العلة فيه)[118]، وقول ابن الملك أنه ليس بخارج بيّنه صاحب أنوار الحلك: (أراد أنه ليس بنجس خارج، لأن الدفع بالوصف هو منع وجود العلة في صورة النقض بأن يقول ما ذكرته علة ليس بموجود في صورة النقض، والعلة إنما هي كونه نجسا خارجا لا مجرد كونه خارجا)[119].

وفي معرض الكلام عن اعتراض الشافعية[120] على علة الحنفية في اعتبار الخارج النجس من غير السبيلين ينقض الوضوء أجاب صاحب الفصول الإمام الجصاص بأن المجيب إذا اعتل بعلة منصوص عليها، فعارضه السائل بعلة مستنبطة، كان له أن يقول: علتي أولى؛ لأنها منصوص عليها، وعلتك مستنبطة، ولا حظ للاستنباط مع النص، وذلك نحو معارضة المخالف لنا على علة نقض الطهارة بظهور النجاسة. فإن قليل القيء لا ينقضها، والمعنى فيه: أنه نجاسة خارجة من غير السبيل، ويحتج على صحة اعتلاله بأن النجاسة إذا خرجت من السبيل أوجبت نقض الطهارة، وهو البول، وإذا خرجت من غير السبيل لم توجبه، وهو يسير القيء. فيقال: إن اعتلالنا أولى؛ لأنه مبني على علة منصوص عليها، وهو قوله - ﷺ- في دم الاستحاضة: " إنها دم عرق"[121]، فهو أولى مما ذكرت فتسقط معارضته[122].

وتعليله ﷺ دم الاستحاضة بأنها دم عرق، ليعتبر في نظائره. ولولا أنه أراد ذلك ما كان لقوله (إنها دم عرق) معنى، ولا فائدة مع قوله: إنها ليست الحيضة، فلما ذكر الأمرين، علمنا أنه أراد بقوله إنها دم عرق، التنبيه على العلة. وأيضا: فإن ما خرج مخرج الاعتلال فظاهره أنه علة يجب القياس عليها، ورد نظائرها إليها، حتى يقوم الدلالة على غير ذلك، وقوله: إنها دم عرق، خارج مخرج الاعتلال[123].

الفرع الثاني: الدفع بالمعنى الثابت بالوصف

هو المعنى الذي صار الوصف لأجله علة (علة العلة)، أي ندفعه بعدم المعنى الثابت بالوصف وهو الخروج، فلو سلمنا أنه وجد وصف الخروج؛ لكنه لم يوجد المعنى الثابت بالخروج دلالة وهو وجوب غسل ذلك الموضع.

والحاصل: أن نسأل أنفسنا، لماذا كان البول ناقضا للوضوء؟، الجواب: لأنه نجس خارج، ثم نسأل أنفسنا: لماذا الخارج النجس اعتبر علة؟ فيبحث عن المعنى وهو المسمى (بعلة العلة).

ويجاب على ذلك: لما وجب غسل المكان الذي ظهرت فيه النجاسة وجب غسل المكان الذي ظهرت فيه النجاسة، فوجب غسل سائر أعضاء للوضوء. ثم نأتي لمسألتنا، جرح طهر ولم يسل، هل يجب غسله؟ الجواب: لا، فيجاب: طالما أن المكان الذي وجد فيه النجاسة ولم يسل لا يجب غسله، فمن باب أولى عدم غسل بقية أعضاء الوضوء، فهذه علة العلة، فأوجب فرقا بين البول وبين ظهور الدم وخروجه، فعدم الحكم لعدم العلة فكأنه لم يوجد خروج[124]. وقد ذكر الرهاوي في حاشيته: (أنه قد ثبت بالدليل أن الحدث باعتبار النجس، فإن قيام النجاسة بالمحل أثر في اتصافه بها عقلا، وذلك لا يتصور فيما يكون من بدن الإنسان إلا بالخروج، فعرفنا أن المؤثر في إيجاب التطهير هو النجس ثم بعد ذلك دير الحكم على الخارج النجس)[125].

الفرع الثالث: الدفع بوجود الحكم وعدم تخلفه

ويرد عليه من جهة الشافعية صاحب الجرح السائل أنه دم سائل خارج من البدن وليس بحدث عندكم ينقض الوضوء ما دام الوقت باقيا، فإذا مضى الوقت صار حدثا فينقض الوضوء، والصورة أن صاحب الجرح السائل ينزل منه دم سائل باستمرار، ويصلي من دون طهارة، فتخلف الحكم عن العلة فأوجب نقضا لعلتكم بتخلفها[126].

والجواب: أن الجرح حدث، ويوجب نقضا للطهارة؛ لكن هذا النقض تراخى إلى آخر الوقت للضرورة، فعند خروج الوقت ظهر أثر الحدث، فالخروج نقض، لكن ظهر أثره عند خروج الوقت فهو ثابت وليس بمنتف، قال ابن الملك في شرحه على المنار: (لا نسلم أنه ليس بحدث بل هو حدث ولكن تأخر حكمه إلى ما بعد خروج الوقت، ولهذا لم يجز له المسح على الخفين بعد خروج الوقت إذا لبسهما بعد السيلان)[127].

والحكم قد يتصل بالسبب وقد يتأخر عنه لمانع كالبيع بشرط الخيار[128]، فالحكم قد يتصل بالسبب وقد يتأخر عنه لمانع: كالبيع بشرط الخيار[129]؛ لأن الأصل في البيع أن يترتب أثره مباشرة بعد العقد، فتتم المبادلة بين

الطرفين تمليكا وتملكا، فعلة الملك البيع، إلا أنه بخيار الشرط لمدة ثلاثة أيام تأخر حكم البيع بلزوم أثره نتيجة تعليقه بالخيار، وتأخر الحكم عن العلة لا يكون مناقضة[130].

الفرع الرابع: الدفع بوجود الغرض وحصوله

أي الدفع بالغرض من هذا التعليل، على نفس المثال المذكور آنفا في صاحب الجرح السائل الذي يسيل منه الدم، فإن غرضنا التسوية بين الدم السائل والبول السائل فيمن معه سلس بول، فكلاهما معذور، فإن البول حدث في ذاته، فإذا لزم واستمر صار عفوا لقيام الوقت، أي لأجل قيام وقت الأداء، فهو مخاطب بالأداء؛ فيلزم أن يكون قادرا عليه ولا قدرة إلا بسقوط حكم الحدث في هذ الحالة، فكذا في مسألة صاحب الجرح السائل المستمر، فهو حدث في ذاته، فإذا استمر ولزم أصبح معذورا كصاحب سلسل البول ومعفو عنه ليساوي البول المقيس عليه، فإذا لم يساويه في الحكم ولم يجعل عفوا في الفرع (سيلان الدم) لخالف الفرع الأصل، وذلك لا يجوز، فالتسوية المقصودة من التعليل حاصل[131].

المطلب الثاني: الرد على من ادعى المعارضة[132] للعلة المؤثرة عند الحنفية

المعارضة هي: إقامة الدليل على خلاف ما أقام المعلل عليه الدليل، وذلك بقوله: ما ذكرت من الوصف وإن دل على الحكم لكن عندي ما يدل على خلافه[133].

فإن قيل: كيف يصح الجمع بين المعارضة والمناقضة وبينهما تناف؛ فالمعارضة تستلزم دليل المعلل وصحة دلالته على الحكم، والمناقضة تتضمن بطلان دليله وفساد دلالته على الحكم؟

فأجاب صاحب الكشف بقوله: (لا نسلم أن المعارضة تسليم الدليل مطلقا بل هو ممانعة في الحكم صورة وممانعة للدليل معنى، بدعوى عدم سلامته عن المعارضة فلا يكون بينهما تناف، فمقصود كل واحد منهما الإبطال، كما أن المناقضة تثبت في ضمن المعارضة، فلا تمنع القبول، فالاعتبار للمتضمن لا للمتضَمن)[134].

وأما الرد على من ادعى معارضة الحنفية عللهم المؤثرة فيتم الرد عليه بطريقين[135] من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: معارضة فيها معنى المناقضة[136] وهي القلب: وتنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: قلب العلة حكما وقلب الحكم علة، أي ما كان علة جعلناه حكما، وما كان حكما جعلناه علة[137]:

وهو أن يجعل المعلول علة، والعلة معلولاً، وهو مبطل للتعليل، لأن العلة موجبة، والمعلول هو حكمه الواجب به كالفرع من الأصل، فلم يجز أن يكون الحكم علة، والعلة حكما، فلما احتمل الانقلاب دل على بطلان التعليل[138].

ومثاله: قول الشافعية[139]: إن الكفار جنس يجلد بكرهم مائة، فيرجم ثيبهم كالمسلمين، فالشافعية أرادوا تعليل رجم الثيب الكافر كما يرجم المسلم الثيب، فقالوا: إن ثيبهم يرجم كالمسلم؛ لأن بكرهم أي بكر الكفار يجلد كما يجلد البكر المسلم؛ فيجلد ثيبهم، فجعلوا العلة بكون الكفار جنسا يجلد بكرهم مائة، والحكم

فيرجم ثيبهم كالمسلمين، فجعل جلد المائة علة لرجم الثيب بالقياس على المسلمين[140].

لكن في الواقع جلد المائة الذي جعل علة هو حكم شرعي، فيعارض بالقلب، بأن نجعل الحكم علة والعلة حكما، فقلنا إنما يجلد بكرهم مائة؛ لأنه يرجم ثيبهم، فلا نسلم أن الجلد علة للرجم في المسلمين بل الرجم علة للجلد، فالدليل لما احتمل الانقلاب فسد الأصل وبطل القياس؛ لأنه إنما يصح إذا كان مثل علة الأصل موجودا في الفرع، وبعد الانقلاب لم يبق علة المجيب في الأصل علة، وهذا هو معنى المعارضة، وأيضا فيها معنى المناقضة حيث جعل العلة حكما، فليس المراد بالمناقضة بيان تخلف الحكم عن الدليل، بل المراد إبطال دليل المعلل[141].

فالعلة والأثر الناتج عنها يتعين أن يكون أحدهما علة والآخر معلولا، فالقلب يظهره، لأن العلة مثبتة، فلا يجوز أن يكون كل واحد منهما مثبتا للآخر؛ لأن العلة سابقة على المعلول رتبة؛ لأن معلول الشيء لا يكون علة له، فيلزم سبق كل واحد منهما على الآخر بالقلب وهذا محال[142]، فهذا قلب مبطل لعلته، فإن ما جعل علة لما صار حكما في الأصل فسد الأصل فيبقى القياس بلا مقيس عليه[143].

القسم الثاني: قلب الوصف شاهدا على الخصم بعد أن كان شاهداً له

فالوصف الذي جعلته دليلا لك، أجعله دليلا وحجة لي، فهو معارضة من حيث إنه يدل على خلاف مدعى الخصم، وفيه مناقضة من حيث إن دليله لم يدل على مدعاه، ففيه إبطال التعليل الأول، وهذا ما يسمى بالمعارضة بالقلب[144].

أي؛ تجعل العلة شاهدا لك على خصمك، وهو من قلب الجراب، فإنها كانت لخصمك عليك ظاهرا، فانقلبت وصارت لك على خصمك، وقد كان ظهرها إليك، فصار وجهها إليك؛ لأن العلة لما شهدت لك وعليك في حكم واحد، فصار أحدهما يعارض الآخر، ونقض كل واحد منهما صاحبه، فبطلا جميعا[145].

ومثاله: قول الشافعية[146] في صوم رمضان إنه صوم فرض، فلا يؤدى إلا بتعيين النية كصوم قضاء رمضان، فجعلت الفرضية علة لتعيين وصف الصيام، فشبه صوم رمضان بالقضاء، فكما صوم القضاء لا بد له من تعيين النية فكذا صوم رمضان بجامع إن كلا منهما فرض[147].

فنقوم بجعل نفس الدليل الذي أتى به المدعي حجة لنا وهي المعارضة بالقلب، فنقول إن رمضان لما كان صوما فرضا ومعنيا من الشارع الكريم استغنى عن النية بعد تعينه كصوم القضاء، أي إن القضاء بعدما تم تعينه في أول لحظة وشرعت بالصيام، فهل يجب استحضار النية طول فترة النهار؟ الجواب: لا، بعد أن تعين هذا اليوم قضاء لا يحتاج إلى النية بعد ذلك، أذن: فالقضاء لا يحتاج إلى النية بعدما تعين، فكذلك رمضان لا يجب التعيين بعدما تعين، فقد عينه الشارع الكريم بقول النبي ﷺ: (إذا انسلخ شعبان فلا صوم إلا عن رمضان)[148]، لكن رمضان ما كان معينا قبل الشروع فلا يحتاج إلى تعيين العبد، وصوم

القضاء لما لم يكن متعينا قبل الشروع احتاج إلى تعيين العبد مرة واحدة[149].

وهناك أيضا قلبا آخر للعلة ويسمى شبيها بالعكس[150] لكنه ضعيف: ومثاله قول الشافعية[151] في النوافل بأنها لا تلزم بالشروع ولا تقضى بالإفساد، كالوضوء فإنه لا يلزم بالشروع، فكما أنه لم يمض في فاسده لم يلزم بالشروع؛ أي إن الصلاة لا يمضي بفاسدها فلا تجب بالشروع، مثل الوضوء إذا انتقض أثناء الوضوء هل نكمله؟ الجواب: لا، فكذلك الصلاة مثل الوضوء لو شرعت بها لا يلزم إتمامها[152].

ويجاب عنه: إن الصلاة لو نذرتها تلزمك، لكن الوضوء لو نذرته لا يلزمك، وبناء على ما قلتم بالمساواة بين الصلاة والوضوء يلزمكم أن تقولوا كما إن الوضوء لا يلزم بالنذر، فكذلك الصلاة لا تلزم بالنذر، فالوصف الذي جعله الشافعي دليلا على عدم اللزوم بالشروع في النفل وهو عدم الامضاء في الفساد، جعلناه علة لاستواء النذر والشروع، ويلزم منه اللزوم بالشروع، وهذا نقيض حكم المعلل[153].

وكذا أمر الشارع بحفظ العهد؛ فالناذر عهد أن يطيع الله -تعالى-، قال –تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيد﴾[المائدة:1] فلزمه الوفاء بالإبقاء على ما أدى، كما أمر الشارع الكريم بحفظ ما أدى من العبادة ونهى عن البطلان قال –تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلاَ تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُم﴾[محمد:33]، ولا يتصور بقاء ما أدى إلا بانضمام سائر لأجزاء إليه فوجب عليه الضم صيانة لما أدى عن البطلان، ثم إبطال ما أدى فوق ترك الأداء وقد وجب عليه الأداء تحقيقا للوفاء بالعهد؛ فلأن يزمه إتمام ما أدى وإبقاؤه عبادة بعد الأداء تحقيقا للوفاء كان أحرى وأولى، هذا من وجه، ومن جهة أخرى نقول النذر والشروع معلول علة واحدة وهو الوفاء بالعهد؛ لأن العهد ثمة بالقول والفعل، وههنا بالفعل، والفعل أي بالشروع أقوى من القول، فمن نذر بالقول عليه الأداء، فمن باب أولى من شرع بالعبادة[154]

الفرع الثاني: المعارضة الخالصة عن المناقضة (معارضة بالغير) وهي نوعان[155]:

المعارضة الخالصة عن معنى المناقضة والذي يسمى في علم المناظرة معارضة بالغير انقسمت إلى نوعين:

النوع الأول: المعارضة في حكم الفرع

فإذا ذكر المعلل علة في إثبات حكم في الفرع أو نفي حكم، فيعارضه خصمه بعلة أخرى توجب ضد ما توجبه علة المعلل، فتتعارض العلتان، فيمتنعان عن العمل، إلا أن تترجح إحدى العلتين على الأخرى، فحينئذ يعمل بالعلة الراجحة، وهذه العلة تأتي على كل علة يذكرها المعلل، وحاصله أن يقول المعترض للسائل: يوجد لنا دليل على خلاف حكمك في المقيس، وفي ذلك خمسة أقسام:

1- المعارضة بضد ذلك الحكم بلا زيادة:

أي يثبت ضد الحكم الذي أثبته المعلل في المقيس وبلا زيادة؛ أي في الحكم الأول الذي قال به المعلل وبلا تغيير فيه، ويكون ما أثبته صحيح؛ لما فيه من إثبات حكم مخالف للحكم الأول للسائل بإثبات علة أخرى في ذلك المحل بعينه، بحيث يذكر علة داله على نقيض حكم المعلل صريحا من غير زيادة أو نقصان، فبذلك يقع في محض المقابلة من غير تعرض لإبطال علة الخصم، فيمتنع العمل بهما بمدافعة كل واحد منهما ما يقابلهما، فينسد طريق العمل بهما إلا بترجيح إحدى العلتين على الأخرى، فحينئذ يجب العمل بالراجحة[156].

ومثاله: ما قاله الإمام الشافعي -رحمه الله- في إن المسح ركن في الوضوء؛ فيسن تثليثه كالغسل[157].

والجواب من جهة المعارضة الخالصة بلا زيادة أو نقصان: المسح بالرأس مسح، فلا يسن تثليثه كمسح الخف

والملاحظ أن المعارض معارضة خالصة ذكر نفس علة السائل (المسح) بلا زيادة أو نقصان، فكما أن المسح علة للتثليث بزعمك، فلم أقم بإبطال علتك، وإنما استخدمت العلة لإثبات حكم نقيض لحكمك الذي اثبتت[158].

وقد أجاب الجصاص في فصوله حول هذ الجزئية حيث قال: (إذا كانت إحدى العلتين موجبة لرد الحكم إلى ما قرب منها وهو من جنسها، والأخرى توجب ردها إلى ما بعد منها وما ليس من جنسها، فإن ما يوجب حمله على ما هو من جنسها وما قرب منها أولى من الأخرى، على ما حكينا عن أبي الحسن، ويكون هذا ضربا من الترجيح، نحو حملنا لمسح الرأس مرة واحدة على سائر الممسوحات، بعلة أنه مسح، وموضوعه التخفيف، فهذا أولى من رده إلى الغسل؛ لأن المسح من باب المسح، ومن جنسه وما قرب منه)[159].

2- المعارضة بضد ذلك الحكم بزيادة هي تفسير:

هي تفسير؛ بمعنى أنها تقرر الحكم الأول من السائل، ففي المثال السابق، قال الإمام الشافعي[160]. المسح ركن في الوضوء فيسن تثليثه، فيجيب المعترض بتأكيد الحكم الأول بأن المسح ركن في الوضوء؛ فلا يسن تثليثه بعد إكماله، فجملة (بعد إكماله) فيها زيادة تفسيرية على قدر المعارضة، حيث إن السنة عند السادة الحنفية هي إكمال الفرض في محله، فكان المسح في الربع الفرض، ومسح كل الرأس السنة، فهذا هو المقصود بإكمال الفرض في محله؛ أي مسح كل الرأس، أما التثليث فيسن عند إكمال الفرض في محله، فلا يبقى إلا تثليث الغسل كما في غسل الوجه[161].

وهي معارضة صحيحة فيجب المصير إليها، لكنها دون الأولى؛ لأن الأولى تصح بلا زيادة، وهذه لا تصح بدون زيادة تفسيرية[162]؛ أي في المسألة السابقة ذكر (المسح) في الرد ولم يزد عليه فكانت أكمل في الجواب، أما هنا فزيد (بعد إكماله) فكانت أدون من الأولى.

3- المعارضة بضد ذلك الحكم بزيادة هي تغيير:

ويكون ذلك بالتغيير بنفي لما أثبته الأول المستدل، أو بإثبات لما لم ينفه الأول، فيكون فيه معارضة في الفصلين.

ومثاله: قول الحنفية في اليتيمة أنها صغيرة عاجزة عن القيام بمصالحها فيولى عليها لأجل علة الصغر[163]، فكان الولي لها الجد أو غيره بحسب الترتيب في الولاية، فقال الشافعي[164] رحمه الله: هذه صغيرة فلا يولى عليها بولاية النكاح الإخوة قياسا على المال، إذ لا ولاية للأخ على مال الصغيرة بالاتفاق[165].

فيجاب: إن تعيين الأخ زيادة توجب تغير الحكم الأول الذي وقع فيه النزاع؛ لأن النزاع في إثبات أصل الولاية على اليتيمة لا في تعيين الولي، فنحن أثبتنا أصل الولاية، والخصم بهذه المعارضة نفى ولاية الأخ على التعيين، وهذا ليس نفيا لما هو المتنازع فيه، فهذا الحكم غير الحكم الأول؛ فالمعين غير المطلق، فهذا التغيير يقتضي الخلل في المعارضة، لكنها مستلزمة لنفي الحكم الأول، وهو إثبات الولاية على الصغيرة بغير الأب والجد من الأولياء، فنحن لم نثبت في التعليل ولاية الأخوة؛ بل مطلق الولاية حتى ينفي المعارض ولاية النكاح[166].

فالمعارضة التي فيها زيادة هي تغيير مع نفي ما أثبته الأول بأن ينفي ما أثبته الأول، فبالمثال السابق في الصغيرة، فإن الأول أثبت الولاية مطلقا ومنها ولاية الأخ، والمعارض نفى ولاية الأخ، ومن جهة أخرى فيه زيادة هي تغيير وفيها نفي لما لم يثبته الأول، فإن المعارض نفى ولاية الأخ، ولم يثبته المستدل صراحة[167].

4- المعارضة في المحل المتنازع فيه:

ويكون ذلك بما لم يكن نفيا لما أثبته المعلل، أو إثباتا لما نفاه، بل يكون نفيا لما يثبته المعلل، أو إثباتا لما لم ينفه، لكن يكون تحته معارضة لحكم المعلل بأن يكون حكم الثابت بمها مستلزما لانتفاء الحكم الذي أثبته المعل، فيظهر وجه الصحة من هذا الوجه[168].

ومثاله: إن الكافر يملك شراء العبد المسلم؛ لأنه يملك بيعه؛ أي بيع العبد المسلم، فيملك شراءه، فكما أن المسلم يملك بيع العبد المسلم وشراءه، فكذا الكافر. فعارضه أصحاب الشافعي[169]. رحمه الله فقالوا: إن الكافر لما ملك بيع العبد المسلم وجب أن يستوي فيه ابتداء الملك وبقاءه كالمسلم، ولكن الكافر لا يملك القرار على ملك العبد المسلم شرعا؛ بل يجبر على إخراج العبد المسلم عن ملكه، فكذلك لا يملك ابتداء ملكه تحقيقا للاستواء[170].

و الجواب: أن هذه المعارضة زيادة هي تغيير، وهو قوله: وجب أن يستوي، وفيه إثبات لما لم ينفه الأول؛ لأنا ما نفينا الاستواء بين الابتداء والبقاء في التعليل حتى يثبته الخصم في المعارضة، وإنما أثبتنا الاستواء بين البيع والشراء، فكان إثباتا لما لم ينفه الأول، فلا يكون المعارضة متصلة بمحل النزاع، فتكون فاسدة، ولكن نقول أن تحته معارضة للأول، وعلى هذا يصح البيع دون الشراء؛ لأن بقاء ملك الكافر في العبد المسلم ممنوع بالاتفاق، فيؤمر بإخراجه عن ملكه بالبيع من مسلم أو الاعتاق.، فلما

استوى الابتداء والبقاء فيمتنع الابتداء، فيتصل بموضوع النزاع من هذا الوجه [171].

5- المعارضة في حكم غير الأول فيه نفي الأول:

أي لا يعارضه بضد الحكم الأول بل يعارضه في حكم آخر غير الأول، لكن فيه نفي للأول، أي لا يخالف الحكم الذي أتى به السائل الحكم الذي أثبت المعلل صورة، بل حكمه حكم آخر في محل آخر بعلة أخرى، لكن فيه أي فيما ثبت بهذه المعارضة من الحكم نفي الأول من حيث المعنى، فبثبوت أحدهما لم يثبت الآخر [172].

نظيره ما قاله أبو حنيفة -رحمه الله- في المرأة التي نُعي إليها زوجها، أي أخبرت بموته، فاعتدت وتزوجت بزوج آخر، فجاءت بولد، ثم جاء الزوج الأول حيا أن الولد للزوج الأول؛ لأنه صاحب فراش صحيح قوي لقيام النكاح بينهما؛ أي بين الزوجة والزوج الأول، فإن عارضه الخصم بأن الزوج الثاني صاحب فراش فاسد فيستوجب به النسب كما لو تزوج امرأة بغير شهود وولدت منه يثبت النسب من الزوج حتى لو كان الفراش فاسدا [173].

والحاصل أن هذه المعارضة لم تكن لنفي النسب عن الأول بل لإثبات النسب من الثاني، لكن فيه نفي الأول؛ لأنه إذا ثبت من الثاني ينتفي عن الأول لعدم تصور النسب من شخصين، فيحتاج حينئذ إلى الترجيح، فنقول: الأول صاحب فراش صحيح والثاني صاحب فراش فاسد، والصحيح أولى من الفاسد، فيعارضه الخصم بقوله: إن الثاني حاضر والماء ماؤه، وهو أولى من الغائب؛ فيظهر هنا الفرق وهو أن الملك والصحة أحق بالاعتبار من الحضرة والماء، فإن الفاسد يوجب شبهة في النسب، والصحيح يوجب الحقيقة، والحقيقة أولى من الشبهة [174].

والحاصل: أن المعلل علل للإثبات النسب من الأول، والسائل من الثاني، وينبغي أن يعلل لنفيه عن الأول، إلا أن النسب إذا ثبت من زيد لم يصح إثباته من غيره لعدم تصور ثبوته من شخصين، فتضمنت هذه المعارضة نفي النسب، وقد وجد ما يصلح سببا لاستحقاق النسب في حق الثاني وهو الفراش الفاسد، فاحتاج الإمام إلى الترجيح، وهو كون الأول صاحب فراش صحيح أولى بالاعتبار من كون الثاني حاضرا من فساد الفراش، لأن صحة الفراش توجب حقيقة النسب، والفاسد شبهته، وحقيقة الشيء أولى بالاعتبار من شبهته [175].

النوع الثاني في بيان المعارضة: المعارضة في علة الأصل

أي النوع الثاني من المعارضة الخالصة: المعارضة في علة المقيس عليه، وذلك بأن يقول: عندي دليل يدل على العلة في المقيس عليه، أي غير العلة التي قالها المعلل لم توجد في الفرع، ويقول: إن الحكم في الأصل يثبت بهذه العلة التي ذكرتها أنا، لا بالعلة التي ذكرتها أنت [176].

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام وجميعها باطلة:

القسم الأول: ذكر علة في المقيس عليه (الأصل) لا تتعدى إلى الفرع:

كالتعليل بالعلة القاصرة التي لا يتصور وجودها إلا بالأصل، كما إذا عللنا بالوزن عند بيع الحديد بأن موزون قوبل بجنسه، فلا يجوز

بيعه متفاضلا كما الذهب والفضة، فيعارضه السائل بأن العلة في الذهب والفضة هي الثمنية، والثمنية علة عندهم لا تتعدى إلى غيرهما[177]، وبطلان هذا القسم لعدم حكمه؛ أي أن حكم التعليل التعدية بل هي لازمة للقياس فبطل التعليل بالعلة القاصرة[178].

القسم الثاني: ذكر علة في المقيس عليه تتعدى إلى فرع مجمع عليه:

حيث يأتي السائل بعلة تتعدى إلى المجمع عليه من قبل السائل والمعارض، كما في تعليل حرمة بيع الجص بجنسه متفاضلا بالكيل والجنس كالحنطة مع الشعير، فيعارضه السائل بأن العلة في الأصل المقيس عليه بالحنطة والشعير ليست القدر والجنس، إنما هي الاقتيات والادخار[179]، وهو معدوم في الفرع (الجص)، وإن كان يتعدى إلى فرع مجمع عليه وهو الأرز[180].

القسم الثالث: ذكر علة في المقيس عليه تتعدى إلى فرع مختلف:

أي تكون العلة مختلف فيها بين المعلل والمعارض السائل، ففي المسألة السابقة في الجص، فلو عارض السائل بأن العلة في الأصل هو الطعم وليس القدر والجنس، ولم يوجد في الجص، والطعم يتعدى إلى فرع مختلف فيه وهي الفواكه وما دون الكيل، فإن الفواكه وما دون الكيل الشرعي أي ما دون نصف الصاع كالحفنة والحفنتين ليس فيهما ربا عند الحنفية لأنها ليست بمكيلة ولا موزونة.

والجواب: إن هذا باطل؛ لأن الوصف الذي يدعيه السائل وهو الطعم – بغض النظر عن كونه متعديا أو غير متعد- لا ينافي الوصف الذي يدعيه المعلل، إذ الحكم يثبت بعلل شتى، فبعد فساد تلك العلة تبقى علة أخرى تكفي[181]، لأن الحكم يجوز أن يثبت بعلل شتى على طريق البدلية: كالملك يثبت بالشراء وبالإرث وبقبول الهبة[182].

والحاصل: أن الوجوه التي ذكروها السائل فاسدة،؛ لأن ذكر علة أخرى في الأصل لا ينفي تعليل المعلل؛ لجواز اجتماعهما علتين في الأصل، وإذا جاز الاجتماع بلا تدافع لم يقع بينهما معارضة، ولأن ما ذكره المعارض إن لم يتعد إلى فرع هو فاسد لما مر أن حكم التعليل التعدية، وإذا بطل التعليل بطل المعارضة، وإن تعدى كانت المعارضة فاسدة أيضا، سواء أتعدى إلى فرع مجمع عليه أو مختلف فيه؛ لعدم اتصالهما بموضع النزاع، إلا من حيث أنه تنعدم تلك العلة في هذا الموضع، وذلك لا يوجب عدم الحكم، ولا يصلح دليلا عند عدم حجة أخرى، فكيف يكون عند مقابلة حجة[183].

النتائج:

من خلال الدراسة توصل الباحث إلى النتائج الآتية:

1- لم يخص الحنفية القليل في قوله -عليه الصلاة والسلام- " لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء[184]" من نفس النص وليس من العلة بإشارته الدالة على ذلك.

2- إن تعدية الحكم إلى كل مكيل وموزون في علة الربا جاء من نفس النص لا من العلة،

وذلك لأن حديث النبيﷺ " الحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مثلا بمثل بدا بيد، والفضل ربا"؛ أي بيعوا الحنطة بالحنطة، والحنطة مكيل قوبل بجنسه، وقوله: "مثلا بمثل" حال لما سبق، كأنه قيل: بيعوا الحنطة بالحنطة حال كونهما متماثلين، والأحوال شروط، والأمر للإيجاب، والبيع مباح، فينصرف الأمر إلى الحال التي هي شرط، فيكون المعنى وجوب البيع بشرط التسوية والمماثلة، ولا تتصور المماثلة إلا فيما يمكن ضبطه في المساواة ومعرفة المتفاضل منه من غيره ولا يكون ذلك إلا بالمكيلات؛ لأن المماثلة تقوم بالصورة والمعنى، والصورة بالكيل، والمعنى بالجنس،

3- سقوط حق الفقير بصور الشاة أو في ذات الشاة بالقيمة في اخراج الزكاة إنما جاء من النص لا بالتعليل؛ فلم يتم إبطال الحق المستحق عن عين الشاة؛ لأنه لا حق للفقير في صورة الشاة؛ إنما حقه في ماليتها، فإن النبي ﷺ جعل الإبل ظرفا للشاة بقوله " في خمس من الإبل شاة"[185]، وعينها لا توجد في الإبل، وإنما يوجد فيها مالية الشاة، فكان ذكر الشاة معيارا للواجب، وإن حوائج الناس مختلفة ومتعددة، والشاة لا تفي بإنجاز تلك المواعيد لكثرتها، فكان ذكر الشاة لأنها معيار لمقدار الواجب فيها تعرف القيمة، لا المراد عين الشاة وذاتها، فاستفيد الحكم من دلالة النص لا من التعليل، كما لم يبطل جواز صلاحية عين الشاة، فالقيمة ثبتت بإشارة النص، وعين الشاة بظاهره.

4- إن اللام في الآية { إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاء وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَكِيم}[التوبة:60]، هي لام العاقبة وليست لام التمليك، إنما يلزم تغيير النص لو كانت اللام للتمليك، فكانت اللام للعاقبة؛ أي إن عاقبة الصدقة للفقير، فلا يمكن أن يراد بهم جميعا؛ لأن حرف التعريف إذا دخل على الجمع أبطل الجمعية وأريد به الجنس، فليس المراد جميع الصدقات لجميع الفقراء والمساكين فلا يمكن أن يكون ذلك المراد، فإذا لم يكن الجمع مرادا، ولا الاستغراق فكان المراد جنس الصدقة لجنس الفقير، فكان المراد عد المصارف الصالحة للصرف، وعدم جواز صرفها إلى غيرها من المصارف، فلو صرفت إلى البعض دون البعض جاز.

5- جواز لفظ التعظيم لافتتاح الصلاة إنما جاء من معنى النص؛ فمعنى قوله -تعالى: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ﴾[المدثر:3]، المراد من النص أن المقصود وربك فعظم، أي قل وافعل ما فيه تعظيم الله، فكل لفظ فيه التعظيم يكون في معنى الله أكبر.

6- استعمال الماء لإزالة النجاسة فيجوز بكل ما يصلح لها، لأن التنصيص في قوله ﷺ "

الماء طهور"[186]، لا يدل على التخصيص، فلا يدل على أن غير الماء ليس بطهور.

7- الدفع بالوصف يكون بدفع مدعى السائل بعدم تحقق الوصف في مادة التخلف فالدم البادي ليس بخارج بل هو باد.

8- الدفع بالمعنى الثابت بالوصف؛ ندفعه بعدم المعنى الثابت بالوصف وهو الخروج، فلو سلمنا أنه وجد وصف الخروج؛ لكنه لم يوجد المعنى الثابت بالخروج دلالة وهو وجوب غسل ذلك الموضع.

9- الدفع بوجود الحكم وعدم تخلفه، (في مسألة صاحب الجرح السائل) أجيب عليه بأن الجرح حدث، ويوجب نقضا للطهارة؛ لكن هذا النقض تراخى إلى آخر الوقت للضرورة، فعند خروج الوقت ظهر أثر الحدث، فالخروج نقض، لكن ظهر أثره عند خروج الوقت فهو ثابت وليس بمنتف.

10- الدفع بوجود الغرض وحصوله: على نفس مثال صاحب الجرح السائل الذي يسيل منه الدم، فأن غرضنا التسوية بين الدم السائل والبول السائل فيمن معه سلس بول، فكلاهما معذور، فكذا في مسألة صاحب الجرح السائل المستمر، فهو حدث في ذاته، فإذا استمر ولزم أصبح معذورا كصاحب سلسل البول ومعفو عنه ليساوي البول المقيس عليه.

11- المعارضة التي فيها معنى المناقضة وهي القلب: وتنقسم إلى قسمين: الأول: قلب العلة حكما وقلب الحكم علة، أي ما كان علة جعلناه حكما، وما كان حكما جعلناه علة، والثاني: قلب الوصف شاهدا على الخصم بعد أن كان شاهدا له: فالوصف الذي جعلته دليلا لك، أجعله دليلا وحجة لي، فهو معارضة من حيث إنه يدل على خلاف مدعى الخصم، وفيه مناقضة من حيث إن دليله لم يدل على مدعاه، ففيه إبطال التعليل الأول.

12- المعارضة الخالصة عن المناقضة (معارضة بالغير) وهي نوعان:

- المعارضة في حكم الفرع: فإذا ذكر المعلل علة في إثبات حكم في الفرع أو نفي حكم، فيعارضه خصمه بعلة أخرى توجب ضد ما توجبه علة المعلل، فتتعارض العلتان، فيمتنعان عن العمل، إلا أن تترجح إحدى العلتين على الأخرى، فحينئذ يعمل بالعلة الراجحة، وهذه العلة تأتي على كل علة يذكرها المعلل.

المعارضة في علة الأصل: وهي المعارضة في علة المقيس عليه، وذلك بأن يقول: عندي دليل يدل على العلة في المقيس عليه، أي غير العلة التي قالها المعلل لم توجد في الفرع، ويقول: إن الحكم في الأصل يثبت بهذه العلة التي ذكرتها أنا، لا بالعلة التي ذكرتها أنت. وتقسم الى: ذكر علة في المقيس عليه (الأصل) لا تتعدى.

الهوامش:

1 الرازي، زين الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الحنفي الرازي (ت: 666هـ)، **مختار الصحاح**، تحقيق يوسف الشيخ محمد، بيروت، صيدا المكتبة العصرية، الدار النموذجية، (1999)، (د. ط) مادة (قيس)، ج1، ص 263.

2 السبكي، تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام السبكي (ت:756 هـ)، **الإبهاج في شرح المنهاج**، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (1995م)، (د.ط)، ج4، ص1.

3 ينظر: الآمدي، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد الثعلبي الآمدي (ت:631هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق عبدالرزاق عفيفي، بيروت، دمشق، المكتب الإسلامي، (1431 هـ)، (د. ط)، ج3، ص183؛ الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي (ت794هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، (1994م)، (ط1)، ج7، ص6؛ التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبدالله التفتازاني (ت:791 هـ)، **شرح التلويح على التوضيح**، مكتبة صبيح المصرية، ج2، ص104.

4 لمزيد من الاطلاع والمعرفة، ينظر: منون، عيسى منون شيخ رواق الشام، **نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول**، إدارة المطبعة المنيرية، حقوق الطبع للمؤلف، (ط1)، ص 9-13؛ فرغلي، محمد محمود فرغلي، **بحوث في القياس**، (1983م)، (ط1)، ص39-51

5 وسنقتصر فيه على تعريف الحنفية لأنه محل البحث، ولن يتم الاستطراد في التعريف والمناقشة والاختلافات مع بقية المدارس الأصولية الأخرى

6 المحبوبي، صدر الشريعة عبيدالله بن مسعود المحبوبي (747 هـ)، **التوضيح شرح التنقيح**، بيروت، لبنان، دار الأرقم بن أبي الأرقم، (1998م)، (ط1)، ج2، ص 120.

(وقيل عليه إن التعدية توجب ألا يبقى الحكم في الأصل وهذا باطل؛ لأن التعدية في اصطلاح الفقهاء المعنى الذي ذكرنا، وأيضا لا تشعر بعدم بقائه في الأصل بل تشعر ببقائه في الأصل في وضعها اللغوي ألا يرى أن تعدية الفعل هي أن لا يقتصر على التعلق بالفاعل بل يتعلق بالمفعول أيضا كما هو متعلق بالفاعل. فالمراد هنا ألا يقتصر ذلك النوع من الحكم على الأصل بل يثبت في الفرع أيضا، ولا حاجة إلى أن يقال تعدية الحكم المتحد؛ لأن التعدية لا تمكن إلا أن يكون الحكم متحدا من حيث النوع، وإنما يكون باعتبار المحل. وقوله لا تدرك بمجرد اللغة احتراز عن دلالة النص، وذكر هذا القيد واجب لاتفاق العلماء على الفرق بين دلالة النص والقياس).

7 ينظر: اللكنوي، عبدالحي بن عبدالحليم اللكنوي (ت:1304 هـ)، **حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار**، باكستان، كراتشي، مكتبة البشرى، (2011م)، (ط4)، ج2، ص3.

8 صاحب المنار: هو الإمام أبو البركات عبدالله بن أحمد، المعروف بحافظ الدين النسفي الحنفي، صاحب الكنز في الفروع (ت 710هـ)

9 ابن الملك، عبداللطيف الشهير بابن الملك، **شرح منار الأنوار في أصول الفقه**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، طبعة مصورة عن نسخة المطبعة النفيسة العثمانية، (2004م)، (ط1)، ص260.

10 ينظر: ملاجيون، الشيخ أحمد المعروف بملاجيون الصديقي (1130 هـ)، **نور الأنوار شرح رسالة المنار**، كراتشي، باكستان، مكتبة البشرى، (2011م)، (ط4)، ج2، ص3.

11 ينظر: اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار (ج2/3)

12 السمرقندي، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد السمرقندي (ت 540 هـ)، **ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه**، تحقيق الشيخ الرباني الدكتور عبدالملك بن عبدالرحمن السعدي، عمان، الأردن، دار النور المبين، (2017م)، (د. ط)، ج2، ص787.

13 السمرقندي، ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه، ج2، ص788.

14 ينظر، ملاجيون، نور الأنوار شرح رسالة المنار، ج2، ص6.

15 اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2، ص29.

16 التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص128.

ذكره الآمدي في الإحكام أن المناسب عبارة عن وصف ظاهر منضبط يلزم من ترتب الحكم على وفقه حصول ما يصلح أن يكون مقصودا من شرع ذلك الحكم سواء كان المقصود جلب منفعة أو دفع مفسدة.

17 الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت: 606هـ)، **المحصول**، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، (1997م)، (ط3)، ج5، ص 135.

18 ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (ت:620هـ)، **روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، مؤسسة الريّان، (2002م)، (ط2)، ج2، ص 281، ج2، ص 292.

19 الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص 19.

20 الإسنوي، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين (ت: 772هـ)، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (1999م)، (ط1)، ص20.

21 المحبوبي صدر الشريعة، التوضيح على التنقيح، ج2، ص 143

22 المراد بالمؤثرة ما به وجود الشيء، وقد يعبرون عنها تارة بالمؤثر وتارة بالموجب..وخلاصة مذهب المعتزلة: أن العلل العقلية عندهم مؤثرة بذواتها بال خلق الله -تعالى- كما أن العلل العية عندهم مؤثرة بذواتها بلا خلق الله -تعالى- كالنار فإنها مؤثرة بطبعها في الإحراق فكذلك القتل العمد مؤثربوجوب القصاص عقلا. ينظر: منون، عيسى، نبراس العقول، ص218.

23 ابن النجار، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار الحنبلي (ت: 972 هـ)، **شرح الكوكب المنير**، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، (1997م)، (ط2)، ج4، ص39-40.

24 البصري، أبو الحسين محمد بن علي الطيب (ت 436 هـ)، **المعتمد في أصول الفقه**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (1403 هـ)، (ط1)، ج2، ص200.

25 ينظر: ابن النجار، شرح الكوكب المنير (ج4/39)؛ بركة الله اللكنوي، **حاشية بركة الله اللكنوي على أصول الشاشي**، دمشق، سوريا، دار ابن كثير، (2017)، (ط1)، ص118 -119.

26 التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2، ص128.

27 انظر: الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، **الموافقات في أصول الشريعة**، تحقيق الشيخ عبدالله دراز، القاهرة، دار الحديث، (2006م)، (د. ط)، ج2، ص262.

28 الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي، ج3، ص 202.

29 ينظر: الهندي، صفي الدين محمد بن عبدالرحيم الأرموي الهندي (ت 715 هـ)، **نهاية الوصول في دراية الأصول**، تحقيق: صالح بن سليمان، سعد الدين سالم، مكة المكرمة، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط2، (2012م)، ج8، ص3318 – ص 3335.

30 السمرقندي، ميزان الأصول في نتائج العقول، ج2، ص 821

31 ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص 28.

32 المحبوبي صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح، ج2، ص114؛ ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار، ص266.

33 أخرجه **البخاري في صحيحه**، كتاب الجهاد والسير، باب قول الله تعالى: {من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله} برقم (2807) جعل رسول الله ﷺ- شهادته شهادة رجلين، ولم يبين القصة.

34 **اخرج أبو داوود في سننه**، كتاب الأقضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به، برقم (3607):

حدثنا أبو اليمان، حدثنا شعيب، عن الزهري، حدثني عمارة بن خزيمة الأنصاري، أن عمه، حدثه وهو من أصحاب النبي ﷺ- أن النبي ﷺ- ابتاع فرسا من أعرابي، فاستتبعه النبي ﷺ-ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع النبي ﷺ- المشي، وأبطأ الأعرابي، فطفق رجال يعترضون الأعرابي فيساومون بالفرس، لا يشعرون أن النبي ﷺ- ابتاعه، حتى زاد بعضهم الأعرابي في السوم على ثمن الفرس الذي ابتاعه به النبي ﷺ- ، فنادى الأعرابي النبي ﷺ- فقال: إن كنت مبتاعا هذا الفرس فابتعه، وإلا بعته. فقام النبي ﷺ- حين سمع نداء الأعرابي، فقال: "أوليس قد ابتعته منك؟" قال الأعرابي: لا والله ما بعتك. فقال النبي ﷺ-: "بلى قد ابتعته منك" فطفق الناس يلوذون بالنبي - ﷺ- والأعرابي وهما يتراجعان، فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيدا يشهد أني بايعتك، فمن جاء من المسلمين قال للأعرابي: ويلك إن النبي ﷺ- لم يكن ليقول إلا حقا. حتى جاء خزيمة لمراجعة النبي ﷺ- ومراجعة الأعرابي، فطفق الأعرابي يقول: هلم شهيدا شهد أني بايعتك. قال خزيمة: أنا أشهد أنك قد بايعته. فأقبل النبي ﷺ- على خزيمة فقال: "بم تشهد؟" فقال: بتصديقك يا رسول الله. فجعل النبي ﷺ- شهادة خزيمة شهادة رجلين)، **إسناده صحيح، رجاله ثقات رجال الشيخين غير عُمارة، فمن رجال السنن، وهوثقة**: ينظر: **مسند أحمد**، طبعة الرسالة، باب حديث خزيمة بن ثابت، تحقيق الشيخ شعيب الأرناؤوط، ج36، ص 206.

35 اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار شرح رسالة المنار، ج 2، ص16.

36 الخبازي، جلال الدين أبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي (ت 691 ه)، **المغني في أصول الفقه**، تحقيق: محمد مصطفى بقا، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث، (1403 ه)، (ط1)، ص291

37 المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح ج2، ص 115.

38 ينظر: الإخسيكثي، حسام الدين محمد بن محمد بن عمر (ت:644ه)، **منتخب الحسامي**، كراتشي، باكستان، الطبعة الجديدة، مكتبة البشرى، (2014 م)، ص211.

39 ينظر: الفناري، محمد بن حمزة بن محمد، شمس الدين الرومي (ت: 834ه)، **فصول البدائع في أصول الشرائع**، تحقيق محمد حسين محمد حسن إسماعيل، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (2006م)، (ط1)، ج2، ص 324؛ الطوفي، نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبدالكريم بن سعيد الطوفي (ت:716 ه)، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، (2011م)، (ط1)، ج3، ص 302

40 ينظر: الخبازي، جلال الدين أبي محمد عمر بن محمد بن عمر الخبازي (ت 691 ه)، **المغني في أصول الفقه**، تحقيق: محمد مصطفى بقا، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث، (1403 ه)، ص 294.

41 ينظر: المرجع السابق، ص296.

42 ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص 18–19.

43 ابن الملك، شرح منار الأنوار، ص270.

44 ينظر: النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676ه)، **المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)**، عمان، الأردن، دار الفكر، (د.ط)، ج10، ص 230 ؛ البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت: 516 ه)، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، بيروت، لنبان، دار الكتب العلمية، (ط1)، ج3، ص 337؛ 44 الزَّنْجاني، ، أبو المناقب شهاب الدين الزَّنْجاني (ت: 656ه)، تخريج الفروع على الأصول، د. محمد أديب صالح، بيروت، لبنان، (1398 ه)، (ط2)، ص156

45 أخرج مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، برقم (1592)

حدثنا هارون بن معروف، حدثنا عبد الله بن وهب، أخبرني عمرو، ح وحدثني أبو الطاهر، أخبرنا ابن وهب، عن عمرو بن الحارث، أن أبا النضر، حدثه أن بسر بن سعيد، حدثه، عن معمر بن عبد الله، أنه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه، ثم اشتر به شعيرا، فذهب الغلام، فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمرا أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده، ولا تأخذن إلا مثلا بمثل، فإني كنت أسمع رسول الله ﷺ-، يقول: «الطعام بالطعام مثلا بمثل»، قال: «وكان طعامنا يومئذ الشعير»، قيل له: فإنه ليس بمثله، قال: «إني أخاف أن يضارع»

46 ينظر: الكَلْوَذَاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن أَبُو الخطاب (ت: 510 ه)، **التمهيد في أصول الفقه**، تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة ومحمد بن علي بن إبراهيم، ط1، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى 1985 م، ج4، ص 175؛ المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر المازري (ت 536 ه)، **إيضاح المحصول من برهان الأصول**، تحقيق عمار الطالبي، دار الغرب الإسلامي، (ط1)، ج1، ص112 ؛ المحلاوي، محمد عبدالرحمن عيد، **تسهيل الوصول إلى علم الأصول**، تحقيق محمد إبراهيم حفناوي، دار الحديث، القاهرة، (2010م)، ص385؛ ابن الساعاتي، مظفر الدين أحمد بن علي بن الساعاتي، **نهاية الوصول إلى علم الأصول**، تحقيق سعد بن غرير بن مهدي السلمي، مكة المكرمة، جامعة أم القرى(1985 م)، ج2، ص 576.

47 ينظر: السمعاني، منصور بن محمد بن عبدالجبار السمعاني (ت:489 ه)، **القواطع في أصول الفقه**، تحقيق صالح سهيل علي الحمود، عمان، الأردن، دار الفاروق، (2011م)، (ط1)، ج3، ص973 – ص974؛ الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: 505 ه) الكتاب، **شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل**، تحقيق حمد الكبيسي، بغداد، مطبعة الإرشاد، (1971م)، (ط1)، ص 554.

48 الزَّنْجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص156.

49 ينظر: السمعاني، القواطع في أصول الفقه، ج3، ص912؛ الزركشي، البحر المحيط ج7، ص 196، ج7، ص420؛ اليرماوي، شمس الدين محمد بن عبد الدائم (ت: 831 ه)، **الفوائد السنية في شرح الألفية**، تحقيق عبد الله رمضان موسى، الجيزة، مصر، مكتبة التوعية الإسلامية، ج4، ص 193.

50 ينظر: المحبوبي صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح، ج2، ص137؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار، ص270؛ ابن الحلبي (978ه)، **أنوار الحلك على شرح منار الأنوار**، القاهرة، دار ركابي للنشر، (د.ط)، ص778.

51 ينظر: الرهاوي، يحيى الرهاوي المصري، **حاشية الرهاوي على شرح منار الأنوار**، القاهرة، دار ركابي للنشر، (د.ط)، ص755؛ ملاجيون، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2، ص9

52 ينظر: الرهاوي، حاشية الرهاوي على شرح منار الأنوار ص 755.

53 أخرج مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، برقم (1592).

54 ينظر: الخبازي، المغني في أصول الفقه، ص 297.

55 ينظر: الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج 5، ص72، الهندي، نهاية الوصول إلى دراية الأصول ج 5، ص 1763؛ الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ص156

56 **أخرج مسلم في صحيحه**، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، برقم (1592).

57 الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج7، ص 420.

58 سبق تخريجه

59 سبق تخريجه

60 السمعاني، القواطع في أصول الفقه، ج 3، ص973- ص974.

61 ينظر: ابن أمير حاج، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفي (ت: 879هـ)، **التقرير والتحبير**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية (1983م)، (ط1)، ج1، ص263؛ الرهاوي، حاشية الرهاوي على شرح منار الأنوار (ص 777 – 778)؛ ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص22-25.

62 ينظر: البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت 730 هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (2009م)، (ط2)، ج3، ص 488؛ الكواكبي، محمد بن حسين بن أحمد (ت:1096 هـ)، إرشاد الطالب إلى منظومة الكواكب في علم الأصول، مصر، الطبعة الأميرية في بولاق، ص 195، جاء فيها:

(شرط فما تخصيصنا القليلا.. فما أتى به النهي منقولا) (من بيعنا الطعام بالطعام.. إلا بالاستثناء في الكلام)

(إذ قوله إلا سواء فيه.. كما الحديث ها هنا يحويه) (دل على عموم ذاك الصدر.. لكل حال كان فيه يجري)

(وما التساوي في سوى الكثير.. فالنص قد دل على التغيير) (مصاحب التعليل لا التعيل.. وفي الذكاة أثبت التبديل)

63 **أخرجه مسلم في صحيحه**: كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق برقم (1484) بلفظ:

حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا وكيع، حدثنا إسماعيل بن مسلم العبدي، حدثنا أبو المتوكل الناجي، عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيد، فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء»،

64 ينظر: البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص286؛ الرهاوي، حاشية الرهاوي على المنار، ص 754.

65 ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عابدين، **حاشية نسمات الأسحار على شرح إفاضة الأنوار على متن أصول المنار**، شركة ومطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده بمصر، (1997م)، (ط2.)، ص212؛ ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص 9-10.

66 **أخرجه مسلم في صحيحه**، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام بالطعام، برقم (1593)

67 ينظر: الدبوسي، تقويم الأدلة، ص 266؛ البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص 286؛ ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص23.

68 أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، في باب في زكاة السائمة، برقم: (1593) وأخرجه الإمام الترمذي، كتاب أبواب الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم، برقم (621). **حديث صحيح**، وهذا إسناد ضعيف، سفيان بن حسين ضعيف في روايته عن الزهري، ثقة في غيره، وباقي رجاله ثقات رجال الشيخين وأخرجه **قال الترمذي بإثر الحديث: حديث حسن، والعمل على هذا الحديث عند عامة الفقهاء**. انظر: مسند الإمام أحمد، مسند عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، تحقيق الشيخ شعيب، طبعة الرسالة: ج2، ص253

69 ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج7، ص193؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي.

70 سبق تخريجه

71 أورد صاحب المحيط: إن استنباط القيمة ألغى تعلق الزكاة بالعين ابتداء الذي عليه الدليل، وهذا معنى الإبطال أي إبطال التعلق وأنه ألغى تعيينها، من بنت المخاض أو بنت اللبون أو حقة أو جذعة، وصير الواجب جائزا؛ لأنه إن كانت القيمة هي الواجب لم تكن الشاة واجبة ولا يلزم وجوبها ولا قائل به. ينظر: البحر المحيط، للزركشي ج7، ص193؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج3، ص207

72 ينظر: السمعاني، أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي (ت: 489 هـ)، **الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي و أبي حنيفة**، تحقيق د. نايف بن نافع العمري، دار المنار، (1992م)، (ط1)، ج2، ص86.

73 ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج7، ص193.

74 ينظر: البخاري، كشف الأسرار (ج2/489)؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار، ص271؛ الرهاوي، حاشية الرهاوي على شرح منار الأنوار ص781.

75 ينظر منظومة الكواكبي، إرشاد الطالب إلى منظومة الكواكب في علم الأصول، ص 196:

(بالنص لا التعليل الله وعد.. أرزاق أهل الفقر وهي لا تعد) (وأوجب الذي يسمى.. لنفسه على الغني حتما) (لكن بإنجاز الوعود قد أمر.. من الذي سعى فمنه قد ظهر) (الأذن هنا بالاستبدال.. لكثرة الحاجات والأحوال) (ومالكها المسمى يتسع.. من أجل ذا الإبدال فيها قد شرع)

76 ينظر: ابن الساعاتي، نهاية الوصول إلى علم الأصول، ج2، ص577 ؛ البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص 490-491؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار، ص271)؛ ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص 25-27

77 ينظر: المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح، ج2، ص139.

78 ينظر: البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص493.

79 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب العرض في الزكاة، ج2، ص116.

80 ينظر: البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص 334.

81 ينظر: المحلاوي، تسهيل الوصول إلى علم الأصول، ص386 – 387.

82: الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت:476هـ)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، (د.ط)، ج1، ص313.

83 ينظر: ابن الملقن، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت:804هـ)، **التذكرة في الفقه الشافعي**، تحقيق: محمد حسن بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (2006 م)، (ط1)، ج1، ص 50

84 ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج5، ص 55-56 ؛ المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح ج2، ص 136؛ ابن الملقن، التذكرة في الفقه الشافعي، ج1، ص50.

85 ينظر: المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح، ج2، ص137.

86 ينظر: التفتازاني، التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، ج2، ص140.

87 الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، (ت:977)، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (1994م)، (ط1)، ج1، ص344؛ السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت: 771هـ)، **الأشباه والنظائر**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (1991م)، (ط1)، ج2، ص107.

88 ينظر: المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح، ج2، ص136؛ البخاري، كشف الأسرار، ج3، ص 492.

89 ينظر: الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، ج2، ص 334

90 ينظر: ابن الساعاتي، نهاية الوصول على علم الأصول، ج2، ص 578 ؛ المحبوبي صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح، ج2، ص 141.

91 أخرج مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، باب نجاسة الدم وكيفية غسله برقم (291):

حدثنا يحيى بن سعيد، عن هشام بن عروة قال: حدثتني فاطمة، عن أسماء قالت: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ، فقالت: إحدانا يصيب ثوبها من دم الحيضة، كيف تصنع به، قال: «تحته، ثم تقرصه بالماء، ثم تنضحه، ثم تصلي فيه»

92 أخرج أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب ما جاء في بئر بضاعة برقم (67)، قول النبي ﷺ (الماء طهور لا ينجسه شيء)، حديث صحيح بطرقه وشواهده... ينظر: مسند الإمام أحمد، مسند أبي سعيد الخدري طبعة الرسالة ج17، ص 357.

93 ينظر: السمعاني، الاصطلام بين الشافعي وأبي حنيفة، ج 1، ص42

94 الإبياري، علي بن إسماعيل الأبياري (ت: 616 هـ)، **والبيان في شرح البرهان في أصول الفقه**، تحقيق: علي بن عبد الرحمن بسام الجزائري، الكويت، دار الضياء، (2013 م)، (ط1)، ج3، ص 486؛ العطار (ت:1250هـ)، **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (د.ط)، ج1، ص334.

95 ينظر: النووي، المجموع شرح المهذب، ج1، ص93؛ السمعاني، القواطع في أصول الفقه ج3، ص927؛ الإبياري، البيان في شرح البرهان في أصول الفقه، ج3، ص486؛ ينظر: المحبوبي، المصدر السابق ج2، ص 136.

96 سبق تخريجه

97 ينظر: ابن الساعاتي، نهاية الوصول على علم الأصول، ج2، ص578؛ المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح ج2، ص 142.

98 ينظر: السمرقندي، علاء الدين شمس النظر أبو بكر محمد نب أحمد السمرقندي، **ميزان الأصول في نتائج العقول في أصول الفقه**، تحقيق الأستاذ الدكتور العالم الرباني عبدالملك بن عبدالرحمن السعدي، عمن، الأردن، ، دار النور المبين، (2017م)، (ط2)، ج2، ص 875.

99 ينظر: الحقاني، أبو محمد عبدالحق الحقاني، **النامي على شرح منتخب الحسامي** للشيخ الإمام حسام الدين محمد بن محمد بن عمر الأخسيكثي (ت 644 هـ)، كراتشي، باكستان، مكتبة البشرى، (2014م)، ص 235 ؛ ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص36.

100 ينظر ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص64.

101 ينظر: ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص33 – ص40.

102 ينظر: الدبوسي، أبوزيد عبدالله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (430 هـ)، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، تحقيق خليل محي الدين الميس، بيروت، لنبان، (2011م)، (ط1)، ص300.

103 المناقضة: هو ادعاء السائل بطلان دليل المعلل مع استدلاله على دعوى البطلان بتخلف الدليل عن المدلول بسبب جريانه على مدعى آخر غير هذا المدعى. ينظر: السعدي، الإمام الرباني عبدالملك بن عبدالرحمن السعدي، **حسن المحاورة في آداب البحث والمناظرة**، عمان، الأردن، دار النور المبين، (2014م)، (ط1)، ص10.

104 ينظر: البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص44

105 ينظر: البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص62؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص295.

106 ينظر: الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، (ج2، 384)؛ اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2/76.

5 المصدر السابق

108 المصدر السابق

109 ينظر: السنهلي، حاشية السنهلي على نور الأنوار، ج2، ص76

110 السائل: هو الذي يعارض ادعاء المدعي بالمعارضة أو بالنقض أو بالمنع، كأن يقول: العالم قديم؛ لأنه أثر من آثار القديم، وكل ما هو أثر من آثار القديم فهو قديم. انظر: السعدي، عبدالملك، حسن المحاورة في آداب البحث والمناظرة، ص9.

111 ينظر: الرهاوي، حاشية الرهاوي على منار الأنوار، ص847.

112 ينظر: الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه المخيل ومسالك التعليل، ص 465؛ السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت: نحو 540هـ)، **تحفة الفقهاء**، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، (1994 م)، (ط2)، ج1، ص18-19.

113 ينظر: السمعاني، الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة، ج1، ص113- ص121؛ السمعاني، القواطع في أصول الفقه، ج3، ص1054 – 1056

114 ينظر: المصدر السابق

115 ينظر: الرهاوي، حاشية الرهاوي على منار الأنوار، ص852.

116 ينظر: أمير بادشاه، محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (ت:972 هـ)، **تيسير التحرير**، مصر، مصطفى البابي الحلَبِي – مصر، (1932 م) وصورته: دار الكتب العلمية - بيروت (1983 م)، ودار الفكر - بيروت (1996 م)، ج4، ص143.

117 الرهاوي، حاشية الرهاوي على منار الأنوار، ص852.

118 ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص296.

119 ينظر: ابن الحلبي، حاشية أنوار الحلك على متن منار الأنوار، ص850.

120ينظر: السمعاني، الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة، ج1، ص113- ص 121 ؛: الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه المخيل ومسالك التعليل، ص 465

121 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب غسل الدم برقم (228): عن عائشة قالت: جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي ﷺ- فقالت: يا رسول الله إني امرأة أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة؟ فقال رسول الله ﷺ-: «لا، إنما ذلك عرق، وليس بحيض، فإذا أقبلت حيضتك فدعي الصلاة، وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم ثم صلي» - قال: وقال أبي: - «ثم توضئي لكل صلاة، حتى يجيء ذلك الوقت» قال السندي: قولها: ترى ما يَريبها، بفتح الياء، أي: يوقعها في الريبة أنها طاهرة أو حائضة، والمراد به الدم، أي إذا رأت الدم بعد الطهر وانقطاع الحيض فذاك دم عرق، وليس بحيض. ينظر: مسند الإمام أحمد، مسند الصديقة عائشة بنت الصديق، طبعة الرسالة ج40، ص490

122 الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت 370 هـ)، **الفصول في الأصول**، وزارة الأوقاف الكويتية، (1994م) (ط2)، ج4، ص208

123 المصدر السابق (4/157)

124 ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص296؛ الخبازي، المغني في أصول الفقه، ص321.

125 الرّهاوي، حاشية الرّهاوي على منار الأنوار، ص 851.

126 السمعاني، القواطع في أصول الفقه، ج3، ص1056.

127 ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص296.

128 عزمي زاده، حاشية عزمي زاده على منار الأنوار، 852.

129 خيار الشرط: أن يشترط أحد المتعاقدين أو كلاهما أن يكون له حق فسخ العقد إلى مدة معينة. ينظر: معجم لغة الفقهاء، ص202.

130 الرهاوي، حاشية الرهاوي على منار الأنوار، ص852.

131 ينظر: ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص76-77 ؛ اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2، ص76-77؛ السنهلي، حاشية على حاشية نور الأنوار، ج2، ص76-77.

132 المعارضة: هي إبطال السائل ما ادعاه المعلل، واستدل عليه بإثبات نقيض هذا المدعى. انظر: السعدي، عبدالملك، حسن المحاورة في آداب البحث والمحاورة، ص9.

133 ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص297.

134 البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص75.

135 قال: ابن الملك: (اعلم ان في هذا القول أمرين أحدهما كونه معارضة فيها مناقضة، والثاني: تقديم المعارضة وجعلها أصلا. أما الأول فلأنه ذو حظ من كل واحد منهما، فإن فيه إبداء علة أخرى، وهذا خاصة المعارضة، وفيه إبطال دليل المعلل أيضا هذا خاصة المناقضة، والأمر الثاني: هو جعل المعارضة أصلا فلأن المعارضة قصدية؛ لأن المصنف رحمه الله تعالى نفى المناقضة عن العلل المؤثرة بقوله لأنها لا تحتمل المناقضة فصار الكلام في المعارضة قصدا وفي المناقضة ضمنا)؛ ص297.

136 النقض: لغة: إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء أو عهد، ويأتي بمعنى الهدم، فيقال: نقض البناء أي: هدمه. انظر: المصباح المنير ص 621، مادة نقض)

137 ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص298.

138 السمعاني، أبو المظفر السمعاني المروزي (ت 489 هـ)، **القواطع في أصول الفقه**، دار الفاروق، عمان، الأردن 2011م، ج3، 1096.

139ينظر: الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: 623هـ)، **العزيزشرح الوجيزالمعروف بالشرح الكبير**، تحقيق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، لبنان(1997م)، (ط1)، ج11، ص138.

140 ينظر: القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت 684هـ)، **نفائس الأصول في شرح المحصول**، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز (1995م)، (ط1)، ج8، ص 363؛ ابن الدهان، محمد بن علي بن شعيب، أبو شجاع، فخر الدين، ابن الدَّهَّان (ت: 592هـ)، **تقويم النظرفي مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة**، تحقيق: صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، الرياض، السعودية، مكتبة الرشد، (2001م)، (ط1) ج2، ص 472.

141 ينظر: الدبوسي، تقويم الأدلة، ص 331؛ ابن الساعاتي، بديع النظام، ج2، ص 637؛ الفناري، البدائع في أصول الشرائع، ج2، ص 408؛ ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص79 – 81

142 السنهلي، حاشية السنهلي على نور الأنوار، ج2/79 – 81.

143 ابن العيني، زين الدين عبدالرحمن بن أبي بكر المعروف بابن العيني ت (893 هـ)، **شرح متن المنارفي أصول الفقه**، تحقيق سمير الطواف، دمشق، دار البيروتي، (2010م)، ص 325؛ الرهاوي، حاشية الرهاوي على نور الأنوار، ص855.

144 ينظر: ابن الملك، **شرح منار الأنوارفي أصول الفقه**، ص299؛ ابن العيني، **شرح متن المنار**، ص326؛ ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص82-83).

145 السمعاني، القواطع في أصول الفقه، ج3، 1070.

146 السمعاني، القواطع في أصول الفقه ج3، ص1061، ج3، 1070.

147 ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص299؛ ابن العيني، شرح متن المنار، ص326؛ ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص 82، -83).

148 لم أقف عليه في كتب الحديث، والمتن موجود في كتب الأصول بنصه.

149 ينظر: الدبوسي، تقويم الأدلة، ص 299؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار (ص 299)؛ ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص3.

150 العكس ليس من باب المعارضة، لكنه لما استعمل في مقابلة القلب ألحق بهذا الباب.. وهذا النوع من القلب ليس بعكس حقيقة لأنه لا يصدق عليه تعريف العكس، لذلك ذكره عامة الأصوليين في أقسام القلب ولم يذكروه في العكس، لكنه لما كان يشبه العكس من حيث إنه رد للحكم الذي اطرد وإن كان على خلاف سننه أورده فخر الإسلام في هذا القسم وتابعه المصنف. انظر: ابن عابدين، حاشية نسمات الأسحار على شرح إفاضة الأنوار على متن تنوير الأبصار، ص232 – 233.

151 السمعاني، القواطع في أصول الفقه، ج3/1061.

152 ينظر: ملاجيون، نور الأنوار، ج2/84-85.

153 ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص300؛ ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص 84-85.

154 ينظر: 154 البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص79 ؛ الرهاوي، حاشية الرهاوي على منار الأنوار، ص 857.

155 ينظر: البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص 61؛ ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج3، ص 281؛ ابن الساعاتي، بديع النظام، ج2، ص 639؛ ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص85.

156 ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص85؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار ص 301 (هو أن يعارض السائل بما يخالف حكم المعلل بأن يذكر علة أخرى توجب خلاف حكمه من غير زيادة وتغيير فيه فيقع بإيراد الضد المحض مقابلة محضة بلا تعرض لإبطال علة الخصم. وهي أن يقول السائل للمعلل دليلك وإن دل على مدعاك لكن عندي ما ينفيه).

157 ينظر: السمعاني، القواطع في الأدلة، ج2، ص162؛ الطوفي، نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبدالكريم بن سعيد الطوفي (ت:716 هـ)، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، (2011م)، (ط1)، ج3، ص 479 – 480، ج3، ص521 ؛ المحلاوي، تسهيل الوصول في علم الأصول، ص436.

158 اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2، ص85؛ ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار، ص300 – 301 ؛ ابن العيني، شرح متن المنار، ص 327 – 328.

159 الجصاص، الفصول في الأصول، ج4، ص209

160 ينظر: الطوفي، شرح مختصر الروضة ج3، ص 479 – 480 ، ج3، ص521 ؛ المحلاوي، تسهيل الوصول في علم الأصول، ص436

161 اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2، ص85.

162 ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص302.

163 ينظر: الرازي، الفصول في الأصول، ج4، ص161.

(واستدللنا على صحة علتنا: بأنا وجدنا البلوغ معنى يستحق به الولاية، بدلالة أن البكر والثيب لا يختلفان في استحقاق الولاية على أنفسهما في الشراء والبيع، ولم نجد للبكارة تأثيرا في استحقاق الولاية عليها في موضع متفق عليه، فكانت علتنا أولى بالصحة، لما لها من التأثير في الأصول وتعلق الأحكام بها، وكان رد البكر البالغة إلى الثيب البالغة، أولى من ردها إلى البكر الصغيرة).

164 ينظر: الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، ص112، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج12، ص 148.

165 ينظر: الدبوسي، أبو زيد عبد الله بن عمر بن عيسى الدّبوسيّ الحنفي (المتوفى: 430هـ)، **تقويم الأدلة في أصول الفقه**، تحقيق خليل محيي الدين الميس، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، (2001م)، (ط1)، ص339 ؛ السغناقي، الحسين بن علي بن حجاج بن علي، حسام الدين السِّغْنَاقِي (ت: 711 هـ)، **الكافي شرح البزودي**، تحقيق: فخر الدين سيد محمد قانت، مكتبة الرشد، (2002م)، (ط1)، ج4، ص188؛ ابن أمير حاج، **التقرير والتحبير** (ج3/281)؛ ابن الساعاتي، نهاية الوصول الى علم الأصول، ج2، ص540؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص302.

166 ينظر: السنهلي، حاشية السنهلي على نور الأنوار، ج2، ص86؛ ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص302.

167 ينظر: اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2، ص86.

168 ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص303.

169 ينظر: ابن المحاملي: أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعيّ (ت: 415هـ)، **اللباب في الفقه الشافعي**، تحقيق عبد الكريم بن صنيتان، المدينة المنورة، دار البخاري، (1416 هـ)، (ط1)، ص235 – 236؛ العمراني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (ت: 558هـ)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق قاسم محمد الن، جده، دار المنهاج، (2000م)، (ط1)، ج8، ص401؛ النووي، المجموع شرح المهذب، ج9، ص 355.

170 المرجع السابق.

171 ينظر: الدبوسي، تقويم الأدلة، ص337)؛ البخاري، كشف الأسرار، ج4، ص162؛ الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع ج2، ص406؛ ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، ص 303؛ ملاجيون، نور الأنوار ج2، ص87 ؛ اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار (ج2/87)

172 ينظر: ابن الملك، شرح منار الأنوار، ص303)؛ اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار، ج2، ص89.

173 ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص89.

174 المرجع السابق

175 ابن عابدين، حاشية نسمات الأسحار على شرح إفاضة الأنوار، ص334.

176 السمعاني، القواطع في أصول الفقه ج3، ص 1071.

177 الثمنية لإمة للذهب والفضة لا تنفك عنهما بحال من الأحوال، فجعلناها علة لوجوب الزكاة في الحلي، فتجب الزكاة في الذهب والفضة سواء صيغ صياغة كحلي النساء أو كالأواني كما تجب في غير المصوغ منهما بعلة الثمنية بأصل الخلقة، خلافا للشافعية بكون الزكاة لا تتعلق بكونهما ثمنا بل بكونهما مالا للتجارة ينظر: المحلاوي، تسهيل الوصول في علم الأصول، ص401.

178 ينظر: ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص89 ؛ اللكنوي، حاشية قمر الأقمار على نور الأنوار ج2، ص90 ؛ السنهلي، حاشية السنهلي على قمر الأقمار ج2، ص89.

179 **الاقتيات: من قوت، ما يصلح أن يكون قوتا، والقوت ما به قوام بدن الانسان من الطعام. ومنه قولهم: علة تحريم ربا الفضل في الاصناف الاربعة:** الاقتيات والادخار، ينظر: قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص83.

180 ملاجيون، نور الأنوار، ج2، ص89.

181 السنهلي، حاشية السنهلي على نور الأنوار ج2، ص 99.

182 السغناقي، الكافي على شرح البزدوي، ج4، ص733.

183 ابن عابدين، حشاية نسمات الأسحار على شرح إفاضة الأنوار، ص234.

184 أخرج مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل، برقم (1592).

185185 أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، في باب في زكاة السائمة، برقم: (1593) وأخرجه الإمام الترمذي، كتاب أبواب الزكاة، باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم، برقم (621). حديث صحيح

186 أخرج أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب ما جاء في بئر بضاعة برقم (67)، قول النبي ﷺ (الماء طهور لا ينجسه شيء)، حديث صحيح بطرقه وشواهده

" المسؤولية الجزائية الناشئة عن الإيذاء المبهج في التشريع الأردني "

د. مؤيد حسني الخوالدة*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2020/12/16م

الملخص

يتناول هذا البحث جريمة حديثة وهي جريمة الإيذاء المبهج وتتم هذه الجريمة من خلال نشر صور أو مقاطع فيديو تسبب أذى للأشخاص الآخرين نتيجة نشرها، وتكون مصدر بهجة وفرح لمن يقوم بنشرها من خلال زيادة عدد التعليقات أو الإعجابات والشهرة على مثل هذه المنشورات، العديد من الحالات التي تمت في الأردن ممكن اعتبارها جريمة إيذاء مبهج، وأبرز مثال على ذلك حادثة فتى الزرقاء، فكان علينا من خلال هذا البحث توضيح التكييف القانوني لهذه الجريمة وتوعية المشرع الأردني والمجتمع بها، فهذا واجب على أهل القانون، ويظهر من خلال ذلك عدد من النتائج والتوصيات؛ النتائج عدم انطباق النصوص التقليدية على جريمة الإيذاء المبهج؛ لأنه يتعارض مع القاعدة القانونية الأساسية في القانون الجنائي " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وبأنه لا يمكن القياس في المسائل الجزائية فيما يتعلق بنصوص التجريم والعقاب أما التوصيات هو النص صراحة على هذه الجريمة في قانون الجرائم الالكترونية الأردني والمقترح هو كالتالي:

" يعاقب كل من قام قصداً بنشر أي صور أو مقاطع فيديو أو أخبار متعلقة بالآخرين دون أخذ الموافقة منهم بالحبس مدة ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن (2000) ألفي دينار و لا تقل العقوبة عن سنة إذا تيقنت المحكمة من الدافع الدنيء للفاعل "

* أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة فيلادلفيا.

Criminal liability arising from blissful victimization in Jordanian legislation

Abstract

This research deals with a recent crime، which is the crime of joyful harm، and this crime is done by publishing pictures or videos that cause harm to other people as a result of their publication and be a source of joy and joy for those who publish them by increasing the number of comments or likes and fame on such posts، many cases that have been In Jordan، it can be considered a pleasant offense crime، and the most prominent example of that is the Zarqa Boy incident. Through this research، we had to clarify the legal adaptation of this crime and educate the Jordanian legislator and society about it.

This is the duty of the people of law، and through this a number of findings and recommendations appear. Conclusions The non-applicability of traditional texts to the crime of joyful victimization because it contradicts the basic legal rule in the criminal law: "There is no crime and no punishment except with a text."

And that it is not possible to measure in penal matters in relation to the texts of incrimination and punishment. As for the recommendations، it is explicitly stated in the Jordanian Cybercrime Law، and the proposal is as follows: “Anyone who intentionally publishes any pictures، videos، or news related to others without obtaining their consent shall be punished with imprisonment for a period of three One month and a fine of no less than (2000) two thousand dinars، and the penalty for no less than one year if the court is certain of the perpetrator's sordid motive.

المقدمة:

إن القواعد القانونية تجرم انتهاك حرمة الحياة الشخصية؛ لأنها مصانة و قد أوجب لها الدستور الأردني والقانون الحماية من أي معتد، وكذلك قد يكون من خلال نشر صور أو مقاطع فيديو وهو ما يعرف بجريمة الإيذاء المبهج هو مصطلح قانوني موجود في فرنسا وهو يعني تصوير حادثة أو اعتداء ونقل هذا الاعتداء أو الإيذاء على وسائل التواصل الاجتماعي أو غيره بهدف تعريف الناس بما حصل وتكون غاية الفاعل من ذلك الشهرة على حساب إيذاء أشخاص آخرين، فمصطلح الإيذاء المبهج هو مهم وحساس ويعبر عن مضمونه حيث إن نشر الفيديوهات أو الصور لمن تم الاعتداء عليهم يشكل بالنسبة لهم إيذاء ولكن بالنسبة للجاني يشكل شيء مبهج لهذا يسمى الإيذاء المبهج، وهذه الجريمة منتشرة في العالم بشكل عام والأردن بشكل خاص؛ بالنسبة للعالم المثال الأبرز ما حصل عام 2019 وهي الجريمة البشعة التي حصلت في نيوزيلندا فإن القاتل تعمد البث المباشر من خلال الكاميرا المثبتة على بندقيته على منصة الفيسبوك وكانت مدة الفيديو 17 دقيقة من الدماء الطاهرة الزكية، أما الأردن فأحدث قضية هي قضية فتى الزرقاء وما تم نشره من صور ومقاطع فيديو لهذه الجريمة البشعة بمقياسها كافة، ولا يقل هذا الاعتداء جسامة عن الأشخاص الذين يقومون بنشر هذه الصور ومقاطع الفيديو حتى صدر قرار من القضاء الأردني بمنع النشر في هذه القضية العالمية وكذلك فإنه يتم الاعتداء على ذوي الاحتياجات الخاصة والاستهزاء بهم وتصويرهم ونقل ذلك للآخرين والعديد من الوقائع التي نشاهدها يومياً على منصات التواصل الاجتماعي التي أرجو أن تجد لها الرادع المناسب، وتصبح هذه الجريمة معروفة لدى جميع أطياف الشعب الأردني الطيب الأصيل.

فكل مواطن أردني يتمتع بحقوق وواجبات بموجب الدستور الأردني، وهناك قاعدة عامة تقول: " تقف حريتي عندما أعتدي على حرية الآخرين " فهذه هي الحرية المسؤولة وأن استخدام وسائل التواصل الاجتماعي نوع من أنواع الحرية التي يجوز لأي مواطن أردني أستخدمها دون تقييد في ذلك.

أولاً: أهمية البحث

جريمة الإيذاء المبهج هي جريمة حديثة على المجتمع الأردني وترتكب غالباً من خلال الوسائل التكنولوجية ودون أن يعرف مرتكبوها أن هذه جريمة، ويجب أن يكون هناك عقاب رادع لها؛ لأنها تعتدي على كرامة الإنسان وحريته الشخصية التي يجب أن تكون مصونة، فعند نشر تلك الصور قد يترتب عليها نتائج خطيرة؛ فمثلاً قد حدث في الأردن قيام أحد الأشخاص بنشر صورة طفلة تعرضت إلى حادث سير على صفحته على الفيسبوك فشاهدت والدة الطفلة تلك الصورة دون أن تكون والدتها تعرف أصلاً بتعرض ابنتها لحادث سير فترتب على ذلك حصول جلطة قلبية لوالدتها كادت أن تؤدي إلى وفاتها.

ثانياً: مشكلة البحث

جريمة الإيذاء المبهج من الجرائم المستحدثة والخطيرة على المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، فكان واجب البحث في وجود نصوص قانونية تعاقب على هذه الجريمة أم لا ؟؟ لأن القاعدة في القانون الجنائي " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص " أي شخص يرتكب هذه الجريمة دون نص قانوني يعاقبه سوف يفلت من العقاب على الرغم من جسامة جريمته.

ثالثاً: أهداف البحث

1- تحديد التكييف القانوني لجريمة الإيذاء المبهج.

2- توضيح جريمة الإيذاء المبهج والاركان القانونية لهذه الجريمة.

3- جريمة الإيذاء المبهج تنطبق على الاشتراك الجرمي التبعي أو جريمة انتهاك الحياة الخاصة

4- توضيح المسؤولية القانونية لرئيس التحرير وكاتب المادة الصحفية في المواقع الإلكترونية.

2- توعية المجتمع بهذه الجريمة الخطيرة والحديثة على المجتمع الأردني.

خامساً: منهج البحث

يعتمد البحث على في دراسته على المنهج التحليلي لجريمة الإيذاء المبهج وفقاً للقوانين الأردنية ذات العلاقة ومنها قانون العقوبات الأردني وقانون الجرائم الإلكترونية الأردني وقانون المطبوعات والنشر الأردني وقانون الإعلام المرئي والمسموع وكل ذلك بشكل واضح ومختصر ودون إسهاب وحشو لا داعي له.

سادساً: تقسيم البحث

سوف نقسمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم جريمة الإيذاء المبهج.

المطلب الثاني: أركان جريمة الإيذاء المبهج.

المطلب الأول

مفهوم جريمة الإيذاء المبهج:

إن هذه الجريمة تستهدف الإنسان من خلال تصويره وهو في حالة اعتداء عليه أو وقوع حادث سير عليه ثم القيام بنشر هذه الصور أو مقاطع الفيديو للآخرين سواء من يقوم بالتصوير هو من يعتدي أو غيره من يقوم بذلك، وهذا من خلال نشر الصور أو مقاطع الفيديو على صفحة الشخصية لمن يصور الاعتداء أو على صفحة أشخاص آخرين.

الفرع الأول: تعريف الإيذاء المبهج ومو اقع التواصل الاجتماعي

أولاً: تعريف الإيذاء المبهج

عرف مصطلح الإيذاء المبهج happy slapping وهو مصطلح فرنسي الأصل وتعني القيام بالصفع بسعادة أو هي تلك الممارسة المتمثلة في تصوير الاعتداء المادي أما المثال القانوني للمصطلح فهو قيام شخص أو عدة أشخاص بتصوير اعتداء مادي سواء أكان هذا الاعتداء جسدياً أم جنسياً على أن يتم هذا التصوير بأي وسيلة سواء أكان هذا التصوير بالفيديو أم بالتصوير الفوتوغرافي أو بالهاتف النقال بهدف نشر تلك الصور على وسائل التواصل الاجتماعي. (1) ومن خلال التعريف السابق لجريمة الإيذاء المبهج نجد أننا أمام

وصفين: الأول هو جريمة التصوير للإيذاء، والثاني أمام جريمة نشر لذلك الإيذاء والنشر إما أن يكون من خلال صور فوتوغرافية أو فيديو وقد تنشر تلك الصور من خلال شبكة المعلومات الالكترونية وهو هنا مدار هذا البحث بنشر تلك الصور أو مقاطع الفيديو على مواقع التواصل الاجتماعي.

ونجد أن صلب الجريمة ليس في الإيذاء في ذاته وإنما باتخاذ الإيذاء وسيلة للسخرية على من وقع عليه الإيذاء وذلك من خلال التصوير سواء بالهاتف المحمول أو التصوير بالفيديو ولذلك تم تسميتها بجريمة الإيذاء المبهج لأن المعتدي الذي يقوم بالتصوير يجعل الاعتداء بوصفه شيئاً مسلياً.

ثانياً: تعريف مو اقع التواصل الاجتماعي

لمواقع التواصل الاجتماعي أهمية كبيرة، فاتسعت شهرتها وأصبح روادها بالملايين، حيث تستخدم وسيلة للتواصل مع بعضهم البعض، وما يصاحب ذلك من إرسال رسائل وتبادل المعلومات والأخبار وكل ما يشغف العقول ويحير الألباب وليس هناك ملاذ للشرفاء من مرتادي تلك المواقع يلذون ويطلبون الغوث من شرور المجرمين إلا القوانين التي تسنها الدول لحماية المواطنين في ذلك العالم التواصلي الافتراضي.[2]

فمواقع التواصل الاجتماعي يمكن تعريفها على أنها: تلك الصفحات المفتوحة على المواقع (webs) التي تعمل على تيسير عملية التواصل والنشاط والتعارف بين هؤلاء المرتادين، والذين ينقسمون إلى مجموعات بحسب الاهتمامات والأهداف والرؤى وغيرها من الأمور المشتركة التي تجمع بين فئات بعينها، وتعمل تلك المواقع على توصيل ما يريد أن يرسله مستخدمو تلك المواقع إلى بعضهم البعض، وهو ما يتم بشكل فوري في شكل ملفات وفيديوهات ودردشة فورية وغرف نقاش ودردشة.[3]

وتلك المواقع الإلكترونية هي ما تقدم واقع افتراضيا ذا طابع اجتماعي يلتقي فيه الأصدقاء، وهو ما يشبه الواقع الطبيعي واللقاء الطبيعي في الواقع وتتكون شبكات أو مجموعات الأصدقاء على اختلاف أعمارهم ووعيهم الفكري والثقافي حيث يتم التعبير عما يجول بخاطرهم من معلومات ومعرفة وصور وغيرها من تلك الأمور مثل الفيديوهات والمحادثة والبريد الإلكتروني.[4]

وبالتالي يمكن تعريف مواقع التواصل الاجتماعي: بأنها هي تلك المواقع الموجودة على شبكة الإنترنت وهي ما تتيح لمرتاديها التواصل بين بعضهم البعض والعمل على تبادل المعلومات والعمل على عمل ملفات تحتوي على صور وفيديوهات لا يرون حرجا من مشاركة أصدقائهم لها على تلك المواقع.

والفيسبوك من أهم وسائل التواصل الاجتماعي وغالبية ارتكاب جريمة الإيذاء المبهج ترتكب من خلاله فهو موقع إلكتروني للتواصل الاجتماعي، أي أنه يتيح عبره للأشخاص العاديين والاعتباريين (الشركات) أن يبرز نفسه وأن يعزز مكانته عبر أدوات الموقع للتواصل مع آخرين ضمن نطاق ذلك الموقع أو عبر التواصل من مواقع تواصل أخرى، وإنشاء روابط تواصل

مع الآخرين، وقد تحول الموقع من مجرد مكان لعرض الصور الشخصية والتواصل مع الأصدقاء والعائلة إلى قناة تواصل تسويقية أساسية تعتمدها الآلاف من الشركات الكبيرة والصغيرة للتواصل مع جمهورها، وكذلك الصحف التي اعتمدت على المجتمعات الإلكترونية لنقل أخبارها والترويج لكتابها وغيرها من وسائل الإعلام، ليتعدى موقع الفيسبوك وظيفته الاجتماعية إلى موقع متعدد الأغراض، أكبر موقع إلكتروني بشري على وجه الأرض.(5)

الفرع الثاني: مدى كفاية الأوصاف التقليدية لعقاب الإيذاء المبهج

إن الاعتداء المبهج يكون الإنسان محلاً له وذلك بالاعتداء عليه من خلال تصويره بالهاتف النقال أو آلة تصوير فيديو أو أي وسيلة تسجيل أخرى، فالهدف الحقيقي من الجريمة هو نشر الصور وليس في الاعتداء ذاته، وهذا النشاط الجرمي المستحدث وفقاً للنصوص التجريمية التقليدية في قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 والمعدل بالقانون رقم 7 لسنة 2017 و قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم 27 لسنة 2015 لا تكفي لمواجهة هذه الجريمة والحد من هذه الجريمة التي تعد من أكثر الجرائم التي تقع حالياً في المجتمع الأردني، والعلة القانونية في عدم انطباق النصوص التقليدية؛ لأنه يتعارض مع القاعدة القانونية الأساسية في القانون الجنائي " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" وكذلك أنه لا يمكن القياس في المسائل الجزائية فيما يتعلق بنصوص التجريم والعقاب، فالقياس هو إعطاء واقعة أو فعل لم يرد نص بتجريمها بحكم واقعة أخرى منصوص على تجريمها لوجود تشابه بين الواقعتين أو اتحادهما بالعلة. وأن الأفعال الأساسية محل التصوير لا تثور بشأنها أي مشكلة إذ يخضع مرتكبها للمسؤولية بمقتضى النصوص المتعلقة بالإيذاء البدني أو الاعتداء على العرض أو حسب الجريمة التي تقع فعلاً وكل ذلك منظم وعليه نصوص قانون العقوبات الأردني.

ولهذا أرجو على المشرع الأردني النص صراحة في قانون الجرائم الإلكترونية الأردني على جريمة الإيذاء المبهج؛ لأن نشر الصور ومقاطع الفيديو في غالبية الأمر يكون من خلال وسائل التواصل الاجتماعي الفيسبوك والواتس آب، والمقترح هو كالتالي " يعاقب كل من قام قصداً بنشر أي صور أو مقاطع فيديو أو أخبار متعلقة بالآخرين دون أخذ الموافقة منهم بالحبس مدة ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن (2000) ألفي دينار و لا تقل العقوبة عن سنة إذا تيقنت المحكمة من الدافع الدنيء للفاعل " لأن هذه الجريمة فيها إيذاء للأشخاص الآخرين من قبل أشخاص يكون من أهدافهم الشهرة على حساب مشاعر الأخرين وسبب في هذه العقوبة كون عقوبة الحبس أكثر من سنة لا يجوز للقاضي وقف تنفيذ العقوبة وزيادة مبلغ الغرامة حتى تكون وسيلة ضغط على من تسول له نفسه ارتكاب مثل تلك الجرائم.

المطلب الثاني:

أركان جريمة الإيذاء المبهج والاشتراك الجرمي

هي جريمة كأي جريمة أخرى تقوم على توافر ثلاثة أركان للجريمة، وهي الركن القانوني والركن المادي والركن المعنوي وكذلك يكون هناك اشتراك جرمي.

الفرع الأول: أركان جريمة الإيذاء المبهج

أولاً: الركن القانوني

إن الأشخاص العاديين أو الاعتباريين الذين يقومون بنشر صور أو مقاطع الفيديو المتعلقة بحوادث السير أو الاعتداء على الآخرين ونشرها على وسائل التواصل الاجتماعي وخصوصاً الفيسبوك، يجب أن يتوافر بحقهم أهم ركن من أركان الجريمة هو الركن القانوني فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وهذا ما أكده القانون الجنائي، وبما أن المشرع الأردني لم يذكر هذه الجريمة سواءً في قانون العقوبات الأردني أو قانون الجرائم الإلكترونية الأردني فلا يتم تجريمها، ونحن بحاجة إلى نص قانوني صريح ينص على هذه الجريمة؛ لأنه لا يمكن القياس في القانون الجنائي في التجريم والعقاب.

ثانياً: محل الجريمة

يتمثل محل هذه الجريمة بالعديد من صور الاعتداء، فبداية يتمثل بالاعتداء على سلامة الشخص مثل التعذيب والإيذاء والقتل التي يتم إيقاعها على الشخص ثم القيام بتصويره ونشر ذلك، فالعبرة أن هذه الأفعال تنطوي على قدر من الجسامة، وكذلك يعدّ من محل الجريمة جرائم الاعتداء الجنسية مثل الاغتصاب وغيرها من الجرائم الجنسية؛ لأن نشر هذه الصور ومقاطع الفيديو يحقق غاية الإيذاء المبهج المتمثلة في المساس بكرامة الإنسان وآدميته.

وبالتالي فمحل جريمة الإيذاء المبهج يجب أن تشتمل جميع الجرائم التي تقع وأن لا يتم حصرها بجرائم معينة حتى لا يكون هناك مهرب قانوني للفاعل والشركاء من هذه الجريمة، فمجرد النشر لصور ومقاطع فيديو متعلق بجريمة نص عليها القانون فمثلاً إذا كانت تتعلق بالمصلحة الخاصة يتم تقديم شكوى من صاحب المصلحة، وإذا كان نشر هذه الجريمة يضر بالمصلحة العامة فلا تكون معلقة على شكوى وتتحرك دعوى الحق العام مباشرة مثل العديد من القضايا التي حدثت في المجتمع الأردني وآخرها كانت قضية فتى الزرقاء بنشر صور ومقاطع فيديو بالحادثة البشعة التي أثرت على المصلحة العامة للدولة الأردنية والمصلحة الخاصة للفتى وأهله، وتقدير وقوع جريمة الإيذاء المبهج من عدمه هي سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع.

وصور ارتكاب الجريمة التي يتم نشرها:

المجموعة الأولى: جرائم الإيذاء البدني والتعذيب والإعمال الموصوفة بالبربرية مثل الدفع والضرب والصفع.

المجموعة الثانية: وهي الجرائم المتعلقة بحوادث السير أو نشر صور أو مقاطع فيديو لفتيات على عكس الحقيقة والواقع أو الاستهزاء بالأشخاص.

وأتمنى على المشرع الأردني النص في قانون الجرائم الإلكترونية الأردني كما هو مقترح كالتالي: " الفقرة ب- من يقوم بنشر أي صور أو

مقاطع فيديو أو إخبار متعلقة بالآخرين دون أخذ الموافقة منهم تعلق الشكوى على الادعاء بالحق الشخصي، وإذا كانت الصور أو مقاطع فيديو تضر بالمصلحة العامة للدولة فتتحرك دعوى الحق العام وتقدير ذلك للنيابة العامة ولمحكمة الموضوع. ج- التنازل عن الحق الشخصي لا يسقط دعوى الحق العام إذا كانت تضر بالمصلحة العامة".

ثالثاً: الركن المادي (6)

أن هذه الجريمة تقوم من خلال فعلين مختلفين غير أنهما متكاملان وهما بتسجيل الصور أو مقاطع الفيديو ثم القيام بنشرها وتخضع للعقاب عندما تتعلق بسلامة الشخص في بدنه أو عرضه.

فالتصوير ونشر هذه الصور أو مقاطع الفيديو شرط لوقوع هذه الجريمة، فالتسجيل فقط دون النشر لا تقوم جريمة الإيذاء المبهج؛ لأن ركن العلانية ركن أساسي لقيام هذه الجريمة وبدونه لا تقوم الجريمة وحتى نكون أمام الجريمة ويخضع فعله للعقاب يجب أن تكون هذه الصور أو مقاطع الفيديو تنال من شرف الإنسان وكرامته أو تعرضه لبغض الناس واحتقارهم وغالباً يكون محل الجريمة صوراً ماسة بسلامة الشخص المعتدى عليه (من تم تصويره أو نشر مقاطع فيديو له) في عرضه وبدنه، وواقعة نشر صور أو مقاطع الفيديو التي فيها إيذاء للآخرين باعتبارها جريمة فتتحقق الجريمة وإن شاهده شخص واحد بعد نشره.

وكذلك تتحقق النتيجة أيا كانت وسائل نشر تلك الصور الخاصة بالاعتداء أو مقاطع الفيديو فقد تأتي بواسطة الهاتف المحمول أو عن طريق البريد الالكتروني، أو مواقع الانترنت أو الفيسبوك أو الواتس اب أو الانستغرام وغيرها من الوسائل الإلكترونية.

وواقعة جريمة نشر صور ومقاطع فيديو عبر وسائل التواصل الاجتماعي لها عدد من الأفعال المكونة لها فهي على التوالي اعتداء ثم تسجيل لذاك الاعتداء ثم نشر لهذا التسجيل، ولذلك لم يجرم المشرع الأردني تلك الجريمة بوصفها وحدة واحدة وإنما أخضع جريمة الاعتداء من قبل الجاني للمجني عليه طبقا لنصوص قانون العقوبات الأردني والقوانين التي تنطبق على تلك الأفعال وجريمة التسجيل والنشر كجريمة إيذاء مبهج أرجو أن ينص عليها المشرع الأردني.

وبالتالي أرجو على المشرع الأردني جعل من التسجيل ثم النشر الركنيين المكونين للركن المادي لجريمة الإيذاء المبهج وقد كانت فلسفة المشرع الأردني بالربط بين التسجيل ثم النشر حتى نكون أمام الجريمة، فالتسجيل في حد ذاته لا يصلح ركن للجريمة وإنما لا بدّ أن يعقب التسجيل نشر لما سجل.

رابعاً: الركن المعنوي (7)

تعد جريمة الإيذاء المبهج كأي جريمة أخرى من الجرائم العمدية ولذلك تتطلب قصداً جنائياً وهو توافر القصد العام وهذا من خلال توافر ركنين وهما العلم والإرادة وهذا هو الأصل في أي جريمة حتى تقوم وبناءً على ذلك تنتفي الجريمة سواء من حيث العلم والارادة؛ العلم

مثال إذا مر شخص بمجموعة من الأشخاص فيلفته تجمهرهم فيقرر تسجيله بواسطة هاتفه النقال ثم يتبين بعد ذلك أن المشهد يتضمن في تفاصيله واقعة اعتداء من أحدهم على الآخر فلا تقوم جريمة الإيذاء المبهج، فيجب العلم بالنشاط أي علم الجاني بماهية فعله سواء كان تسجيلاً أو نشر الصور الاعتداء وكذلك يلزم توافر عنصر الإرادة والمتمثل في توجه الجاني بإرادته لارتكاب واقعة التسجيل أو النشر بحيث لو انتفى اقتران الإرادة بالنشاط المجرم لدى إلى انتفاء القصد الجنائي مثال إجبار شخص على تصوير حادث سير أو اعتداء ونشره على صفحته الشخصية عندئذٍ ينتفي القصد الجنائي ولا يكون مرتكب لجريمة إيذاء مبهج.

الفرع الثاني: الاشتراك الجرمي

لقد بين قانون العقوبات الأردني صور الاشتراك الجرمي، فالفاعل والشريك وهم المساهمون الأصليون في الجريمة بأن يقومون بالأفعال التنفيذية للجريمة حسب المادتين 75 و76 من قانون العقوبات الأردني والمساهمون التبعيون في الجريمة فالمتدخل يكون حسب الحالات التي حددتها المادة 1/80/ب من القانون السابق والمحرض يكون حسب ما نصت عليه المادة 1/80/أ من القانون السابق [8]،و يمكن القول من غير المتصور أن يكون هناك اشتراك جرمي تبعي في جريمة الإيذاء المبهج، فمثلاً من يكون موجودا في مسرح الجريمة وقيامه بتصوير الاعتداء بأن يتم اعتباره متدخلاً في الجريمة أو عده محرضاً على جريمة الإيذاء المبهج، فإذا كان مصور الاعتداء هناك اتفاق سابق على الجريمة فيعد متدخلا واذا كان يحرضهم بإعطاء نقود أو غيره يعد محرضاً ولكن عندما يكون مصور الاعتداء أجنبي عنهم فلا يمكن أن يعد شريكاً تبعياً في الجريمة ولم ينص المشرع الأردني كذلك على اعتبار من يمتنع عن تقديم المساعدة بدل تصوير واقعة الاعتداء باعتباره فاعلاً في جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر [9] والذي أرجو على المشرع الأردني معاقبة ذلك الشخص إذا كان بمقدوره تقديمها شخصياً أو بطلب النجدة دون أن يعرض نفسه للخطر ومن ثم السؤال التالي بما أنه لا يعد اشتراكاً جرمياً، فهل يشكل نشر صور ومقاطع الفيديو انتهاك لحرمة الحياة الخاصة للأفراد سواء تم نشرها بوسائل الإلكترونية فنرجع لقانون الجرائم الإلكترونية أو بالوسائل العادية، فإذا تم نشرها الكترونيا فلم ينص على هذه الجريمة قانون الجرائم الإلكترونية الأردني وسنداً للمادة 15 من القانون السابق يتم الرجوع إلى قانون العقوبات الأردني بموجب نص المادة 348 مكررة من قانون العقوبات بنصها: يعاقب بناء على شكوى المتضرر بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبالغرامة مائتي دينار كل من خرق الحياة الخاصة للآخرين باستراق السمع أو البصر بأي وسيلة كانت بما في ذلك التسجيل الصوتي أو التقاط الصور أو استخدام المناظر وتضاعف العقوبة في حال التكرار. ويتضح من النص السابق أنه يتعلق بحرمة الحياة الخاصة للآخرين وهذا يكون بتواجدهم بأماكن خاصة

وهذا ما لا ينطبق على جريمة الإيذاء المبهج التي يتم ارتكابها بتصوير في الأماكن العامة غالباً ونشر هذه الصور أو مقاطع الفيديو.

أرجو على المشرع الأردني معاقبة من يقوم بالنشر مباشرة أو بشكل غير مباشر من خلال إرسال الصور أو مقاطع الفيديو لشخص ليقوم بنشرها لأن علة التجريم والعقاب هي المساس بكرامة المجني عليه وأدميته متوافرة في الحالتين.

وهنا يثور تساؤل عن النشر عبر شبكة الانترنت في مدى مسؤولية الشبكة عما تقوم بنشره؟

في الأردن يُمكن مساءلة مورد المعلومات بالرجوع إلى قواعد المسؤولية في قانون المطبوعات والنشر الأردني رقم 8 لسنة 1998 والمعدل بالقانون رقم 4 لسنة 2015 وعلى وجه الخصوص نص المادة (42/ ز+ح) من هذا القانون والتي تسمح برفع دعوى الحق العام في جرائم المطبوعات الدورية على رئيس التحرير المسؤول وكاتب المادة الصحفية كفاعلين أصليين، ويكون مالك المطبوعة مسؤولاً بالتضامن عن الحقوق الشخصية المترتبة على تلك الجرائم وعن نفقات المحاكمة وذلك دون أن تترتب عليه أي مسؤولية جزائية إلاَّ إذا ثبت اشتراكه أو تدخله الفعلي في الجريمة، وفي المطبوعات غير الدورية تقام الدعوى على مؤلفها بوصفه فاعلا أصليا وعلى ناشرها كشريك وفي حال تعذر معرفتهم تقام الدعوى على مالك المطبوعة ومديرها المسؤول، وباعتبار أن الإنترنت وسيلة علنية للنشر وأن المطبوعة وفقاً لنص المادة الثانية من هذا القانون تعني: "كل وسيلة نشر دونت فيها المعاني أو الكلمات أو الأفكار بأي طريقة من الطرق بما فيها الوسائل الإلكترونية أو الرقمية أو التقنية " فإنه وبالإمكان يتصور تطبيق نص المادة 42 سالفة الذكر لمساءلة مورد المعلومات عبر شبكة الإنترنت جزائياً، ولا يوجد ما يمنع من تضمينه الضرر الناجم عن نشر المضمون المعلوماتي غير المشروع بالاستناد إلى القواعد العامة في المسؤولية في القانون الأردني. (10) (11)

وتأسيساً على ما تقدم إن مقدم الخدمات الذي يُلحق ضرراً بالغير نتيجة مساهمته في نشر مضمون إلكتروني غير مشروع يلتزم، بحسب أحكام القانون الأردني بضمانه حتى ولو انتفى خطؤه ومُؤدَّى ذلك أنه وفي ظل غياب نص خاص يحكم مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت ويُبيّن شروطها وأساسهما فإن تنصُّلهم من المسؤولية عن المضمون الإلكتروني الضار بالغير لن يكون بالأمر الهيّن فمقدم الخدمات لا يستطيع أن يُثبت أنه لم يأتِ بفعلٍ غير مشروعٍ عند نشره لمضمون إلكتروني مُخالف للقانون ولو لم يكن عالماً بهذه المخالفة لأن مناط المسؤولية هو الأضرار وليس العلم والإدراك.

وبالنتيجة فإن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية في القانون الأردني على مسؤولية مقدمي الخدمات سيتَّسم بالتشدُّد في مواجهتهم، ولن يُلائم بالتالي الطبيعة الخاصة لآليَّة عملهم، والتي من أجلها جاءت التشريعات المعاصرة بأحكامٍ خاصة، ناهيك عن أن تطبيق القواعد العامة سيترك آثاراً سلبيه من شأنها أن تُعيق حركة النشاط الالكتروني وأن تُثقل

الكاهل المادي لمقدمي الخدمات جرّاء التعويضات التي سيضطرُّون دائماً لدفعها، لكُلّ ذلك نتوجَّه بدعوة مشرّعنا الكريم في قانون المطبوعات والنشر الأردني رقم 8 لسنة 1998 والمعدل بالقانون رقم 4 لسنة 2015 إلى تخصيص بعض النصوص التي تتلاءم مع طبيعة عمل مقدمي خدمات الإنترنت فيُحدِّد من خلالها، إضافةً لالتزاماتهم الخاصة نطاق مسؤوليتهم وأساسها وشروط تحقُّقها.

ولهذا أرجو على المشرع الأردني في قانون المطبوعات والنشر الأردني رقم 8 لسنة 1998 والمعدل بالقانون رقم 4 لسنة 2015 إلى تخصيص بعض النصوص التي تتلاءم مع طبيعة عمل مقدمي خدمات الإنترنت فيُحدِّد من خلالها إضافةً لالتزاماتهم الخاصة نطاق مسؤوليتهم وأساسها وشروط تحقُّقها لأنها ممكن أن تكون رادع لهم بمراقبة كل ما يتعلق بعملهم والحد من الجرائم التي ممكن أن تنشر؛ لأن التقدم العلمي والتقني الذي نشهده في أجهزة الاتصالات بأن أصبح التسجيل والنشر بالشيء اليسير والهين ولذلك فلا بدّ من رقابة فعالة وشديدة بأن تواكب ذلك التقدم وبالتوازي تقدم تشريعي يحاصر ظاهرة العبث بعرض الأشخاص وأبدأنهم.

أمَّا فيما يتعلق بالقانون الأردني للإعلام المرئي والمسموع لسنة 2015، فلم يستثن من نطاق تطبيقه بث المعلومات عبر شبكة الإنترنت حسب ما جاء في المادة الثانية منه أن المقصود بالبث هو: إرسال الأعمال أو البرامج الإذاعية والتلفزيونية بواسطة موجات كهرومغناطيسية من خلال محطات الإرسال الأرضية أو عبر أقمار اصطناعية أو تقنيات أو وسائل أخرى مهما كان وصفها أو طبيعتها تمكن الجمهور من استقبالها عبر جميع الوسائل الفنية بمختلف مسمياتها. (12) (13)

وبالتالي إن جريمة الإيذاء المبهج ممكن أن يتم نشرها من خلال المطبوعات والنشر أو من خلال الإعلام المرئي، فإذا كان هدف النشر لغرض ممارسة طبيعية لمهنة تستهدف إعلام الجمهور، فلا تكون هناك مسؤولية جزائية بحقهم وخصوصاً جريمة الإيذاء المبهج، فالمهم أن يكون هناك دقة في نقل المعلومة والصور والفيديوهات دون زيادة أو تعظيم للحدث وتحقيق المصلحة بسحب وإلغاء هذه الصور والفيديوهات إذا كان يتعارض مع القانون ومصلحة سير العدالة وكذلك لا تكون هناك مسؤولية إذا كان لغرض الإثبات أمام القضاء.

الخاتمة:

في الفترة الاخيرة ظهرت ظاهرة إجرامية جديدة وهي نشر فيديوهات تظهر حرق وذبح لأشخاص وعلى سبيل المثال لا الحصر فيديو حرق الطيار معاذ الكساسبة والذي تم نشره عبر شبكة الإنترنت وخاطفوه يقومون بحرقه حيا، وكذلك العمال المصريون الذين ذبحوا في ليبيا علي أيدي خاطفيهم والكثير من ضحايا الحرب مع العدو الصهيوني في غزة وكذلك العديد من الوقائع التي نشاهدها على منصات التواصل الاجتماعي في الأردن.

النتائج:

1- جريمة الإيذاء المبهج تعد نشاط جرمي مستحدث وهذه الجريمة وفقاً للنصوص التجريمية التقليدية في قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 والمعدل بالقانون رقم 7 لسنة 2017 و قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم 27 لسنة 2015 لا تكفي لمواجهة هذه الجريمة والحد من هذه الجريمة التي تعتبر من أكثر الجرائم التي تقع حالياً في المجتمع الأردني، والعلة القانونية في عدم انطباق النصوص التقليدية، لأنه يتعارض مع القاعدة القانونية الأساسية في القانون الجنائي " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" بأنه لا يمكن القياس في المسائل الجزائية فيما يتعلق بنصوص التجريم والعقاب، فالقياس هو إعطاء واقعة أو فعل لم يرد نص بتجريمها بحكم واقعة أخرى منصوص على تجريمها لوجود تشابه بين الواقعتين أو اتحادهما بالعلة.

2- محل جريمة الإيذاء المبهج يجب أن تشتمل جميع الجرائم التي تقع وألا يتم حصرها بجرائم معينة حتى لا يكون هناك مهرب قانوني للفاعل والشركاء من هذه الجريمة، فمجرد النشر لصور ومقاطع فيديو متعلق بجريمة نص عليها القانون فمثلاً إذا كانت تتعلق بالمصلحة الخاصة يتم تقديم شكوى من صاحب المصلحة وإذا كان نشر هذه الجريمة يضر بالمصلحة العامة فلا تكون معلقة على شكوى وتتحرك دعوى الحق العام مباشرة مثل العديد من القضايا التي حدثت في المجتمع الأردني وآخرها كانت قضية فتى الزرقاء بنشر صور ومقاطع فيديو بالحادثة البشعة التي أثرت على المصلحة العامة للدولة الأردنية والمصلحة الخاصة للفتى وأهله، وتقدير وقوع جريمة الإيذاء المبهج من عدمه هي سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع.

3- أن التسجيل ثم النشر هم الركنين المكونين للركن المادي لجريمة الإيذاء المبهج، فالتسجيل فقط دون النشر لا تقوم جريمة الإيذاء المبهج؛ لأن ركن العلانية ركن أساسي لقيام هذه الجريمة وبدونه لا تقوم الجريمة وحتى نكون امام الجريمة ويخضع فعله للعقاب يجب أن تكون هذه الصور أو مقاطع الفيديو تنال من شرف الإنسان وكرامته أو تعرضه لبغض الناس واحتقارهم، وغالباً يكون محل الجريمة صوراً ماسة بسلامة الشخص المعتدى عليه (من تم تصويره أو نشر مقاطع فيديو له) في عرضه وبدنه، وواقعة نشر صور أو مقاطع الفيديو التي فيها إيذاء للآخرين باعتبارها جريمة فتتحقق الجريمة وإن شاهده شخص واحد بعد نشره.

4- من غير المتصور أن يكون هناك اشتراكا جرميا تبعيا في جريمة الإيذاء المبهج، فمثلاً من يتواجد في مسرح الجريمة وقيامه بتصوير الاعتداء بأن يتم اعتباره متدخلاً في الجريمة أو عدّه محرضاً على جريمة الإيذاء المبهج، فإذا كان مصور الاعتداء هناك

اتفاق سابق على الجريمة فيعد متدخلاً وإذا كان يحرضهم بإعطاء نقود أو غيره يعد محرضاً، ولكن عندما يكون مصور الاعتداء أجنبيا عنهم فلا يمكن أن يعد شريكاً تبعياً في الجريمة.

5- ولم ينص المشرع الأردني كذلك على اعتبار من يمتنع عن تقديم المساعدة بدل تصوير واقعة الاعتداء باعتباره فاعلاً في جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر.

6- لا يمكن عدُّ جريمة الإيذاء المبهج جريمة انتهاك حرمة الحياة الخاصة للآخرين؛ لأن هذه الجريمة تتطلب وجودهم بأماكن خاصة وهذا ما لا ينطبق على جريمة الإيذاء المبهج التي يتم ارتكابها بتصوير في الأماكن العامة غالباً ونشر هذه الصور أو مقاطع الفيديو.

7- إذا كان هدف النشر لغرض ممارسة طبيعية لمهنة تستهدف إعلام الجمهور فلا تكون هناك مسؤولية جزائية بحقهم وخصوصاً جريمة الإيذاء المبهج، فالمهم أن يكون هناك دقة في نقل المعلومة والصور والفيديوهات دون زيادة أو تعظيم للحدث وتحقيق المصلحة بسحب وإلغاء هذه الصور والفيديوهات إذا كان يتعارض مع القانون ومصلحة سير العدالة وكذلك لا تكون مسؤولية إذا كان لغرض الإثبات أمام القضاء.

التوصيات:

1- أرجو على المشرع الأردني النص صراحة في قانون الجرائم الإلكترونية الأردني على جريمة الإيذاء المبهج؛ لأن نشر الصور ومقاطع الفيديو في غالبية الأمر يكون من خلال وسائل التواصل الاجتماعي الفيسبوك والواتس آب، والمقترح هو كالتالي " يعاقب كل من قام قصداً بنشر أي صور أو مقاطع فيديو أو إخبار متعلقة بالآخرين دون أخذ الموافقة منهم بالحبس مدة ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن (2000) ألفي دينار و لا تقل العقوبة عن سنة إذا تيقنت المحكمة من الدافع الدنيء للفاعل"؛ لأن هذه الجريمة فيها إيذاء للأشخاص الآخرين من قبل أشخاص يكون من أهدافهم الشهرة على حساب مشاعر الآخرين وسبب في هذه العقوبة كون عقوبة الحبس أكثر من سنة لا يجوز للقاضي وقف تنفيذ العقوبة وزيادة مبلغ الغرامة حتى تكون وسيلة ضغط على من تسول له نفسه ارتكاب مثل تلك الجرائم.

2- أرجو على المشرع الأردني النص على محل جريمة الإيذاء المبهج بأن تشتمل على جميع الجرائم التي تقع وألا يتم حصرها بجرائم معينة حتى لا يكون هناك مهرب قانوني للفاعل والشركاء من هذه الجريمة، فمجرد النشر لصور ومقاطع فيديو متعلق بجريمة نص عليها القانون فمثلاً إذا كانت تتعلق بالمصلحة الخاصة يتم تقديم شكوى من صاحب المصلحة وإذا كان نشر هذه

الجريمة يضر بالمصلحة العامة فلا تكون معلقة على شكوى وتتحرك دعوى الحق العام مباشرة مثل العديد من القضايا التي حدثت في المجتمع الأردني وآخرها كانت قضية فتى الزرقاء بنشر صور ومقاطع فيديو بالحادثة البشعة التي أثرت على المصلحة العامة للدولة الأردنية والمصلحة الخاصة للفتى وأهله، وتقدير وقوع جريمة الإيذاء المبهج من عدمه هي سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع، النص المقترح للنص عليه في قانون الجرائم الإلكترونية الأردني " الفقرة ب- من يقوم بنشر أي صور أو مقاطع فيديو أو إخبار متعلقة بالآخرين دون أخذ الموافقة منهم تعلق الشكوى على الادعاء بالحق الشخصي وإذا كانت الصور أو مقاطع فيديو تضر بالمصلحة العامة للدولة فتتحرك دعوى الحق العام وتقدير ذلك للنيابة العامة ولمحكمة الموضوع. ج- التنازل عن الحق الشخصي لا يسقط دعوى الحق العام إذا كانت تضر بالمصلحة العامة."

3- أرجو على المشرع الأردني جعل من التسجيل ثم النشر الركنيين المكونين للركن المادي لجريمة الإيذاء المبهج، وقد كانت فلسفة المشرع الأردني بالربط بين التسجيل ثم النشر حتى نكون أمام الجريمة، فالتسجيل في حد ذاته لا يصلح ركنا للجريمة وإنما لا بدّ أن يعقب التسجيل نشر لما سجل.

4- أرجو على المشرع الأردني معاقبة من يمتنع عن تقديم المساعدة بدل تصوير واقعة الاعتداء باعتباره فاعلاً في جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر إذا كان بمقدورة تقديمها شخصياً أو بطلب النجدة دون أن يعرض نفسه للخطر.

5- أرجو على المشرع الأردني معاقبة من يقوم بالنشر مباشرة أو بشكل غير مباشر من خلال إرسال الصور أو مقاطع الفيديو لشخص ليقوم بنشرها لأن علة التجريم والعقاب هي المساس بكرامة المجني عليه وأدميته متوافرة في الحالتين.

6- أرجو على المشرع الأردني في قانون المطبوعات والنشر الأردني رقم 8 لسنة 1998 والمعدل بالقانون رقم 4 لسنة 2015 إلى تخصيص بعض النصوص التي تتلاءم مع طبيعة عمل مقدمي خدمات الإنترنت فيُحدِّد من خلالها إضافةً لالتزاماتهم الخاصة نطاق مسؤوليتهم وأساسها وشروط تحقُّقها؛ لأنها ممكن أن تكون رادع لهم بمراقبة كل ما يتعلق بعملهم والحد من الجرائم التي ممكن أن تنشر؛ لأن التقدم العلمي والتقني الذي نشهده في أجهزة الاتصالات بأن أصبح التسجيل والنشر بالشيء اليسير والهين ولذلك فلا بدّ من رقابة فعالة وشديدة بان تواكب ذلك التقدم وبالتوازي تقدم تشريعي يحاصر ظاهرة العبث بعرض الاشخاص وابدأنهم.

الهوامش

(1) فتحي قوراري، المسئولية الناشئة عن الإيذاء المبهج، الإمارات، **مجلة الشريعة والقانون الامارات**، الإمارات، العدد 42، 2010، ص 24.

(2) إسماعيل رضا، الوقاية من الجرائم الناشئة عن الحاسب الآلي، **مجلة الاقتصاد الإسلامي**، مصر، العدد 219، 1999، ص33.

(3) عبد الفتاح حجازي، **جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي**، القاهرة – مصر، دار الكتب القانونية، 2007، ص76.

(4) هشام رستم، جرائم الحاسوب كصورة من صور الجرائم المستحدثة، **مؤتمر الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاقبة المجرمين**، القاهرة، 1995،ص 52.

(5) نائل عبد الرحمن صالح، واقع جرائم الحاسوب في التشريع الجزائي الأردني، **بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت**، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2000، ص32.

(6) محمد الأمين، **الجرائم الالكترونية وسبل مواجهتها**، مركز البحوث والدراسات الامنية، بيروت- لبنان، 2008، ص43.

(7) عبد الله عبد الكريم، **الجرائم المعلوماتية والانترنت**، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2007(الطبعة الأولى)، ص 87.

(8) كامل السعيد، **شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات**، عمان –الأردن، 2020، ص279-343.

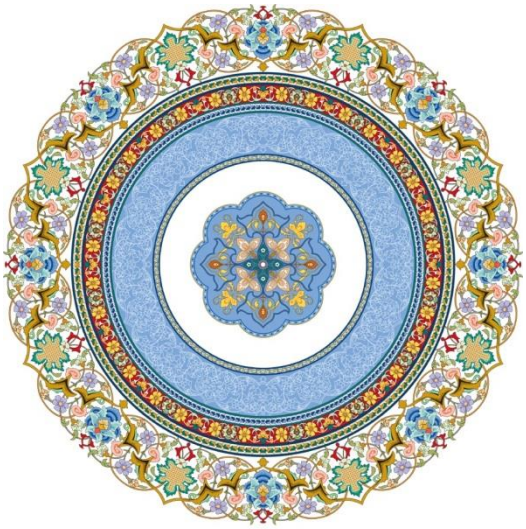
(9) علي عبد القادر، تجريم تصوير الإيذاء، **مجلة الكويت**، الكويت - الكويت، 2015،ص89.

(10) أسامة المناعسة و جلال الزعبي، **جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية دراسة مقارنة وفقا لقانون جرائم تقنية المعلومات رقم (30) لسنة 2010 والاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2012**،عمان – الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 65.

(11) عدنان السرحان، ونوري خاطر، **شرح القانون المدني الأردني**، عمان- الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 132.

(12) نور حمد الحجايا، دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة دراسة في القانون الدولي الخاص الأردني، **مجلة الشريعة والقانون الجامعة الأردنية**، عمان – الأردن، مجلد 28، العدد 58، 2014، ص95.

(13) نظام توفيق المجالي، **شرح قانون العقوبات القسم العام**، عمان- الأردن، 2020م، ص251-281.



" إعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم 11 لسنة 2016"
" دراسة تطبيقية "

د. يوسف عبد الله الشريفين*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2020/12/17م

الملخص

تناول هذا البحث إعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (11) لسنة 2016، حيث تعرض المبحث الأول إلى تعريف إعادة المحاكمة وأنواعها والأحكام القابلة للطعن بإعادة المحاكمة، وتناول المبحث الثاني الحالات التي يجوز فيها طلب إعادة المحاكمة، وتناول المبحث الثالث إجراءات إعادة المحاكمة.

وقد تبين للباحث أن إعادة المحاكمة من طرق الطعن غير العادية وكانت في قانون أصول المحاكمات الشرعية محصورة بثلاث حالات وزاد المشرع في القانون الجديد على حالات إعادة المحاكمة لتصل إلى سبع حالات متساوية في ذلك مع قانون أصول المحاكمات المدنية ويترتب عليها زيادة حالات إعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات الشرعية وبخلاف هذه الحالات فإن إعادة المحاكمة تكون غير مسموعة.

Retrial in the Jordanian Sharia Procedures No. 11 of 2016
An Empirical Study

Abstract

This research dealt with retrial in Shari'a Procedures No. (11) of 2016. The first topic presented the definition of trial and its types and provisions for appealing a retrial, the second topic dealt with cases in which a retrial may be requested, and the third topic dealt with retrial procedures.

The trial found that the process of seven cases are equal in the code of procedure to cases similar to the trial of Sharia trials, and other than these cases, the retrial is not audible.

* أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة اليرموك.

مقدمة:

الحمد لله الذي بحمده تتم الصالحات، وبشكره تدوم النعم، الحمد لله الذي لا معقب لحكمه، ولا راد لقضائه، وأشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له، منصف المظلومين، وقاهر الظالمين، وأن محمدًا عبده ورسوله المبعوث رحمة للعالمين، وبعد:

فإن علم القضاء من أجلّ العلوم قدرًا، وأكثرها ذكرًا، وأنفعها لحياة الإنسان، وأن علم القضاء وما يندرج فيه من أصول المحاكمات الشرعية من أكثر العلوم تحقيقًا للعدالة، وهو القاعدة الأساسية التي تستند إليها المحكمة عند نظرها ورؤيتها للدعوى، وما ينبغي عليها أن تقوم به من إجراءات للوصول إلى العدل، حيث أمر الله سبحانه وتعالى بالعدل، فقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا﴾ [النساء:58].

وذكر صاحب المبسوط "أعلم أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله تعالى، وهو من أشرف العبادات، وبه أمر كل نبي مرسل، حتى خاتم الأنبياء ﷺ؛ وهذا لأن القضاء بالحق إظهار العدل، وبالعدل قامت السماوات والأرض، وإنصاف المظلوم من الظالم، وإيصال الحق إلى المستحق، وأمر بالمعروف والنهي عن المنكر..."[1].

وفي مرفق القضاء تمارس العملية القضائية، والتي يهدف المتظلم من خوضه لها الحصول على حقه أو حماية ذلك الحق، وتبدأ هذه العملية بعرض النزاع على القاضي، وهو ما يعرف برفع الدعوى ثم النظر في هذه الدعوى من سماع أقوال الخصوم وحججهم ودفوعهم حتى يصدر القرار الفاصل في الدعوى وهو ما يسمى الحكم، وهذا الحكم يتوقف عليه فصل الخصومات وقطع المنازعات ووضع حد للخلافات التي تعد نتيجة ضرورية لاجتماع الناس وتعاملهم واحتكاك بعضهم لبعض.

وهذه الأحكام لا تكتسب الحجية إلاّ إذا صدرت على سبيل الإلزام، ولا سبيل لإبطال الحكم إذا صدر مستوفيًا للشروط من حيث الشكل والمضمون، وبات حجة من حيث عدم جواز إبطاله بطرق الطعن العادية وغير العادية.

والأحكام القضائية قد يعتريها الغش والخداع والتزوير، لذلك رخص المشرع في قانون أصول المحاكمات الشرعية الطعن بالأحكام بعد صدورها بطرق الطعن العادية وغير العادية. ومن الطرق العادية للطعن بالأحكام الاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف، ومن الطرق غير العادية اعتراض الغير وإعادة المحاكمة.

وقد بحث العلماء والفقهاء وأهل القضاء هذه المواضيع بشكل مفصل، ولكن وجد الباحث أن طريق الطعن غير العادي (إعادة المحاكمة) لا زال لغاية الآن لم يأخذ العناية التي تليق به من حيث الدراسة والبحث والتمحيص،

بطريقة إجرائية تطبيقية بعد تعديل قانون أصول المحاكمات.

وقد جاءت هذه الدراسة لبيان معنى إعادة المحاكمة وأنواعه وأسبابه وطريقة تقديمه من خلال الإجراءات العملية من واقع المحاكم الشرعية وقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.

وحاول الباحث من خلال هذا البحث تلافي ما قدمه الفقهاء من دراسات شرعية لإعادة المحاكمة، وحاول دراسة الموضوع حسب قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 لسنة 2016 وقرارات محكمة الاستئناف الشرعية.

وقد جاءت خطة هذا البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف بإعادة المحاكمة وأنواعها والأحكام القابلة للطعن بإعادة المحاكمة.

المطلب الأول: تعريف إعادة المحاكمة.

المطلب الثاني: أنواع إعادة المحاكمة.

المطلب الثالث: الأحكام القابلة وغير القابلة للطعن بإعادة المحاكمة.

المبحث الثاني: الحالات التي يجوز فيها طلب إعادة المحاكمة.

المطلب الأول: أن يصدر حكم مخالف لحكم سابق.

المطلب الثاني: ظهور حيلة أدخلها خصم طالب الإعادة.

المطلب الثالث: بروز أوراق ومستندات كان الخصم قد كتمها.

المطلب الرابع: إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

المطلب الخامس: إذا كان منطوق الحكم مناقضًا بعضه بعضًا.

المطلب السادس: إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلًا صحيحًا في الدعوى.

المطلب السابع: إذا كان الحكم قد بني على أي شهادة قضي بعد الحكم أنها كاذبة.

المبحث الثالث: إجراءات إعادة المحاكمة.

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر إعادة المحاكمة.

المطلب الثاني: مدة إعادة المحاكمة.

المطلب الثالث: إجراءات طلب إعادة المحاكمة.

المطلب الرابع: أثر تقديم طلب إعادة المحاكمة.

الخاتمة والنتائج والتوصيات

مشكلة الدراسة:

إن العدل والوصول للحق هو الغاية النبيلة التي يسعى الإسلام لنيلها من خلال تشريعاته وأن الإنسان قد يغفل عن الوصول لحقه نتيجة جهله بإجراءات التقاضي أو عدم وجود الدليل معه عند إجراء المحاكمة ليصل إلى حقه بعد صدور حكم المحكمة الابتدائية، وعند استنفد طرق الطعن بأشكالها كافة.

جاءت هذه الدراسة لتبين جميع حالات إعادة المحاكمة في القانون الجديد التي لم يتطرق إليها القانون السابق ولم يسبق أن درست بشكل مستقل خاصة وأنها أخذت من قانون أصول المحاكمات المدنية ولم يتعرض إليها، وقد أجابت الدراسة عن الأسئلة التالية:

- ما معنى طلب الطعن بإعادة المحاكمة.

- ما حالات إعادة المحاكمة والأثر المترتب على كل نوع.
- متى يقبل طلب إعادة المحاكمة.
- كيف نسير بإعادة المحاكمة بطريقة إجرائية.

وقد حاول الباحث عرض هذا الطريق من طرق الطعن بطريقة إجرائية من واقع المحاكم الشرعية خاصة وأنه لم يبحث بطريقة إجرائية تطبيقية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة من جانبين:

- الجانب النظري: وذلك باستعراض إعادة المحاكمة وحالاتها وكل ما تعلق بها من أحكام.
- الجانب العملي: أنه من الممكن أن يستفيد منها علماء القانون والقضاة والمحامون ومن يمارسون المحاماة الشرعية ويهتمون بطرق الطعن والأحكام القانونية الشرعية.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان جميع حالات إعادة المحاكمة وشرحها شرحًا تفصيلًا وبيان الأثر المترتب على إعادة المحاكمة وكيفية السير فيها من ناحية إجرائية.

الدراسات السابقة:

- شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية (1999)، د. عبد الناصر أبو البصل، حيث تناول شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ولكنه لم يتطرق إلى القانون الجديد وخاصة إعادة المحاكمة والمواد التي زورت فيه وهو ما تختلف دراسة الباحث عنها.
- أصول المحاكمات المدنية (2003)، عوض الزعبي، تناول شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ولم يتعرض لقانون أصول المحاكمات الشرعية الجديد.
- إعادة المحاكمة دراسة فقهية مقارنة بقانون أصول المحاكمات الشرعية والمدنية الأردني سنة (2011)، د. ماهر معروف النداف، تناول هذا البحث إعادة المحاكمة في القانون القديم وكل الأحكام المترتبة عليه من حيث المدد والآثار، إلا أن دراسة الباحث لم تتناول القانون الجديد وحالاته وأنواعها وجميع أحكامه والتي لم يتطرق إليها سابقًا.

منهج البحث:

عمد الباحث من خلال الدراسة إلى استخدام عدد من المناهج العلمية:

1- المنهج الاستقرائي: حيث يتم استقراء نص إعادة المحاكمة وأنواعه وحالاته وأحكامه.
2- المنهج الوصفي: وهي استعراض المادة العلمية من مظانها.
3- المقارنة بين قانون أصول المحاكمات الشرعي والمدني لما يخص إعادة المحاكمة.

المبحث الأول: تعريف بإعادة المحاكمة و أنواعها والأحكام القابلة للطعن بإعادة المحاكمة

المطلب الأول: تعريف إعادة المحاكمة

يقصد بإعادة المحاكمة عند علماء أصول المحاكمات بأنه: "طريق غير اعتيادي من طرق عرض القضية لمرة ثانية، وهو طريق استثنائي لا يلجأ إليه إلاّ عند انعدام الطرق الاعتيادية كالاستئناف والاعتراض على الحكم الغيابي"[2].

وعرفه بعضهم بأنه طريق غير عادي للطعن في الأحكام الصادرة من محاكم البداية في الدرجة الأخيرة والأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف يقدمه المحكوم عليه إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم لسحب الحكم المطعون فيه وإعادة الفصل في النزاع إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيًا على وثيقة مزورة أو شهادة خبرة كاذبة أو مزورة أو كان قد صدر غش من المحكوم له أثر في الحكم أو كان قد ظهر بعد صدور الحكم مستند حاسم في الدعوى[3].

وعرفه بعضهم بأنه طريق غير عادية للطعن في الأحكام الحائزة لقوة القضية المقضية، يرفعه الطرف، بناء على أحد الأسباب المعينة بالنص حصرًا، أمام ذات المحكمة، ابتغاء سحب الحكم الذي أصدرته عن سهو غير متعمد أو خطأ غير مقصود منها، أو بسبب فعل المحكوم عليه، والقيام بالتحقيق في القضية من جديد[4].

ونصت المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "يجوز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية ولا يقبل فيها الاعتراض وذلك في الأحوال التالية[5]:

وقد ذكرت القرارات الاستئنافية في فصل إعادة المحاكمة أن إعادة المحاكمة هي من الطرق غير العادية التي وضعها القانون لزيادة التوثيق من العدل وهي أن تعاد المرافعة بالدعوى المحكوم بها سابقًا في محكمة الاستئناف أو بالدرجة الأخيرة في محكمة البداية وجاهيًا أو غيابيًا بعد انقضاء مهلة الاعتراض، أما الأحكام المعطاة بالدرجة الأولى فبما أنها قابلة للاستئناف لا يجوز فيها إعادة المحاكمة لتمكن أصحاب الحقوق فيها من ولوج طريق الاستئناف فعند تيسر الطرق العادية لا يصار إلى الطرق غير العادية ... الخ[6].

ويلاحظ على التعريف الأول بأنه تطرق إلى بيان نوع إعادة المحاكمة من طرق غير العادية وبين أنه لا يلجأ إليه إلاّ عند انعدام الطرق العادية واختصر على ذلك حق على ذلك دون شرح ماهيته وغايته وهدفه، في حين أن التعريف الثاني قد تطرق إلى ما تطرق إليه التعريف الأول والمحاكم التي يجوز إعادة المحاكمة فيها وبين أسباب إعادة المحاكمة وهذا إسهاب في التعريف ليس مكانه وإنما كان بالإمكان التطرق إليه من خلال شرح وسائل وطرق إعادة المحاكمة كاملة.

أما التعريف الثالث بين أنه لا يلجأ إليه إلاّ في الأحكام الحائزة قوة القضية المقضية[7] وبين لمن يقدم وهو إسهاب في غير محله، ويرى

الباحث أن إعادة المحاكمة هو طريق من طرق الطعن غير العادية لا يلجأ إليه إلاّ عند استنفاذ الطرق العادية وفق حالات خاصة أشارت إليها المادة (153) من القانون على سبيل الحصر.

المطلب الثاني: أنواع إعادة المحاكمة

ذكرت مواد أصول المحاكمات المدنية أن طلب إعادة المحاكمة إما أن يكون:

أولًا: أصلياً: وهو الذي يرفعه المحكوم عليه أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

ثانيًا: المقابل: وهو الذي يتقدم به المدعى عليه في دعوى إعادة المحاكمة الأصلية، خلال سريان هذه الدعوى، متى توافرت أسباب تبرره، وقبل انقضاء وقت الطعن بالنسبة إليه، وهذا النوع يكون مقبولًا استنادًا للقواعد العامة ودون حاجة إلى نص خاص يبرره[8].

ثالثًا: التبعي: وهو الذي يتقدم به المدعى عليه في دعوى إعادة المحاكمة الأصلية، مستندًا إلى سبب من أسبابها، قبل ختام المحاكمة، رغم انقضاء الميعاد بالنسبة إليه، وهو ما يمكن تسميته طلب الإعادة الناتج عن طلب الإعادة الأصلي[9].

ولم يتطرق قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني إلى أنواع إعادة المحاكمة حيث جاء النص القانوني أن لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة، ويرى الباحث أن جميع أنواع إعادة المحاكمة الثلاث يشمله هذا النص سواء الأصلي أم المقابل أم الطارئ.

أما قانون أصول المحاكمات المدنية فقد ذكر في المادة 1/218 للخصم أن يطلب إعادة المحاكمة تبعًا ولو انقضى الميعاد بالنسبة إليه على ألا يتجاوز ذلك ختام المحاكمة...[10].

وهذا النص يفترض صدور حكم مختلط يكون كل طرف فيه محكومًا عليه ومحكومًا له في الوقت نفسه وأحدهما طلب رفع إعادة محاكمة أصلي، وأن المدعى عليه في هذا الطلب يتوفر على أسباب تبرر طلب إعادة المحاكمة غير أنه لم يسلك هذا الطريق لاعتقاده بقبول خصمه بالحكم ثم تفاجأ أن خصمه وجه الطعن بإعادة المحاكمة فيتدارك ما فاته تبعًا رغم انقضاء المدة[11].

المطلب الثالث: الأحكام القابلة وغير القابلة للطعن بإعادة المحاكمة

الفرع الأول: الأحكام القابلة للطعن بإعادة المحاكمة

ذكرت المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية أنه: "لا يجوز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطالب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية ولا يقبل فيها الاعتراض"[12]، ويلاحظ على هذه المادة أن إعادة المحاكمة لا تكون إلاّ وفق الشروط التالية:

1- أن إعادة المحاكمة لا تكون على القرارات التي تصدر أثناء السير بالدعوى وإنما على الأحكام؛ أي يجب أن يكون الحكم الصادر حائز لقوة القضية المقضية.

2- أن إعادة المحاكمة جائزة في الأحكام التي تصدر عن محاكم البداية والاستئناف الشرعية.

3- أن يكون الحكم لا يقبل الطعن بالاعتراض.

وقد ذكر المشرّع الأردني في المادة (213) من قانون أصول المحاكمات المدنية أنه: "يجوز للخصوم أن يطلبوا إعادة المحاكمة في الأحكام التي حازت قوة القضية المقضية"[13]، وهذا يعني أن الأحكام التي يجوز بصددها إعادة المحاكمة هي الأحكام القطعية، وهذه الأحكام القطعية تكون كذلك بمجرد صدورها كونها مبرمة أو بسبب انقضاء ميعاد الطعن المقرر قانونًا لها، أو بسبب رد الطعن الذي ورد عليها"[14]. وذكر بعضهم أن المقصود أنه لا يقبل الطعن فيها بالطرق العادية وهي الاستئناف في القانون المدني الأردني وهو يشمل فضلًا عن الأحكام الانتهائية غير القابلة للاستئناف أصلًا، لصدورها عن محاكم الصلح في حدودها الانتهائية أو لصدورها عن محاكم الدرجة الثانية وتلك الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى بصفة ابتدائية (قابلة للاستئناف) ولكنها حازت قوة القضية المقضية لانقضاء ميعاد الاستئناف أو لأي سبب آخر[15].

وخلاصة ما سبق أن الأحكام التي لا زالت قابلة للاستئناف لا يجوز الطعن فيها بإعادة المحاكمة، إذ يجب استنفاذ الطعن فيها بالاستئناف أولًا، ولو بانقضاء ميعاده، ولذا يجري القضاء المقارن على عدم قبول طلب إعادة المحاكمة المُنصبّ على حكم قابل للاستئناف[16]، وكذلك لا يجوز إعادة المحاكمة في الأحكام القابلة للاعتراض على الحكم الغيابي من باب أولى. وقد نصت قرارات محكمة الاستئناف الشرعية على أن الأحكام القابلة للاستئناف لا يجوز فيها إعادة المحاكمة[17].

الفرع الثاني: الأحكام غير القابلة لإعادة المحاكمة

تضافرت النصوص القانونية على أن الأحكام غير القابلة لإعادة المحاكمة هي:

أولًا: الأحكام الصادرة في طلب إعادة المحاكم

سواء تعلق الحكم برفض إعادة المحاكمة أو الحكم في موضوع الدعوى بعد قبول إعادة المحاكمة، فلا يجوز الطعن فيها بالطريق نفسه أي إعادة المحاكمة، وقد نصت المادة (222) من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: "لا يجوز طلب إعادة المحاكمة بشأن الحكم الذي يصدر برفض طلب إعادة المحاكمة أو الحكم في موضوعه"[18].

وجاء في المادة (157) من قانون أصول المحاكمات الشرعية "لا يقبل طلب إعادة المحاكمة ثانية على حكم صدر بناء على حكم أُعيدت المحاكمة عليه"[19].

ومن المقرر فقهًا أن الحكم الذي طعن فيه بإعادة المحاكمة وهو الحكم الذي صدر في الدعوى الأصلية، ولا يجوز الطعن فيه بالطريق ذاته مرة ثانية، ولو بُني الطعن الثاني على سبب آخر أو على سبب لم يُكتشف إلاّ بعد صدور الحكم في الطعن الأول، والسبب في ذلك أن نتجنب الطعن الواحد من أجل استقرار الأحكام[20].

ثانيًا: الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الشرعية

حيث نصت المادة (169) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على أنه: "لا يجوز الطعن في أحكام المحكمة العليا الشرعية بأي طريق من طرق الطعن"[21].

وهذا النص يشمل جميع الطعون سواء العادية أو غير العادية خاصة في الأحكام ولكن المحكمة العليا الشرعية أجازت في المادة نفسها أن تعيد النظر هي نفسها في القرار الصادر منها في أي قضية تبين لها أنها قد ردت الطعن استنادًا لأي سبب شكلي خلافًا لحكم القانون بما في ذلك القرارات الصادرة عن رئيس المحكمة العليا الشرعية أو من يفوضه المتعلقة برد طلب منح الإذن[22].

وقد ذكر القرار الاستئنافي رقم (12409 / 22026) أنه: "لا يلجأ إلى طلب إعادة المحاكمة إلاّ إذا سدت وسائل وطرق الطعن العادية في وجه المتظلم إذا توافرت شروط الإعادة القانونية"[23].

المبحث الثاني: الحالات التي يجوز فيها طلب إعادة المحاكمة

بينت المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية بأنه: "يجوز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية ولا يُقبل فيها الاعتراض وذلك في الأحوال الآتية[24]:

المطلب الأول: أن يصدر حكم مخالف لحكم سابق، مع أن ذات وصفه الطرفان اللذان صدر بينهما الحكم لم تتغير والدعوى ذات الدعوى السابقة، ولم تظهر بعد صدور الحكم الأول مادة يمكن أن تكون سببًا لصدور حكم آخر مخالف[25]:

فقد بينت المادة السابقة أن هناك شروطا لهذه الحالة، وهي على النحو الآتي:

1- أن يكون الحكم مناقضًا[26] "لحكم أصدرته المحكمة نفسها سواء أكانت محكمة بداية أو استئناف"، علمًا بأن الحكم قد يصدر عن محكمة البداية أو استئناف، وهذا النص لم يكن موجودا في القانون القديم، وقد أضيف في القانون الجديد محاكم الاستئناف التي أصبحت في بعض الأحيان محاكم موضوع.
2- أن يتحد الحكمان الأول والثاني في الخصوم على الأطراف أنفسها في الحكمين الأول والثاني وتمس اتحاد الصفة في الدعوتين.
3- اتحاد الموضوع: -أو الدعوى- في الأولى والثانية، شريطة ألا يكون قد ظهرت بعد صدور الحكم مادة يمكن أن تكون سببًا لصدور حكم مخالف للحكم الأول[27].

ومن المعلوم أن التناقض يجب أن يقع في منطوق الحكم حتّى يتسنى قبول إعادة المحاكمة، فلا يُقبل التناقض في أسباب الحكم أو بين أسبابه ومنطوقه كسبب من أسباب إعادة المحاكمة[28].

وهذه الشروط تعني أن للحكم القضائي حجية وأن الظاهر من كل حكم صدر وفق

الشروط الشرعية الصحية وتحقيق العدالة وبالتالي استحقاق التنفيذ، وبناء على هذا الظاهر لا يُلبّي طلب أحد بإعادة النظر في القضية، ولا بتأجيل تنفيذ الحكم أو نقضه"، إذا كان هذا الطلب مبنيًا على مجرد احتمال ولم يقترن بدليل مقبول يقتضي فائدة جديدة من الإعادة[29].

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة (1837) بقولها: "الدعوى التي حُكم بها وربطت بإعلام، لا تجوز رؤيتها وسماعها تكرارًا إذا توافرت الشروط والأسباب الموافقة للأصول المشروعة"، ولا يُشترط صدور الإعلام فيكفي صدور الحكم بها، وبذلك يمتنع سماعها لمرة ثانية؛ لأنها تكون حينئذ حائزة على حجية القضية المقضي بها، ومن المعلوم أن طلب إعادة المحاكمة لا يلجأ إليه إلاّ عند استنفاد كل طرق الطعن الأخرى"[30].

وقد ذكر القرار الاستئنافي رقم 21444 تاريخ 1980/5/31 أن من مسوغات طلب إعادة المحاكمة صدور حكمين مختلفين في قضيتين مع وحدة الطرفين، والموضوع وينحصر طلب إعادة المحاكمة بالممثلين في الدعوى"[31].

المطلب الثاني: ظهور حيلة كان أدخلها خصم طالب الإعادة: وذلك بعد الحكم بتزوير الأوراق والمستندات التي اتخذت أساسًا للحكم، أو يثبت تزويرها حكمًا، وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة[32]:

وتنقسم هذه النقطة إلى شقين:

أ- ظهور حيلة كان أدخلها خصم طالب الإعادة بعد الحكم بتزوير الأوراق والمستندات التي اتخذت أساسًا للحكم.

ب- أو يثبت تزويدها حكمًا، وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة.

ويلاحظ على هذه الفقرة أن هناك حيلة قد استخدمت من طالب إعادة المحاكمة بغض النظر من هو محكوم له أو محكوم عليه، مدعي أو مدعى عليه، وهذه الحيلة أساسها التزوير أو أن هذا التزوير قد ثبت حكمًا من خلال المحاكم الجزائية كون الأحكام المتعلقة بالتزوير تعدّ جريمة جنائية والأهم أنه يجب أن يصدر هذا الحكم بالتزوير ويكتسب الدرجة القطعية قبل طلب إعادة المحاكمة، وإذا لم يكن هناك مستند تستند إليه دعوى إعادة المحاكمة عُدّت غير صحيحة وهي غير مسموعة، حيث جاء في القرار الاستئنافي رقم (39249 تاريخ 95/8/20) أن دعوى إعادة المحاكمة إذا لم تسند إلى سبب من الأسباب الواردة في المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية تكون غير صحيحة[33].

وبينت القرارات الاستئنافية أنه: "لا يجوز أن يُتخذّ من طلب إعادة المحاكمة ذريعة لإثبات الحيلة"، وكذلك قال "لا يجوز أن يتخذ من استدعاء إعادة المحاكمة ذريعة لإثبات الحيلة؛ لأن ذلك يؤدي إلى وجود المعلول قبل العلة"[34].

وبينت القرارات السابقة أن (وثيقة عقد الزواج المسجلة لدى المحكمة الشرعية ليست من المستندات التي يصلح إبرازها سببًا لإعادة المحاكمة بحجة كتمانها من الخصم لأنه من

الممكن الاستعاضة عنها) [35]. وبينت ذلك من خلال شرح المادة 27 من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني لباز والذي جاء فيه: (ويشترط في المستند الذي يصلح سببًا لإعادة المحاكمة ألا يتمكن المحكوم عليه من التعويض عنه بما يوازيه كما لو كان السند المكتوم مسجلًا عند محرر المقاولات مثلًا إذن في هذه الحالة كان للمحكوم عليه أن يعتاض عنه بأخذ صورته من عند المحرر المذكور بعد التصديق عليها أنها مطابقة للأصل ومن ثم لا وجه في هذه الصورة لإعادة المحاكمة لأنه إنما حكم على الخصم بسبب تكاسله وإهماله فكان عليه أن يتحمل تبعتها"[36].

ويقصد بالغش أو الحيلة في مجال إعادة المحاكمة: كل الوسائل الاحتيالية التي يستعملها الخصم لتضليل المحكمة وإيقاعها في الخطأ[37]، وهذه الوسائل لا تقبل بطبيعتها الحصر؛ لأنها نتيجة لما يتفتق عنه ذهن الخصم، ولذا فإن تقدير ما يعدّ غشًا أو حيلة وما لا يعدّ كذلك، إنما هو مسألة موضوعية تخضع لتقدير المحكمة[38].

وقد اختلف الرأي بشأن وجوب إثبات الغش أو الحيلة قبل رفع طلب إعادة المحاكمة، وقد حسمت محكمة الاستئناف الشرعية هذا الأمر بأنه يجب أن يثبت الغش أو الحيلة قبل رفع طلب إعادة المحاكمة وأشرنا إلى ذلك في القرارات الاستئنافية السابقة من حيث ترددت محكمة التمييز الأردنية في هذا الموضوع، فقد جاء في أحد قراراتها (لا يشترط أن يسبق طلب إعادة المحاكمة حكم بثبوت الحيلة) ثم عادت وقضت بأنه: "... يشترط لقبول الحيلة في دعوى إعادة المحاكمة، الحصول على حكم بثبوتها من المحكمة المختصة"[39].

المطلب الثالث: بروز أوراق ومستندات كان الخصم قد كتمها: تصلح لأن تكون أساسًا للحكم كان الخصم قد كتمتها أو حمل على كتمها[40]:

وقد اشترط لتطبيق هذه الحالة أمران:

1- أن تكون الأوراق والمستندات المكتوبة صالحة لأن تكون مدار للحكم[41].
2- أن يكون خصم طالب الإعادة المحكوم له قد كتم الأوراق والمستندات أو حمل على كتمها، أما لو كتمها المحكوم عليه أو شخص آخر دون علم المحكوم له، أي لم يحمل على كتمها، فلا وجه لإعادة المحاكمة في تلك الحالة[42].

واشترط بعض العلماء أن تكون هذه الأوراق منتجة في الدعوى ويقصد بالورقة المنتجة هي التي يكون من شأنها إقناع القاضي بثبوت كل أو بعض ما يدعيه الخصم، وقد يتم الثبوت ولكن قد لا يحكم القاضي بما يطلبه الخصم، وكذلك اشترط أن يحصل الخصم على هذه الأوراق بعد صدور الحكم وقبل طلب إعادة المحاكمة، وهو ما يعني أن المحكوم عليه يجهل وجود هذه الأوراق عند صدور الحكم، أما إذا عالمًا بوجودها وقصر في طلبها لا يقبل منه طلب الإعادة[43].

كما هو الحال في وثيقة عقد الزواج أو أي وثيقة رسمية فكل شخص باستطاعته أن يحصل على نسخة منها يطلب من المحكمة، ولأن

عدم طلبه ذلك يعد إهمالًا وتقصيرًا يعاقب عليه بمنع إعادة المحاكمة[44].

وقد ذكرت القرارات الاستئنافية أرقام (16995 و 29943 و 13257 و 31271) أنه لا تعدّ وثيقة عقد الزواج أو غيرها من الوثائق المسجلة لدى المحكمة الشرعية أو سند تسجيل الأراضي من المستندات التي يصلح إبرازها سببًا لإعادة المحاكمة بحجة كتمانها من الخصم لأنه من الممكن الاستعاضة عنها واستخراج بدل عنها[45].

ويلاحظ الباحث أن الأوراق إذا كانت من الممكن الحصول عليها بواسطة الخصم أو عن طريق المحكمة وكانت رسمية وقصر في طلبها الذي طلب إعادة المحاكمة إلاّ بعد الحكم، فإن هذا يعدّ استهتارا، وبالتالي لا يجوز أن يكافئ على تقصيره وإنما يمنع من طلب إعادة المحاكمة لأن المقصر أولى بالخسارة وأولى بفقدان حقه في إعادة المحاكمة.

المطلب الرابع: إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه[46]

من مبطلات الحكم عند العلماء إذا تجاوز القاضي سلطته وصلاحيته في الحكم كأن يحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه وهو من أسباب بطلان الأحكام القضائية ويمكن ردها جميعًا إلى مخالفة القانون[47].

فإذا تجاوزت المحكمة حدود الطلبات التي قدمت لها وحكمت بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، كان حكمها عرضة للطعن بطلب إعادة المحاكمة، وهذا العيب فيه صورتين:

1- أن الحكم صدر وحكم بشيء لم يطلبه الخصوم.

2- أنه حكم بأكثر مما طلبوه[48].

ومثال الأول أن تحكم المحكمة بطلقة ثانية بين الطرفين رغم أن المدعية طلبت التفريق بطلقة أولى.

ومثال الصورة الثانية أن تطلب الزوجة نفقة كفاية للصغير فتحكم المحكمة بنفقة موسرين (حسب حال المدعى عليه).

وقد تقع المحكمة في مثل هذا الخطأ متأثرة بعوامل كثيرة جدًا، منها:

1- غموض الطلبات الختامية وعدم وضوحها وما تنطوي عليه من أخطاء.

2- سهو المحكمة وعدم ملاحظتها لطلبات المدعي الختامية.

مع الأخذ بعين الاعتبار أنه لا يعدّ قضاءً بما لم يطلبه الخصوم ولا يجوز الاستناد إليه لطلب إعادة المحاكمة ولا محل لطلب إعادة المحاكمة، إذا كان الخصم قد فوض الرأي إلى المحكمة؛ لأن ذلك يعني قبول الحكم، ولأن ذلك يعدّ طلبًا منها بأن تقضي بما تراه متفقًا مع اقتناعها وتنازلًا منه عن حق الطعن فيه[49].

المطلب الخامس: إذا كان منطوق الحكم مناقضًا بعضه بعضًا*

من الأسباب التي ذكرها القانون لإعادة المحاكمة التناقض الحاصل في منطوق الحكم الصادر، وهذا يعني أن التناقض يجب أن يقع في منطوق الحكم حتّى يتسنى قبول إعادة المحاكمة، فلا يقبل التناقض في أسباب الحكم

أو بين أسبابه ومنطوقه كسبب من أسباب إعادة المحاكمة[50]، علمًا بأن الحكم يتكون من ثلاثة أجزاء رئيسية هي الوقائع والأسباب المنطوق ومنطوق الحكم هو نص ما حكمت به المحكمة في الطلبات التي عرضها الخصوم، فهو فقرات القرار الذي انتهت إليه المحكمة فيما يتعلق بالطلبات التي عرضت عليها، والمقصود هنا تناقض منطوق الحكم بحيث يستحيل التوفيق بين أجزائه على نحو يتعذر معه تنفيذه، ولا يدخل في هذا السبب مجرد الأخطاء المادية التي تلحق منطوق الحكم على نحو قد يظهره بأنه متناقض، إذ السبيل إلى ذلك هو تصحيح الحكم[51].

ومثال ذلك:

أن يصدر حكم بالتفريق في دعوى شقاق ونزاع ويكون نص الحكم "قررت التفريق بين المدعية ..... وزوجها غير الداخل بها ولا المختلي بها الخلوة الشرعية الصحيحة المدعى عليه ..... بطلقة بائنة بينونة صغرى للشقاق والنزاع المستحكم وأن للمدعية الحق بمطالبة المدعى عليه بمبلغ ..... وأن عليها العدة الشرعية ابتداء من تاريخ تصديق هذا القرار من قبل فضيلتكم".

فقد جاء في الفقرة الأولى أنه قرر التفريق بينها وهما غير داخلين ولا مختلين الخلوة الشرعية الصحيحة.

والفقرة الثانية –أن عليها العدة الشرعية ابتداء من تاريخ تصديق هذا القرار-.

وهذا تناقض بمنطوق الحكم ومن أسباب إعادة المحاكمة في أصول المحاكمات الشرعية.

المطلب السادس: إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلًا تمثيلًا صحيحًا في الدعوى[52]

إذا أخطأت المحكمة في تدقيقها لصحة تمثيل أحد الخصوم في المحاكمة وأصدرت حكمًا مبرمًا على شخص ناقص الأهلية أو على جهة الوقف أو على أحد أشخاص القانون العام أو على أحد الشخصيات الاعتبارية دون أن يكون أحد منهم ممثلًا تمثيلًا صحيحًا في الدعوى، فإن المتضرر من هذا الحكم يملك حق تقديم طلب إعادة المحاكمة[53].

فالأصل أن المحكمة إنما تقضي فقط في مواجهة أطراف الدعوى أو من يمثلهم، فلو صدر الحكم على قاصر أو شخص اعتباري فإنه يجب أن يكون ممثلًا في الخصومة التي صدر فيها الحكم بواسطة ممثله القانوني أو القضائي، فإذا صدر الحكم عليه دون أن يكون ممثلًا في الخصومة، أو كان ممثلًا فيها بواسطة شخص ليست له صفة تمثيله قانونًا أو قضاء، فإنه يكون مبنيًا على غلط في تمثيل الخصوم وجاز الطعن فيه بإعادة المحاكمة، كما يجوز الطعن في الحكم بإعادة المحاكمة إذا صدر ضد القاصر دون أن تتخذ إجراءات الخصومة من وليه أو وصيه أو في مواجهة أي منهما، كما لو اتخذت الإجراءات في مواجهة القاصر نفسه أو في مواجهة شخص آخر لا يعد وليًا أو وصيًا له، وكذلك الشأن إذا ما صدر الحكم ضد شركة دون أن تتخذ إجراءات الخصومة في مواجهة ممثلها القانوني ويجب أن يقدم طلب إعادة

المحاكمة في هذه الحالات من الممثل القانوني الصحيح للشخص الذي صدر ضده الحكم[54].

ومثال هذا إذا صدر حكم بالدية على شركة الكهرباء ولم تكن ممثلة قانونًا من الشخص المخول بذلك، وكذلك إذا صدر حكم بالتفريق للجنون ولم يكن الولي أو الوصي للمجنون قد بلغ تبليغ صحيح.

وقد ذكر القرار الاستئنافي رقم (20756 و27219 و28092 و38727).

إذا كان هناك قاصر من الورثة لم يتمثل في دعوى تصحيح ففي هذه الحالة لا بدّ من تبليغ الحكم الصادر فيها لمن يمثله وليه أو وصيه إن وجد، وإذا لم يكن تلُعيّن المحكمة الابتدائية وصيًا ومؤقتًا عليه يبلغ إليه الحكم قبل رفعه لمحكمة الاستئناف الشرعية للتحقيق عملًا بالمادة (138) من قانون أصول المحاكمات الشرعية[55].

المطلب السابع: إذا كان الحكم قد بني على أي شهادة قضي بعد الحكم أنها كاذبة[56]

إذا أدلى الشهود بشهادتهم واقتنعت المحكمة بها وتبين بعد ذلك أنها شهادة كاذبة ومغايرة للحقيقة، فإنها تأخذ وصف الشهادة الكاذبة أو شهادة الزور، وهو وصف يخول المحكوم عليه حق الطعن في الحكم الصادر بناءً على هذه الشهادة بطريق إعادة المحاكمة، واشترط لقبول إعادة المحاكمة بناءً على هذا السبب:

1- أن يبنى الحكم على الشهادة الكاذبة، بحيث لولاها لتغير مضمونه ولما صدر بالكيفية التي صدر بها.
2- أن يثبت كذب الشهادة بحكم قضائي وأن يكون هذا الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية، وأن الإقرار وحده بالكذب دون صدور حكم قضائي فلا يكفي.
3- أن يصدر الحكم القضائي بكذب الشهادة بعد صدور الحكم المطعون فيه وقبل رفع طلب إعادة المحاكمة[57].

وعليه فإن أي حكم قضائي صدر عن المحكمة الشرعية حتّى لو اكتسب الدرجة القطعية، وقد بين على شهادة تبين بعد ذلك.

إن هذه الشهادة كاذبة فإنه يحق لمن صدر الحكم ضده أن يرفع دعوى لدى المحاكم المختصة للطعن في هذه الشهادة وإذا صدر حكم يكذب هذه الشهادة وأنها شهادة زور واكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية فإن المتضرر من حكم المحكمة الشرعية يحق له أن يتقدم بالطعن بإعادة المحاكمة لكون الحكم قد بني على شهادة كاذبة.

المبحث الثاني: إجراءات إعادة المحاكمة

المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر إعادة المحاكمة

تضافرت النصوص القانونية بأن المحكمة المختصة بنظر إعادة المحاكمة هي المحكمة التي أصدرت الحكم، لأنها أقدر على نظر القضية، ولا يوجد حاجة إلى الالتجاء إلى محكمة أعلى كالاستئناف أو العليا الشرعية، وقد ذكرت المادة (154) من قانون أصول المحاكمات الشرعية: "يقدم طلب إعادة المحاكمة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم ويجري في ذلك تبادل اللوائح بين الطرفين وفقًا لأحكام هذا

القانون"[58]، وقد ذكر القرار الاستئنافي رقم (24402) تاريخ 84/1/19 أن: "دعوى إعادة المحاكمة تقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم وإذا قدمت إلى غيرها ترد الدعوى وذلك عملًا بالمادة (154) من قانون أصول المحاكمات الشرعية[59]، ومما لا شك فيه أن إعادة المحاكمة ترمي إلى سحب الحكم أو الرجوع عنه، ولا كشف عن تجريحه، إذ المقصود به مجرد تنبيه المحكمة لتصحيح الحكم الذي أصدرته سهوًا أو خطًا منها أو بسبب فعل المحكوم له، ومن أجل ذلك فإنه ينظر من قبل ذات المحكمة التي أصدرته ولا حرج أن تتشكل المحكمة من نفس القضاء الذين أصدروا الحكم وهذا ما ذكره علماء قانون أصول المحاكمات المدنية[60].

فالمحكمة التي أصدرت الحكم هي الأقدر على رؤيته مرة أخرى ومراجعة الأخطاء التي وقعت بها سابقًا من أجل الوصول إلى الحق الذي تسعى المحكمة إلى تحقيقه بطريق إعادة المحاكمة إذا أخطأت أول مرة أو تبين لها ما يثبت أنها أخطأت.

المطلب الثاني: مدة إعادة المحاكمة

نصت المادة (156) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على مدة إعادة المحاكمة وجاء فيها:

"مدة إعادة المحاكمة هي المدة المعينة للاستئناف وتبتدئ في حالة تناقض الحكمين من تاريخ تفهيم الحكم الثاني إذا كان وجاهيًا ومن تاريخ انقضاء مدة الاعتراض إذا كان غيابيًا وفي الحالات الثلاث الأخرى من يوم تثبيت الحيلة أو تزوير الأوراق والسندات أو الحصول على الأوراق المكتومة"[61].

ومن خلال النظر إلى النص القانوني يتبين أن مدة إعادة المحاكمة هي مدة الاستئناف[62]، والنظر إلى أسباب إعادة المحاكمة فإن ابتداء هذه المدة تبتدئ بحسب الطعن على النحو الآتي:

أولًا: في حالة تناقض الحكمين تبتدئ هذه المدة من تاريخ تفهيم الحكم الثاني إذا كان وجاهيًا ومن تاريخ انقضاء مدة الاعتراض إذا كان غيابيًا[63].

وجاء في القرارات الاستئنافية رقم (27269 و17121 و 17483): "أنه يُرد طلب إعادة المحاكمة إذا قدّم المحكوم عليه طلبه إعادة المحكمة على العلم بالحكم بعد انتهاء المدة القانونية وهي ثلاثون يومًا"، فإذا قُدّم طلب إعادة المحاكمة بعد مضي المدة المذكورة على ما ذكر في المادة المذكورة يرد الطلب"[64]؟

وجاء في القرار رقم (18568) أنه: "على المحكمة أن تحقق إذا كان طلب إعادة المحاكمة قد قُدّم ضمن المدة القانونية وفق المادة (156) من قانون أصول المحاكمات الشرعية قبل السير في موضوعة.

ويفهم من القرار الاستئنافي رقم (21444) أن مدة إعادة المحاكمة في حال تناقض الحكمين هو من تاريخ تفهيم الحكم الثاني إذا كان وجاهيًا ومن تاريخ انقضاء مدة الاعتراض إذا كان غيابيًا[65].

ثانيًا: في غير حالة التناقض تبدأ المدة من يوم تثبيت الحيلة أو تزوير الأوراق والمستندات

والحصول على الأوراق المكتومة[66]، ويلاحظ أنه في هذه الحالات تبدأ مدة الثلاثين يوما من تاريخ ثبوت الحيلة أو تزوير الأوراق والمستندات أو الحصول على الأوراق الثبوتية، وقد جاء في القرار الاستئنافي رقم (27269) أنه إذا تحقق العلم بالحكم من قبل المحكوم عليه وقدم طلب إعادة المحاكمة بعد المدة القانونية وهي ثلاثون يومًا من يوم علمه بالحكم يرد طلب إعادة المحاكمة[67].

ثالثًا: مدة إعادة المحاكمة إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه رد مدة إعادة المحاكمة إذا كان منطوق الحكم مناقضًا بعضه بعضًا[68]:

لم يعالج قانون أصول المحاكمات الشرعية ذلك وبالنظر إلى قانون أصول المحاكمات المدنية تبين أن وقت إعادة المحاكمة يبدأ من تاريخ اكتساب الحكم قوة القضية المقضية أي من وقت امتناع الطعن بالطرق العادية، أما لكونه قد صدر كذلك أو لكونه أصبح حائزًا لهذه القوة فيما بعد لانقضاء ميعاد استئنافه مثلًا[69].

رابعًا: إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلًا تمثيلًا صحيحًا في الدعوى، فإن مدة إعادة المحاكمة لم تعالجها مواد أصول المحاكمات الشرعية، وفي أصول المحاكمات المدنية فإن مدة الطعن تبدأ من اليوم التالي لتاريخ تبليغ الحكم إلى من يمثل المحكوم عليه تمثيلًا صحيحًا[70].

خامسًا: إذا كان الحكم قد بني على شهادة كاذبة، فإن وقت إعادة المحاكمة يبدأ من اليوم التالي لصدور الحكم لكذب الشاهد[71]، وهو ما يفهم من المادة (156) من قانون أصول المحاكمات الشرعية بمعنى إذا اكتسب الحكم بكذب الشاهد حجية الحكم القضائي وبات لا يطعن فيه.

المطلب الثالث: إجراءات طلب إعادة المحاكمة

إن طلب إعادة المحاكمة هو دعوى وينطبق عليه ما ينطبق على الدعاوى من حيث تقديمه إلى المحكمة المختصة، واستيفاء الرسم وتعيين موعد لجلسة المحاكمة، كما يجب أن يدعي الطرفان والأصل أن يبلغ المدعى عليه وهو المحكوم له في الدعوى الأصلية وتقدم اللائحة الدفاعية من قبل المحكوم له بالدعوى الأصلية، المدعى عليه بدعوى إعادة المحاكمة كما يجوز الرد عليها من قبل المدعي حتّى تصدر المحكمة قرارها بقبول طلب إعادة المحاكمة أو رفضه[72].

وجاء في المادة (155) من قانون أصول المحاكمات الشرعية: "إذا قُبل طلب إعادة المحاكمة بناء على أحد الأسباب المنوه بها في المادة (153) تنظر المحكمة في أساس الدعوى وتحكم بالنتيجة التي تتوصل إليها"[73].

وإذا قررت المحكمة قبول طلب إعادة المحاكمة فعليها أن تنظر في أساس الدعوى بناء على طلب الإعادة وتحكم بالنتيجة التي تتوصل إليها استنادًا لما قدم لها، وبعد إذن يصدر الحكم أما بـ:

1- تعديل الحكم تعديلا بسيطا بعد إعادة المحاكمة.

2- نقض الحكم وإصدار حكم جديد مغاير لما صدر من قبل.

ولا يمكن أن يصدر نفس الحكم السابق لأن ما قدم لها من أسباب إعادة المحاكمة مدعاة لتغيير هذا الحكم وإلا كان إعادة المحاكمة بلا فائدة وفيه ضياع لوقت المحكمة ونفقات وجهد وهو ما لا يقبل كما أن المحكمة إذا رأت أن الطلب قد قدم في غير موعده، وأن الأسباب التي قدم بسببها إعادة المحاكمة غير حقيقية فإنها ترد الطلب وتضمن صاحبه الرسوم والمصاريف.

وذكرت المادة (157) من قانون أصول المحاكمات أنه: "لا يقبل طلب إعادة المحاكمة ثانية على حكم صدر بناء على حكم أعيدت المحاكمة عليه"[74].

وذكر القرار الاستئنافي رقم (18568) أنه: "ترد المحكمة طلب إعادة المحاكمة إذا قدم المحكوم عليه طلب إعادة المحاكمة على العام بالحكم بعد انتهاء المدة القانونية وهي ثلاثون يومًا"[75].

وهذا يقيد من يقصد إعادة المحاكمة أن يتبع إجراءات التقاضي لأي دعوى ويقوم بتقديمها ضمن المدة القانونية التي حددت من قبل قانون أصول المحاكمات الشرعية.

كما يجب العلم بأن لائحة الطعن بإعادة المحاكمة يجب أن تتضمن ما يلي:

1- لائحة الطعن المقدمة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.

2- تشمل اللائحة بيان الحكم المطعون فيه بذكر رقمه وتاريخه والمحكمة التي أصدرته وغيرها من البيانات والغاية من هذا التوضيح التأكد من أن المحكمة هي التي أصدرت الحكم وهي من قدم إليها الطعن بإعادة المحاكمة.

3- يجب أن تتضمن اللائحة أسباب إعادة المحاكمة كونه طريق غير عادي للطعن بالأحكام، وذكرها بشكل واضح وصريح وإذا لم يذكر فإنه يترتب البطلان لهذا الطعن؛ لأنها لم تتضمن موضوع إعادة المحاكمة.

4- يخضع طلب إعادة المحاكمة للرسوم القانونية.

المطلب الرابع: أثر تقديم طلب إعادة المحاكمة

يجب العلم أن أثر تقديم إعادة المحاكمة لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم ما لم تقرر المحكمة التي قدم إليها طلب إعادة المحاكمة خلاف ذلك وهذا لم ينص عليه في أصول المحاكمات الشرعية لكن أشار إليه أصول المحاكمات المدنية[76].

الخاتمة:

بعد أن منّ الله ﷻ علينا بإكمال هذا البحث الموسوم بإعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 لسنة 2016 "دراسة تطبيقية". فقد توصلت الدراسة إلى النتائج الاتية:

1- أن إعادة المحاكمة طريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام ولا يلجأ إليها إلاّ في حالات خاصة.

2- أن إعادة المحاكمة لم يتم دراسته من ناحية إجرائية، إذ الأصل أن تكون دراسات

وافية تهتم بهذا الموضوع من ناحية تطبيقية عملية.

3- أن أنواع إعادة المحاكمة إما أصلي أو مقابل أمر تبعي في قانون أصول المحاكمات المدنية وهو ما ينطبق على أصول المحاكمات الشرعية.

4- الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الشرعية لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن.

5- الحالات التي يجوز الطعن فيها محصورة بسبع حالات أشارت إليها المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

6- إجراءات إعادة المحاكمة بحاجة إلى دراسات شاملة تهتم به وتفصله كل حالة لوحدها.

التوصيات

يوصي الباحث بما يلي:

1- عمل دراسات ميدانية تطبيقية لقانون أصول المحاكمات الشرعية الاردني ترفع من سوية القانون وتسهل تطبيقه من قبل العاملين به.

2- إرفاق القوانين الشرعية ومنها قانون اصول المحاكمات الشرعية بالمناهج التعليمية.

الهوامش:

(1) السرخسي، محمد بن احمد، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ج16، ص 59-60.

(2) أبو البصل، عبد الناصر، أصول المحاكمات الشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1991، ص230.

(3) النمر، أمنية، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، 1988، ص228.

(4) الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر، ط1، 2003، ج2، ص908، والقضاة، مفلح، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط3، دار الثقافة، عمان، 1998، ص336، والكزبري، مأمون والعبد اللاوي، إدريس العلوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجديد، ج3، 1971، وج3، سنة 1971، ص329.

(5) قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم (31) لسنة 1959 وتعديلاته وفقًا للقانون المعدل رقم (11) لسنة 2016 مادة (153).

(6) الداوود، أحمد حمد علي، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، مكتبة دار الثقافة، ط1، 2004، ج1، ص87.

(7) يرى شراح القانون أن الحجية "نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم القضائي ويعتبر بمقتضاها متضمنًا قرينه لا تقبل الدليل العكسي على أنه صدر صحيحًا من حيث إجراءاته، وأن ما قضي به هو الحق بعينه من حيث الموضوع"، انظر ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفرقان، ط1، ص12.

(8) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني: قانون المرافعات، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م، ص787.

(9) الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص908، والزعبي، عوض أحمد، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار وائل، ط1، 2007، ص422.

(10) أصول المحاكمات المدنية الأردني مادة 1/218.

(11) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص910، والزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ص422.

(12) المادة 153 من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 سنة 2016.

(13) المادة (213) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 11 لسنة 2016.

(14) المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ص330-331.

(15) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص911.

(16) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص911.

(17) القرار رقم 22871 و 23026 و 31271، انظر الداوود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج1، ص87.

(18) المادة 222 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 11 سنة 2016 .

(19) المادة 157 من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 سنة 2016.

(20) أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، ط2 (منشأة المعارف، الإسكندرية)، ص870، الصاوي، أحمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، (دار النهضة، القاهرة)، 1981، ص698، والقضاة، مفلح، أصول المحاكمات المدنية، ص337-338.

(21) المادة 169 فرع أ من أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 سنة 2016.

(22) المادة 169 فرع ب من أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 سنة 2016.

(23) عبابنة، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص224.

(24) المادة (152) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 31 لسنة 1959 وتعديلاته وفقًا للقانون رقم (11) لسنة 2016.

(25) الفرع الأول من المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 لسنة 2016.

(26) يقصد بالتناقض "أن يسبق من المدعي ما يعارض دعواه بحيث يستحيل الجمع في الصدق بين السابق واللاحق"، انظر ابن الغرس (894هـ) محمد بن محمد بن خليل، الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضية الحكمية، مطبوع مع المعاني الزهرية، ص98، والمقصود هنا الحكم وليس الدعوى حيث يجب ألا يناقض الحكم اللاحق حكم سابق، انظر أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص231.

(27) أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص231.

(28) المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ص333.

(29) ياسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص10.

(30) باز، رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، ط3، ص1190.

(31) الداوود، أحمد، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج1، ص90.

(32) الفقرة (2) من المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(33) داوود، أحمد، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ج1، ص87.

(34) القرارات الاستئنافية رقم (15286 و 17108 و 17483 و 20842 و 23842 و 24508 و 33675)، أنظر الداوود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج1، ص88.

(35) القرار رقم 16995 تاريخ 73/3/18.

(36) الداوود، أحمد، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج1، ص89.

(37) الصاوي، أحمد السيد، (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية)، ط2، (دار النهضة العربية، القاهرة: 2004)، ص907، وأبو الوفا، أحمد، (المرافعات المدنية والتجارية)، ط2، (منشأة المعارف، الإسكندرية، 19)، ص871.

(38) الصاوي، الوسيط، ص907، وسيف، رمزي (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية)، ط9، (دار النهضة العربية، القاهرة، 1970)، ص930، والقضاة، مفلح، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط1، دار الثقافة، عمان، 2004)، ص355.

(39) تمييز حقوق رقم 1961/149 مجلة نقابة المحامين لسنة 1961، ص415، والزعبي، عوض، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ص427.

(40) الفقرة (3) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 لسنة 2016.

(41) باز، سليم رستم، شرح قانون المحاكمات الحقوقية، ط2، بيروت، المطبعة الأدبية 1911م، ص609، والنمر، أمينة، أصول المحاكمات المدنية، ص312.

(42) صلاح، عبد اللطيف، شرح قانون المحاكمات الحقوقية، مطبعة مدرسة الأيتام الإسلامية، القدس 1924، ج2، ص356.

(43) الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ص429.

(44) باز، شرح قانون أصول المحاكمات الحقوقية، ص60، وصلاح، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص356.

(45) عبابنة، إيضاحات في قانون أصول المحاكمات الشرعية بقرارات محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، ط1، 2001، ص224، وورد كذلك في الداوود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج1، ص88-89.

(46) الفقرة (4) من المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 لسنة 2016.

(47) أبو البصل، عبد الناصر، نظرية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، ط1، 2000م، دار النفائس، ص548، والمصري، محمد، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ص333.

(48) الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص929.

(49) صاوي، أحمد، الوسيط، ص704، ووالي، فتحي، الوسيط، ص803، والعشماوي، محمد عبد الوهاب، (قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن) مكتبة الأديب، القاهرة، 1957، ص939، أبو الوفا، أحمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط4، (منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ج1، ص891.

* الفقرة (5)، من المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 لسنة 2016.

(50) المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ص333.

(51) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، ص696-698، والزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، ص431.

(52) الفقرة 6 من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 لسنة 2016.

(53) المصري، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ص333.

(54) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، ص783، والصاوي، أحمد، الوسيط، ف472، ص705، وأبو الوفا، التعليق، ج1، ص893، ومفلح، أصول المحاكمات المدنية، ص342.

(55) الداوود، أحمد، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ج1، ص223.

(56) فقرة 7 من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم 11 سنة 2016.

(57) مفلح، أصول المحاكمات المدنية، ص357، ووالي، فتحي، الوسيط، ص763، وصاوي، أحمد، الوسيط، ص910، والزعبي، الوجيز، ص428-429.

(58) المادة (154) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (31) لسنة 1959 والمعدل برقم (11) لسنة 2016.

(59) الداوود، أحمد، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ج1، ص89.

(60) راغب وجدي، مبادئ القضاء المدني، ص784-785، والزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص908.

(61) المادة (156) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(62) نصت المادة (136) من قانون أصول المحاكمات الشرعية أن: "مدة الاستئناف ثلاثون يومًا تبتدئ من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهيًا ومن تاريخ تبليغ الحكم إلى المستأنف إذا كان غيابيًا أو غيابيًا لصوره الوجاهية، ويسقط من المدة اليوم الذي صدر فيه الحكم أو جرى فيه التبليغ كما تسقط أيام العطل الرسمية إذا وقعت في نهاية مدة الاستئناف للأحكام المنهية للخصومة".

(63) المادة (153) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(64) الداوود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ج1، ص98.

(65) المرجع السابق، ج1، ص90، مع ملاحظة أن إعادة المحاكمة كانت بالقانون القديم 156.

(66) فقرة 2 و3 من المادة 153 من أصول المحاكمات الشرعية.

(67) الداوود، القرارات الاستئنافية، ج1، ص90.

(68) فقرة 4 و5 من المادة 153 من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(69) الزعبي، الوجيز، ص435.

(70) الزعبي، الوجيز، ص435.

(71) المصري، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية المدنية، ص332، والزعبي، أصول المحاكمات المدنية، ج2، ص942.

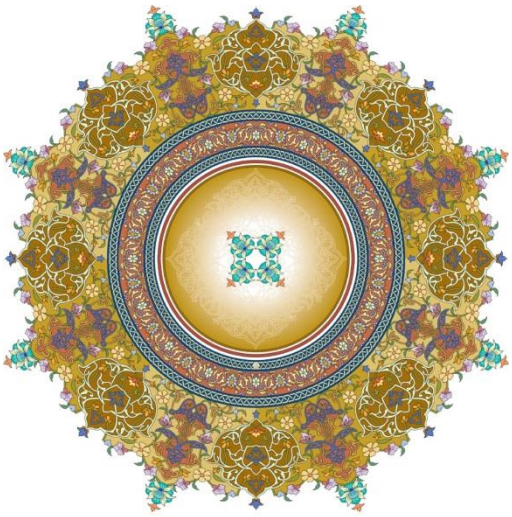
(72) أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، ص234.

(73) المادة (155) من أصول المحاكمات الشرعية.

(74) المادة (157) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(75) الداوود، القرارات الاستئنافية في أصول المحاكمات الشرعية، ج1، ص90.

(76) المادة (217) من قانون أصول المحاكمات المدنية، نصت على (لا يترتب على طلب إعادة المحاكمة وقف تنفيذ الحكم ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك).



" الخيانة العظمى بوصفها جريمة يرتكبها الوزير في التشريع الأردني "

عادل صبحي حميدات*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2020/12/20م

الملخص

يتمتع الوزير في الأنظمة البرلمانية لا سيما الملكية منها بصلاحيات واختصاصات واسعة قد تدفعه لارتكاب جرائم معينة، ووفقاً للمبدأ القائل بوجوب تلازم السلطة الممنوحة للوزير مع المسؤولية التي تقع على عاتقه، فلا سلطة بدون مسؤولية، وحيثما توجد السلطة توجد المسؤولية، مما يجعل الوزير عرضة للمتابعة القضائية في حالة ارتكابه لجرائم معينة.

وتعد جريمة الخيانة العظمى من أهم صور الجرائم التي قد يرتكبها الوزير وأخطرها التي جرّمها القانون، كونها تشكل اعتداءً مباشراً ومؤثراً على الكيان السياسي للدولة، وتعلقها بمصير الوطن لا سيما عندما ترتكب من قبل من يتولون رسم السياسة العامة للبلاد.

ولكون المشرع الأردني لم يبين ماهية الخيانة العظمى، مكتفياً بتعداد صورها على غرار باقي تشريعات دول العالم، لذا فقد جاءت هذه الدراسة لتحديد الإطار المفاهيمي للخيانة العظمى، وبيان كيف واجه المشرع الأردني صور هذه الجريمة في كلٍّ من القانون والدستور؟ وما هي أركانها؟، والمحكمة المختصة بنظرها؟، لكون بعض الجرائم تندرج تحتها و تسمى بالجرائم الواقعة على أمن الدولة وتدخل في اختصاص محكمة أمن الدولة.

* باحث.

High Treason as a Crime Committed by a Minister in the Jordanian Legislation

Abstract

A minister in parliamentary systems especially in a Kingdom system possesses a broad range of authorities and powers that might give him the chance to commit a crime. According to the saying that a granted authority and power should be parallel with his responsibilities, because there is no power and authority without responsibility, therefore any minister who commits a certain a crime would be legally prosecuted.

High treason is considered the most serious crime a minister might commit, as it is considered a direct and harmful assault on the political body of the country that directly affects the country's destiny when it is committed by those who are drawing the public polity of the country.

The Jordanian legislator didn't identify the definition of high treason, instead of explained its forms like other legislations do in other countries. Thus, this study comes to identify a conceptual framework for high treason, in addition, to explaining how the Jordan legislator faced this crime in both the Law and constitution and what its elements are, and which court is competent. And because some of the high treason crimes fall within the state security, then it falls within the jurisdiction of the state security Court.

المقدمة:

يعد خضوع كبار مسؤولي الدولة من الوزراء للمسؤولية الجنائية ركيزة من أهم ركائز الدولة الديمقراطية الحديثة، وترسيخا لمبدأ المساواة بين الحاكم والمحكوم على حد سواء.

ويسعى الأُردن كباقي دول العالم إلى تحقيق حماية فعّالة لأمنه وكيانه الوطني من مخاطر الاعتداء عليه، حيث تعدّ جريمة الخيانة العظمى من أهم أنواع الجرائم وأخطرها التي تنال منه لا سيما عندما يكون مرتكبو هذه

الجريمة أعضاء في المجلس الوزاري الذي يتولى رسم السياسة العامة للبلاد.

فجريمة الخيانة العظمى تشكل اعتداء مؤثراً ومباشراً على الوجود السياسي للدولة الأردنية لتعلقها بمصير الوطن، التي تهدف إلى تهديد استقلال أراضيه وسلامتها، وتسعى إلى الانتقاص من سيادتها وتهديد نظامها الحيوي، لذا فقد منحها المشرع الجزائي الأردني الأولوية والاهتمام؛ نظراً لخطورتها وأهمية المصالح التي تتعرض لها، وأمام غياب التعريف المعياري لهذه الجريمة فقد لجأ المشرع الأردني كغيره من تشريعات دول العالم إلى تعداد أشكال وصور هذه الجريمة، تحت باب جريمة الخيانة وما ينطوي عليها من جرائم تقع على أمن الدولة الخارجي والداخلي بالمواد من 110 إلى 154 من قانون العقوبات، وأفرد المشرع الأردني لأجلها أشد العقوبات، كونها تظهر عدوانية مرتكبيها بحق الدولة الأردنية، كما لجأ المشرع الأردني في قانون محاكمة الوزراء إلى اعتبار مخالفة الوزير لأحكام المادة 2/33 من الدستور الأردني من قبيل جرم الخيانة العظمى.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية البحث بأنها من الدراسات النادرة جدا وقد تكون الوحيدة في المملكة الأردنية الهاشمية، وذلك على حد علم الباحث، كون موضوع الخيانة العظمى يعد من الجرائم التي تنال من العهدة الرئاسية لرئيس الدولة في الأنظمة الجماهيرية، ولكنها في الأنظمة البرلمانية الملكية تعد صورة من صور الجرائم التي قد يرتكبها الوزير، والتي من شأنها تهديد سلامة الدولة وأمنها الداخلي، كون مرتكبها يأتي بقمة الهرم الوظيفي في الدولة، ويشكل منبع السياسة بها ونقطة ارتكاز النظام، لذا تظهر الحاجة الماسة إلى وضع ضوابط وقيود لدرء مفاسد أعضاء السلطة التنفيذية من خلال تجريم بعض الأفعال والتصرفات الصادرة عنهم وتعد جرائم آثمة.

أهداف الدراسة:

يهدف الباحث من خلال هذا البحث المتواضع إلى:

1- تحديد ماهية الخيانة العظمى التي لم تحددها معظم التشريعات التي سبق لها تقرير الخيانة العظمى في تشريعاتها مفهوماً لها، ولم يشذ المشرع الأردني عن هذا النهج، حيث سكت بدوره واكتفى بتقرير الأفعال والتصرفات التي يمكن وصفها بأنها تشكل جرم الخيانة العظمى.

2- بيان الحالات والصور التي يسأل عنها الوزير تحت مسمى جرم الخيانة العظمى وأركان هذه الجرائم.

مشكلة الدراسة:

تعتبر جريمة الخيانة العظمى من أهم وأخطر الجرائم التي تهدد أمن الدولة الداخلي والخارجي، وتزداد هذه الخطورة في حال تم ارتكابها من قبل أحد أعضاء السلطة التنفيذية التي تتولى رسم السياسة العامة للبلاد.

وتكمن مشكلة الدراسة في الإجابة على التساؤلات الآتية:

1- ماهية الخيانة العظمى وطبيعتها القانونية؟

2- كيف واجه المشرع الأردني جريمة الخيانة العظمى بوصفها جريمة من أخطر الجرائم التي قد يرتكبها الوزير؟

3- ما هي الصور والأعمال التي من الممكن مساءلة الوزير عنها تحت مسمى جرم الخيانة العظمى؟

4- ما هي المحكمة صاحبة الاختصاص في محاكمة الوزراء أمامها على اعتبار أن جرم الخيانة العظمى من الجرائم التي تمس أمن الدولة؟

منهجية الدراسة:

من الطبيعي أن لكل دراسةٍ طبيعتها الذاتية التي تميزها عن غيرها، وفي ضوء ذلك فان من الملائم -وبغية الإحاطة بجزئيات البحث- اعتمد الباحث في دراسته على المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية الناظمة لجريمة الخيانة العظمى في التشريع الأردني، وبيان أركانها وإجراءات ملاحقة مرتكبيها من الوزراء والمحكمة المختصة بنظرها، والعقوبة المترتبة عليها وسبر أغوار النصوص القانونية وتحليلها للوقوف على شروط انطباقها والعناصر المؤلفة لصور التجريم الواردة فيها، وكذلك رصد الآراء وتحليلها والاجتهادات الفقهية والنصوص القانونية تحليلاً علمياً منطقياً قانونياً بهدف حل الإشكاليات التي واجهت الباحث بالمقارنة مع بعض الدول محل الدراسة.

الدراسات السابقة:

بعد البحث التفصيلي لم أجد أي دراسة متخصصة في موضوع البحث في النظام القانوني الأردني غير أن هنالك ثمة دراسات تناولت جزئية محددة من هذه الدراسة، بحيث إنها لم تتطرق إليها كدراسة شاملة متخصصة متكاملة بل عالجت الموضوع بشكل مختصر في بعضها، وغير مفصل وغير شامل في بعضها الآخر، كما قد جاءت بعض الدراسات لتتناول هذه الجريمة كصورة من صور الجرائم التي يرتكبها رئيس الدولة فهي بذلك تكون مغايرة تماماً عن هذه الدراسة والتي جاءت لتتناولها بوصفها جريمة يرتكبها الوزير وهذه الدراسات هي:-

1- د. عمارة فتحية، مسؤولة رئيس الجمهورية، بحث منشور في مجلة الكوفة، جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد 1 العدد 5 لسنة 2010.

تناولت هذه الدراسة مسؤولية رئيس الجمهورية وأنواع هذه المسؤولية، وبعدها تطرقت الى صور الجرائم التي يرتكبها رئيس الجمهورية في كل من النظام الجزائري والمصري، أما هذه الدراسة فهي مختلفة تماما عن تلك الدراسة من حيث تناولها ومعالجتها لجرم الخيانة العظمى كصورة من صور الجرائم التي يرتكبها الوزراء وليس رئيس الدولة.

2- مشاري صنيتان الزعبي، مسؤولية الوزير الجزائية في القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2011.

تناولت هذه الرسالة الحديث عن المسؤولية الجنائية للوزير ونطاقها مقارنه بين النظام القانوني الأردني والكويتي وقد أشارت هذه الدراسة إلى صور الجرائم التي يرتكبها الوزير

ومنها جرم الخيانة العظمى، وقد جاءت هذه الدراسة بصورة مختلفة عن الدراسة السابقة من حيث شمولية الموضوع وتناوله بشكل تفصيلي تحليلي مقارن.

3- محمد حسين الرقاد، المسؤولية الجزائية للوزير وأصول ملاحقته وفقا للتشريع الاردني، دراسة تحليلية، اطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية 2014.

تحدثت هذه الدراسة عن مفهوم المسؤولية الجزائية للوزير، والجرائم التي يرتكبها، والجهة المختصة بالمحاكمة، وفقاً للتعديلات الدستورية لعام 2011، وقد جاءت هذه الدراسة بصورة مختلفة من حيث شمولية المعالجة وتناولها لجرم الخيانة العظمى بشكل موسع ومتعمق وشمولي ودقيق.

4- د. أحمد محمد الرفاعي، نظرات حول المسؤولية ومحاكمة الوزراء في الأردن، بحث منشور في المجلة الأردنية للعلوم التطبيقية، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، المجلد السادس عشر العدد الأول لسنة 2014.

تناول هذا البحث مفهوم الوزير في الفكر الأسلامي المعاصر، والفرق بين وزير التفويض والتنفيذ وتحدث عن مسؤولية الوزير السياسية والجنائية في الأردن والجهة المختصة بمحاكمة الوزراء، وبعدها تناول الجرائم الناتجة عن أداء الوزراء لوظائفهم ومنها الخيانة العظمى، وقد جاءت هذه الدراسة بصورة مختلفة عنها ذلك أن الدراسة القديمة قد جاءت قاصرة على تعداد صور الجرائم التي تقع ضمن جرائم الخيانة العظمى في حين بأن هذه الدراسة قد تناولت جرم الخيانة العظمى بشكل مفصل من حيث المفهوم والطبيعة واجراءات الملاحقة والمحكمة المختصة وأنواع الجرائم التي تنطوي تحتها وبشكل موسع وأشمل لذا فإن هذه الدراسة جاءت بصورة أكثر تخصصاً.

تقسيم الدراسة:

إيفاءً للغرض المنشود للدراسة وللإجابة على التساؤلات فقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى المباحث والمطالب الآتية:

1- المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لجريمة الخيانة العظمى.

المطلب الأول: ماهية الخيانة العظمى.

المطلب الثاني: طبيعة الخيانة العظمى.

2- المبحث الثاني: صور جرائم الخيانة العظمى.

المطلب الأول: الخيانة العظمى خلافاً لأحكام قانون العقوبات.

المطلب الثاني: الخيانة العظمى خلافاً لأحكام الدستور.

3-المبحث الثالث: إجراءات ملاحقة ومحاكمة الوزراء بجرم الخيانة العظمى.

المطلب الأول: إجراءات ملاحقة الوزراء بجرم الخيانة العظمى.

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالنظر بجريمة الخيانة العظمى.

المبحث الأول:

الإطار المفاهيمي لجريمة الخيانة العظمى

لم يحدد المشرع الأردني مفهوم الخيانة العظمى، ولم يبين مضمون هذه الجريمة ولا على ما تنطوي عليه من معنى، وقد اكتفى كغيره

من تشريعات دول العالم بتعداد صور الجرائم المكونة لها [1].

ويعود تجاهل التشريعات الناظمة لها عن بيان مدلول الخيانة العظمى إلى أن فكرتها هي فكرة مطاطية[2] يصعب تحديد مدلولها، وتختلط بها الاعتبارات المكونة لها، الأمر الذي استدعى ترك تعريفها للفقه والقضاء[3].

المطلب الأول:

ماهية الخيانة العظمى

الخيانة في اللغة من الخون وهو أن يؤتمن الإنسان فلا ينصح، فيقال خونا وخيانة ومخانة ويقال للرجل خائن وللأنثى خائنة وأصلها يدل على النقص والتفريط بالأمانة.[4]

وفي الاصطلاح تعرف بأنها -أي الخيانة-: (جريمة تقع من مواطن بهدف مساعدة دولة أجنبية على حساب دولته).[5]

وتعد جريمة الخيانة العظمى من أقدم الجرائم الواردة في دساتير الدول ذات النظام الجمهوري باعتبارها أساساً لتقرير المسؤولية الجنائية لرؤساء تلك الدول.

لذا فقد جاءت تعاريف الفقهاء حول هذه الجريمة ذات محتوى سياسي وقانوني في آن واحد باعتبارها الأسلوب الوحيد لإقامة المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية، عما يرتكبه من أفعال أثناء أدائه للوظيفة أو بمناسبتها. وفي ضوء ذلك سنوضح موقف الفقه المقارن من تحديد معنى الخيانة العظمى. فيرى الفقه العراقي بأنها تتمثل في الأعمال التي تصدر عن رئيس الجمهورية وتشكل إخلالاً جسيما في الوظائف الدستورية الملقاة على عاتقه وكذلك الأعمال التي تصدر عنه وتمس سلامة الدولة وأمنها الداخلي والخارجي وفقا لأحكام الدستور[6]. في حين ذهب الفقه الجزائري على اعتبار أن الخيانة العظمى تسري على أي انتهاك واضح ومتعمد لواجبات الوظيفة الرئاسية كما يحددها الدستور[7].

وقد اختلف الفقه المصري في تحديد معنى الخيانة العظمى فذهب جانب من الفقه[8] على أن جريمة الخيانة العظمى تشمل كل جريمة منصوص عليها في القوانين وتمس سلامة الدولة أو أمنها الخارجي والداخلي ولكن جانب آخر من الفقه المصري[9] ذهب إلى أن الخيانة العظمى بالنسبة لرئيس الجمهورية لا يتطابق معناها تماماً مع المدلول الوارد بالقانون رقم 79 لسنه 1958 والخاص بمحاكمه الوزراء والسبب أن مضمون جريمة الخيانة العظمى بالنسبة لرئيس الجمهورية يشمل أيضاً ما قد يصدر عن الرئيس من أفعال تمثل إهمالاً جسيماً في الحفاظ على سيادة الدولة واستقلالها وانتهاكاً لأحكام الدستور.

ويذهب البعض إلى اعتبارها جريمة تقف عند الحد الفاصل بين السياسة والقانون وتشمل التعسف باستخدام الوظيفة ومخالفة الدستور والمصالح العليا للدولة[10].

ويخلص الباحث من هذه الآراء إلى أن الخيانة العظمى جريمة ذات محتوى متغير غير أنها تبقى الطريقة الوحيدة لإقامة المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية عن الأعمال والأفعال التي تصدر منه بمناسبة أدائه للوظيفة وتمس بسلامة وسيادة الدولة واستقلالها وأمنها

الخارجي أو الداخلي أو نظام الحكم فيها أو الاعتداء على أحكام دستورها.

غير أن جرم الخيانة العظمى ذو مفهوم مختلف وفقاً للتشريع الجزائي الأردني، حيث نصت المادة الثانية من قانون محاكمة الوزراء على: (يحاكم الوزراء أمام المحاكم النظامية المختصة في العاصمة إذا ارتكبوا إحدى الجرائم الآتية الناتجة عن تأدية وظائفهم 1- الخيانة العظمى ....).[11]

ولم يتناول المشرع الأردني كغيره من التشريعات على نحو دقيق مفهوم الخيانة العظمى واكتفى بحصر الجرائم التي تعد خيانة عظمى وفقاً لنص المادة الثالثة من ذات القانون[12].

وفي الحقيقة وإن كان فقهاء القانون الدستوري الأردني لم يتطرق أي منهم الى تحديد معنى الخيانة العظمى بشكل واضح ودقيق واكتفوا بتعداد صور لهذه الجريمة -الواردة في قانون محاكمة الوزراء- غير أنه من الممكن أن نعرّف الخيانة العظمى وفقاً للتشريع الأردني بأنها جريمة يرتكبها أحد كبار مسؤولي الدولة من الوزراء وتتضمن كل سلوك يمسّ سلامة الدولة وأمنها الخارجي أو الداخلي أو نظام الحكم فيها أو انتهاك أحكام الفقرة الثانية من المادة 33 من الدستور.

وهنا يثار التساؤل الآتي: هل يؤدي مفهوم الخيانة العظمى الوارد في قانون محاكمة الوزراء إلى ذات المعنى لجرم الخيانة الوارد في قانون العقوبات والذي تندرج تحته جميع الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي والخارجي؟

للإجابة على هذا التساؤل فإن الباحث يرى بأن المشرع الأردني قد وقع في خلط بين المصطلحات، ذلك أن جرم الخيانة العظمى الذي يعد جريمة ذات طابع سياسي يرافقها عناصر جرم جزائي وهي غالبا ما تتفق مع ارتكاب رئيس الدولة لجرم الإخلال بواجباته، وهو بذلك يختلف عن جرم الخيانة المجرمة في قانون العقوبات الذي يهدف إلى الحفاظ على أمن وسلامة الدولة بصرف النظر عن الشخص الذي يرتكبه على أساس أن ذلك لا يؤثر على وصف تلك الأفعال، لذا فكان حريا بالمشرع الأردني أن يوحد بين المصطلحات والألفاظ التي يستخدمها في تشريعاته المختلفة وأن يستبدل كلمة الخيانة العظمى بالخيانة فقط وأن يفرد كذلك عقوبات خاصة أكثر جسامة لمرتكبها من قبل احد الوزراء.

المطلب الثاني:

طبيعة الخيانة العظمى

إن اصطلاح الخيانة العظمى هو اصطلاح دستوري يعالجه فقهاء الدساتير أكثر مما يعالجه فقهاء القانون الجزائي[13]"، وقد اشتركت غالبية التشريعات الدستورية بالنص على الخيانة العظمى بوصفها الجريمة الموجبة لمحاكمة رؤساء الجمهوريات، غير أنها لم تحدد طبيعتها من حيث كونها جريمة جنائية أو سياسية، الأمر الذي حدا بغالبية الفقه إلى اعتبارها جريمة مختلطة بين الجنائية والسياسية.

وقد حاول المشرع الأردني تحديد طبيعة هذه الجريمة من خلال تعداد صورها باعتبارها

خيانة عظمى، غير أن المشرع خلط بين الجرائم الجنائية والتي تقع على أمن الدولة الداخلي والخارجي خلافا لأحكام قانون العقوبات وبين مخالفته أحكام المادة 33 فقره 2 من الدستور الأردني. فهي بذلك تعد جريمة ذات طابع جنائي تتحرك بموجبها المسؤولية الجنائية للوزير، وبنفس الوقت ذات طابع دستوري تكمن بمخالفة الوزير لنصوص الدستور، ومع ذلك فقد غفل المشرع الأردني عن ترتيب الجزاء الدستوري لمخالفة الوزير لأحكام الدستور وذلك بعزله من منصبه، بالإضافة إلى العقوبات المقررة في القانون الجزائي.

المبحث الثاني:

صور جرائم الخيانة العظمى

تخل الجريمة بشكل عام بسلامة المجتمع واستقراره مما يستدعي ملاحقة مرتكبها و إنزال العقاب عليه، غير أن لبعض الجرائم طابعاً خاصاً وذلك عند تعلقها بأمن الدولة الداخلي والخارجي، بوصفها جريمة الخيانة العظمى، بحيث تشكل اعتداءً مباشراً ومؤثراً على وجود الدولة السياسي، وتزداد خطورة مثل هذه الجرائم عندما يكون لمرتكبها صفة شخصية محددة كالوزير مثلا، لذا فقد تولى المشرع الأردني معالجته لجرم الخيانة العظمى في قانون محاكمة الوزراء، وإن لم يأتِ على تعريف دقيق لهذه الجريمة كباقي تشريعات دول العالم، وقد اكتفى بتعداد صورها[14] في المادة الثالثة منه بأن تعد الأفعال التالية خيانة عظمى وهي:

1- الجرائم التي تقع على أمن الدولة الخارجي والداخلي، وكما هو محدد في قانون العقوبات
2- مخالفة أحكام الفقرة الثانية من المادة 33 من الدستور

المطلب الأول:

الخيانة العظمى خلافاً لأحكام قانون العقوبات

سبق وأن رأينا بأن مصطلح الخيانة العظمى كإحدى الجرائم التي تقوم عليها المسؤولية الجنائية للوزير والتي وردت في قانون محاكمة الوزراء، والذي حدد صورها بالجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي والخارجي خلافاً لأحكام قانون العقوبات، وللتمييز بين هذين النوعين من الجرائم يرى جانب من الفقه[15] بأن الجرائم الخاصة بالأمن الخارجي تقع على هيبة الدولة وسيادتها واستقلالها وكيانها. أما الجرائم الواقعة على الأمن الداخلي فإنها تقع على حكومة الدولة ذاتها.

وبالعودة إلى قانون العقوبات الأردني والذي حدد الجرائم الواقعة على أمن الدولة الخارجي باعتبارها جرائم خيانة عظمى، وأهمها جرائم الخيانة الواردة في المواد من 110 إلى غايه 117 منه وعدّ الشارع أيضا الجرائم الماسة بالقانون الدولي بالمواد من 118 إلى 126 منه جرائم واقعة على أمن الدولة الخارجي، وكذلك جرائم التجسس في المواد 124 إلى 126 من ذات القانون والتي ألغيت بموجب أحكام قانون حماية أسرار ووثائق الدولة لسنه 1971[16]، والتساؤل هنا عن مدى مساءلة الوزير في حال

مخالفته لأحكام هذا القانون وتحديدا المواد 14، 15، 16 منه باعتبارها من الجرائم التي يحاكم عليها الوزراء في حال ارتكابهم لها فالباحث يرى بأن قانون حماية أسرار ووثائق الدولة والذي ألغيت بموجبه جرائم التجسس الواردة في قانون العقوبات[17] واجب التطبيق بجميع أحكامه ومبادئه الخاصة على الوزراء المتهمين بمخالفة أحكامه.

وكذلك فقد رسم القانون ذاته الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي بين نصوصه وأفرد لها فصلاً كاملاً تحت مسمى الجنايات الواقعة على الدستور خلافاً لأحكام المواد من 135 إلى 139 منه وجرم اغتصاب السلطة خلافاً لأحكام المادتين 140و141 بالإضافة إلى جرم الفتنة الواردة بالمواد 142 إلى 146 وجرم الإرهاب خلافاً لأحكام المادتين 147 و 148 وجريمة تقويض النظام خلافا لأحكام المادة 149 منه، والجرائم التي تنال من الوحدة الوطنية بالمادتين 150 و 151 من قانون العقوبات وأخيراً جرم النيل من مكانة الدولة المالية خلافاً لأحكام المادتين 152 و 153 منه، ومع هذا التعدد لصور جرائم الخيانة العظمى الواردة في قانون العقوبات الأردني فالناظر إليها يرى بأنها تشترك جميعاً في ركنها المفترض وهو أن يكون الجاني أردنياً والوزير مواطنا كغيره من المواطنين، لكنه تم تكليفه بمنصب سياسي وإداري في الدولة بحيث يضفي في حال ارتكابه لهذه الجرائم أهمية وتأثيراً نظرًا لأهمية منصب الوزير في الدولة.

وأما الركن المادي لهذه الصور فإنه يكمن بالسلوك الجرمي الايجابي والمتمثل بإتيان أحد الأفعال المحظورة والواردة في تلك المواد، متزامنة مع علمه وإرادته واللذين يمثلان الركن المعنوي باعتبار أن هذه الجرائم هي جرائم قصدية لا يتصور وقوعها بالخطأ والإهمال.

وبعد هذا التعداد والتطواف لصور جرم الخيانة العظمى خلافاً لأحكام قانون العقوبات الأردني فإنه يتبادر الى الأذهان التساؤل حول أهمية هذه الجرائم وخطورتها لكي تصلح أن تكون محلاً لتحريك المسؤولية الجنائية للوزير بهذه الجريمة؟؟؟ قبل الإجابة على هذا التساؤل لا بدّ لنا من بيان ما استقر عليه الفقه القانوني المقارن حول هذه الجريمة والتي يختلف مدلولها لرئيس الجمهورية عن مدلولها لأعضاء السلطة التنفيذية (الوزراء)[18]. ففي حين تعد الخيانة العظمى سببا لانتهاء العهدة الرئاسية لرئيس الجمهورية كعقوبة أصلية ملزمة تترتب عليه عند الحكم بإدانته من المحكمة المختصة بمحاكمته كما يمكن فرض عقوبات جزائية أخرى كعقوبة السجن في حال تحقق مسؤوليته عن الخيانة العظمى وبذلك فهي تختلف عن مدلول الخيانة العظمى التي تصدر من الوزير الذي يترتب عليها تحريك المسؤولية الجنائية في مواجهته وانزال العقوبات الجزائية المنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين العقابية الاخرى الخاصة بمحاكمته[19] فقط الأمر الذي حدا بفقهاء القانون باعتبارها جريمة جنائية ذات طابع خاص فحددوا انواعها صراحة بالجرائم التي تمس بأمن البلاد وتضر بمصالحه

العليا و سيادتها الوطنية وتهدد وجودها وبقاءها فهي بمثابة نكث لرابطة الولاء المقدس بين الوطن والمواطن ووضعوا لها أشد العقوبات كالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو الاعتقال المؤبد أو المؤقت[20] وقد سلك المشرع القانوني المقارن النهج ذاته من خلال تحديد مكوناتها وتجريم الأفعال التي تنطوي تحتها بهدف الحفاظ على سلامة الدولة واستقلالها وسيادتها دون النظر الى شخص مرتكبها[21].

وبالعودة الى قانون العقوبات الأردني وتحديداً إلى الجرائم المنصوص عليها بالفصلين الأول والثاني منه و تحت مسمى الجرائم الواقعة على أمن الدولة الخارجي والداخلي يرى الباحث وبعد الوقوف على جميع هذه الصور بأن هنالك طائفة من هذه الجرائم لا ترقى لكي تندرج تحت مسمى جرم خيانة عظمى ومن غير المقبول مساءلة الوزير عليها جنائياً تحت هذه التسمية ذلك أن بعض هذه الصور التي لا تزيد عقوبتها عن سنتين او ثلاث سنوات في حدها الأعلى وهي من نوع الجنحة التي لا تنطوي على أي تهديد مباشر لسلامة الدولة واستقلالها وسيادتها الأمر الذي يتعين على المشرع إعادة النظر بها وعدم إدراجها ضمن الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والخارجي.

وبالنتيجة عدم ملاحقة مرتكبها من الوزراء بوصفها جريمة خيانة عظمى مع إبقائها مجرّمة بوصفها جرائم عادية فقط كما أن بعض هذه الجرائم من غير المتصور ارتكابها من قبل أحد الوزراء باعتبارها خاصة بفئة معينة من الأشخاص المتعاقدين مع الدولة في زمن الحرب هذا من جهة ولكونها تتنافى مع طبيعة عمل الوزير من جهة أخرى بوصفها جريمة المتعهدين الواردة بالمادة 133 من قانون العقوبات وجريمة الغش في العقود خلافاً لأحكام المادة 134 من ذات القانون.

المطلب الثاني:

الخيانة العظمى خلافاً لأحكام الدستور الأردني

لم يكتفِ المشرع الأردني بتحديد صور جرائم الخيانة العظمى بين نصوص قانون العقوبات، إنما أحال إلى القانون الأساسي صورة أخرى من صور هذه الجريمة ليلاحق بها الوزير جنائيا فقط أمام المحكمة المختصة على اعتبار أنها جريمة تتعلق بالعمل الوزاري، وناتجة عن تأدية وظيفته الحكومية.

وقد رتب قانون محاكمة الوزراء على مخالفة الوزير لأحكام الفقرة الثانية من المادة 33 من الدستور أثراً جنائياً تنهض بمواجهته المسؤولية الجنائية. ولبلورة وتوضيح هذه الصورة من جرائم الخيانة العظمى لا بدّ لنا من استعراض المادة 33 من الدستور بفقرتيها الأولى والثانية ومن ثم تحليلهما حيث نصت :

1- (الملك هو الذي يعلن الحرب ويعقد الصلح ويبرم المعاهدات والاتفاقات.
2- المعاهدات والاتفاقات التي يترتب عليها تحميل خزانة الدولة شيئا من النفقات أو مساس في حقوق الأردنيين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة، ولا يجوز في أي حال أن تكون الشروط السرية في معاهدة أو اتفاق ما مناقضة للشروط العلنية).

فبالنظر إلى الفقرة الأولى من النص سالف الذكر، نجد بأنه قد حصر أحقية إبرام المعاهدات والاتفاقات بشخص الملك باعتباره رئيسا للبلاد، غير أن هنالك مراحل لكي تصبح المعاهدة او الاتفاقية قائمة ومنعقدة بشكل صحيح وتام، بحيث تبدأ بالمفاوضات إلى تحرير ما تم الاتفاق عليه وبعدها التوقيع عليها بالأحرف الأولى ولدخولها حيز التنفيذ لابد من التصديق عليها من قبل الجهة او السلطة المختصة، وبعد ذلك تبادر الدولة إلى تسجيلها وإيداعها لدى الجهة المتفق عليها[22] وتمتلك السلطة التنفيذية ممثلة بوزرائها القيام بهذه المراحل، باستثناء الإبرام عليها يكون من لدن الملك فقط.

أما بخصوص الفقرة الثانية من تلك المادة والتي فرقت بين نوعين من الاتفاقات والمعاهدات:

1- اتفاقات ومعاهدات تحمل خزينة الدولة شيئاً من النفقات أو بها مساس بحقوق الأردنيين العامة أو الخاصة". فلا يكفي بها الإبرام من جانب الملك فقط فلا بدّ من موافقة مجلس الأمة عليها لتصبح نافذة المفعول.
2- اتفاقات ومعاهدات لا تتعلق بالأمور المالية للدولة ولا تمس حقوق الأردنيين عندها تكون نافذة بمجرد إبرامها من قبل الملك دون موافقة مجلس الأمة عليها.

وقد جاءت هذه المادة لتقتصر أمر مساءلة الوزراء على حالة واحده وهي مخالفتهم لأحكام المادة 2/33 من الدستور فقط والتي اعتبرها خيانة عظمى وذلك سواء تعلق الأمر بالأحكام الإجرائية الخاصة بالحصول على موافقة مجلس الأمة بالنسبة للمعاهدات والاتفاقات التي تحمل خزينة الدولة شيئا من النفقات او تلك التي تمس حقوق الأردنيين الخاصة او العامة ففي حال عدم عرض هذا الاتفاق أو تلك المعاهدة على مجلس الأمة لإصدارها بقانون وتم العمل بها مباشرة وتنفيذها فيعد الوزير أو الوزراء المختصون مرتكبين لجرم الخيانة العظمى.

ومن جهة أخرى يترتب الحكم ذاته في حال مخالفته للأحكام الموضوعية للاتفاقات والمعاهدات ذات الصلة في حال كون الشروط السرية متعارضة مع الشروط العلنية للاتفاق أو المعاهدة.

المبحث الثالث:

إجراءات ملاحقة الوزراء ومحاكمتهم بالخيانة العظمى

خص المشرع الأردني الوزراء كأعضاء في السلطة التنفيذية بإجراءات خاصة فيما يتعلق بمسؤوليتهم الجنائية الناتجة عن تأديتهم لوظائفهم، وقد منح الدستور الأردني قبل التعديلات الدستورية لعام 2011 مجلس النواب بصفتهم ممثلين للأمة الحق المطلق والكامل في كل ما يتعلق بإجراءات التحقيق واستدعاء الشهود وجمع الأدلة بخصوص الجرائم المرتكبة من قبل الوزراء خلافاً لأحكام قانون محاكمة الوزراء.

ومنحت المادة 56 من الدستور قبل تعديل عام 2011 لمجلس النواب الحق في اتهام الوزراء، ويصدر هذا القرار بأكثرية ثلثي الأعضاء الذي

يتألف منهم مجلس النواب، ويعين المجلس عدداً من أعضائه ليتولى تقديم الاتهام ومتابعته أمام المجلس العالي، والذي يتولى الأخير محاكمة الوزراء أمامه، وبقي الأمر كذلك إلى أن جاء التعديل الدستوري لعام 2011 والذي يعد نقلة نوعية في مجال ملاحقة ومحاكمة الوزراء، إذ يعد بمثابة خطوة إيجابية لسد كل نقص أو خلل يعتري النصوص السابقة، حيث اقتصرت التعديلات على قصر دور مجلس النواب في محاكمة الوزراء على الإحالة مع إبداء الأسباب المبررة فقط، وأن يتم اتهامهم ومحاكمتهم أمام القضاء المختص، صاحب الولاية العامة بنظر القضايا والمنازعات، وذلك لتجنب تهرب الوزير من المحاكمة[23]، وعلى الرغم من هذه التعديلات الدستورية الجوهرية في مسألة ملاحقة و محاكمة الوزراء، غير أنه ما زالت بعض الإشكاليات التي تثار بشأن إجراءات الملاحقة من خلال منح مجلس النواب حق الإحالة إلى المحاكم، وهذا ما سنتناوله في (المطلب الاول) وأما فيما يتعلق بإشكاليات المحكمة المختصة بنظر هذه الجريمة باعتبارها من الجرائم التي تمس أمن الدولة ففي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

إجراءات ملاحقة الوزير بجرم الخيانة العظمى

قرّر المشرع الأردني مسؤولية الوزير جنائيا عند ارتكابه لجرم الخيانة العظمى بوصفها صورة من صور الجرائم التي يسأل عنها بموجب أحكام المادة الثانية من قانون محاكمة الوزراء ورسم إجراءات خاصة لملاحقة الوزير عليها، وأول هذه الإجراءات المقررة دستوريا بموجب أحكام المادة 56 من الدستور الحالي- بعد تعديلات 2011- ((لمجلس النواب حق إحالة الوزراء إلى النيابة العامة مع إبداء الأسباب المبررة لذلك، ولا يصدر قرار الإحالة الا بأغلبية الأعضاء الذين يتألف منهم مجلس النواب)). وبتحليل النص يتضح لنا بأنه يشترط لتحريك الدعوى الجنائية واستعمالها من قبل النيابة العامة بمواجهة أحد الوزراء مرتكبي جرم الخيانة العظمى كصورة من صور الجرائم التي يسأل عنها، أن تتم الإحالة من قبل مجلس النواب وهو بمثابة الإذن لملاحقة الوزراء[24].

وبالتالي فإن هذه المادة تضع قيداً على النيابة العامة في تحريك دعوى الحق العام، وهذا يعدّ استثناء على القواعد العامة في الإجراءات الجنائية، ناهيك على أن مجلس النواب يتمتع بسلطة تقديرية في منح الإذن للنيابة العامة باستعمال الدعوى وتحريكها، مما يجعل اختصاص النيابة العامة معلق على إرادة مجلس النواب، الذي قد يتراخى في بعض الأحيان في إحالة الدعوى إلى النيابة العامة.

كما يتبين لنا ومن خلال المادة سالفة الذكر بأنها أوجبت على مجلس النواب إبداء الأسباب والدوافع للإحالة، مما يعني إجراء تحقيق وتقصي من قبل لجأن التقصي في مجلس النواب من أجل كشف الحقيقة والوقوف على ملابساتها بشكل دقيق، ويصدر مجلس النواب قراره بالإحالة بأغلبية أعضائه، عندها تستطيع النيابة العامة مباشرة التحقيق في الجرائم التي يرتكبها الوزراء.

وبمعنى آخر فلا تستطيع النيابة العامة مباشرة التحقيق واتخاذ كافة الإجراءات القانونية والقضائية بمواجهة أحد الوزراء لارتكابه لتلك الجريمة الناتجة عن تأديته لوظيفته الوزارية إلا إذا صدر قرار بإحالته من قبل مجلس النواب.

والتساؤل الذي يطرح في هذا الصدد، هل يعد قرار الإحالة الصادر عن مجلس النواب بحق أحد الوزراء عادلاً أم عائقاً في سبيل تحقيق العدالة باعتباره الطريق القانوني الوحيد لاتصال المحكمة بالدعوى؟؟

يرى جانب من الفقه بأن حق الإحالة يتفق مع النظام البرلماني الذي تكون فيه المسؤولية الوزارية بنوعيها أمام ممثلي الأمة المنتخبين[25] ولكن الباحث يرى بأن تعليق تحريك المسؤولية الجزائية بحق الوزراء على صدور قرار الإحالة من مجلس النواب فيه تعطيل غير مبرر للإجراءات الجزائية.

وبالتالي تضع قيدا على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العامة، مما يجعلها غير قادرة على مباشرة إجراءات التحقيق إلا بعد صدور قرار الإحالة، الذي يتسبب بدوره في تأخير غير مبرر لمجريات التقاضي بسبب غياب مجلس النواب في عطلته البرلمانية، وفي حال اجتماعه في دورة استثنائية قد لا تكون إحالة الوزير مدرجة ضمن جدول أعمال الدورة الاستثنائية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يشكل قرار الإحالة إخلالاً بمبدأ المساواة والعدالة الاجتماعية، والتي كرسها الدستور الأردني بالمادة السادسة منه[26]. بالإضافة إلى أن مجريات التحقيق من (خبرة ومضاهاة واستكتاب) وغيرها من أمور فنية دقيقة يستدعيها التحقيق يصعب اجراؤها أو حتى الإشراف عليها من قبل أعضاء مجلس النواب.

ولما كان الاستجواب بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق بل وأهمها فإنه منوطٌ -وفقا للقانون- بالنيابة العامة[27]، لأنها الجهة المختصة في استجواب المتهم من خلال مناقشته تفصيلا بالأدلة القائمة ضده. ومواجهته بها، وبذلك فإن الاستجواب من غير النيابة العامة يعد مسألة بالغة الدقة والحرج[28] ويتعذر القيام به من قبل أعضاء مجلس النواب.

وفي ضوء ذلك، فإنه من المستوجب على المشرع الأردني إطلاق العنان للنيابة العامة بتحريك الدعوى، في حال ارتكاب أحد الوزراء لجريمة الخيانة العظمى المنصوص عليها، -بوصفها صورة من صور الجرائم- في قانون محاكمة الوزراء، نظراً لخطورة تلك الجريمة وتأثيرها على أمن المجتمع واستقراره، دون الانتظار إلى حين ورود قرار الإحالة من قبل مجلس النواب الذي قد يتراخى في إصدار ذلك القرار، وعلى اعتبار أن النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص الأصيل في التحقيق والملاحقة.

وبعد صدور قرار الإحالة من مجلس النواب، تتولى النيابة العامة صلاحيات التحقيق، التي قد تكتفي بالتحقيقات التي أجراها مجلس النواب، أو أن تطلب ما تراه مناسبا لاستكمال إجراءات التحقيق، وبعدها يصدر قرارها المقتضى سواء بمنع محاكمة الوزير في حال تبين

أن فعله لا يؤلف جرماً، أو لم يرد من الأدلة ما يكفي لتقديمه للمحاكمة، أو له أن يقرر الظن عليه بجناية الخيانة العظمى إذا وجد من الأدلة ما يكفي إلى إصدار هذا القرار ويرفع هذا القرار إلى النائب العام، الذي بدوره يصادق على قرار المدعي العام إن كان في محله، ويصدر قراراً باتهام الوزير، وبعدها يُحال إلى المحكمة المختصة[29]، والتي سنأتي عليها في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني:

المحكمة المختصة بنظر جريمة الخيانة العظمى

بعد اكتمال إجراءات التحقيق كافة والملاحقة من قبل النيابة العامة بشأن المسؤولية الجزائية للوزراء تبدأ مرحلة جديدة لمحاكمتهم، وهي الجهة المختصة بإجراء المحاكمة وإصدار الحكم وايقاع العقوبة، وهنا سنتولى التمييز بين مرحلتين مهمتين في تاريخ محاكمات الوزراء بالأردن وهما:

الجهة المختصة بمحاكمة الوزراء قبل التعديلات الدستورية (الفرع الأول)، والمحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء بعد التعديلات الدستورية 2011 (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الجهة المختصة بمحاكمة الوزراء قبل التعديلات الدستورية

من التقاليد الدستورية المستقرة في الكثير من الدول، بأن تنص على محاكمة الوزراء أمام محكمة خاصة[30]، ولم يشذ الدستور الأردني عن هذا النهج، حيث نصت المادة 55 من الدستور لعام 1952 و قبل التعديلات التي طرأت عليها، على أن ((يحاكم الوزراء أمام مجلس عال على ما ينسب إليهم من جرائم ناتجة عن تأدية وظائفهم))، ثم عادت المادة 57 من الدستور قبل التعديل 2011 لتبين طريقة تشكيل هذا المجلس، حيث نصت ((يولف المجلس العالي من رئيس مجلس الأعيان رئيساً ومن ثمانية أعضاء ثلاثة منهم يعينهم مجلس الأعيان من أعضائه بالاقتراع وخمسة من قضاة أعلى محكمة نظامية بترتيب الأقدمية، وعند الضرورة يكمل العدد من رؤساء المحاكم التي تليها بترتيب الأقدمية أيضاً)).

وباستقراء النصوص سالفة الذكر، نجد بأن التشريع الدستوري الأردني كباقي تشريعات دول العالم كان يرى بضرورة محاكمة الوزراء أمام محكمة خاصة تسمى بالمجلس العالي[31]، وذلك بسبب خصوصية عمل الوزراء كرجال دولة وسياسة وتعدد مسؤوليتهم، بحيث لم تقتصر على المسؤولية الجنائية فقط، بل تخالطها المسؤولية السياسية والإدارية، ذلك لأن للوزير دورين رئيسين وهما: دور سياسي يتمثل في المساهمة في رسم السياسة العامة للدولة، ودور إداري وهو التطبيق و تنفيذ هذه السياسات.

غير أن الباحث يرى -وإن كانت المسؤولية الجنائية للوزراء ذات طابع خاص- بأن مقتضيات العدالة الجنائية والمساواة بين الأفراد والتي أقرها الدستور الأردني بالمادة السادسة[32]، التي سبقت الإشارة اليها، تقتضي بأن تتم محاكمة الوزراء على ما يرتكبون من جرائم، لاسيما جريمة الخيانة العظمى والناشئة

عن قيامهم بأعمالهم، أمام القضاء العادي حتى لا تتحول المحكمة أو الجهة الخاصة التي يحاكمون أمامها من ضمانة لهم تقتضيها طبيعة وظائفهم إلى امتياز لهم.

أما بخصوص إجراءات محاكمة الوزراء وأصولها أمام هذا المجلس، فقد نصت المادة 60 من الدستور الأردني قبل التعديل 2011 على: (ينظم المجلس العالي بنفسه طريقة السير في محاكمة الوزراء وذلك إلى أن يصدر قانون خاص لهذه الغاية).

وبتحليل النص السالف، نجد أن المشرع الدستوري قد ترك أمر تحديد إجراءات محاكمة الوزراء وتنظيمها إلى ذات المجلس العالي، باعتباره صاحب الاختصاص في تحديد هذه الإجراءات، لا سيما وأن قانون محاكمة الوزراء قد جاء خاليا أيضا من أي إشارة إلى إجراءات التقاضي أمام المجلس العالي، واكتفى بتحديد الجرائم التي يعاقب الوزير عليها، ومن أهم صورها جرم الخيانة العظمى غير أن المشرع الدستوري حث على إصدار هذا القانون الذي لم يَرَ النور حتى تعديلات 2011 التي ألغت اختصاص المجلس العالي بمحاكمة الوزراء.

الفرع الثاني:

المحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء

وضع المشرع الدستوري الأردني بموجب التعديلات الدستورية لعام 2011 الأمور في نصابها الصحيح، وذلك عندما ألغى المجلس العالي ونزع اختصاص محاكمة الوزراء منه، استناداً إلى المبدأ الدستوري التقليدي، وهو المساواة بين الجميع أمام القانون حكاماً ومحكومين[33] وقد أسند الاختصاص إلى المحاكم النظامية باعتبارها صاحبة الاختصاص في محاكمة الوزراء عما يسند إليهم من جرائم ناتجة عن تأديتهم لوظائفهم، وأن ينعقد الاختصاص إلى المحاكم النظامية في العاصمة عمان.

وقد نصت المادة 55 من الدستور على: (يحاكم الوزراء على ما ينسب إليهم من جرائم ناتجة عن تأدية وظائفهم أمام المحاكم النظامية المختصة في العاصمة وفقاً لأحكام القانون).

وبذلك فأن المشرع الدستوري قد سلب الاختصاص بمحاكمة الوزراء من المجلس العالي وتم منحه إلى المحاكم النظامية[34]. ويحمد الدستور الأردني الذي وضع محاكمة الوزراء في إطارها الصحيح ضمن مبدأ المشروعية بحيث أصبحت المحاكم النظامية صاحبة الولاية العامة في تطبيق القانون. فهي التي تحاكم الوزراء، بصرف النظر عن نوع الجريمة طالما ارتكبها بسبب قيامه بعمله، وعلى ضوء محاكمة الوزير أمام المحاكم النظامية في العاصمة، التي تشمل محاكم الصلح والبداية والاستئناف والتمييز، فإن أمر تحديد المحكمة المختصة لمحاكمتهم من بين تلك المحاكم، يكون وفقاً للعقوبة المقررة في القانون، فيما إذا كانت من نوع الجناية او الجنحة[35].

وبالعودة إلى جريمة الخيانة العظمى موضوع دراستنا والتي وردت في قانون العقوبات الأردني تحت اسم جرائم الخيانة في بابه الأول والتي ضمت الجرائم التي تقع على أمن الدولة

الخارجي والداخلي بالإضافة إلى الجريمة الواردة في المادة الثالثة الفقرة الثانية من قانون محاكمة الوزراء وهي مخالفة أحكام الفقرة الثانية من المادة 33 من الدستور، فالمتفحص لهذه الصور من الجرائم يجد بأن جلها من نوع الجناية باستثناء الجرائم المنصوص عليها في المواد (121/ 122/ 127/ 128 129/ 132/ 150 /151/ 152/ 153/ 153/ مكرره) من قانون العقوبات والتي تعد من نوع الجنحة، وذلك بالنظر إلى مقدار العقوبة المقررة لكل واحدة منها بموجب القانون، وبذلك فإن الاختصاص ينعقد إلى محكمة بداية جزاء عمان في حالة الجنايات ولمحكمة صلح جزاء عمان في حالة الجنح[36].

وأخيراً لا بدّ لنا من الإشارة إلى إشكالية أخرى تتعلق بالمحكمة المختصة بمحاكمة الوزير عند ارتكابه لإحدى صور جرائم الخيانة العظمى والتي تختص بنظرها محكمة أمن الدولة، وهذا ما قد يشكل لبساً وجدلاً لنص المادة 55 من الدستور فهل سيتم إحالته إلى محكمة أمن الدولة (محكمة خاصة) باعتبارها صاحبه الاختصاص النوعي بنظر هذا النوع من الجرائم أم يتم إحالته إلى المحاكم النظامية وفقا للتعديلات الدستورية الاخيرة؟؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بدّ لنا من تحليل بعض النصوص الدستورية والتشريعية ذات الصلة ومنها المادة 2/101 والتي نصت على: (لا يجوز محاكمة اي شخص مدني في قضية جزائية لا يكون جميع قضاتها مدنيين ويستثنى من ذلك جرائم الخيانة والتجسس والإرهاب وجرائم المخدرات وتزييف العملة) فالناظر إلى هذه المادة يجد بأنها تشكل الأساس الدستوري لمشروعية محكمة أمن الدولة والتي تندرج تحت تصنيف المحاكم الخاصة، غير أنها وفي الوقت نفسه قد حددت الجرائم التي تخضع لها، وهي الجرائم الخمسة الواردة في متنها، وأسندت أمر النظر بها إلى محكمة أمن الدولة حتماً، وقد جاءت المادة 3 من قانون محكمة أمن الدولة لتبين هذه الاختصاصات والتي وردت على سبيل الحصر حيث نصت ((على الرغم مما ورد في أي قانون آخر تختص محكمة أمن الدولة بالنظر في الجرائم المبينة أدناه .....

1- جرائم الخيانة المنصوص عليها في المواد من (110) إلى (117) من قانون العقوبات رقم 16 لسنه 1960 وتعديلاته.
2- جرائم التجسس الواقعة خلافا لأحكام المواد 14، 15، 16 من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم 50 لسنة 1971.
3- جرائم الإرهاب المنصوص عليها في المواد من 147 إلى 149 من قانون العقوبات.....)

فالملاحظ على هذا النص بأنه قد بدأ بعبارة "على الرغم مما ورد في أي قانون آخر" والذي يمنح أولوية أو امتياز هذا النص القانوني على سائر النصوص القانونية الأخرى وتتجاوز وفقاً لقواعد التفسير، بأن الخاص يقيد العام وأن اللاحق يعدل السابق أو المطلق والمقيد فهو بمثابة الورقة الرابحة تجاه النصوص القانونية الأخرى، وتأكيد على سيادة ذلك النص أو القانون على القوانين الأخرى، ووفقاً إلى هذا

النص ينعقد الاختصاص النوعي لمحكمة أمن الدولة بالنظر في الجرائم التي تمس أمن الدولة الوارد ذكرها في الدستور والقانون.

والباحث يرى أن هذه النصوص السالفة الذكر وإن كانت تشكل الإطار العام لاختصاصات محكمة أمن الدولة، غير أن المشرع الدستوري الأردني ووفقا للتعديلات الدستورية لعام2011 قد أسند صراحة الاختصاص للمحاكم النظامية كجهة مختصة في محاكمة الوزراء بعد إلغاء المجلس العالي ودوره في محاكمة الوزراء إذ نصت المادة 55 من الدستور الأردني:((يحاكم الوزراء على ما ينسب إليهم من جرائم ناتجة عن تأدية وظائفهم أمام المحاكم النظامية المختصة في العاصمة وفقا لأحكام القانون)) وإنني أرى بأن هذا يشكل استثناء على ما ورد في نص المادة 101 من الدستور، والذي أعاد الاختصاص إلى القضاء النظامي صاحب الولاية العامة في حق القضاء على جميع الأشخاص بجميع المواد المدنية والجزائية، وبذلك فقد حسم هذا النص الدستوري إشكالية الاختصاص بشأن محاكمة الوزراء على ما يرتكبون من جرائم، لا سيما الجرائم الواقعة على أمن الدولة والتي تشكل جريمة الخيانة العظمى أهمها وأكثرها خطورة على الكيان السياسي للدولة بأن أسند الاختصاص وبشكل صريح، -وفقا لهذه المادة- إلى المحاكم النظامية كما يبين هذا النص الدستوري عقد الاختصاص المكاني للمحاكم النظامية الواقعة في محافظة العاصمة، وعليه فإن هذا النص الدستوري هو الواجب التطبيق باعتباره نصاً خاصاً يتولى تنظيم أمر محاكمة الوزراء، وذلك وفقا لقاعدة الخاص يقيد العام في المجال القانوني، وأما ما يتعلق بالمادة الثالثة من قانون محكمة أمن الدولة التي افتتحت بعبارة (على الرغم من اي تشريع اخر) نجد بأن النص الدستوري هو الذي يطبق في هذه الحالة وليس هذا القانون تطبيقاً لمبدأ سمو الدستور[37].

الخاتمة:

لقد جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على جرائم الخيانة العظمى، وتوضيحها بالكامل باعتبارها إحدى أهم وأخطر الجرائم التي يرتكبها الوزير، والواردة حصرا في قانون محاكمة الوزراء، وقد أفضت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج التي توصل إليها الباحث، وكذلك إلى مجموعة من التوصيات والاقتراحات التي يأمل الباحث من المشرع القانوني الأردني الأخذ بها في التعديلات القادمة وفقا للآتي:

أولا: نتائج الدراسة

1- أن جريمة الخيانة العظمى تعد من أهم الجرائم وأخطرها التي تهدد أمن البلاد الداخلي والخارجي كما أنها تشكل اعتداء على كيان الدولة السياسي وتؤثر على مصيرها.

2- أن خطورة جريمة الخيانة العظمى تزداد عندما يتم ارتكابها من قبل أحد اعضاء السلطة التنفيذية (الوزراء)، الذي يأتي في أعلى قمة الهرم بوزارته ويشارك في رسم السياسة العامة للدولة.

3- لم يتناول المشرع الأردني كغيره من التشريعات تحديد دقيق لمفهوم الخيانة العظمى واكتفى بتعداد صورها في قانون العقوبات، بالإضافة إلى مخالفة أحكام الفقرة الثانية من المادة 33 من الدستور الأردني.

4- وقع المشرع الأردني في خلط بين المصطلحات بحيث أورد في قانون محاكمة الوزراء جرم الخيانة العظمى بوصفها صورة من صور الجرائم التي يلاحق عليها الوزير وأدرج تحتها جرائم أمن الدولة الداخلي والخارجي وفقا لقانون العقوبات وبالعودة إلى ذلك القانون نجد بأن هذه الجرائم قد وردت تحت مسمى الخيانة وليس الخيانة العظمى.

5- إن مصطلح الخيانة العظمى هو اصطلاح دستوري أكثر منه اصطلاح جنائي، لذا فقد حاول المشرع الأردني أن يمزج في هذه الجريمة بين الجرائم الجنائية التي تقع على أمن الدولة والمخالفات الدستورية من خلال مخالفة أحكام الفقرة الثانية من المادة 33 من الدستور الأردني.

6- تعد التعديلات الدستورية لعام 2011 نقلة نوعية في مجال ملاحقة ومحاكمة الوزراء مرتكبي جرائم الخيانة العظمى، بالإضافة إلى الجرائم الأخرى المنصوص عليها بالقانون بحيث قصر دور مجلس النواب في مجال محاكمة الوزراء على الإحالة إلى النيابة العامة مع إبداء الأسباب فقط.

7- خص المشرع الدستوري الأردني المحاكم النظامية صاحبة الولاية العامة بالقضاء على جميع الأشخاص في أمر محاكمة الوزراء مرتكبي الجرائم الناشئة عن تأديتهم لوظائفهم.

ثانياً: التوصيات

1- يأمل الباحث على المشرع الدستوري مراجعة نصوص الدستور فيما يتعلق بمحاكمة الوزراء، بحيث يتم إلغاء أي دور لمجلس النواب في هذا السياق، ليتفرغ أعضاؤه لعملهم التشريعي والرقابي من جهة، ولكون مجلس النواب ليس لديه القدرة على مباشرة إجراءات التحقيق الضرورية لإصدار قرار بإحالة الوزير مرتكب جرم الخيانة العظمى إلى النيابة العامة من عدمه من جهة اخرى.

2- يرجو الباحث على المشرع الدستوري أن يورد في صلب الدستور نصا صريحا بوجوب عزل الوزير المدان بارتكابه لجرائم الخيانة بجميع صورها.

3- لا بدّ من إعادة النظر في عقوبة الوزير مرتكب جريمة الخيانة وتشديدها، لما يتمتع به الوزير من سلطات وصلاحيات كبيرة بموجب القانون يتفوق بها عن الفرد العادي بالإضافة إلى الآثار الكبرى للجريمة المرتكبة من قبل الوزير مما يتعين تشديد العقوبة عليه.

4- نأمل من المشرع الأردني توحيد المصطلحات التي يستعملها، من خلال إعادة صياغة المادتين الثانية والثالثة من قانون محاكمة الوزراء، وذلك بشطب كلمة العظمى الواردة بعد جرم الخيانة وحتى تتجانس مع ذات

الجرم الوارد في قانون العقوبات، وقصر الجرائم التي تندرج تحتها على الجرائم الجنائية الخطيرة التي تشكل انتهاكاً لسلامة الدولة او أمنها الداخلي أو الخارجي فقط والتي من الممكن أن يرتكبها الوزير.

الهوامش:

1- ومن هذه الدول المشرع الجزائري الذي اكتفى ببيان المسؤولية الجنائية لرئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى وفقاً لنص المادة 177 من الدستور بعد التعديلات عام 2016 دون أن يحدد مفهوم هذه الجريمة، وفي مصر فقد خلا كل من الدستور والقانون المنظم لمحاكمة رئيس الجمهورية من أي تعريف للخيانة العظمى وكذلك الحال بالنسبة للدساتير الفرنسية التي نصت على الخيانة العظمى غير ان المشرع الفرنسي لم يتعرض للتحديد القانوني لها في جميع نصوصه الدستورية والقانونية الاخرى.

2- د. حميدي حميد والأستاذة سامية العايب، صور مسؤولية رئيس الدولة في القانون الدستوري دراسة مقارنه الجزائر، مصر، فرنسا، **مجلة العلوم الانسانية**، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 35/34، 2014 ص332 وما بعدها.

3- د. عمارة فتحية، مسؤولية رئيس الجمهورية، **مجلة الكوفة**، جامعة سعيدة الجزائر، المجلد(1) العدد 5، 2010، ص147.

4- د. رضا أحمد(توفي 1371هـ / 1953م) ، **معجم متن اللغة**، لبنان، منشورات دار مكتبة الحياه 1985 المجلد الثالث، ص 362

5- د. مجدي محمود حافظ، **الحماية الجنائية لأسرار الدولة دراسة تحليلية تطبيقية لجرائم الخيانة والتجسس في التشريع العربي والمقارن**، بدون دار نشر، 1991 (ط1) ص233 .

6- د. رافع خضر صالح شبر، مضمون الخيانة العظمى المنسوبة لرئيس الجمهورية بحث منشور في **مجلة جامعة بابل**، العراق، المجلد (13)، العدد 6 ، كانون الأول 2006، ص 1170.

7- د. بن مالك بشير، **نظام الانتخابات الرئاسية في الجزائر**، أطروحة دكتوراة في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان ٢٠١٠ ص ٢٦١ - ٢٦٢

8- د. صبري محمد السنوني - **الدور السياسي للبرلمان في مصر**. القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص 114

9- د. عبد الغني بسيوني عبدالله، **الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري**، الإسكندرية، مطبعة السعدي، 2004 ، ص78 وما بعدها.

10- M.Duverger la cinquieme republique paris 1979 p-279.

مشار إليه د. عمر حلمي فهمي، **الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة**، القاهرة، دار الفكري العربي، 1980، ص349.

11- المادة الثانية من قانون محاكمة الوزراء رقم 35 لسنه 1952 التي حددت الجرائم التي يحاكم الوزراء عليها وهي :1- الخيانة العظمى 2- إساءة استعمال السلطة 3- الإخلال بواجب الوظيفة.

12- المادة الثالثة من قانون محاكمة الوزراء وتعديلاته لعام 1952 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 111 بتاريخ 1952/6/1 على الصفحة 255.

13- د. محمد الفاضل، **الجرائم الواقعة على أمن الدولة**، مكتبة جامعة دمشق، 1978، الطبعة الرابعة، ص151

14- د. احمد الرفاعي، نظرات حول مسؤولية ومحاكمة الوزراء في الاردن، بحث منشور في **مجلة الأردنية للعلوم التطبيقية**، جامعة العلوم التطبيقية، سلسة العلوم الإنسانية، المجلد (السادس عشر) العدد الاول، 2014، ص23.

15- د. محمد الجبور، **الجرائم الواقعة على أمن الدولة والإرهاب**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص35، و د. أحمد الرفاعي، **الجرائم الواقعة على أمن الدولة**، عمان، دار البشير للنشر والتوزيع، 1990، ص 16 – 23.

16- قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم 50 لسنه 1971 والمنشور بالجريدة الرسمية صفحة 1164 عدد 2615 بتاريخ 1-8-1971.

17- الغت المادة 17 من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة المواد (124- 125- 126) من قانون العقوبات رقم 16 لسنة 1960.

18- د. عمارة فتحية، مسؤولية رئيس الجمهورية من منظور الفقه الدستوري دراسة مقارنة لكل من فرنسا، مصر، الجزائر، **حوليات جامعة قالمة العلوم الاجتماعية والإنسانية**، رقم 7، لسنة 2003، ص 297 وما بعدها.

19- لمزيد من التفاصيل: انظر، لدغش رحيمة ولدغش سليمة الخيانة العظمى كسبب لانتهاء العهدة الرئاسية لرئيس الجمهورية دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والمصري، **مجلة الحقيقية للعلوم الاجتماعية والإنسانية**، المجلد (19)، العدد 2، لسنة 2020 وما بعدها.

20- د. عبدالله ناصف، **مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1981، ص441.

21- د. حيدر محمد حسن الاسدي، **عزل رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى**، عمان، دار الصفاء، 2012، (الطبعة الأولى) ص59.

22- د. مخلد ارخيص الطراونة، **الوسيط في القانون الدولي العام**، بدون دار نشر، 2015، ص200 وما بعدها.

23- د. أمين العضايلة، **الوجيز في النظام الدستوري**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ط(1)، ص125.

24- الإذن هو أحد القيود الواردة على حريه النيابة العامة في مباشرتها اختصاصها الاصيل وهو تحريك دعوى الحق العام ضد مرتكب الجريمة وهو عمل إجرائي يصدر من بعض الهيئات ضد شخص متهم بارتكاب جرم معين لمزيد من التفصيل انظر د. أحمد فتحي سرور، **الوسيط في الاجراءات الجنائية**، القاهرة، دار الفكر العربي 1984 ص696.

25- د. منصور العواملة، **الوسيط في النظم السياسية**، عمان، المكتبة الوطنية، الطبعة (2)، المجلد الرابع، الكتاب الثاني، لسنة 2000، ص182.

26- تنص المادة السادسة من الدستور الأردني لعام 1952 على (١- الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وأن اختلفوا في العرق او اللغة او الدين.

27- د. محمود نجيب حسني، **شرح قانون الاجراءات الجنائية**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1968، ص 678.

28- ويعدّ الاستجواب عملاً من اعمال التحقيق ولا يجوز أن يقوم به إلا السلطات المختصة بالتحقيق دون غيرها فالضابطة العدلية تستطيع القيام بجميع أعمال التحقيق إذا انتدبت لهذا العمل باستثناء الاستجواب الذي لا يحق لها القيام به وخولة المشرع فقط لهيئة قضائية وليست إدارية لما تتمتع به هذا السلطة من النزاهة والحيدة. والكفاءة لمزيد من التفصيل انظر الى د. محمود محمود مصطفى ضمانات حريه المتهم، تقرير مقدم للمؤتمر الدولي للقانون الجنائي المنعقد في روما سنة 1953، منشور في **المجلة الدولية للقانون الجنائي**، روما لسنة 1953 ص 195.

29- لمزيد من التفصيل حول القرارات التي يتخذها المدعي العام بعد اقفال التحقيق، انظر المادتين 130 و 133 من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 9 لسنة 1961 وتعديلاته والتي رسمت صلاحيات واختصاصات المدعي العام بعد انتهاء التحقيق.

30- د. فكري فتحي، **دراسة لبعض جوانب قانون محاكمة الوزراء في فرنسا، ومصر، والكويت**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص9.

31- لمزيد من التفاصيل حول المجلس العالي انظر د. على خطار شطناوي، **الوجيز في القانون الإداري**، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع 2003، ص 121 وما بعدها.

32- المادة السادسة من الدستور الأردني والتي تعد تكريساً لمبدأ المساواة وعدم التمييز بين المواطنين أياً كانت الأسس التي يستند عليها سواء على أساس العرق او اللغة او الدين.

33- وتعرف ايضا باسم المساواة القانونية وهو مبدأ يخضع بموجبه جميع الافراد لقوانين العدالة ذاتها دون تمييز أحدهم عن الآخر ولأي سبب كان بمعنى عدم التفرقة بين المواطنين في تطبيق القانون عليهم بسبب العقيدة او اللون أو الجنس أو الأصل الاجتماعي واللغة أو الثروة.....

34- د. محمد حسين عبطان الرقاد، **المسؤولية الجزائية للوزير وأصول ملاحقته وفقاً للتشريع الأردني دراسة تحليلية**، أطروحة دكتوراة في القانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية. ص145

35- د. محمد صبحي نجم، **أصول المحاكمات الجزائية الأردني**، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1991، الطبعة (1)، ص299.

36- نصت المادة 3 من قانون محاكم الصلح رقم 23 لسنة 2017 على أن ((تختص محكمة الصلح بالنظر في المخالفات والجنح جميعها التي لم يعين القانون محاكم أخرى للنظر فيها)).

37- يقصد بمبدأ سمو الدستور بأنه القانون الأعلى في الدولة لا يعلوه قانون آخر وقد نصت عليه أغلب دساتير دول العالم والسمو يكون على جانبين أساسيين هما السمو الموضوعي والسمو الشكل.

" الحق في هواء نقي وسكينة عامة في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظرية التعسف في استعمال الحق "

حنان محمد عوض* **أ.د. جميلة الرفاعي****

د. أنورمحمود الشعر***

تاريخ وصول البحث: 2020/8/19 م تاريخ قبول البحث: 2020/12/23م

الملخص

يهدف هذا البحث إلى دراسة الحق في هواء نقي وسكينة عامة في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظرية التعسف في استعمال الحق، وباستخدام المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي، قامت الباحثة بالتعريف بمفردات العنوان، ومن ثم توضيح أقوال الفقهاء في الموضوع، وكذلك بيان أقوالهم المتعلقة بالموضوع. وتوصلت الباحثة إلى أنّ الشريعة جاءت بأحكام مفصلة مستندة إلى نصوص الشريعة ومقاصدها لتحافظ على الحقوق التي أقرتها للإنسان، ومنها الحق في هواء نقي، والحق في خلو الهواء من الضوضاء، وقامت الشريعة بتنظيم نشاط الإنسان وسلوكه، وسنت القوانين التي تُحرّم وتُجرّم كلّ ما يقوم بتلويثه بأي شكل من الأشكال. وأن الحق في السكينة العامة هو الحق في المحافظة على الهدوء والسكون ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم.

وتكفل قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق التدابير الوقائية والاحترازية لمنع أي اعتداء على مكونات البيئة، أو تفويت المصالح المتوخاة منها.

كلمات مفتاحية: الحق، هواء نقي، تلوث، سكينة عامة، فقه، تعسف.

* باحثة.

** أستاذ، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

*** أستاذ مساعد، قسم اللغة العربية، كلية الآداب، الجامعة الأردنية.

The Right to Pure Air and Tranquillity in Islamic Jurisprudence and its Relationship to the Theory of Arbitrariness in Use of Right

Abstract

This research aims at studying the right in pure air and tranquillity in Islamic Jurisprudence and its relationship with the Theory of Arbitrariness in using the right. Using the inductive approach and the analytical approach, the researcher identified the items of the title, and then clarify the jurists' opinions of the right in pure air and its relationship with the theory of arbitrariness in using the right and clarifying their saying regarding the subject.

The researcher concluded that Islamic Shari'a put detailed rules to keep the rights of human being, including the right to free air from pollutionand the right to tranquillity. The right to general tranquility is the right to keep calmness to people and prevent whatever might annoy them. The rules of the theory of arbitrariness in the use of the right guarantees preventive and precautionary measures to prevent any attack against the components of the environment, or to miss out on the interests envisaged.

Key words: right, pure air, pollution, tranquillity, jurisprudence, arbitrariness.

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

يُعدّ الهواء من العناصر الضرورية للحياة ويجب المحافظة عليه خاليًا من التلوث باعثًا على السكينة والهدوء، وقد اهتمت به العلوم الشرعية، والهيئات الوطنية، والمنظمات العالمية، من أجل حياة خالية من الأمراض الجسدية والنفسية على حد سواء، ونظرًا لأهمية الموضوع ارتأت الباحثة أن تبين رأي الفقه في حق الإنسان في هواء نقي وحكم تلوثه الناتج عن التعسف في استعمال حق مشروع، إذ لم تجد الباحثة دراسة تناولت هذا الموضوع.

فتلوث الهواء بإضافة مركبات ضارة على عناصره، والاعتداء على السكينة بالضوضاء، يُعد كلاهما ضارًا بالإنسان بنسب متفاوتة، وقد بحث الفقهاء في هذين النوعين وأولوهما عنايتهم، ومنعوا أي تصرف يؤدي إلى الإضرار بالهواء أو الإخلال بالسكينة العامة حتى لو كان ناتجًا عن حق مشروع، مستندين إلى نصوص الشريعة ومقاصدها التي اهتمت بالإنسان: دينه، ونفسه، وعقله، ونسله، وماله، بهدف صلاح حياة الناس، وحمايتهم، ودفع الضرر عنهم.

مشكلة الدراسة:

تظهر مشكلة الدراسة في بيان أن الحق في هواء نقي يُعدّ من الحقوق المقررة شرعًا، وأن الشرع منع أي إضرار بهذا الحق حتى لو كان ناتجًا عن استعمال حق مشروع، ويعدّ من قام بهذا الفعل متعسفًا في استعمال حقه ويجب منعه. وتحاول الدراسة الإجابة عن الأسئلة الآتية:

1- ما الحق في هواء نقي في الفقه الإسلامي؟

2- ما مفهوم تلوث الهواء؟

3- ما الحق في سكينة عامة؟

4- ما دور الفقه الإسلامي في الحد من تلوث الهواء والمحافظة على السكينة العامة؟

5- ما العلاقة بين الحق في هواء نقي وسكينة عامة وبين نظرية التعسف باستعمال الحق؟

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة فيما يأتي:

1- دراسة موضوع الحق في هواء نقي وعلاقته بنظرية التعسف باستعمال الحق دراسةً فقهية تحليلية.

2- إفادة الدارسين للفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا المجال.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى ما يأتي:

1- توضيح مفهوم الحق في هواء نقي في الفقه الإسلامي.

2- بيان مفهوم تلوث الهواء.

3- توضيح مفهوم الحق في سكينة عامة.

4- بيان دور الفقه الإسلامي في الحد من تلوث الهواء والمحافظة على السكينة العامة.

5- توضيح العلاقة بين الحق في هواء نقي وسكينة عامة وبين نظرية التعسف باستعمال الحق.

الدراسات السابقة:

لم تقف الباحثة دراسة تبحث في هذا الموضوع، إلا بعض الدراسات التي تناولت الأحكام الفقهية المتعلقة في الحفاظ على البيئة، دون التطرق للتعسف في استعمال الحق المؤدي إلى الإضرار بالحق في هواء نقي، إذ تطرقت هذه الدراسات إلى الاعتداء على البيئة بشكل عام، سواء أكان الاعتداء ناتجًا عن حق مشروع، أم عن تعد، أم عن تقصير، أذكر بعضها على سبيل الإيجاز لا الحصر، وهي ما يأتي:

1- أحكام البيئة في الفقه الإسلامي، عبد الله بن عمر السحيباني، دار ابن الجوزي، 2008م،

وأصل الكتاب رسالة جامعية مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، للعام 1425هـ- 1426هـ، حيث قام الباحث بدراسة موضوع البيئة دراسة شرعية معتمدًا على ما قرره فقهاء الشريعة المتقدمون أو المعاصرون، وقام بالتكييف الفقهي لما جدّ من المسائل المتعلقة بالبيئة، وبيان حكمها الفقهي، من خلال النصوص الشرعية، أو التخريج على ما قاله الفقهاء.

2- التدابير الشرعية لحماية البيئة، أحمد محمود كريمة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية بالقاهرة- جامعة الأزهر، ع 22، 2004م، ص 447- 369، إذ قام الباحث بدراسة مفهوم البيئة في الشرع، وبيان حماية الإسلام للمكونات البيئية (المياه، والأرض، والهواء)، وكيفية مقاومة التلوث البيئي، وطرق معالجة الإسراف في الموارد البيئية.

3- تدابير رعاية البيئة في الشريعة الإسلامية، للباحث سري زيد الكيلاني، الصادر عن مجلة دراسات في علوم الشريعة الإسلامية، مج 41، ع 2، 2014م، ص 1209- 1228، حيث هدف الباحث دراسة موضوع التدابير التي أوجدها الإسلام من خلال النصوص الشرعية، أو الإجراءات التطبيقية من أجل تحقيق رعاية الإسلام للبيئة، وحمايتها، وإعمارها، وبين الباحث بعض التشريعات والتدابير في مجال حماية البيئة وصيانتها، واستثمارها، وعمارتها.

4- حق الإنسان في بيئة نظيفة، فضيلة عاقلي، أعمال المؤتمر الدولي الثاني: الحق في بيئة سليمة في التشريعات الداخلية، والدولية، والشريعة الإسلامية- البيئة أمانة للأجيال القادمة، مركز جيل البحث العلمي- الجزائر، 2013م، ص 317- 334، حيث تناولت الباحثة الإطار المفاهيمي لفكرة الحق والبيئة، وحق الإنسان في بيئة نظيفة من منظور القانون الداخلي والدولي، وحق الإنسان في بيئة نظيفة في الشريعة الإسلامية.

وتختلف هذه الدراسة في أنها تبحث في حق الإنسان في العيش في بيئة خالية من التلوث وسكينة عامة في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظرية التعسف في استعمال الحق، إذ قد يلحق بهذين الحقين ضررًا ناتجًا عن استعمال حق مشروع، حيث بينت الدراسة دور الفقه الإسلامي في ذلك.

منهج الدراسة:

اعتمدت الباحثة على:

1- المنهج الاستقرائي، وذلك بجمع المادة العلمية من أهم كتب الفقه، وكتب التفسير وكتب آيات الأحكام ومصادر الحديث النبوي الشريف وكتب التراجم، والمراجع الحديثة.

2- المنهج التحليلي، وذلك بتحليل آراء الفقهاء التي يستند إليها في المسائل المعروضة في البحث.

خطة الدراسة:

المبحث الأول: التمهيد

المبحث الثاني: أقوال الفقهاء في الحق في هواء نقي وسكينة عامة

المبحث الثالث: علاقة الحق بهواء نقي وسكينة عامة بنظرية التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول: التمهيد

يتمحور هذا المبحث حول المصطلحات التي تشكّل عنوان الدراسة بعد فك الروابط بينها، وذلك بإفراد كلّ العناصر التي يحويها العنوان وجعلها مستقلة عن التركيب النحوي الموضوع لها، فكما قال الغزالي: "وكل ناظر في شيء مركب، فطريقه أن يحلل المركب إلى المفردات ويبتدئ بالنظر في الآحاد، ثم في المركب".[1]

المطلب الأول: مفهوم الحق في هواء نقي

يعدّ الحق في هواء نقي من أهم الحقوق التي تكفل للإنسان الحياة والصحة، فهو حق يمتد جغرافيًا ليشمل كافة أصقاع الأرض، ويمتد زمانيًا ليشمل الأجيال القادمة، وماهية هذا الحق سيوضحه هذا المطلب.

الفرع الأول: مفهوم الحق لغة واصطلاحًا

الحق في اللغة: الحاء والقاف أصل واحد، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته. فالحق نقيض الباطل. ويقال حقَّ الشيء وجب.[2]

أما اصطلاحًا: "هو اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء او اقتضاء أداء من آخر تحقيقًا لمصلحة معينة".[3]

الفرع الثاني: مفهوم الهواء النقي

الهواء من أهم مقومات حياة الكائنات الحية والإنسان، إذ يستهلك الإنسان العادي قدرًا كبيرًا من الهواء يوميًا يبلغ وزنه نحو ستة عشر كيلوجرامًا، وهي كمية تفوق كل ما يستهلكه الإنسان من الماء والغذاء في اليوم الواحد.[4]

فالهواء في اللغة: الهاء والواو والياء: يدل على خلو. وسمي بالهواء لخلوه. وكل فارغ خال هواء.[5] قال الله تعالى: ﴿وأفئدتهم هواء﴾ [إبراهيم: 43]، أي وقلوبهم خاوية خالية ليس فيها شيء لكثرة الوجل والخوف.[6] ولم يخرج في الاصطلاح عن المعنى اللغوي، وهو الفراغ.[7]

والتعريف العلمي للهواء: هو ذاك الغلاف الجوي الشفاف الذي يحيط بالأرض إحاطة تامة، ويفصل سطحها عن الغلاف الكوني، ويسمى علميًا بالغلاف الغازي، لأنه يتكون من عدة غازات تعدّ من مقومات الحياة.[8] فالغلاف الجوي أو الهواء هو عبارة عن كتلة غازية تحيط مباشرة بالكرة الأرضية، تجعل الأرض صالحة للحياة عليها.

والنقي في اللغة: من نَقَا، ونَقِيَ الشيء، يَنْقى نَقاوَة، ونَقاء فهو نَقِيٌ أي نظيف.[9] وكذا معناه في الاصطلاح.[10]

أما مفهوم الهواء النقي فلم يرد عند الفقهاء، ولكن عرّفه ابن سينا بأنه الهواء الجيد في الجوهر الذي لا يخالطه من الأبخرة والأدخنة شيء غريب، ولا عاصيًا على النفس.[11] وقد نص الفقهاء على أهمية المحافظة على الهواء نقيًا، ونادوا باستصلاح الهواء؛ لأنه من أعون الأشياء على صحة الأبدان، وفساد الهواء من أسرع الأشياء إلى الأسقام.[12] ولاستكمال توضيح مفهوم الهواء النقي وجب بيان نقيضه وهو تلوث الهواء، وهذا ما يوضحه المطلب الثاني.

المطلب الثاني: مفهوم التلوث لغةً واصطلاحًا

كلمة التلوث بمدلولها اللغوي تدل على الدنس، والفساد والنجس، وفعلها (لوث)، تلويثا، ولوّث ثوبه بالطين أي لطخه.[13] والتلوث في الاصطلاح لم يخرج عن المعنى اللغوي، وهو التلطخ، والنجس.[14] ووضح وهبة الزحيلي مفهوم التلوث بأنه: هو كل ما يؤذي ويضر ويعكر صفو الحياة وصفاء الهواء، مثل الجو الذي تلوث بالتراب وغيره.[15] وعرّف الحلو التلوث: "هو وجود أي مادة أو طاقة في البيئة الطبيعية بغير كيفيتها أو كميتها، أو في غير مكانها أو زمانها، بما من شأنه الإضرار بالكائنات الحية، أو بالإنسان".[16] والملحوظ على تعريف الزحيلي تركيزه على نواتج التلوث وهو الضرر وتكير صفو الهواء، أما تعريف الحلو فقد كان معبرًا عن ماهية التلوث، وما ينتج عنه من أضرار على الكائنات الحية والإنسان، وعليه فإن تعريف الحلو هو التعريف المختار للتلوث.

أما تعريف تلوث الهواء: فهو الجو المفرط يبسًا، أو بردًا، أو حرًا، أو رطوبةً، أو المنتن الرائحة، أو المظلم، أو الكدر الغبار، وكلّ ذلك فاسد.[17]

وتعريف آخر: هو حدوث تغيير في تركيبة عناصره، وازدياد وجود أي مواد غازية، أو سائلة، أو صلبة تؤدي إلى وقوع أضرار بأي من مكونات البيئة من نبات، وإنسان، وحيوان، وتربة، ومسطحات مائية إذ إن معظم ملوثات الهواء من صنع الإنسان ومستحدثاته بما في ذلك الضوضاء.[18] فيوضح التعريف الأول شكل الهواء الملوث بملوثات طبيعية لا دخل للإنسان فيها، فاليبس، والبرد، ...، فكلها عوامل طبيعية تعمل على فساد الهواء إذا زادت عن الحد المناسب، أما التعريف الثاني فوضح السبب في حدوث التلوث وهو اختلال في تركيبته الطبيعية، إذ إن الهواء النقي يتكون من عدة غازات، وأن أي تغيير في نسب هذه الغازات يؤدي إلى الإضرار بالكائنات الحية، ويبين أنّ ما يُحدثه الإنسان هو السبب الأعظم في حدوث التلوث، ومن أهمها الإشعاعات النووية الناتجة عن الاستخدام السلمي للمعادن المشعة، وسائل النقل التي تُعدّ أكبر ملوث للهواء وأخطرها لانتشارها الكبير ففي المدن، ووجود المصانع حيث تطلق كميات كبيرة من الغازات الضارة، واستخدام المبيدات الحشرية للقضاء على الآفات والتي تنتقل بفعل الرياح إلى مسافات بعيدة.[19]

ويكمن خطر هذه الملوثات في أنها تسبب للإنسان العديد من الأمراض كأمراض الجهاز التنفسي، والجهاز العصبي، وأمراض القلب، وتهيج العيون، وسرطان الرئة والجلد.[20]

الفرع الثالث: مفهوم الحق في هواء نقي بوصفه مصطلحاً مركباً

ورد مفهوم الحق في هواء نقي ضمن مفهوم الحق في بيئة نظيفة: وهو حق كلّ إنسان العيش في بيئة صحية وذات نوعية مواتية لرفاهته وكرامته، وهذا يتطلب قيام كلّ الأفراد والهياكل السياسية بتقليص الملوثات حتى تبقى البيئة قادرة على تلبية متطلبات حياة الأجيال الحالية والمستقبلية.[21] فالحق في هواء نقي من الحقوق الأساسية لحياة الإنسان، يتطلب القضاء على

أشكال التلوث كافة، وتوفير وسط جوي مناسب لعيشه.

المطلب الثالث: مفهوم الحق في السكينة العامة

تعدّ الأصوات من موجودات الهواء المحيط بالإنسان، ونظرًا للتطور الحاصل في العالم أصبح الإنسان محاصرًا بالضجيج، حتى أصبح السكون مطلبًا صعب المنال في ظل التكنولوجيا الحديثة واكتظاظ السكان في المدن، لذا أصبح من حق الإنسان العيش في جو ينعم بالسكينة العامة.

الفرع الأول: مفهوم السكينة لغة واصطلاحًا

المفهوم اللغوي للسكينة: سكن سكونًا، معناهُ قرَّ واستقرَّ، والمسكنة هي الوداعة، والوقار، والاستقرار، والأمن، وقيل السكينة: هي الطمأنينة، وهي ما يسكن به الإنسان.[22]

ولم يتعد مفهوم السكينة في الاصطلاح المعنى اللغوي فقد عبر عنها صاحب كتاب "الثمر الداني": بأنها الطمأنينة،[23] وقد ذكر الله -تعالى- السكينة في القرآن في ست مواضع،[24] حيث ورد لها تفاسير عدة، منها: الأمان، والطمأنينة، والثبات، الرحمة، والوقار، والأمن.[25] وجاء في "شرح النووي على مسلم" عند شرحه لحديث رسول الله ﷺ: "إِذَا ثُوِّبَ بِالصَّلَاةِ فَلَا يَسْعَ إِلَيْهَا أَحَدُكُمْ، وَلَكِنْ لِيَمْشِ وَعَلَيْهِ السَّكِينَةُ وَالْوَقَارُ، ..."،[26] أن السكينة والوقار هما بمعنى واحد جمع بينهما تأكيدًا، والظاهر أن بينهما فرقًا، فالسكينة تعني التأني في الحركات واجتناب العبث، والوقار يكون في الهيئة، وغض البصر، وخفض الصوت، والإقبال على الطريق بغير التفات.[27]

ولكن لا يمكن الإحاطة بمعنى السكينة إلا بمعرفة عكسها وهو الإخلال بالسكينة، الذي يُعدّ الضوضاء هو السبب الأساس فيه.

فالضوضاء في اللغة: من ضوضى، ضوضاء، ضوضأ، ضوضأة، وهو الصياح والجلبة واختلاط أصوات الناس في الجدال، أو النزاع.[28]

والضوضاء في الاصطلاح لم يتعد المفهوم اللغوي، إذ عبّر الفقهاء عنها بمصطلحات منها: "كثرة الضجيج"، و"كثرة الصخب"، و"جلبة أصوات"، و"ضرر الصوت (الأصوات)"، أو الدوي.[29]

ومفهومها في الاصطلاح الحديث: "هو التغير المستمر في حركة الموجات الصوتية، بحيث تتجاوز شدة الصوت المعدل الطبيعي المسموح للأذن بالتقاطه، وتوصيله إلى الجهاز العصبي"[30] وباختصار هو صوت غير مرغوب فيه، نظرًا لزيادة حدته وشدته، وخروجه عن المألوف من الأصوات الطبيعية التي اعتاد سماعها الإنسان".[31] فالضوضاء إذًا صوت غير منتظم متغير باستمرار، شدته زائدة عن الحد المألوف من الأصوات المعتادة، مما يجعله غير مرغوب فيه، لما يحدثه في الجسم من ضرر.

ونخلص إلى أن السكينة: هي الأمان، والطمأنينة، ووجود الأصوات الطبيعيّة التي اعتادها الإنسان، من الأصوات المرغوبة ذات المعدل الطبيعي المسموح للأذن التقاطه.

الفرع الثاني: مفهوم الحق في سكينة عامة كمصطلح مركب

يُعد مصطلح السكينة العامة من المصطلحات الحديثة وتعني: الهدوء والسكون وراحة الأفراد، والشعور بعدم الإزعاج في الأماكن العامة والطرقات، فلا يكون هناك من المسببات ما يقلق راحتهم ويضايقهم مثل الضوضاء، والأصوات المزعجة.[32]

أما الحق في السكينة العامة فهو من الحقوق التي راعتها القوانين الحديثة وسنت القوانين للمحافظة عليه، ولكن لم أق على تعريف له ولكن يمكن صياغة له تعريفًا له وهو: أنه الحق في المحافظة على الهدوء والسكون ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم.

وللمحافظة على هذا الحق نص "قانون حماية البيئة الأردني" على: "تحدد مصادر الضجيج ومواصفات الحد الأعلى لتلك المصادر ومتطلبات الالتزام بتجنبها أو التقليل منها إلى الحد الأدنى المسموح به بيئيًا بموجب تعليمات يصدرها الوزير لهذه الغاية".[33] ونص أيضًا: "للمجلس مراقبة المحلات والأعمال المقلقة للراحة العامة والمضرة بالصحة، وله بقرار منه حظر قيام مثل هذه المحلات، أو تعاطي مثل هذه الأعمال في شوارع أو أحياء بعينها. [34]

المطلب الرابع: مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق ومعاييره

صان الفقه الإسلامي حقوق الناس، وحفظ مصالحهم، ووضع القوانين للحفاظ عليها، وقيد الحقوق الخاصة للإنسان كي لا تؤدي إلى إضرار بالآخرين، سواء توفرت نية الإضرار لدى مُستعمل الحق، أم تجاوز بحقه الحدود المألوفة، أو كان استعماله لهذا الحق لا ينسجم مع المصلحة العامة للمجتمع، وكل هذا يُعدّ تعسفًا في استعمال الحق، وفيما يأتي توضيح لنظرية التعسف.

الفرع الأول: التعسف لغة واصطلاحًا

التعسف في اللغة: من "عَسَفَ" وهو السير بغير هداية، وكذلك التعسف، والاعتساف، والتعسيف: السير على غير علم ولا أثر.

وقيل: رجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق، وعسف فلان فلانًا عسفًا: ظلمه. والعسف في الأصل: أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم فنقل إلى الظلم والجور.[35]

والتعسف اصطلاحًا: كما عرّفه كتاب "الكليات": هو ارتكاب ما لا ضرورة فيه والأصل عدمه، فهو يطلق على الفعل كما يطلق على القول، فيعدّ العمل تعسفًا إذا فعل شخص أمرًا منهيًا عنه أو ما دونه ولم تلجئه إلى فعله ضرورة بل مقتضى الحال تركه. أمّا التعسف في القول: هو أنْ يفسر الكلام على ما لم تحتمله العبارة ولا تدلّ عليه.[36] والملحوظ من التعريف أنّه شامل لمفهوم التعسف القولي والفعلي، فالتعسف الفعلي هو القيام بفعل منهي عن فعله أو الذي دون النهي وهو المكروه من غير ضرورة، أما التعسف القولي فهو حمل الكلام على معنى لا تكون دلالته عليه ظاهرة.[37] وأما مفهوم التعسف كما عرّفه الدريني بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعًا وفق الأصل".[38]

ويتضح أن التعسف هو تصرف المكلّف في حقه تصرفًا فيه ضرر بالغير، فيناقض هذا التصرف قصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع قد تكون لتحقيق مصلحة غير مشروعة؛ كتحليل حرام أو إسقاط واجب، أو أن يلحق الضرر بالآخرين دون قصد لتحقيق نفع أو مصلحة، فالفعل في أصله مباحًا، وهذا لا يختلف عن مفهومه عند الفقهاء فالفعل المنهي عنه قد يكون في أصله محرّم، وقد يكون مباحًا فيُنهى عن فعله للضرر، وليس كل فعل يناقض قصد الشارع يعدّ تعسفًا، ولكن للتعسف معايير، وسأذكرها في الفرع الآتي:

الفرع الثاني: معايير التعسف

تكلم علماء العصر الحديث في نظرية التعسف عن الحقوق، مستعملين بذلك معايير وضعوها لهذه النظرية، ويجمعها معياران رئيسان، وهما:[39]

1-**المعيار الذاتي، أو الشخصي**: وينظر هذا المعيار في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه من الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

2-**المعيار المادي**: ويعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة؛ فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض، والحق الفردي مع المصلحة العامة.

المبحث الثاني: أقوال الفقهاء في الحق في هواء نقي وسكينة عامة

كان للفقه الإسلامي دور في المحافظة على حق الإنسان في الهواء النقي والمحافظة على السكينة العامة، كما سيتضح مما يأتي.

المطلب الأول: أقوال الفقهاء في الحق في هواء نقي

ناقش الفقهاء في كتبهم منع من تلويث الهواء، واختلفوا فيه على قولين:

القول الأول: يُمنَع أذى الدخان، أو الأبخرة، أو الروائح الكريهة المؤذية، وهو قول عند الحنفية،[40] وقول المالكية،[41] وقول عند الشافعية،[42] ورواية عند الحنابلة،[43] ويحق لمن تأذى بذلك منع المتسبب، ومن تسبب في ذلك ترتب على فعله الضمان نتيجة الضرر. واستدلوا بما يأتي:

1- قول النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"، [44] وهذا إحداث ضرر بجاره، فلم يجز.

ونوقش الدليل: أنه متصرف في خالص ملكه وفي منعه إضرار به.[45]

الرد: لا يجوز للجار أن يؤذي جاره بأي نوع من أنواع الأذى.[46]

ومن المُلوثات التي منعها الفقهاء: إقامة تنور للخبز الدائم بين البيوت لأنه يضر بالمحيطين ضررًا فاحشًا جراء الدخان الكثير.[47] وجعل في داره بين الأبنية معمل نشادر، فإذا شمه أطفال وماتوا، ضمن ما جرى للأطفال.[48] وإحداث مطبخ في سوق البزازين وكان دخان المطبخ يصيب أقمشة ويضرها فيدفع الضرر.[49] وإحداث بيدر قرب دار آخر وتأذى الآخر من غبار البيدر بحيث أصبح لا يستطيع السكنى في

الدار فيُدفع ضرره.[50] ومنعوا من تنفيض الحصر ونحوها على باب الدار إذا أضر الغبار بالمارة ولا حجة له أنه إنما فعله على باب داره.[51]

القول الثاني: لا يُمنع وإن تضرر الجار، وهو القول الثاني عند الحنفية،[52] وعند الشافعية،[53] ورواية عند الحنابلة،[54] وحجتهم: أن الملك مطلق للتصرف في الأصل والمنع منه لعارض تعلق به حق غيره فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع إلا أن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب، ويمنع إن ظهر منه التعنت وقصد الفساد.[55]

والقول المختار هو القول الأول فقد كان المنع فيه للضرر الفاحش المترتب عن الفعل المؤدي إلى التلوث، وأنّ القول الثاني منع الفعل ديانة، وإن تعنت في فعله وقصد الضرر، وما يؤيد ذلك أنّ نصوص القرآن الكريم أشارت إلى المنع، ومن هذه النصوص ما يأتي:

أ- قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَٰهُ بِقَدَرٍ﴾ [القمر: 49]

ووجه الدلالة: أشار النص إلى منع أي إضرار بالكون فالله خلق الكون متوازنًا، لا يُزاد عليه ولا يُنقص منه،[56] فأي زيادة عليه أو نقصان فيه يؤدي إلى الإضرار بساكنيه، ومنها تلوث الهواء بنوعيه، إذ خلق الله الهواء من عناصر متوازنة لتلائم حياة الإنسان الجسدية والنفسية.

ب- قال تعالى: ﴿فَٱرْتَقِبْ يَوْمَ تَأْتِى ٱلسَّمَآءُ بِدُخَانٍ مُّبِينٍ ۝١٠ يَغْشَى ٱلنَّاسَ هَٰذَا عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [الدخان:10-11]

ووجه الدلالة: سمت الآية الدخان بالعذاب الأليم،[57] لأن الاختناق وضيق التنفس هو حقيقة عذاب أليم، فإذا كان كذلك وجب استبعاد كلّ ما يؤدي إلى تلوث الهواء بالدخان وغيره من الملوثات.

ج- قال تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَٰحِهَا﴾ [الأعراف:56].

وجه الدلالة: أي لا تفسدوا في الأرض بعد أن جعلها الله صالحة لمعاشكم ومقامكم فيها،[58] وأصلح خلقتها على الوجه المطابق لمنافع الخلق والموافق لمصالح المكلفين.[59] وتلويث الهواء نوع من الإفساد في الأرض؛ لأنّه جعل الأرض غير صالحة للعيش للضرر الذي يلحق بقاطنيها وهذا ينافي مقصد الشارع من إصلاح الأرض.

د- قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195]

وجه الدلالة: التهلكة كل شيء تصير عاقبته إلى الهلاك،[60] فالمشقة التي يتحملها الإنسان لا بد وأن تكون على وفق الشرع، فأما لو كان على خلاف الشرع فهو من باب إلقاء النفس في التهلكة.[61] فالهواء الملوث مشقة لا يتحملها الإنسان، والعمل على تلويث الهواء مخالفًا للشرع، لما فيه من مضار تؤدي إلى الهلاك، وهذا من باب إلقاء النفس في التهلكة فضرره يعود ابتداء على فاعله، فالهواء لا يُمكن حصره في مكان.

وتُعدّ القواعد الفقهية من أهم العلوم الإسلامية التي تضبط فروع الفقه وتحصر جزئياته، لما لها من فوائد جمة، ومنافع كثيرة،[62] ومن هذه القواعدالتي ذكرها الفقهاء لمنع ما يؤدي إلى التلوث:[63]

أ- قاعدة لا ضرر ولا ضرار: (هذه القاعدة لفظ حديث شريف[64] فمعنى لا ضرر النهي عن إلحاق الإنسان مفسدة بغيره مطلقا.[65] فهذه القاعدة تؤكد أن الجار لا يجوز له أن يؤذي جاره بأي نوع من أنواع الأذى.[66]

ويتفرع عنها: الضرر يُزال: أي يجب رفع الضرر وإصلاح ما يترتب عليه من آثار، سواء كان الضرر عامًا أو خاصًا.[67]

ب- درء المفاسد أولى من جلب المصالح: إذا تعارضت مفسدة ومصلحة؛ قدم دفع المفسدة، فالشارع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمورات.[68] فبناء على هذه القاعدة من حق الإنسان ومصلحته أن يعيش في هواء نقي، وتلويثه هو نوع من المفاسد؛ لأن فيه مناقضة لمقصد الشارع في حفظ النفس، إذ إن التلوث يؤدي إلى الإضرار بالنفس، فيمنع كل فعل يؤدي إلى ذلك سواء كان تصرفًا مشروعًا أم غير مشروع.

ج- يُتحمّل الضرر الخاص؛ لأجل دفع ضرر العام:[69] فالتلوث ضرر عام ومنع الإنسان من التصرف في حقه المؤدي إلى التلوث ضرر خاص، لذلك استوجب منعه فالمصلحة العامة أولى بالاعتبار.

المطلب الثاني: أقوال الفقهاء في الحق في سكينة عامة

اعتنت المذاهب الفقهية بموضوع السكينة العامة وتأثيرها، ومنعت الفرد أنّ يتصرف في حقه ويؤذي المجاورين بالأصوات العالية، وقد كان المنع موضع خلاف في المذهب المالكي حيث أجازه بعضهم ورفضه الآخرون، كما جاء في المذاهب الأخرى أقوال بعضها يؤيد المنع، وبعضها الآخر يسمح بالتصرف، وستقوم الباحثة بتوضيح ذلك.

الفرع الأول: أقوال الفقهاء

أولًا: تحرير محل النزاع

1- لا خلاف بين الفقهاء على منع الأعمال التي تصدر أصواتًا عالية إذا أدت إلى ضرر بالجدران من كثرة الدق والاهتزاز.[70]

2- اختلف فقهاء المذهب المالكي في منع ضرر الضوضاء، وفي وقت المنع،[71] على ثلاثة أقوال، وهي كما يأتي:

القول الأول: عدم منع من أضر جاره بصوت الدوي والجعجعة، حتى لو اشتكى الجار وقال: "لا أستطيع النوم".[72] وهو مقتضى قول عند الحنفية أنه ليس للجار أن يمنع جاره أن يتصرف في ملكه بأن يجعل في بيته رحى، أو حدادًا، أو قصارًا[73]، وإن أضر بجاره،[74] وفيه وجهان عند الشافعية، أحدهما: أنه يمنع؛ لما فيه من الضرر، وأظهرهما: الجواز.[75]

واستدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: أن هذا رجل يعمل لمعاشه لا يريد بذلك الضرر.[76]

ونوقش الدليل: بأنه يجب قطع جميع الضرر، وكل ضرر يؤول إلى الفساد؛ لأنه ضرر يصل إلى الشخص في منزله فتعلق المنع به.[77]

الدليل الثاني: استدلوا بقول مالك: لا يمنع الحداد من ضرب الحديد في داره وإن تأذى بذلك جاره. وقال: لا أقدر أن أنام معه.[78]

ونوقش الدليل: تأمل! يُمنع الضرر الواقع على الجدران وليس لأجل الدوي والجعجعة.[79]

الرد: عدم المنع كان من الصوت الضعيف أو غير الدائم، أما الصّوت الشديد والدائم فإنه ضرر يمنع منه.[80]

القول الثاني: يؤثم في المذهب الحنفي من جهر في القرآن على السطح ليلًا والناس نيام؛ لأنها تمنع الناس من نومهم، وتكون سببًا لإعراضهم عن الاستماع للقرآن، وتخلط على المتهجدين قراءتهم. [81] ونُقِل الاتفاق في المذهب المالكي على منع ضرر الصوت ليلًا، وعدم المنع نهارًا.[82] ومن آداب السلام عند الشافعية أن من سلم على أيقاظ عندهم نيام، خفض صوته بحيث يُسمع الأيقاظ ولا يوقظ النيام.[83] وقد أنكر الحنابلة على من يجهر في القرآن على السطح ليلًا والناس نيام.[84]

واستُدِل على هذا القول بما يأتي:

الدليل الأول: أنّ الأصوات العالية بالليل تضر بالجيران، وتؤذي النائمين.[85]

ونوقش الدليل: أن من يعمل لمعاشه لا يريد بذلك ضررًا.[86]

الرد: يُسمح بالعمل إذا لم يمنع جاره من نومه ولم يُخِل بعمله بين جاره وبين راحته.[87]

القول الثالث: المنع من الضوضاء مطلقًا وهو قول عند المالكية،[88] وحرّم الشافعية إحداث ضرر بصوت الرحى وما أشبه ذلك، وعدّوه من عيوب الدار لأنها تقتضي نقص القيمة.[89] ويُمنع التصرف في الملك في المذهب الحنبلي بما يضر بجاره.[90]

واستدل أصحاب هذا القول: بقول سعيد بن المسيب لبرد عندما كان عمر بن عبد العزيز يقرأ القرآن بصوت عال في المسجد: اطرد هذا القارئ عني فقد آذاني.[91]

ونوقش الدليل: بأن الاستدلال بهذه الحكاية على أن الأصوات من الضرر الذي يجب الحكم على الجار بقطعه لا يصح؛ لأن ما يفعله الرجل في داره من ذلك يتأذى به جاره، بخلاف ما يفعله في المسجد من رفع صوته بالقراءة لتساوي الناس في الحق فيه، ولو صلى رجل في داره فرفع صوته بالقراءة لما وجب لجاره أن يمنعه من ذلك.[92]

والقول المختار هو القول الثالث لأن الأصوات العالية تشكل ضررًا واضحًا على الإنسان، والكائنات الحية، وتحريم الشافعية لذلك، ومنع الحنابلة هذا الفعل، وقد جاءت النصوص بمنع الأصوات العالية، ومنها ما يأتي:

أ- قال تعالى على لسان لقمان وهو يعظ ابنه: ﴿وَٱغۡضُضۡ مِن صَوۡتِكَۚ إِنَّ أَنكَرَ ٱلۡأَصۡوَٰتِ لَصَوۡتُ ٱلۡحَمِيرِ﴾ [لقمان: 19].

ووجه الدلالة: ﴿وَٱغۡضُضۡ مِن صَوۡتِكَۚ﴾ أي اخفض صوتك فإن أوحش الأصوات "لَصَوْتُ الحمير"، وفيها تشبيه الرافعين أصواتهم

بالحمير، وتمثيل أصواتهم بالنهاق تنبيه على أن رفع الصوت في غاية الكراهة.[93]

ب- قال تعالى:﴿وَلَا تَجْهَرْ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتْ بِهَا وَٱبْتَغِ بَيْنَ ذَٰلِكَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: 110]

وجه الدلالة: لا ترفع صوتك بقراءتك أو بدعائك ولا تخفض صوتك، واجعله بين الجهر والخفاء.[94] أي الاعتدال، فالصلاة من أعظم العبادات، ومنها ما يكون جهريًا كالمغرب والعشاء، والجهر فيها واجب مشروع، فإذا جهر الإمام فوق حاجة الناس فقد أساء.[95]

ج- قال تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِىٓ أَنزَلَ ٱلسَّكِينَةَ فِى قُلُوبِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الفتح: 4]

وجه الدلالة: إنّ من حق الإنسان الهدوء والسكينة فهو حق محترم له، لذلك سميت الدور بالمساكن: التي هي من سكن، وسكينة: أي الهدوء والوداعة،[96] فالعيش في جو هادئ يؤدي إلى السكينة الجسدية والمعنوية.

المبحث الثالث: علاقة الحق بهواء نقي وسكينة عامة بنظرية التعسف في استعمال الحق

من المعلوم أنه كي يكون الفعل تعسفًا يجب أن يكون ناتجًا عن حق مشروع، ولكي يُمنع يجب أن يُؤدي إلى ضرر، وأن من معايير التعسف المعيار المادي الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة؛ والملحوظ أن جميع التصرفات التي ذكرت في الدراسة ومنعها الفقهاء كلها تصرفات ناتجة عن حق مشروع، ونتج عنها ضررًا للمجاورين أو المحيطين، فإقامة مخبز، أو معمل نشادر، أو بيدر، ...، كلها أعمال مشروعة، ولكنها أدت إلى ضرر بالمجاورين، بعضها كان متوسطًا وبعضها فاحشًا كضرر النشادر، حيث كان هذا الضرر أعظم من المصلحة وعليه منع الفقهاء أصحابه من ممارسة حقهم والعمل على تلويث الهواء.

ومنع الفقهاء ضرر الأصوات العالية حتى لو كانت ناتجة عن نوافل يتقرب بها العبد إلى الله، كقراءة القرآن بصوت عالٍ، والتذكير على المنبر، أو عن عمل يعتاش منه النّاس، مثل الحِدادة، والصِباغة، واتخاذ رحى للطحن، إذ صرح الفقهاء فيها عن سبب المنع وهو الضرر الناتج عن استعمال حق مشروع، ومنهم من صرح بمفهوم التعسف كما في قولهم: يمنع إن ظهر منه التعنت وقصد الفساد، وقد تطورت مصادر الضوضاء في العصر الحالي عمّا كانت عليه في زمن الفقهاء، فالمنع كان لما هو أقل منها بكثير، فكيف في استعمال الآلات التي تعتمد على التكنولوجيا التي تحدث خللًا واضحًا في التوازن الصوتي، ويخل بالسكينة العامة، كالسيارات ووسائط النقل، والآلات المستخدمة في التشييد والبناء، وأجهزة المذياع، والتلفاز، والتسجيل المنتشرة في المحال التجارية، وفى المنازل، والسيارات. كذلك سوء استخدام أجهزة التليفون المحمول، ومكبرات الصوت من جانب الباعة المتجولين وغيرهم، والأجهزة المنزلية كأجهزة التكييف، والمبردات، والخلاطات، وآلات الغسيل التي تُعدّ من أهم مصادر الضوضاء المنزلية.[97] فالتشريع الإسلامي كان له قدم السبق في المحافظة على السكينة العامة ومنع أي تعسف يؤدي إلى

الإخلال بها، وعدّه من مصادر الضرر الذي يجب دفعه، عملًا بالحديث الشريف: "لا ضرر ولا ضرار"،[98] فمنع الضرر قبل حدوثه أولى من علاجه بعد حدوثه، حيث أثبتت التجارب الحديثة أنّ الأصوات العالية لها تأثيرات خطرة على الإنسان، فالتعرض الطويل للضوضاء يؤثر على الخلايا الحسية والعصبية للأذن الداخلية، مما يُؤدي إلى فقدان للسمع التدريجي، ويؤدي أيضًا إلى الصداع، وارتفاع ضغط الدم، ويؤثر على الجهاز العصبي مما يؤثر على النوم لتزايد عدد دقات القلب، وعدد مرات التنفس. كما يشعره بالقلق، والتعب، وتقلبات المزاج، والاجهاد النفسي، والأرق، وفقدان الشهية، والهستيريا، والبرود الجنس، ويؤثر على إنتاجية الأشخاص الحساسين للضوضاء حيث يكونون أقل أداء للعمليات الحسابية مقارنة مع غيرهم، ويتأثر طلاب المدارس في المراحل الأولى من تعلم اللغات بالضوضاء بشكل يؤثر على نطقهم لبعض الحروف والكلمات وذلك لأنهم لا يستطيعون سماعها بشكل واضح. وتؤثر الضوضاء على درجة التركيز عند العمال وتؤدي إلى بطء ردة الفعل، إذ يصعب على العامل سماع صوت آلة متجهة صوبه. والكثير من حوادث السيارات يكون سببها الضوضاء المنبعثة من داخل السيارة، عند سماع الموسيقى الصاخبة مثلًا، التي تعمل على تشتيت انتباه السائق، وتؤدي وإلى تهيج عصبي ونفسي يدفعه باتجاه قيادة السيارة بسرعة عالية مما يزيد احتمالية وقوع حادث سير.[99]

وللحد من ظاهرة التعسف في استعمال الحق المؤدية لتلوث الهواء وجب وضع وسائل لضبط مصادر التلوث الهوائي والضجيج والوصول بها إلى الحد الآمن، ومنها ما يأتي:

1- التشجيع على زراعة الأشجار والنباتات في البيوت التي يوجد فيها مساحات لذلك خاصة في المدن المكتظة بالسكان، فإن لم يوجد فيمكن زراعة النباتات بآنية خاصة على أسطح المنازل والشرفات مما يساعد على امتصاص الغازات الملوّثة، وقد جاء قول رسول الله ﷺ يشجع على الزراعة الأشجار حيث قال: "إِنْ قَامَتْ عَلَى أَحَدِكُمُ الْقِيَامَةُ، وَفِي يَدِهِ فَسِيلَةٌ فَلْيَغْرِسْهَا".[100]

2- عند التخطيط لإقامة المصانع يجب أنّ تكون بعيدة عن الأماكن السكنية- فمعاوية بن أبي سفيان أمر بجمع الصناع والنجارين، فجُمعوا، ورتبهم في السواحل-[101] والعمل على تشجير المنطقة بأنواع من الأشجار لها قدرة على امتصاص الملوثات، وتزويد مداخن المصانع بأجهزة تنقية وتجميع للغازات التي تخرج منها والاستفادة منها بمعالجتها وإعادة استخدامها، والقيام باستخدام كواتم الصّوت في المصانع.[102]

3- تركيب أجهزة تقطير عادم للسيارات بأنبوب عادم السيارات حيث يقوم هذا الجهاز بمساعدة مادة البلاتين الموجودة بداخله على تحويل أول أكسيد الكربون إلى بخار وثاني أكسيد الكربون الأقل خطورة، وتطوير تقنية صناعة السيارات التي تسير على الطاقة الشمسية.[103]

4- الحد من استخدام السيارات، وهو أن تلجأ الدّول إلى منع استخدام السيارات في أماكن معينة خاصة أيام العطل للتقليل من كمية الملوثات الناجمة عن استخدامها، وتشجيع النقل الجماعي، ومنع استعمال آلات التنبيه في المناطق المزدحمة،[104] واستخدام وسائل تنقل غير ملوِّثة كالدرجات الهوائية قدر الإمكان.

5- استعمال سدادات الأذن في المناطق التي يكثر فيها الأصوات العالية.

6- العمل على تطوير مصادر طاقة بديلة نظيفة مثل الطاقة الشمسية، لتصبح الطاقة البديلة في تشغيل المصانع.[105]

7- الاستفادة من علاقة التضاد بين الكائنات الحية في المكافحة الأحيائية للآفات الزراعية، والعمل على تطوير هذه التقنية للحد من استخدام المبيدات الكيميائية، كاستخدام نظم الزراعة النظيفة، التي تستند بصفة رئيسة على التناغم مع البيئة وتسخير الميكروبات لتوفير بيئة مناسبة للإنتاج الزراعي، كاستخدام حشرة أبو العبد لمكافحة المن.[106]

8- عمل حملات توعية عن مخاطر هذه الملوثات وكيفية الحد منها، وعمل دورات للاستفادة من البدائل المتاحة.

الخاتمة:

الحمد لله حمدًا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه، فلقد تمت هذه الدراسة، وتوصلت الباحثة إلى النتائج الآتية:

1- جاءت الشريعة بأحكام مفصلة مستندة إلى نصوص الشريعة ومقاصدها لتحافظ على الحقوق التي أقرتها للإنسان، ومنها الحق في هواء نقي وسكينة عامة، وقامت الشريعة بتنظيم نشاط الإنسان وسلوكه، وسنت القوانين التي تُحرّم وتُجرّم كلّ من يقوم بتلويثه بأي شكل من الأشكال.

2- الحق في السكينة العامة هو الحق في المحافظة على الهدوء والسكون ومنع كل ما من شأنه أن يقلق راحة الأفراد أو يزعجهم.

2- وتكفل قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق من التدابير الوقائية والاحترازية في منع أي اعتداء على مكونات البيئة، أو تفويت المصالح المتوخاة منها.

الهوامش:

1 - أبو حامد الغزالي، محمد بن محمد، (ت: 505هـ)، **معيار العلم في فن المنطق**، تحقيق: الدكتور سليمان دنيا، دار المعارف-مصر، 1961 م، ص 70

2 - ابن فارس، أحمد بن زكريا، (ت: 395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ-1979، (2/ 15)

3 - الدريني، فتحي الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، مؤسسة الرسالة- بيروت، 1404هـ-1984م، (ط 3)، ص 193

4 - إسلام، أحمد مدحت، **التلوث مشكلة العصر**، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب- الكويت، 1990م، ص 19-20

5 - ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، (15/6)

6 - ابن كثير، إسماعيل بن عمر، (ت: 774هـ)، **تفسير القرآن العظيم (ابن كثير)**، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية- بيروت، 1419 هـ (ط 1)، (4، 442)

7 - ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: 970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، (ط 2)، (6/ 80)

8 - موسى، علي حسن، **التلوث الجوي**، دار الفكر، 1417هـ (ط 2)، ص 9.

9 - ابن منظور، جمال الدين، محمد بن مكرم بن على، (ت: 711هـ)، **لسان العرب**، دار صادر – بيروت، 1414 هـ (ط 3)، (15/ 388)

10 - العيني، بدر الدين، محمود بن أحمد، (ت: 855هـ)، **البناية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 1420 هـ-2000 م، (ط 1)، (1/ 749)

11 - ابن سينا، شرف الملك، الحسين بن عبد الله، (ت: 428هـ)، **القانون في الطب**، تحقيق: وضع حواشيه محمد أمين الضناوي، (1/ 118)

12- ابن مفلح، شمس الدين، محمد بن مفلح بن محمد، (ت: 763هـ)، **الآداب الشرعية والمنح المرعية**، عالم الكتب، (2/ 401، 3/ 366)

13 - الفارابي، إسماعيل بن حماد، (ت: 393هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور، دار العلم للملايين– بيروت، ط 4، 1407 هـ- 1987م، (1/ 291)

14- النفزي، عبد الله بن عبد الرحمن، (ت: 386هـ)، **النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهات**، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي- بيروت، 1999 م، (ط 1)، (9/ 406)

15- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**، دار الفكر المعاصر– دمشق، 1418هـ ط 2، (1/ 97)

16- الحلو، ماجد راغب، **قانون حماية البيئة في ضوء الشريعة**، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، 2007 م، ص 45

17- التميمي، محمد بن أحمد، (ت: بعد 370هـ، ويقال بعد 390هـ)، **مادة البقاء في إصلاح فساد الهواء والتحرز من الأوباء**، تحقيق: يحيى شعار، معهد المخطوطات العربية- القاهرة، 1420هـ- 1999م، (ط 1)، ص 121

18- عيسى، هناء فهمي أحمد، حماية الشريعة الإسلامية للبيئة الطبيعية، **مجلة كلية الشريعة والقانون**- طنطا- مصر، 2018م، ع 33، ج 1، ص 251

19- صابر، محمد، **الإنسان وتلويث البيئة**، مدينة محمد عبد العزيز للعلوم والتقنية، 1421 هـ- 2000 م، ص 25، 38، وانظر: الدبوبي، عبد الله، وآخرون، **الإنسان والبيئة دراسة اجتماعية تربوية**، دار المأمون للنشر والتوزيع، 1433هـ- 2012م، (ط 3)، ص 64-65، والأحيدب، إبراهيم بن سليمان، **الإنسان والبيئة مشكلات وحلول**، (حقوق الطبع محفوظة للمؤلف)، 1424 هـ (ط 1)، ص 52، والجميلي، السيد، **الإسلام والبيئة دراسة علمية إسلامية طبية**، مركز الكتاب للنشر- مصر، 1417هـ- 1997م، (ط 1)، ص 22

20- الدبوبي، **الإنسان والبيئة**، ص 64-65، وانظر: الأحيدب، **الإنسان والبيئة... مشكلات وحلول**، ص 52

21- فاطنة، طاووسي، **الحق في البيئة السليمة في التشريع الدولي والوطني**، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة- الجزائر، 2015م، ص 17

22- ابن منظور، **لسان العرب**، (13/ 213)

23- الآبي، صالح بن عبد السميع، (ت: 1335هـ)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية- بيروت، ص 677

24- في (البقرة: 248)، و(التوبة: 26، 40) و(الفتح: 4، 18، 26)

25- الألوسي، شهاب الدين، محمود بن عبد الله، (ت: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، تحقيق: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية – بيروت، 1415 هـ (ط 1)، (5/ 268، 13/ 246)

26- مسلم بن الحجاج، (ت: 261هـ)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (1/ 421): كتاب: المساجد ومواضع الصلاة، باب: استحباب إتيان الصلاة بوقار، حديث رقم: 602

27- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، 1392هـ، (ط 2)، (5/ 100)

28- ابن منظور، **لسان العرب**، (14/ 488-489)

29- الطحطاوي، أحمد بن محمد، (ت: 1231 هـ)، **حاشية الطحطاوي**، تحقيق: محمد عبد العزيز ، دار الكتب العلمية بيروت، 1418هـ- 1997م، (ط 1، ص 219،

وانظر: عياض، موسى بن عمرون، (ت: 544هـ)، **التَّنبيهات المستنبطة على الكتب المدوّنة والمختلطة**، تحقيق: الدكتور محمد الوثيق، وآخرون، دار ابن حزم- بيروت، 1432هـ- 2011م، (ط 1)، (3، 1953)، و ابن الفرا، الحسين بن مسعود، (ت: 516 هـ)، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وآخرون، دار الكتب العلمية، 1418هـ- 1997م، ط 1، (8/ 172)، و ابن تيمية، تقي الدين، أحمد بن عبد الحليم، (ت: 728هـ)، **الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح**، تحقيق: علي بن حسن، وآخرون، دار العاصمة- السعودية، 1419هـ- 1999م، (ط 2)، (1/ 285)

30- تستطيع أذن الإنسان أن تسمع أصوات حتى: 50,000 hetz. فالأصوات ذات التردد الأعلى منه تكون خطورتها على السمع أكبر من الأصوات ذات التردد المنخفض، وتعرف خطورة الضوضاء من شدة هذه الأصوات، حيث تقاس شدة الأصوات بالديسيبل، فالحد الأقصى المسموح للضوضاء: 75 ديسيبل، انظر: الخطيب، أحمد، **النظام البيئي والتلوث**، المكتبة المصرية للطباعة والنشر والتوزيع، ص 78-79، وانظر: الدبوبي، **الإنسان والبيئة دراسة اجتماعية تربوية**، ص 68

31- الأحيدب، **الإنسان والبيئة مشكلات وحلول**، ص 78، وانظر: الفقي، محمد عبد القادر، التلوث الصوتي وموقف الإسلام منه، **مجلة الوعي الإسلامي**- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، 2001م، ص 24، وصابر، **الإنسان وتلويث البيئة**، ص 47

32- ليلو، مازن راضي، **القانون الإداري**، الأكاديمية العربيّة- الدنمارك، 2008م، ص 60، وانظر: جمال الدين، سامي، **أصول القانون الإداري**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1993م، (ط 1)، ص 158

33- الفقرة (أ)، **المادة (12)**، قانون حماية البيئة الأردني، رقم (52)، لسنة 2006م

34- **المادة (12)**، من نظام وتنظيم الأسواق العامة والحرف والصناعات داخل حدود منطقة أمانة العاصمة، رقم "33"، لسنة 1966

35- ابن منظور، **لسان العرب**، (9/ 245-246)، (2/ 46)

36- أبو البقاء، أيوب بن موسى، (ت: 1094هـ)، **الكليات**، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، مؤسسة الرسالة – بيروت، ص 294، وعرّف مثله: ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز، (ت: 660 هـ)، **الغاية في اختصار النهاية**، 8 ج، تحقيق: إياد خالد الطباع، دار النوادر، بيروت – لبنان، ط 1، 1437 هـ- 2016 م، (1/ 138)

37- ابن الفرا، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، (1/ 63)

38- الدريني، فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة- بيروت، 1434 هـ- 2013م، ط 3، ص 91

39- الدريني، فتحي، 1417 هـ- 1997م، **النظريات الفقهية**، منشورات جامعة دمشق، ط 4، ص 131-132

40- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، (ت: 1252هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر- بيروت، ط 2، 1412هـ- 1992م، (5/ 484)

41- مالك بن أنس، ابن مالك بن عامر، (ت: 179هـ)، **المدونة**، دار الكتب العلمية، ط 1، 1415هـ- 1994م، (4/ 314)

42- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، 10 ج، المكتبة التجارية الكبرى- مصر، ، 1357 هـ- 1983 م، (6/ 209)

43- المرداوي، علاء الدين، علي بن سليمان، (ت: 885هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربيّ، ط 2، (5/ 260)

44- البيهقي، أحمد بن الحسين، (ت:458هـ)، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنات، ط. 3، 1424 هـ-2003 م، (6/ 115)، كتاب الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم: 11385، حديث حسن، انظر: ابن رجب، زين الدين، عبد الرحمن بن أحمد، (ت:795هـ)، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم**، 2 ج، تحقيق: شعيب الأرناؤوط -إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة – بيروت، ط. 7، 1422هـ-2001م، (2/ 207)

45- ابن الرفعة، نجم الدين، أحمد بن محمد، (ت:710هـ)، **كفاية النبيه في شرح التنبيه**، 21 ج، تحقيق: مجدي محمد سرور، دار الكتب العلمية، ط. 1، 2009، (10/ 80)، وانظر: السنيكي، زين الدين، زكريا بن محمد، (ت:926هـ)، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، 5 ج، المطبعة الميمنية، ، ، (3/ 358)

46- ابن قدامة، موفق الدين، عبد الله بن أحمد، (ت:620هـ)، **المغني**، مكتبة القاهرة، ، ، (4/ 388)

47- ابن عابدين، **رد المحتار** (5/ 484)، وانظر: مالك، **المدونة**، (4/ 314)، والبُجَيْرَمِيّ، سليمان بن محمد، (ت:1221هـ)، **حاشية البُجَيْرَمِيّ**، مطبعة الحلبي، 1369هـ-1950م، (3/ 101)، والمرداوي، **الإنصاف**، (5/ 260)

48- السنيكي، **الغرر البهية**، (3/ 353)

49- السرخسي، شمس الأئمة، محمد بن أحمد، (ت:483هـ)، **المبسوط**، دار المعرفة – بيروت، 1414هـ-1993م، (15/ 169)

50- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، **مجلة الأحكام العدلية**، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد- كارخانه تجارت كتب- آرام باغ- كراتشي، ، ص 232، وانظر: العبدري، محمد بن يوسف، (ت:897هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية، ط. 1، 1416هـ-1994م، (7/ 134)

51- الدسوقي، محمد بن أحمد، (ت:1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، (3/ 369)

52- الكاساني، علاء الدين بن مسعود بن أحمد، (ت:587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7 ج، دار الكتب العلمية، ط. 2، 1406هـ-1986م، (6/ 264)

53- السنيكي، **الغرر البهية**، (3/ 358)، وانظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، (6/ 264)

54- ابن قدامة، شمس الدين، عبد الرحمن بن محمد، (ت:682هـ)، **الشرح الكبير على متن المقنع**، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ، ، (6/ 166)

55- النووي، محيي الدين يحيى، (ت:676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط. 3، 1412هـ-1991م، (5/ 285)

56- الباجي، سليمان بن خلف بن سعد، (ت:474هـ)، **المنتقى**، مطبعة السعادة- بجوار محافظة مصر، ط. 1، 1332 هـ (7/ 204)

57- ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، (7/ 228)

58- الماتريدي، محمد بن محمد بن محمود، (ت:333هـ)، **تفسير الماتريدي**، تحقيق: مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، ط. 1، 1426 هـ-2005 م، (4/ 496)

59- الرازي، فخر الدين، محمد بن عمر، (ت:606هـ)، **مفاتيح الغيب**، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط. 3، 1420 هـ (4/ 496)

60- الثعلبي، أحمد بن محمد بن إبراهيم، (ت:427هـ)، **الكشف والبيان عن تفسير القرآن**، تحقيق: أبي محمد بن عاشور، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ط. 1، 1422، هـ-2002 م، (2/ 90)

61- الرازي، **مفاتيح الغيب**، (5/ 351)

62- الزحيلي، محمد مصطفى، 1427 هـ-2006، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر – دمشق، ط 1، (1/ 5)

63- ابن ضويان، **منار السبيل في شرح الدليل**، (1/ 373) وانظر: هنانو، عبد الله محمد، **2013 م، آليات حماية البيئة في الشريعة الإسلامية**، ورقة بحث مقدمة للمشاركة في المؤتمر الدولي الثاني حول: الحق في بيئة سليمة في التشريعات الدولية الداخلية والشريعة الإسلامية- بيروت، ص 7

64- سبق تخريجه

65- الزرقا، أحمد بن محمد، **شرح القواعد الفقهية**، دار القلم – دمشق- سوريا، 1409هـ-1989م، (ط 2)، ص 165

66- ابن قدامة، **المغني**، (4/ 388)

67- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت:970هـ)، **الأشباه والنَّظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1419 هـ-1999 م، (ط 1)، ص 72-73

68- ابن نجيم، **المصدر السابق**، ص 78، وانظر: السيوطي، جلال الدين، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت: 911هـ)، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، 1411هـ-1990م، (ط 1)، 87

69- ابن نجيم، **المصدر السابق**، ص 75

70- ابن نجيم، **البحر الرائق**، (8/ 11)، وانظر: مالك، **المدونة**، (4/ 314)، والرافعي، عبد الكريم بن محمد، (ت:623هـ)، **الشرح الكبير**، تحقيق: علي محمد عوض، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط. 1، 1417 هـ-1997 م، (6/ 216)، وابن قدامة، **المغني**، (4/ 388)

71- ابن عرفة، محمد بن محمد، (ت:803 هـ)، **المختصر الفقهي**، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط. 1، 1435 هـ-2014 م، (8/ 384-385)، وانظر: الجندي، ضياء الدين، خليل بن إسحاق، (ت:776هـ)، **التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب**، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط. 1، 1429هـ-2008م، (7/ 253)

72- الباجي، **المنتقى**، (6/ 40)، وابن رشد، **البيان والتحصيل** (1/ 467-468)، وقد نقلت عن: عن مطرف، وابن الماجشون، وابن عات، وأبو الأصبغ، وابن عبد الغفور، والمشاور

73- هو غسال الثياب، يقوم بغسل الثياب عن طريق الدق عليها بمدقة خاصة، انظر: البركتي، محمد عميم الإحسان، **التعريفات الفقهية**، دار الكتب العلمية، ط 1، 1424هـ-2003م، ص 175

74- السرخسي، **المبسوط**، (15/ 21)

75- الرافعي، **الشرح الكبير**، (6/ 215)

76- عليش، محمد بن أحمد، (ت:1299هـ)، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، 9 ج، دار الفكر – بيروت، 1409هـ-1989م، (6/ 327)

77- الباجي، **المنتقى**، (6/ 41)

78- عياض، **التنبيهات المستنبطة**، (3/ 1452-1954)

79- المصدر نفسه

80- العبدري، **التاج والإكليل**، (7/ 136)، عليش، **منح الجليل**، (6/ 326)

81- ابن نجيم، سراج الدين عمر بن إبراهيم، (ت: 1005هـ)، **النهر الفائق شرح كنز الدقائق**، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، 1422هـ-2002م، (ط 1)، (235/1)، وانظر: ابن عابدين، **رد المحتار**، (546/1)

82- أبو الأَصْبَغ، عيسى بن سهل بن عبد الله، (ت: 486هـ)، **ديوان الأحكام الكبرى**، تحقيق: يحيى مراد، دار الحديث- القاهرة – مصر، 1428 هـ- 2007 م، ص 621، وانظر: عليش، **منح الجليل**، (327/6)

83- النووي، **روضة الطالبين**، (10، 233)

84- الهوتي، منصور بن يونس، (ت: 1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، (243/1)

85- ابن عرفة، **المختصر الفقهي**، (385/8)

86- عليش، **منح الجليل**، (327/6)

87- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، (ت: 463هـ)، **الكافي في فقه أهل المدينة**، تحقيق: محمد أحيد، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- السعودية، 1400هـ- 1980م، (ط 2)، (941/2)

88- ابن عرفة، **المختصر الفقهي**، (386/8)، وابن الرامي، محمد بن إبراهيم، **الإعلان في أحكام البنيان**، تحقيق: فريد بن سليمان، مركز النشر الجامعي، 1999م، ص 62؛ وهو قول أكثر شيوخ قرطبة، وبه أفتى ابن عبد ربه، وإليه مال ابن عتاب، وبه أفتى ابن غالب، وابن يربوع

89- البُجَيْرِمِيّ، **حاشية البجيرمي**، (101/3)، وانظر: الدَّمِيرِي، كمال الدين، محمد بن موسى، (ت: 808هـ)، **النجم الوهاج في شرح المنهاج**، تحقيق: لجنة علمية دار المنهاج- جدة، 1425هـ- 2004م، (ط 1)، (124/4)

90- المَرْداوي، **الإنصاف**، (195/13)

91- أصل الرواية: سمع أشهب: "كان عمر بن عبد العزيز حسن الصوت، ويخرج في آخر الليل يصلي في المسجد فقرأ جهرا، فقال سعيد بن المسيب لبرد اطرد هذا القارئ عني فقد آذاني، فسكت برد، فقال سعيد ويحك، يا برد اطرد هذا القارئ عني فقد آذاني، فقال له إن المسجد ليس لنا خاصة، إنما هو للناس، فسمع ذلك عمر فأخذ نعليه وتنحى"، انظر: ابن رشد، **البيان والتحصيل**، (468/1)، وانظر: ابن عرفة، **المختصر الفقهي**، (384/8)

92- المصدر نفسه، (468/1)

93- النسفي، عبد الله بن أحمد بن محمود، (ت: 710هـ)، **تفسير النسفي** (مدارك التنزيل وحقائق التأويل)، تحقيق: يوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، بيروت، ط 1، 1419 هـ- 1998 م، (717/2)

94- البغوي، عبد الله بن أحمد بن علي الزيد، **مختصر تفسير البغوي**، دار السلام للنشر والتوزيع – الرياض، 1416هـ (ط 1)، (169/3)

95- ابن نجيم، **البحر الرائق**، (355/1)

96- جبل، محمد حسن، **المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم**، مكتبة الآداب – القاهرة، 2010 م، ط 1، (1042/2)

97- طاحون، زكريا محمد عبد الوهاب، **التلوث خطر واسع الانتشار**، دار السحاب للنشر والتوزيع- القاهرة، ط 1، 2004م، ص 128-132، وانظر: مرسي، ممدوح سلامة، الضوضاء مرض العصر، **مجلة أسيوط للدراسات البيئية**، 2012 م، ع: 36، ص 127

98- سبق تخريجه

99- صابر، الإنسان وتلويث **البيئة**، ص 49-50، وانظر: مرسي، **الضوضاء مرض العصر**، ص 127، وأحمد، محمد عيسى، الضوضاء والضجيج مصادر تلوث جديدة، **مجلة القافلة**، صفر 1417 هـ- يونيو 1996، مج 45، ع 2، ص 32-34، وطاحون، **التلوث خطر واسع الانتشار**، ص 132-136، والدبوبي، **الإنسان والبيئة**، ص 69

100- ابن حنبل، أحمد بن محمد، (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ- 2001 م، ط 1، (251/20)، مسند المكثرين من الصحابة: مسند أنس بن مالك، حديث رقم: 12902، إسناده حسن، انظر: العيني، بدر الدين، محمود بن أحمد (ت: 855هـ)، 25 × 12 ج، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، دار إحياء التراث العربي – بيروت، (12، 155)

101- البَلَاذُري، أحمد بن يحيى بن جابر، (ت: 279هـ)، **فتوح البلدان**، دار ومكتبة الهلال- بيروت، 1988م، ص 120

102- الدبوبي، **الإنسان والبيئة**، ص 67، وانظر: بني كرش، عماد توما، **الصوت والتحكم في الضوضاء**، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- العراق، 2015 م، ص 19

103- الزيات، علي إبراهيم، المفهوم الإسلامي للبيئة وتلوثها، **سلسلة فكر المواجهة**، حول الإسلام والحفاظ على البيئة، رابطة الجامعات الإسلامية، 2006م، ع 16، ص 41

104- الدبوبي، **الإنسان والبيئة**، ص 67، وانظر: ص 33

105- المصدر نفسه

106- صابر، **الإنسان وتلويث البيئة**، ص 44-46

" النظام القانوني للتصويت الإلكتروني "
"دراسة مقارنة"

د. هشام حامد الكساسبة * **آلاء محمد الزيود****

تاريخ وصول البحث: 2020/10/24م تاريخ قبول البحث: 2021/2/10م

الملخص

هدفت الدراسة لتعرُّف إلى مدى المقدرة على تطبيق نظام التصويت الإلكتروني، والرقيّ بعملية الإنتخاب نحو التقدم والفاعلية والتحوُّل من الأسلوب التقليدي الورقي في العملية الإنتخابية إلى نظام التصويت الإلكتروني، وأبرز ما تم ذكره في هذه الدراسة هو الوسائل والآليات المتبعة في عملية التصويت الإلكتروني ومبرّراته وأهم التحدّيات التي قد تعيق هذا النظام الإلكتروني، وتمَّ ذلك بالقياس على تجارب الدول والإستفادة من هذه التجارب لتجنُّب ما وقع فيها سواء من نجاحات أو أخطاء، لإمكانية طرح وتفعيل مشروع التصويت الإلكتروني في الأردن.

ولتطبيق مثل هذا النظام في الأردن لا بد من ضرورة تعاون الهيئة المستقلة للإنتخاب في المملكة مع وزارة الإعلام، وكذلك التعاون مع وزارة الريادة والإقتصاد الرقمي الأردنية لإمكانية نشر التعليمات والخدمات الخاصة بهذه العملية التكنولوجية، لإيصالها للمواطنين عن طريق الرسائل القصيرة ودعوتهم للمشاركة في العملية الإنتخابية بصورة عامة.

الكلمات المفتاحية: التصويت الإلكتروني، الضمانات، العملية الإنتخابية، النظام الإلكتروني.

* أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة الزيتونة الأردنية.

** باحثة.

The Legal System for Electronic Voting "A Compartive study"

Abstract

The present study aimed at identifying the extent of the ability to utilize the electronic voting system and the advancement of the election process towards progress and effectiveness and the shift from the traditional paper-based method in the electoral process to the voting system. The study highlighted the methods and mechanisms used in the electronic voting process, its justifications, and the most important challenges that may hinder using it.

This electronic system was done by analogy with the experiences of countries and taking advantage of these experiences to avoid the errors that occurred in them, because of the possibility of proposing and activating the electronic voting project in Jordan In order to implement such a system in Jordan, it is necessary to cooperate with the Independent Election Commission in the Kingdom with the Ministry of Information, as well as to cooperate with the Jordanian Ministry of Entrepreneurship and Digital Economy for the possibility of publishing instructions and services for this technological process, to deliver them to citizens via short messages and invite them to participate in the electoral process in general.

Keywords: Electronic voting, safeguards, electoral process, electronic system.

المقدمة:

يُعَـــدُّ الإنتخـــاب مـــن أهـــم مظـــاهر الديموقراطيـة، وهـو حـق لكـل مـواطن، وقـد أقرَّته الدساتير والقوانين في العديد من الدول، وأصبحت مـؤخرًا عمليـة الإنتخـاب لا تقتصـر فقط على الطرق التقليدية المتمثلة بالتصويت الـورقي في مراكـز الإقتراع، وإنَّمـا تمَّـت إضـافة التقنيَّة الحديثة إليه، وأصبحت تلعب دورًا بارزًا في إنجـازه، بحيـث أصـبح الناخـب يـتمكن مـن ممارسـة حقـه في الانتخـاب مـن داخـل المنزل أو العمل أو أي مكان آخر، حيث تمَّ الإستغناء عن ضرورة التوجُّـه إلى مراكـز الإقتراع أو التصـويت من خلال الأوراق التقليدية ووضعها في صندوق خـاص، حيـث يتـولَّى المشـرفون تسـيير هـذه العمليـة والإشـراف على عمليـة فـرز الأصـوات، وبالتـالي من هنـا جـاءت الفكـرة لإعطـاء المـواطن الفرصـة في مباشـرة حقـه إلكترونيًّـا، ممـا يحقـق الدقــة والســرعة والكفــاءة في إنجــاز عمليــة الإقتراع.

وهنالك طرق وأنظمة عديدة تتعلق بممارسة حـق الإقتراع إلكترونيًّـا تتنـوع وتختلـف بحسـب الإمكانيـات الماديـة والبشـرية المتـوافرة والمتباينـة مـن دولـة لأخـرى، حيـث تختلـف فيمـا إذا كانـت دولة متقدمة أو نامية، بالإضافة إلى أنَّها تختلف بحسـب المسـتوى التعليمي والفكـري والقـدرات المتباينـة بـين أفـراد المجتمـع لممارسـة العمليـة الإنتخابيـة الإلكترونيـة ومقـدرتهم على اسـتعمال الأجهزة الحديثة لممارسة حقهم الإنتخابي، وهنا لا بـد مـن تـوفير وسـائل عديـدة ومختلفـة لنشـر الـوعي والتثقيـف الإنتخـابي لإمكانيـة التصـويت من قِبَل أكبر عدد من جميع المستويات والفئات العمرية، وذلك من شأنه أن يقوم بدعم وتحفيز المشاركة السياسية والإنتخابية، وبالتالي توسيع دائـرة الإنتخـاب، وتكـون تلـك الأنظمـة أيضًـا خاضعة أو غير خاضعة للإشراف، تبعًا لوجود هيئة إنتخاب تُدير عملية التصويت.

وعلى الـرُّغم مـن المزايـا التي يحققهـا نظـام التصويت الإلكتروني في دعم العملية الإنتخابية الإلكترونية فيما يتعلق بالدقة والسرعة وتوفير الوقـت والجهـد وغيرهـا مـن المزايـا، إلَّا أنَّـه يُعـاب عليـه عـدم المقـدرة على ضـمان وسـائل حمايتـه وأمنـه، خاصـة فيمـا يتعلـق بعمليـات القرصـنة الإلكترونيـة المنتشـرة بشـكل كبيـر في الوقـت الحاضـر، وعلـى الـرُّغم مـن أنَّ التصـويت الإلكترونـي إسـتخدمته العديـد مـن الـدول وحققـت نجاحـات بـه، إلَّا أنَّـه مـا زال موضـوع جدل وخلاف بين مؤيِّد ومعارض، بحيث أثبت نجاحـه في بعـض الـدول المتقدِّمـة مثل الإمـارات العربيـة المتحـدة، على خلاف الـدول الأخرى التي عانت من بعض المشاكل الإدارية أو الأمنية التي أعاقـت نجاحـه وضـمان مصـداقية نتائجـه وسلامتها، وهذا ما تمَّ في العراق، إلَّا أنَّه اتَّضح في ذات الوقت بأنَّ إستخدام التكنولوجيا في إعداد قـوائم النـاخبين وترسـيم حـدود الـدوائر الإنتخابيـة، وإدارة وتـدريب العـاملين وطباعـة بطاقـات الإقتراع وفـرز الأصـوات ونشـر النتـائج

وإجراء حملات توعية للناخبين، وتطبيق ذلك بالشكل الصحيح والسليم؛ كلُّ ذلك من شأنه رفع مستوى الكفاءة الإدارية والحدُّ من التكاليف المالية وتوفير الوقت على المواطنين والدولة، إلَّا أنَّ بعضهم يرى بأنَّ النظام الإلكتروني من شأنه الحدُّ من الأمان في عملية الإقتراع، حيث إنَّه مُعرَّض لعمليات إختراق وقرصنة إلكترونية، ويمكن التلاعب في النتائج النهائية للإنتخابات، غير أنَّ تطبيق مثل هذا النظام يحتاج لأنظمة وأجهزة عالية التكلفة ومعتمدة دوليًّا.

إلَّا أنَّنا في هذه الدراسة سنتطرق لأهمِّ الضمانات التي يمكن الإستعانة بها لتطبيق وحماية التصويت الإلكتروني، وبعض هذه الضمانات قد تكون متعلقة بالجوانب التشريعية لتفعيل هذا النظام وحمايته حال حدوث أيَّة تجاوزات، بالإضافة إلى ما يتعلق بالضمانات التقنيَّة المتعلقة بالأنظمة والأجهزة المستخدمة، ومن شأن هذه الضمانات دعم وحماية عملية الإنتخاب الإلكترونية بشكل قانوني وسليم في جميع المراحل التي تمرُّ بها العملية الانتخابية؛ من مرحلة إعداد قوائم الناخبين والمرشحين مرورًا بمرحلة التصويت وصولًا إلى مرحلة العدِّ والفرز وإعلان النتائج النهائية، أي أنَّ هذه الحماية لا تكون مقتصرة على مرحلة معينة أو على جانب معين من جوانب العملية الإنتخابية الإلكترونية، وبالتالي كل ذلك من شأنه الرقيُّ بهذه العملية وصولًا إلى التقدم والفاعلية والتخلِّي عن الأسلوب الورقي التقليدي والاتجاه نحو نظام تصويت معاصر يتلاءم مع التطورات المختلفة في المجتمع ومواكبًا لها.

مشكلة الدراسة:

تتمحور مشكلة الدراسة بمدى القدرة على تطبيق التصويت الإلكتروني في الأردن، والذي يستند إلى القيام بالواجب الإنتخابي من أماكن مختلفة غير مقترنة بمراكز الإقتراع التقليدية، والقدرة على ضبط هذه العملية الإنتخابية الإلكترونية، وتوفير وسائل وضمانات تضمن سلامة سير هذه العملية وضمان نتائجها.

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة النظرية في توضيح مجموعة من الأمور المتمثلة في بيان وتوضيح الوسائل التي يتمُّ اللجوء إليها للحصول على عملية إنتخابية آمنة وناجحة في ضوء التطورات الهائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والإتصالات، والقدرة الكبيرة على اختراق هذه التكنولوجيا عن طريق القرصنة وغيرها من وسائل الجرائم الإلكترونية.

أمَّا فيما يتعلق بالأهمية العملية لهذه الدراسة، فإنَّها تتمثل بتعزيز الثقة في الإنتخاب عبر أجهزة مخصصة، وتسريع عملية فرز الأصوات، وتسهيل مباشرة الإقتراع لجميع فئات المجتمع، خاصة ذوي الإحتياجات الخاصة، بحيث تمكِّنهم من القيام بالتصويت من خلال مواقع عملهم أو منازلهم دون الحاجة

لوجودهم في مراكز الإقتراع، وكذلك الأمر بالنسبة للمواطنين المقيمين خارج البلاد، الأمر الذي يساهم في تعزيز وزيادة المشاركة الإنتخابية من قِبَل المواطنين، فضلًا عن السرعة والدقة التي يمتاز بها هذا النظام.

أهداف الدراسة:

1- توضيح تعريف التصويت الإلكتروني بوجه عام وتحديد آليَّة عمله عن طريق الأنظمة المستخدمة في عملية التصويت بالوقوف على تجارب الدول التي أخذت به.
2- التعرُّف إلى مدى المقدرة على تطبيق نظام الإنتخاب الإلكتروني في الأردن، وإمكانية تقرير نصوص تشريعية خاصة بذلك والمقدرة على توفير ضمانات خاصة لحماية النظام.
3- إبراز أهمية اللجوء الى تطبيق نظام التصويت عن بُعْد.

أسئلة الدراسة:

تهدف هذه الدراسة للإجابة عن مجموعة الأسئلة الآتية:

1- ماهيَّة التصويت الإلكتروني؟
2- ما هي أبزر خصائص التصويت الإلكتروني؟
3- ما هي أهم مبرِّرات ومتطلبات التصويت الإلكتروني؟
4- هل يمكن تفعيل نظام التصويت الإلكتروني في الأردن؟
5- ما هي أهم التحديات المصاحبة للتصويت الإلكتروني؟
6- ما هي أهمُّ الضمانات القانونية والتقنيَّة والدفوع المستجدة التي يمكن توافرها لنجاح عملية التصويت الإلكتروني؟

منهجية الدراسة:

تمَّ اتِّباع المنهج الوصفي في الدراسة الحالية، من خلال شرح موضوعات البحث العلمي، باتِّباع أسلوب تحليل النصوص، وتأويل مشتبهاتها بحمل بعضها على بعضٍ، وذلك حتى تتضح المشكلة وتنكشف للقارئ لتبدو بصورة واضحة متكاملة، واتِّباع المنهج المقارن لمقارنة تجارب الدول التي اتَّبعت نظام التصويت الإلكتروني والقياس عليها والإستفادة من تجاربها لإمكانية تطبيقها في المملكة الأردنية.

الدراسات السابقة:

- التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، صدام فيصل كوكز المحمدي، الفلوجة/ العراق، 2012، (دراسة قانونية منشورة)

تتلخص هذه الدراسة في توضيح الطرق والأساليب الواجبة الإستخدام في التصويت الإلكتروني في الإنتخابات ومدى أهمية إمكانية تطبيقه في العراق وتوضيح وسائل وسبل نجاحه والإستفادة منه، بالإضافة إلى توضيح أهم مزايا وعيوب هذا النظام وبيان الحجج التي استند عليها كل من الإتجاه المؤيِّد والمعارض له، والتحدِّيات الأمنية التي تعترض هذه العملية الإنتخابية التي قد يواجهها العراق كونه بلدًا غير مستقر سياسيًّا ومُعَرَّضًا لهجمات إرهابية

مختلفة، مع بيان الضمانات التي يمكن توفيرها لحمايته من هذه الأخطار والهجمات، حيث ما زال هذا النظام موضع خلاف وخاصة بين الأحزاب السياسية والمفوضية العليا المستقلة للإنتخابات العراقية، وقد اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، وأشارت النتائج التي توصلت إليها الدراسة أنَّ التصويت الإلكتروني يواجه رفضًا كبيرًا يعود لتعرُّض الأنظمة الإلكترونية التي يقوم عليها لثغرات وإختراقات، وبالتالي فهنالك دعوى لإعتماد معايير منضبطة تستطيع أن توفر الحدَّ الأدنى من قبول فكرة التصويت الإلكتروني. إلَّا أنَّ هذه الدراسة جاءت قياسًا على وضع العراق السياسي والاقتصادي ومحصورة عليه، وبالتالي لا يمكن الإعتماد على ما جاء بها بشكل كامل لتطبيقه على باقي الدول لإختلافات سياسية ومادية وتقنيَّة.

- إستخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت الإلكتروني، عمروزكي عبد المتعال، الجيزة، 2013، (دراسة قانونية منشورة)

تناولت هذه الدراسة موضوع كيفية إستخدام النظم والوسائل الإلكترونية في عملية التصويت في الإنتخابات، حيث تعدَّدت هذه الأنواع والأساليب في التصويت من وسائط ورقية وأنظمة التسجيل الإلكتروني وأنظمة عدِّ وإحصاء الأصوات، بالإضافة إلى طرق التصويت عن طريق الإنترنت وأجهزة الإتصالات الحديثة والهواتف، مع بيان مميزات وعيوب كل وسيلة، والحديث عن تجارب الدول التي إعتمدت كل وسيلة من هذه الوسائل. وإقتصرت هذه الدراسة فقط على ذلك دون التطرق إلى المتطلبات الضرورية والمهمة التي يجب توفيرها لتطبيق مثل هذا النظام الإلكتروني، والضمانات التي يجب توفيرها لضمان سلامته، واتَّبعت الدراسة المنهج الوصفي المقارن، وأشارت النتائج التي توصلت إليها الدراسة إلى أنَّ الضمانة الجوهرية لسلامة عملية التصويت هي وجود دولة القانون وسيادة القانون نصًّا، ونظريًّا وعمليًّا وجود إرادة حقيقية لتحقيق مبدأ (صوت واحد لناخب واحد) ووجود سلطة قانونية لتحقيق الإشراف الكامل والفعال على عملية الإنتخابات وتحقيق معايير الشفافية والنزاهة.

هيكلية الدراسة:

تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهيَّة التصويت الإلكتروني.

المطلب الأول: التعريف بالتصويت الإلكتروني وخصائصه.

المطلب الثاني: طبيعة التصويت الإلكتروني.

المبحث الثاني: التحدِّيات المصاحِبة للتصويت الإلكتروني.

المطلب الأول: مبرِّرات وتحدِّيات التصويت الإلكتروني.

المطلب الثاني: تجارب الدول في التصويت الإلكتروني وإمكانية تطبيقه في الأردن.

المبحث الثالث: ضمانات التصويت الإلكتروني.

المطلب الأول: الضمانات التقنيَّة للتصويت الإلكتروني.

المطلب الثاني: الضمانات القانونية للتصويت الإلكتروني.

المبحث الأول:

ماهيَّة التصويت الإلكتروني

أثبتت تجارب العديد من الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية والإمارات العربية وغيرها من الدول بأنَّ المواطن يباشر حقه في التصويت إلكترونيًّا بكيفيات متعددة وسهلة ومبسطة، تعكس تطور العالم المعاصر ودخول التقنيات الإلكترونية في كل مفاصلها، حيث وضع أمام الإدارات الإنتخابية نظمٌ متعدِّدة تستطيع أن تختار منها ما هو ملائم مع حاجتها ولديها الرغبة بتطبيقه من نظم حسب نوع الإنتخابات المقصود إنجازها والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية الموجودة في تلك الدولة[1]، وبالتالي فإنَّ عملية التصويت الإلكتروني تحتاج إلى أجهزة وطرق معينة لضمان سلامة النتائج وسهولة إدارة العملية الإنتخابية، وكان هذا النظام الإلكتروني موضع خلاف بين مؤيِّد ومعارض، وأبرز الإنتقادات التي تعرض لها عدم القدرة على توفير الأمن والحماية الكافية لسلامته وتحقيق مصداقية في النتائج النهائية، إلَّا أنَّه في ذات الوقت كان له ميزات كبيرة لا يمكن إنكارها وخاصة فيما يتعلق بالسرعة والسهولة في إدارة العملية الإنتخابية بمراحلها المختلفة، وبالتالي تمَّ تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول تناول التعريف بالتصويت الإلكتروني وخصائصه، أمَّا المطلب الثاني تناول طبيعة التصويت الإلكتروني.

المطلب الأول:

مفهوم التصويت الإلكتروني وخصائصه

الفرع الأول: التعريف بالتصويت الإلكتروني

قبل البدء بعرض تعريف التصويت الإلكتروني يجب التعرُّف إلى معنى التصويت التقليدي والذي يُعرَّف بأنَّه الإختيار الذي يجري بواسطة الورق وصناديق الاقتراع المختلفة بجميع أشكالها وأحجامها ومواصفاتها، وهذا الصندوق هو الذي يفصل في أي جدل أو تنافس إنتخابي، ويأتي ذلك بعد أن يتمَّ تجميع أوراق الناخبين لفرزها فيما بعد[2]، أي أنَّ هذا التصويت يتمُّ بطريقة تقليدية خالية تمامًا من أيَّة وسيلة تكنولوجية.

أمَّا فيما يتعلق بالتصويت فيُعَرَّف لُغَةً بأنَّه: "مصدر صَوَّتَ، وشَارَكَ فِي التَّصْوِيتِ تعني: الإِدْلاَءُ بِصَوْتِهِ فِي الإنتخابات للتَّعْبِيرِ عَنِ الرَّأْيِ أو الإقتراع"[3]، أمَّا بالنسبة للتعريف الإصطلاحي فيُعَرَّف بأنَّه: "التَّعبير الذي يشمل عدَّة أنواع مختلفة من الإقتراع"، أمَّا تعريف التصويت الإلكتروني فيرى بعضهم بأنَّه: "مصطلح يشمل أنواعًا عديدة من التصويت تضمُّ كلًّا من الوسائل الإلكترونية للإقتراع وصبِّ الأصوات والوسائل لفرزها"[4].

ونستخلص مما سبق أنَّ التصويت الإلكتروني هو قيام الناخب بممارسة حقه السياسي المتمثل بالإنتخاب عن طريق وسائل تكنولوجية وتقنيَّة حديثة، يمكن أن تكون داخل أو خارج مراكز الإقتراع، ويمكن أن تكون في بعض الأحيان خارج بلاده، وكل ذلك يتمُّ من خلال مجموعة من الأساليب.

الفرع الثاني:خصائص التصويت الإلكتروني

يمتاز أسلوب التصويت الإلكتروني بمجموعة من الخصائص ومن أهمها ما يلي:

1- أكثر دقة وحيادًا ونزاهة من الأساليب التقليدية، كما أنَّ الأنظمة الإلكترونية تمنح المستخدم شعورًا بالأمان والثقة من خلال التفاعل مع الأجهزة والحلول الإلكترونية، إضافة إلى قدرتها على توفير نتائج أكثر دقة، خصوصًا أنَّها تَحُدُّ من التدخلات والأخطاء البشرية، لأنَّ العمليات تتمُّ ذاتيًّا وفق النظام دون الحاجة للإستعانة بعاملين للقيام بإجراءات الإقتراع، ونقل المعلومات والفرز، وإستخراج النتائج، الأمر الذي يزيل الهواجس والغموض والشك الذي ينتاب الناخب أثناء التصويت التقليدي، وهي من جانب آخر تمنع إزدواجية التصويت وتكرار التصويت وتحول دون التحايل الهادف إلى أن يقوم الشخص بالتصويت عن غيره[5].

2- في المجتمعات التي تسود فيها الأمية يتعرف الناخب أو المصوت على شخص المرشح من صورته الشخصية أو من رمزه الإنتخابي فيقوم بلمس الآلة أو الشاشة في الموضع الظاهر به الرمز الإنتخابي أو صورة المرشح وتتم عملية تسجيل إرادة الناخب إلكترونيًا في ذاكرة فرعية في الدائرة الانتخابية وفي ذاكرة مركزية على مستوى الدولة محفوظ معها الأدلة التصويرية والثبوتية للشخص فيؤدي ذلك إلى منع التزوير في الإنتخابات خلال عمليات الإحصاء الورقي أو إضافة بطاقات إنتخابية إلى الصناديق التي تحتوي على البطاقات الورقية، ويتمُّ فصل بيانات وصور الناخب عند اختياره في النظام تحقيقًا لمبدأ سرية الإقتراع[6].

3- استخدام التقنيَّة في العملية الإنتخابية له دور كبير في تسهيل مهمة الإدارة الإنتخابية فيما يتعلق بالتكاليف الباهظة التي كانت تستوجبها الأمور اللوجستية التقليدية كطباعة الأوراق وتخزينها[7]، والأعداد الكبيرة الواجب وجودها من الموظفين للتأكد من سلامة القيد في الجداول الإنتخابية، والحصر الكامل والدقيق لأسماء الناخبين ودوائرهم الإنتخابية وتنقية الكشوف من أسماء المتوفين الذي تتطلبه عملية التصويت والعَدِّ اليدوية[8].

4- التصويت الإلكتروني له دور كبير في التقليل من إرتكاب جرائم التصويت أثناء الإنتخاب، نتيجة لإستخدام التصوير والبيانات الحيوية البيومِترية، إذ يستحيل قيام غير الناخب بعملية التصويت[9].

5- تُمَكِّن الآلات الإلكترونية ذوي الإحتياجات الخاصة من الإدلاء بأصواتهم، حيث تستخدم

تكنولوجيا صوتية معززة للعملية لفاقدي البصر على سبيل المثال[10].

6- إنَّ استخدام نظام التصويت الإلكتروني يزيد من نسبة الإقبال على الإقتراع خاصةً في المجتمعات المتقدمة التي يجري فيها إستعمال الوسائل الإلكترونية بشكل كبير وواسع[11].

7- إتاحة الفرصة لمن لا يرغب في التنقل أو يتعذر عليه التنقل للإدلاء بصوته الإنتخابي دون الاضطرار إلى مغادرة مكانه والانتظار لدوره، وتحقيق الخصوصية والموثوقية، حيث يُرَخَّص فقط للناخبين بالحق في التصويت عبر رقم سِرِّيٍّ يتكون من عشرة أرقام خاصة بكل ناخب، بالإضافة إلى القرص المرن المشفر وتحقيق الأمن والأمان، حيث لا يمكن لأي شخص أن يضيف أو يغير في الأصوات دون أن يُكتشف[12].

وعلى الرُّغم من هذه الخصائص والمزايا التي يتمتع بها التصويت الإلكتروني إلَّا أنَّ ذلك لا يمنع من تعرض أماكن الاقتراع لمجموعة من المخاطر التي تُعاب بها عملية التصويت الإلكتروني، وتشكِّل خطورة من الناحية الأمنية ومن ناحية مصداقية النتائج، وهذه العيوب متعدِّدة للتصويت الإلكتروني وتتلخص على النحو الآتي:

1- مقاومة التغيير، حيث إنَّ سيكولوجية الأنسان تجعله يقاوم التغيير في أغلب مجالات الحياة، وخصوصًا السياسية منها بصرف النظر عن شكل ومدى هذا التغيير[13]. وتظهر هذه المقاومة بِنِسَبٍ متفاوتة بإختلاف الأشخاص، وتشتدُّ عند بعض مالكي القوى والنفوذ السياسي خوفًا من أن يمسَّ هذا التغيير قدراتهم ونفوذهم الرسمي والشعبي، فيتجهون نحو التشكيك بقدرة أنظمة التصويت الإلكتروني على العمل بدقة وكفاءة[14].

2- إمكانية إختراق الشبكات المستخدمة في التصويت إذا كان ذلك النظام غير مؤمن بشكل قوي، وهو ما أكَّدته الدراسات الدولية، كما أنَّه يفتح المجال للرشوة الإنتخابية بصورة أكبر من المشاركة السياسية العادية[15].

3- الكلفة الناتجة عن تدمير وتخريب وتعطيل أجهزة النظام الإلكتروني، حيث إنَّه من المحتمل أثناء عمليات النقل والتركيب وحتى الاقتراع أن تتعرض الأجهزة للعبث والاستخدام الخاطئ أو التخريب المقصود، الأمر الذي سينتج عنه كلفة جديدة؛ إمَّا لأغراض صيانة هذه الأجهزة أو استبدالها بأخرى جديدة، وقد تتسبب هذه الأعمال في توقُّف عملية الإقتراع بشكل طبيعي وبالمواصفات نفسها لحين إنتهاء الإنتخاب رسميًّا[16].

4- إنَّ استخدام التقنيَّة الحديثة في العملية الإنتخابية يستلزم توفير عوامل أساسية كوجود طاقة كهربائية مستقرة، وإمكانيات إقتصادية عالية، لأنَّ استخدام الوسائل الإلكترونية يتطلب صرف مبالغ طائلة لتوفير الأجهزة الإلكترونية ووسائل الأمن الإلكتروني،

علمًا بأنَّه كلما ازدادت دقة والضمانات الأمنية للأجهزة كلما ازداد ثمنها[17].

5- إحتمالية تعرض النظام الإلكتروني لعمليات قرصنة من الخارج، ومن الأمثلة على حالات القرصنة الإلكترونية[18]، ما حدث للنظام الإلكتروني للجنة المركزية للإنتخابات الروسية، وقد كان مصدرها أوروبا، حيث قامت روسيا باكتشاف عمليات القرصنة التي تعرض لها لنظامها[19].

6- ضآلة الثقافة الإلكترونية، وخصوصًا لدى فئة كبار السِّنّ، الأمر الذي سيجعل من استقطاب كبار السِّنّ لاستخدام النظام أمرًا صعبًا، لذا يتوجب أن يسبق تطبيق النظام، وخصوصًا في المرة الأولى، حملات توعية وتثقيف بجدوى هذا النظام والغاية من إستخدامه مكان النظام التقليدي، وتدريب الناخبين على آليَّة تطبيقه للحصول على المزيد من كسب التأييد له لدى هذه الفئة ممن يحق لهم التصويت بموجب القانون النافذ[20].

7- إنعدام الشفافية، وذلك لأن عملية التصويت الإلكتروني لا تتمُّ تحت أعين المراقبين، بعكس التصويت اليدوي الذي يكون تحت إشرافهم ابتداءً من تصدير ورقة الإقتراع وإدلاء الناخب بصوته وإنتهاء بِعَدِّ الأصوات وإعلان النتائج[21].

8- من ضمن التحدِّيات التي تواجه نظام التصويت الإلكتروني، إمكانية التصويت بالنيابة كالتصويت العائلي؛ إذ يملك ربُّ الأسرة البطاقات الإلكترونية، وبالتالي يقوم بالتصويت بالنيابة عن أفراد عائلته، أو أن تخضع عملية التصويت للإكراه والضغوط كما حدث في الإنتخابات المحلية في مدينة برمنكهام- إنجلترا- عام ٢٠٠٤، إذ سيطر قادة الجماعات المهاجرة على بطاقات العوائل وقاموا بالتصويت نيابة عنها[22].

المطلب الثاني:

طبيعة التصويت الإلكتروني

الفرع الأول: الأساس القانوني للتصويت الإلكتروني

أنَّ إستخدام أي نظام إنتخابي إلكتروني يُتَوَقَّع أن ينهي العديد من المشاكل التي تواجه التصويت التقليدي مثل مشكلة الورق وتخزين الأصوات في كميات هائلة من الأوراق مما قد يعرضها للتلف أو الوقوع في الأخطاء أثناء عملية الفرز، أو الأخطاء في تثبيت أسماء المرشحين، وأيضًا في أمور تتعلق بِسِرِّيَّة شخصية الناخب وفرز هذه الأصوات بشكل دقيق وبالتالي يجب التعامل معها بشكل دقيق بتطبيق نظام التصويت الإلكتروني كونها من المتطلبات المهمة لتطبيق هذا النظام, أما فيما يتعلق بإمكانية تطبيق هذا النظام الإلكتروني من الناحية التشريعية فقد نصت المادة (67) من الدستور الأردني "يتألف مجلس النواب من أعضاء منتخبين إنتخابا عاماً سرياً ومباشراً وفقاً لقانون الإنتخاب يكفل المبادئ التالية:

1- سلامة الإنتخاب.

2- حق المرشحين في مراقبة الأعمال الإنتخابية.

3- عقاب العابثين بإرادة الناخبين.

ونصت المادة (37/و) من قانون الإنتخاب الأردني:" للمجلس أن يقرر إجراء عملية الإقتراع أو الفرز أو كليهما بوسائل إلكترونية تحدد أحكامها وشروطها بموجب تعليمات تنفيذية تصدر لهذه الغاية".

يمكن أن نلاحظ من خلال هذه المادتين أن مادة (67) من الدستور لم تحدد آلية أو وسيلة معينة للإنتخاب فقد وضعت شروط وقيود عليه بأن يكون سري ومباشر وعام وأن يحقق حماية لكل من الناخب والمرشح, أما المادة (37/و) من قانون الإنتخاب أجازت أن تتم عملية الإنتخاب بشكل إلكتروني وهذا يدعونا للتفاؤل حول إمكانية تطبيقه في المملكة وخاصة في ظل الظروف المحيطة بوجود وباء كورونا الذي قد يعيق عملية الإنتخاب.

ونصت المادة (95) من الدستور الأردني أنه "يجوز لعشرة أو اكثر من أعضاء أي من مجلسي الأعيان والنواب أن يقترحوا القوانين ويحال كل إقتراح على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي فاذا رأى المجلس قبول الإقتراح يتم إحالته على الحكومة لوضعه في صيغة مشروع قانون وتقديمه للمجلس في الدورة نفسها أو في الدورة التي تليها".

وهذا يعني أنه من الممكن وضع التصويت الإلكتروني مقترح من قبل أعضاء من مجلسي الأمة وتقديمة على اللجنة المختصة التي تقوم بدورها إحالته على الحكومة, لكي يقوم مقام مشروع قانون وأخذ الموافقه عليه من جلالة الملك. وكل تلك المقومات والنصوص من المفترض أن تقودنا لتطبيق نظام التصويت الإلكتروني وإتاحة المجال للمواطنين الإنتخاب إلكترونياً كخدمة إلكترونية لهم توفر الوقت والجهد على المواطن والدولة وتطبيقاً لما يسمى بالحكومة الإلكترونية التي تسعها لتقديم جميع الخدمات للمواطنين بشكل إلكتروني.

وهنالك دولًا مثل الولايات المتحدة الامريكية قد إستطاعت التغلب على السلبيات المرتبطة بالتصويت الإلكتروني عن طريق توفير أنظمة تكنولوجية متقدمة وآمنة تضمن سير عملية الإنتخاب، وهذا يؤكِّد على ضرورة توفير ضمانات مختلفة تعمل على حماية هذه الأجهزة والنظام الإلكتروني المستخدم من جهة، وحماية أطراف العملية الإنتخابية وإقرار تشريع يدعم قرار تطبيق نظام التصويت الإلكتروني من جهة أخرى.

الفرع الثاني: التصويت الإلكتروني والمصطلحات المشابهة

يُعرف التصويت الإلكتروني باسم E-Voting وهو مصطلح جامع يشمل العديد من نظم ووسائل التصويت، فالتصويت الإلكتروني يشمل الأكشاك المغلقة للتصويت المزودة بأدوات إلكترونية كالبرمجيات والطرفيات ونظم المعالجة والمعدات والوسائل والشاشات وشبكات ووسائل الإتصالات...إلخ، ويشمل أحياناً نظم البطاقات الذكية "المحتوية على

شريحة إلكترونية تحتوي على بيانات المصوّت" أو نظم الإستعراف البيومِترية (وهي النظم الحيوية القياسية التي تعتمد على قياس الخواص الجسدية التي يتفرد بها كل شخص ويختلف بها عن الآخر مثل بصمة الإصبع وبصمة شبكية العين)[23].

كما يمكن أن يطلق على عملية التصويت الإلكتروني مصطلح الديموقراطية الإلكترونية، فمن الممكن للمواطنين المشاركة بالإنتخابات عبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي من شأنه زيادة نسبة المشاركة وسرعة إصدار النتائج، بالإضافة إلى تخفيض إستهلاك الموارد البشرية المطلوبة لإدارة عمليات الإقتراع والتصويت[24]. ويمكن أيضًا أن يُطلق عليه تعبير الديموقراطية الرقمية، فهي ليست نوعًا جديدًا من الديمقراطيات القديمة، بل هي وسائل جديدة لممارسة الديموقراطية[25]، وهي أيضًا عبارة عن "محاولة لممارسة الديموقراطية بتجاوز حدود الزمان والمكان والظروف المادية الأخرى عن طريق إستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصال[26]، بحيث أصبح العالم في ظل هذه التطورات عبارة عن قرية صغيرة، فما يحدث في أي مجتمع يُنقل بالصوت والصورة للمجتمعات الأخرى[27].

وعُرِف التصويت الإلكتروني أيضًا بالديموقراطية الرقمية، وتُعَرَّف بأنَّها: "عملية توظيف أدوات تكنولوجيا المعلومات، والإتصالات الرقمية في توليد وجمع، وتصنيف، وتحليل، وتداول جميع المعلومات والبيانات والمعارف المتعلقة بممارسة قِيَمِ الديموقراطية وآلياتها المختلفة، بصرف النظر عن قِيَم الديموقراطية وقالبها الفكري ومدى انتشارها، وسلام مقصدها وفاعليتها في تحقيق أهدافها[28]. وبالتالي فإنَّ التصويت الإلكتروني يخضع لنفس إجراءات الإنتخاب التقليدي، بحيث تتمُّ تلبية حاجات الأفراد كما تفعل تمامًا الحكومات التقليدية، فهي ليست بديلًا عنها بل هي الوجه الآخر لها، ولكن مجالها إلكتروني، بمعنى آخر إمكانية المؤسسات المختلفة من تسيير أعمالها إلكترونيًّا دون الرجوع إلى المراكز الإدارية العليا[29].

وهذا يقودنا لمعرفة الأساليب والوسائل المرتبطة بعملية التصويت الإلكتروني بمختلف مفاهيمها ومنها:

أولًا: أسلوب التصويت بالبطاقات المثقوبة

يُعَدُّ أسلوب البطاقة المثقوبة الذي يتمُّ من خلال إحداث ثقوب في البطاقات باستخدام أدوات ثقب يُزوَّد بها الناخبون[30]، للإشارة إلى من يختارونه من المرشحين. واستُخدمت هذه البطاقات لأوَّل مرة في الولايات المتحدة الأمريكية [31]، وبموجبها يجوز للناخب وضع البطاقة مباشرة بواسطة جهاز تبويب الأصوات المحسوب في مكان الإقتراع، أو وضع بطاقة في صندوق الإقتراع الذي يُنقل في وقت لاحق إلى موقع مركزي لإتمام عمليات التبويب.

ثانيًا: أسلوب المسح الضوئي يُعَدُّ أسلوب المسح الضوئي من أكثر التقنيات الإلكترونية استخدامًا في العملية الانتخابية، وليس فقط في مرحلة التصويت الإلكتروني، حيث تقوم أجهزة المسح الضوئي بالتقاط صورة واضحة وتحويلها إلى بيانات يمكن قراءتها بواسطة الحاسوب الآلي، وتكون هذه الصورة في مرحلة التصويت الإلكتروني على شكل علامات كمثلث أو دوائر للإشارة إلى اختيار الناخب، وقد تكون على شكل حروف كخط اليد، وتقوم تقنية المسح الإلكتروني بتخزينها على صورة بيانات قابلة للقراءة، ففي بداية الثمانينيات أعدت اللجنة الإنتخابية الأسترالية مجموعة ضخمة من كتيبات الإجراءات الإنتخابية، وبعد بضع سنوات كانت ملفات الحاسوب الأصلية لهذه الملفات لا يمكن استخدامها، فاستُخدم أسلوب المسح الضوئي لتحويلها إلى ملفات حاسوب قابلة للتحرير والتنقيح بدلًا من إعادة كتابتها[32]. وقد يكون المسح الضوئي عبارة عن التقاط صور وخزنها كبيانات، كالصور الفوتوغرافية والرسومات والصور والنصوص، كما يمكن استخدامها في مرحلة ما قبل التصويت للتحقق من الهوية كصور بصمات الأصابع أو ملامح الوجه، وتحويلها إلى صور رقمية وتخزينها على البطاقات الذكية[33].

ثالثًا: أسلوب التسجيل الإلكتروني المباشر وتتمُّ عملية التسجيل الإلكتروني المباشر بواسطة آلة التصويت الإلكترونية المباشرة[34]. حيث يُعَدُّ أسلوب التصويت الإلكتروني المباشر الصورة الأوضح لإستخدام التكنولوجيا في التصويت، إذ يتمُّ استخدام معدات إلكترونية بصرية يشغِّلها المقترع سواء بلمس الشاشة أو ضغط الزر أو استخدام قلم ضوئي على شاشة إلكترونية بعد تَعَرُّف الجهاز عليه من خلال ماسح حيوي قياسي biometric– scan، وغالبًا ما تَستخدم تلك الأجهزة أكثر من خاصية حيوية واحدة للتثبُّت من الشخصية، فتستخدم الخواص مجتمعة كبصمة الشبكية وبصمة الأصبع، أو الرقم السِّرِّي للبطاقة الذكية[35]. وقد يُستخدم الجهاز في التعرُّف على هوية قراءة بطاقة شخصية حديثة تحتوي على شريحة إلكترونية تتضمن بيانات الشخص. وعند استخدام هذه التقنية ليس هناك حاجة لبطاقات الإقتراع، إذ يتمُّ تخزين بيانات التصويت في الحاسب الآلي على القرص الصلب أو على قرص محمول أو قرص مدمَّج أو بطاقة ذكية لأغراض النسخ الإحتياطي والتحقق[36]، أو وضعها في قاعدة بيانات وتجميعها للوصول إلى النتائج الإجمالية[37]، وتُعَدُّ البيانات الإنتخابية الإلكترونية التي يقوم الناخبون بإدخالها المادَّةَ الخام التي يتمُّ على أساسها إعداد الجداول الإنتخابية لكي يتسنَّى للمواطنين مباشرة حقوقهم السياسية في التصويت[38].

ويمكن أن يتمَّ التسجيل الإلكتروني المباشر عن طريق شبكة الإنترنت، بحيث يتمُّ التصويت من أي مكان في العالم بإستخدام الإنترنت باستخدام رقم سرى "كود"، أي تعيين كلمة سِرٍّ أو كود مميز خاص بكل ناخب بحيث لا يمكن التلاعب به، ويصل إلى المقترع عن طريق البريد الإلكتروني. أو بإستخدام بطاقة هوية ذكية تحتوي على شريحة إلكترونية بها سائر بيانات الناخب حيث تتمُّ قراءة محتوياتها من خلال قارئ كروت موصول بجهاز الحاسوب. وقد أقرَّته الكثير من الدول مثل بلجيكا، والبرازيل، والهند، وفنزويلا، والولايات المتحدة الامريكية، وإستونيا، وفرنسا، وألمانيا والفلبين[39].

المبحث الثاني:

التحدِّيات المصاحبة للتصويت الإلكتروني

كما أشرنا سابقًا، فإنَّه وعلى الرُّغم من المزايا التي يُستفاد منها من جرَّاء استخدام نظام فعال وذي كفاءة عالية كالتصويت الإلكتروني، إلَّا أنَّه بقي محطًّا لمؤيّد ومعارض، نظرًا لما يعاني منه من تحدّيات ومخاطر كبيرة قد تعيق من سير وأمن ممارسة العملية الإنتخابية الإلكترونية، ممَّا شأنه أن يؤثر سلبًا على مصداقية النتائج في نهاية المطاف، وعليه سيتم البحث في هذه التحدّيات والاسترشاد بتجارب الدول والاستفادة من ما مرت به من أخطاء والقياس عليها، لمعرفة ما إذا كان بمقدورنا تفعيل هذا النظام في الأردن. وعليه سيتم تقسيم هذا المبحث لمطلبين: المطلب الأول سيتناول موضوع تحدّيات ومبرّرات التصويت الإلكتروني، أمَّا المطلب الثاني فسيتناول تجارب بعض الدول، ودراسة لتفعيل مثل هذا النظام في الأردن.

المطلب الأول:

مبرّرات وتحدّيات التصويت الإلكتروني

هنالك الكثير من المبرّرات التي تدعم وتبرر وجود نظام كالتصويت الإلكتروني في الوقت الحالي، وهذا ما سيتناوله الفرع الأول من هذا المطلب، أمَّا الفرع الثاني فسيناقش أهمَّ التحدّيات الإدارية والتقنيَّة والأمنية التي تعترض نطام التصويت الإلكتروني.

الفرع الأول: مبرّرات التصويت الإلكتروني

ومن هذه المبرّرات[40]:

أولًا: المشاركة، بمعنى أنَّ التصويت الإلكتروني يتيح أكبر قدر من المشاركة اللامحدودة للناخبين في عملية الإقتراع مقارنة بالنظام التقليدي الذي يعتمد الصناديق أداة للإقتراع بطاقة إستيعابية محدودة يقررها حجم الصندوق، ويسهل النظام عملية المشاركة عندما يعطي لفئات معينة مثل ذوي الإحتياجات الخاصة والأُمِّيِّين وكبار السن والمرأة الذين يواجهون صعوبة في الوصول الى مراكز الإقتراع وصعوبة في ممارسة الإقترع بحدِّ ذاته. وكذلك الأمر بالنسبة للشباب الذين في مقتبل العمر بحيث تكون دافعيتهم أكثر للتعامل مع الأنظمة الإلكترونية من الأنظمة التقليدية.

ثانيًا: الشفافية، حيث إنَّ نظام التصويت الإلكتروني يتيح للناخب وللمرشح وللمراقبين وللرأي العام ولوسائل الإعلام مواكبة عملية التصويت خطوة بخطوة، والتقاط المعلومات إعتمادًا على الملاحظة، دون الحاجة للبحث، فالنظام يعتمد من خلال عملية التصويت على شاشات تبين عملية إختيار الناخب للمرشح وآليَّة إحتساب الأصوات لكل مرشح لحظة بلحظة، ويعزّز هذا النظام الشفافية خاصة في عملية الفرز وإعلان النتائج، كونه لا يتطلب الإنتقال المادي للأصوات من حيز لآخر كإنتقال الصناديق من مركز الإنتخاب الفرعي إلى مركز الفرز والتجميع، فهو يجمع ثلاث خطوات بخطوة واحدة فقط.

ثالثًا: المُساءلة، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال أنَّ نظام التصويت الإلكتروني يتيح المساءلة المرحلية المباشِرَة خلال تطبيق إجراءات التصويت والفرز وإعلان النتائج، حيث لا تقتصر عملية المساءلة على مرحلة ما بعد انتهاء العملية الإنتخابية فحسب، كما أنَّ هذا النظام يتميز بالدِّقة، وبالتالي تكون فرص حدوث الأخطاء البشرية شبه معدومة، وفي النهاية يوفر نظام التصويت الإلكتروني إمكانية التحقق من سلامة وصحة إجراءات التصويت، لأنَّه يوفر نظام التصوير والتسجيل لكل حالة.

الفرع الثاني: تحدِّيات التصويت الإلكتروني

أولًا: التحدِّيات الإدارية والتقنيَّة[41]:

1- أن يحصل عُطْلٌ في جهاز الكومبيوتر، فلا يوجد طريقة للتأكد من تفاصيل معلومات التصويت وما تمَّ منها وما لم يتمَّ.

2- لا يوجد شفافية في عملية عَدِّ الأصوات لأنَّها تتمُّ من دون إشراف.

3- الأجهزة ليست محمية تمامًا من الاختراق من قِبَل ما يُعرف بالهاكرز.

4- الشركات المطوِّرة للبرمجيات تصل أجهزة التصويت بأجهزتها الخادمة في مقرَّاتها، بحُجَّة متابعتها خوفًا من الأعطال، وهو الأمر الذي يخرق سِرِّيَّة التصويت، الذي يُعَدُّ أبسط حقوق العملية الإنتخابية.

5- لا يوجد ضمانات لحياديَّة هذه الشركات سواء في مرحلة تطويرها للبرمجيات، أو بعد جمع الأصوات. لا يوجد ما يضمن عدم وجود موظفين في هذه الشركات يمكن أن يبيعوا ضمائرهم ويستغلوا قدراتهم التقنيَّة للتلاعب بالأصوات، خاصة مع صعوبة إثبات ذلك إن تمَّ.

6- الأنظمة التي تعتمد عليها هذه البرمجيات توصف بأنَّها مغلقة، ما عدا في التجربة الأسترالية التي إعتمدت على المصادر المفتوحة لضمان شفافية أكثر، لأنَّها تسمح لمراقبين تقنيين تابعين للمرشحين المتنافسين بالتأكد من أمانة البرنامج.

7- هناك مخاطر أكبر بسبب إتجاه بعضهم للإعتماد على الإنترنت لجمع الأصوات، وبخاصة من المواطنين الذين يعيشون بعيدًا عن بلدانهم.

إلَّا أنَّ هناك إقتراحًا بدعم شاشات اللمس التي تُستعمل حاليًّا، بأجهزة تطبع نُسخًا ورقية من كل عملية تصويت يتمُّ الإحتفاظ بها كمرجع، أو ربطها بأجهزة لمسح قرنيَّة عينِ كلِّ مُصَوِّت للتأكد من شخصيته، أو تزويدها بسماعات تعيد قراءة ما أدخله المصوت على مسامعه، حتى يتأكد من أنَّه أعطى صوته لمن يريد فعلًا، وهو الأمر الذي يشجع المكفوفين على التصويت. كما يمكن وصل أجهزة شاشات التصويت بشبكة مغلقة محمية بأنظمة أمن (من البشر) لحمايتها من المخترِقين من جميع الجهات[42].

ثانيًا: التحدِّيات الأمنية[43]:

1- ضرورة تحديد وتفويض المشارك في التصويت والإنتخاب بوضوح، وذلك عن طريق شفرة فردية للدخول إلى النظام وبيان تاريخ ومكان الميلاد من أجل التفويض ومنع التحايل، واستخدام التوقيع الرقمي وأيَّة بيانات شخصية قد تكون مطلوبة.

2- أصالة خوادم التصويت الإلكتروني لضمان ضرورة توصيل المواطنين أصواتهم إلى أجهزة الخوادم الرسمية، ويمكن التأكُّد من أصالة الخوادم عن طريق شفرة أو رمز (صورة) يمكن التحقق منها مثلًا على بطاقة إقتراع مرسلة إلى الناخب بالبريد.

3- الإدلاء بصوتين أو أكثر، وذلك عن طريق التأشير على أسم الناخب في السجل الإنتخابي الإلكتروني فور قيامة بإعطاء صوته.

4- سِرِّيَّة وخصوصية التصويت، وذلك عن طريق تخزين منفصل ومستقل للبيانات الشخصية والقيام بخلط عشوائي للأصوات في صندوق الإقتراع الإلكتروني.

5- هجمات القرصنة على أجهزة التصويت، ويمكن تجنُّب ذلك عن طريق وقاية الجدار الناري والتصويت الشفري أو ترميز الصوت وإرسال الصوت في صيغة صورة.

6- القوى القاهرة مثل العواصف والزلازل وهجمات الإرهابيين، وتتم الوقاية من ذلك عن طريق وضع الأجهزة في غُرف أمنية محصنة ومحمية من الحريق، وتوفير إمدادات الطاقة لحالات الطوارئ.

7- إمكانية التتبع وإعادة العَدِّ، أي أنَّه يجب إعادة عَدِّ الأصوات إلكترونيًا في حال الطعن بها، وتحقيق ذلك يكون عن طريق حصول الناخب على إيصال عند الإدلاء بصوته، وتوقيع سجل مسار التدقيق للأصوات التقليدية من قبل الموظفين العموميين والمسؤولين المعنيين.

8- الثقة حيث يجب أن يكون النظام ومكوناته موضع ثقة تامة، وينبغي على الخبراء الخارجيين المراجعة والتدقيق في شفرات المصدر، وذلك عن طريق تدريب المسؤولين وإستخدام برامج مفتوحة المصدر والإفصاح عن التطبيقات ذات الملكية.

المطلب الثاني:

تجارب الدول للتصويت الإلكتروني وإمكانية تطبيقه في الأردن

ستتمُّ مناقشة تجارب بعض الدول في الفرع الأول من هذا المطلب، حيث سيتمُّ طرح التجربة الإماراتية والتي تعتبر من أنجح التجارب عربيًّا، وتجربه العراق والتي لم تلاقِ نجاحًا لعدة أسباب سيتمُّ ذكرها، أمَّا الفرع الثاني من هذا المطلب فسيتمُّ فيه مناقشة إمكانية تفعيل هذا النظام في الأردن وما هي المقومات التي تملكها المملكة الأردنية والتي قد تؤهلها لممارسة مثل هذا النوع من الإنتخاب.

الفرع الأول: التجربة الإماراتية والعراقية

أولًا: التجربة الإماراتية

إعتمدت دولة الإمارات في إنتخابات المجلس الوطني الإتحادي لأول مرة عام 2006 على نظام تصويت إلكتروني متقدم يحتوي على بطاقات ذكية مستندة على البيانات البيولوجية للتحقق من هوية الناخبين. تتمُّ عملية التصويت الإلكتروني باستخدام أجهزة حاسوب مزوَّدة بشاشات تعمل باللمس لإختيار المرشحين بدلًا من إستخدام بطاقات الإقتراع الورقية التقليدية. ويعتمد النظام على تكنولوجيا تشفير إلكتروني خاصة في عملية فرز وإحتساب الأصوات بشكل يضمن سلامة الإجراءات، ويوفر حماية للناخبين من عمليات سرقة الهوية. ويهدف نظام التصويت الإلكتروني إلى ضمان أعلى معايير الدقة والسرعة والشفافية والموثوقية والحماية في الإنتخابات، وتُشكل بطاقة الهوية الصادرة عن الهيئة الاتحادية للهوية والجنسية الأساس الذي يعتمد عليه عمل نظام التصويت الإلكتروني في إنتخابات المجلس الوطني الاتحادي، و تعتبر الوثيقة الوحيدة التي تخوِّل أعضاء الهيئات الإنتخابية ممارسة حقهم بالإنتخاب. يساعد نظام السجل السكَّاني لدولة الإمارات، والذي يحتوي على قاعدة بيانات مركزية بجميع سكان الدولة، على إستخراج القائمة الإنتخابية للناخبين المؤهَّلين من المواطنين[44]. وتعتبر تجربة الإمارات من أنجح التجارب العربية، نظرًا لما تتمتع به من إستقرار سياسي وإمكانيات مادية وتقنيَّة وبشرية على درجة عالية من التطور والفاعلية، وقد كسرت هذه التجربة كل الأفكار السلبية لإمكانية تعرُّض هذا النظام للقرصنة والتزوير، وذلك لإعتمادها على الهوية الإلكترونية في عملية الإنتخاب وفكرة الصوت الواحد للمرشح الواحد.

ثانيًا: التجربة العراقية

نظرًا لما تعاني منه العراق من معوِّقات إجتماعية وإقتصادية وسياسية ناتجة عن تعدُّد في أنظمة الحكم والطوائف الدينية والإختلافات السياسية والمذهبية ونتيجة لعدم إستقرار البلاد من الناحية الأمنية والدولية، ولأسباب تتصل بعدم إستقلالية العراق بشكل كامل، فجميع هذه العوامل كان لها أثر على العراق بتطبيق الديموقراطية بشكل أول، ومن

تفعيل فكرة التصويت الإلكتروني بالمحصلة، ومن ذلك يمكن أن نؤكد ومن وجهة نظرنا أنَّ وضع البلاد السياسي والأمني يلعب دورًا كبيرًا في ممارسة عملية الإنتخاب بشكل عام سواء التقليدي أو الإلكتروني.

وهنالك جهود كبيرة قامت بها المفوضية العليا المستقلة للإنتخابات في العراق من حملة إعلامية للعمل على توعية المواطنين بآليَّة توزيع بطاقات الناخب الإلكترونية، وهي عبارة عن شريحة بلاستيكية تتشابه مع شكل بطاقة الإئتمان المصرفية أو البطاقة الذكية، تحتوي على خلية ذاكرة يوجد بها جميع البيانات الخاصة بالمواطن وتحدِّد مركزه الإنتخابي، والهدف من هذه البطاقة الحدُّ من عمليات التلاعب والتزوير، وهذا من شأنه أن يحقق مصداقية وشفافية النتائج[45].

وهنالك صراع دائم بين المفوضية العليا المستقلة للإنتخابات في العراق وبين القوى والأحزاب السياسية الأخرى، حيث تفضل المفوضية استخدام التصويت الإلكتروني وتضع له ضمانات حول استحالة تزوير الإنتخابات، بحيث تعتمد المفوضية برامج وضوابط تمنع حدوث تزوير أو إختراق لنظام العَدِّ والفرز الإلكتروني، بالإضافة إلى خطط أخرى تضمن نزاهة الإنتخابات، مثل إستخدام ختم إلكتروني في التأشير على ورقة الإقتراع بدلًا من الأقلام العادية، وهذا الختم سيحدُّ من عمليات التزوير والتلاعب، كما تؤكد المفوضية أنَّ هذا الختم مستورد من شركة يابانية معروفة بصناعاتها لمثل هذه الأختام على درجة عالية من الأمان بحيث يصعب التلاعب بها، إلَّا أنَّه في ذات الوقت، ومن جهة أخرى، أبدى نواب ومرشحون وبعض القوى والأحزاب السياسية تخوفهم من حدوث تزوير وتجاوزات في نتائج الإنتخابات عن طريق العبث ببرامج العَدِّ والفرز الإلكتروني[46].

و كل ذلك أدَّى إلى أنَّ الحكومة العراقية بما يخصُّ التصويت الإلكتروني إقتصرت فقط على عملية العَدِّ والفرز، وكان من الأفضل للارتقاء بهذه العملية الإلكترونية أن يتم إستخدام الوسائل التكنولوجية في جميع مراحل العملية الانتخابية إبتداءً من الأعمال التحضيرية مثل إجراءات التحقق من هوية الناخب قبل الإدلاء بصوته، وإدخال البيانات ورصدها وأخيرًا عملية العَدِّ والفرز وصولًا لإعلان النتائج إلكترونيًّا، حيث أشار قانون الإنتخابات العراقي الجديد في المادة (43) إلى إمكانية استعمال نظام التصويت الإلكتروني في العملية الإنتخابية القادمة لعام 2014، لكنه لم يُشِرْ إلى الأسلوب الذي يجب اتِّباعه، حيث تمَّ استخدام البطاقة الإلكترونية في عملية الإنتخاب لإنتخابات عام 2014 لأعضاء مجلس النواب، إذ يتمُّ إصدار هذه البطاقة عن طريق نظام التسجيل الإلكتروني الذي صدر من المفوضية العليا المستقلة للإنتخابات العراقية، إلَّا أنَّ هذه البطاقة لا تصدر إلَّا لشخص عراقي تتوافر فيه شروط الناخب. وتتم عملية جمع البيانات الخاصة

بالناخبين عن طريق اتّباع إجراءات تضعها المفوضية عن طريق قاعدة بيانات إلكترونية، وهذه البيانات تتمحور حول المعلومات الشخصية للناخب، والصورة الشخصية، وبصمة الأصابع الخاصة بالناخبين. وتجدر الإشارة إلى وجود جهاز قارئ للبطاقة الإلكترونية يتمُّ تزويد المراكز الإنتخابية بها، عن طريق وضع البطاقة الإلكترونية في الجهاز ووضع أصبع الناخب في المكان المخصص لها ليقوم بإلتقاط البصمة، وبالتالي يتمُّ من خلالها معرفة ما إذا قام الناخب بالإدلاء بصوته من قبل. ونلاحظ أخيرًا من كل ذلك أنَّ التصويت في ظل النظام المستخدم في إنتخابات 2014 جرت بعض إجراءاته إلكترونيًّا إلَّا أنَّه يجري بالأسلوب الورقي التقليدي في الإجراءات الأخرى، فهو مزيج بين التصويت الورقي والتقليدي[47].

الفرع الثاني: مدى إمكانية تفعيل التصويت الإلكتروني في الأردن

أولًا: وجود النص التشريعي

تنص المادة (1/67) من الدستور الأردني على ما يأتي: يتألف مجلس النواب من أعضاء منتخبين انتخابًا عامًّا سِرِّيًّا ومباشرًا وفقًا لقانون الانتخاب الذي يكفل الأمور والمبادئ الآتية:

أ. حق المرشحين في مراقبة الأعمال الإنتخابية.

ب. عقاب العابثين بإرادة الناخبين.

ج. سلامة العملية الإنتخابية في مراحلها كافَّة.

تنشأ بقانون هيئة مستقلة تشرف على العملية الإنتخابية النيابية وتديرها في كل مراحلها، كما تشرف على أي إنتخابات أخرى يقررها مجلس الوزراء.

أما فيما يتعلق في ترسيم الدوائر الإنتخابية ومواعيدها فتخويل الهيئة المستقلة للإنتخاب بتلك المهمة من شأنه إلغاء التكاليف الناجمة عن قيام جهاز أو مؤسسة خاصة بذلك. في المقابل، فقد لا تضطرللقيام بذلك الجهد فيما لوكان لدى الحكومة مكتب خاص بإعداد الخرائط وتحديثها لأغراض أخرى غير الإنتخابية، كما ويمكن اللجوء إلى إستخدام عمليات ترسيم إلكترونية مبسطة، وقواعد البيانات الخاصة بالسكان لترسيم حدود الدوائر الإنتخابية، بالإضافة إلى ترشيد عمليات الترسيم وإجراءتها ومواعيدها للعمل على خفض الكلفة المتعلقة بذلك. ومما قد يسهم في خفض كلفة ترسيم الدوائر الإنتخابية بشكل حاد أو حتى إلغائها إعتماد دوائرإنتخابية متعددة التمثيل تستند إلى التقسيمات الإدارية القائمة في بلد ما إلا أن مسألة ترسيم الدوائر الإنتخابية على درجة عالية من الحساسية السياسية، لذا فهي تحتاج إلى تنفيذها بما يحقق متطلبات الإستدامة السياسية[48].

ويقسم قانون الإنتخاب الأردني لعام 2012 المحافظات الأردنية الإثنتي عشرة الى 42 دائرة إنتخابية جغرافية، على أن يخصص لكل منها عدد يتراوح ما بين مقعد واحد الى 7 مقاعد.

ويتم إنتخاب 108 من مقاعد مجلس النواب لتلك الدوائرالإنتخابية إضافة إلى ماسبق، ويوجد دوائرإنتخابية في مناطق البادية الشمالية والجنوبية والوسط من البلاد، وتخصص هذه الدوائر للناخبين من البدو على أن يخصص لكل منطقة من مناطق البادية ثلاثة مقاعد، علما بأن تشكيل هذه الدوائر لا يستند الى المعيار الجغرافي بل الى المعيار العشائري من خلال تحديد أسماء العشائرالتي يحق لها الإقتراع في هذه الدوائر بإعتبارها عشائر بدوية[49].

ونلاحظ من المادة 67 من الدستور الأردني أنَّها لم تحدِّد آليَّةً أو وسيلة معينة للقيام بعملية الإنتخاب سواء أكان (ورقيًّا، أم خطِّيًّا، أم إلكترونيًّا)، كما لم يَرِدْ فيها عن جواز أو منع القيام بعملية الإنتخاب من خلال الوسائل الإلكترونية أو التكنولوجية، وبالتالي ومن الناحية الدستورية ينتفي المانع الدستوري من إجراء العملية الإنتخابية إلكترونيًّا مع إلزاميَّة توافر الشروط والضمانات المنصوص عليها في الدستور لحماية وسلامة العملية الإنتخابية. ونصَّت بذات الوقت المادة 37/و من قانون الإنتخاب على إمكانية إجراء الإنتخابات بوسائل إلكترونية ضمن الشروط المحددة للإنتخاب[50].

ومن الآليات التي يمكن اتّباعها لنجاح التصويت في المملكة بجميع مراحلها[51]:

1- الآليَّة الأولى: توفير قاعدة بيانات أوَّليَّة للناخبين وربطها بقاعدة بيانات الرقم الوطني، وذلك يضمن عدم التلاعب بتزوير الإنتخابات أو العبث بها.

2- الآليَّة الثانية: أن تكون الشفافية مكفولة لكل مواطن من خلال الربط بين بيانات الرقم الوطني لكل مواطن وبين بياناته كناخب، ويستطيع كل مواطن الدخول الى قاعدة البيانات الانتخابية في أي وقت وعلى طول العام وبكل سهولة ودون عائق، للتحقُّق من سلامة البيانات المسجلة في قاعدة بيانات الناخبين.

3- الآليَّة الثالثة: ظهور الصوت الإنتخابي لكل ناخب عقب الإدلاء بصوته مباشرة على الشاشة، فيلاحظ اسمه ورقمه الوطني وأسم المرشح الذي إختاره، وعلى هذا الأساس تتمُّ المتابعة والمراقبة بشفافية كاملة.

وهذه الآليَّات تضمن عدم التلاعب أو التزوير المتخوَّف منه من جرَّاء تطبيق نظام التصويت الإلكتروني، ويمكن اتّباعه في المملكة بشروط تضعها الهيئة المستقلة للانتخاب محافِظَةً في ذلك على الشروط التي يحدِّدها الدستور، وبالتعاون مع وزارة الإعلام الأردنية ووزارة الإتصالات لدعم وتحفيز التوعية الإنتخابية للمواطنين على التصويت الإلكتروني كوسيلة جديدة لممارسة حقوق الإنتخاب. كما لا بُدَّ من الإشارة الى حماية الناخب والمرشح في ذات الوقت، وإعطاء حقوق تكفل حمايتهم من عدم مصداقية النتائج إن وجدت من خلال تقديم الطعون.

ثانيًا: مؤشِّرات تدل على إمكانية تطبيقه في الأردن

هنالك مؤشرات ومقومات عديدة حدثت في الأردن على إمكانية تطبيق وإستخدام التصويت الإلكتروني، وهو ما حدث في جامعة الزرقاء الخاصة، حيث تمَّ اعتماد التصويت الإلكتروني في إنتخابات مجلس الطلبة في الجامعة، إذ قام مركز الحاسوب في الجامعة بتصميم نظام التصويت الإلكتروني، وحقق سرعة وأمانًا وصدقًا في عملية الإنتخاب، وسرعةً في إظهار وفرز الأصوات التي تمَّت بشكل آليّ، وهذا سعيًا من الجامعة لمواكبة التقدم التكنولوجي ومحاولتها للتحوُّل الى جامعة إلكترونية وتوفير الوقت والجهد عليها. وراعى هذا النظام تخصيص كلمة مرور سِرِّيَّة لكل طالب بحيث لا يستطيع استخدامها أيُّ طالب آخر، بالإضافة إلى عدم إمكانية الطالب غير المنتظم في الجامعة ممارسةَ عملية الإنتخاب. وقد نجحت هذه العملية على الرُّغم من مقاطعة عدد من المرشحين الإنتخابات لأنَّها باعتقادهم لا تحقق فاعلية في عملية الإقتراع، ولكن النتائج كانت على درجة عالية من النجاح والدقة والأمان.

ومن المؤشرات أيضًا ما قام به طلاب كلية الهندسة في الجامعة الأردنية، حيث قاموا بتصميم نظام إلكتروني يمكن إستخدامه في الإنتخابات النيابية والبلدية والطلابية أيضًا، وهذا النظام تمَّ فيه إستخدام تقنيات حديثة تمتاز بسهولة الاستعمال والدقة والديموقراطية والأمن، ويعتمد على وجود بطاقة ذكية لكل ناخب، وهي عبارة عن بطاقة إلكترونية تحتوي على بيانات الناخب، وتكون آليَّة عمله وجود كشف قارئ لهذه البطاقة الذكية وماسح ضوئي للبصمات، فيقوم بمطابقة بصمة الناخب مع البصمة المخزنة على البطاقة للتحقق من شخصية الناخب، وتُنشر قوائم الناخبين وبطاقات الإقتراع وإحصائيات الأصوات على خادم للنشر، مع المحافظة على خصوصية الناخب عن طريق تشفير بطاقة الإقتراع. وتمَّ استخدام هذا النظام لأول مرة في المهرجان التكنولوجي الأول في الجامعة الأردنية لإنتخاب المشروع الفائز بجائزة الجمهور من ضمن المشاريع المشاركة في المهرجان[52]

نلاحظ مما سبق أنَّ الأردن لديها من المقوِّمات الكثير مما يؤهلها لتطبيق التصويت الإلكتروني، وقد أشرنا لها سابقًا، إلَّا أنَّ تطبيق مثل هذا النظام الإلكتروني في الأردن يحتاج الى تشريع قانوني يتضمن نصوصًا قانونيةً تُقِرُّ بذلك، بالإضافة الى استخدام الآلات والوسائل الإلكترونية التي تتطابق مع المعايير التكنولوجية الفنية والدولية والمواكبة لها، أي بمعنى آخر، توافر بيئة تشريعية وتعاون من المؤسسات والوزارات، وخاصة كل من وزارة الإعلام والإتصالات الأردنية.

المبحث الثالث:

ضمانات التصويت الإلكتروني

تتعـرَّض عمليـة التصـويت الإلكترونـي لمجموعة من التحدِّيات الأمنية، والتي من شأنها التأثير على سير ومصداقية وأمن الإنتخاب، وبالتالي يبقى هذا النظام ضعيفًا في حالة استمرار تعرضه لهذه التحدِّيات دون توافر ضمانات توفر السلامة والمصداقية والحماية له، وذلك لترسيخ وتعزيز الثقة لدى المواطنين، سواء الناخبين أو المرشحين. وكل هذا من شأنه دعم هذا النظام وتفعيله بكفاءة. وهذه الضمانات عديدة، منها ما يتعلق بالأجهزة والأعطال والأنظمة أو ما يعرف بالضمانات التقنيَّة، ومنها ما يتعلق بوجود تشريع أو قانون ينص ويقرُّ بإمكانية وجود مثل هذا النظام في البلاد. وعليه سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ يتناول المطلب الأول الضمانات التقنيَّة الخاصة بالتصويت الإلكتروني، أمَّا المطلب الثاني فيتناول الضمانات القانونية المهمَّة لتفعيل نظام التصويت الإلكتروني.

المطلب الأوَّل:

الضمانات التقنيَّة للتصويت الإلكتروني

وهو ما يُعرف بحماية المعلومات أو البيانات من الناحية التقنيَّة، حيث إنَّ هذه الضمانات تتعلق بوضع حلول مناسبة وفورية في حالة إصابة النظام الإلكتروني المستخدم في عملية التصويت الإلكتروني أو الأجهزة بأعطال، سواء في البرمجيات أو المعدات، مثل القرصنة وسياسات التخريب، وبالتالي يجب توافر أنظمة إلكترونية سليمة ومحميَّة من أيَّة أخطار داخلية أو خارجية، لكي ينتج عن ذلك كفاءة وفاعلية في إدارة العملية الانتخابية الإلكترونية ومصداقية في النتائج، وتوافر ضمانات وخطط معينة في حالة إصابة الأجهزة بأعطال معينة، بالإضافة إلى سوء في عملية الإشراف الرقابي عليها من قبل المختصين والمكلفين بذلك، ولا بد من توافر ضمانات تقنيَّة تقوم بحماية النظام والأجهزة المستخدمة، ومن هذه الضمانات:

الفرع الأول: ضمانات النظام الإلكتروني

أولًا: الضمانات المتعلقة بالنظام الإلكتروني، حيث يتطلب وجود نظام إلكتروني سليم ومناسب لممارسة عملية التصويت الإلكتروني تتو افر فيه مجموعة من الصفات ومنها[53]:

1- توافر الحماية الإلكترونية وذلك تجنبًا لحدوث حالات القرصنة والإختراقات، بالإضافة إلى التلاعب بالأصوات أثناء نقلها من مركز الاقتراع عبر شبكة الإتصال إلى وحدة البيانات المركزية.

2- أن لا يتمكَّن أيُّ شخص من الدخول إلى وحدة البيانات المركزية، بحيث تكون هذه الوحدة لأغراض قراءة البيانات فقط.

3- أن تكون شبكة الإتصال مدعومة بأنظمة قوية ضدَّ أيِّ عملية إختراق أو تشويش.

4- أن يتمتع النظام بطاقة إستيعابية كبيرة وقادرة على التحميل، وذلك لمنع حالات التأخير والتعطل التي قد تنتج من الحمل الزائد على شبكة الإتصال.

5- أن يكون النظام الإلكتروني خاضعًا لعملية تدقيق للأنظمة الموجودة والمخاطر المتعلقة بها.

ومن المواصفات الأخرى الواجب توافرها في النظام الإلكتروني ضرورة إصدار شهادة للنظام، حيث يتم إصدار شهادات لتكنولوجيا التصويت والعد الإلكتروني، ويجب أن تصدر من قبل هيئة مختصة ومستقلة، إضافةً إلى إختبار النظام، ويجب أن يخضع أيُّ نظام إلكتروني خاص بعملية التصويت والعَدِّ الإلكتروني لمجموعة من الإختبارات قبل أن تتمَّ المصادقة عليه للإستخدام من قبل الهيئة المستقلة للإنتخاب[54].

ومن المتطلبات الأخرى المتعلقة بالأنظمة والضرورية في عملية التصويت الإلكتروني[55]:

1- توفير بِنية تحتية تتميز بأنَّها قوية وسريعة وآمنة وغير قابلة للإختراق، ويمكن الوصول إليها بيسر وسهولة من قِبَل القطاعات الحكومية والخاصة وأفراد المجتمع.

2- توفير تقنية المعلومات والإتصالات.

3- توافر العناصر البشرية والخبرات المتصلة بهم.

ويلاحظ من خلال ما سبق بأنَّ توفيرَ الحماية لهذا النظام الإلكتروني مقترنٌ بشكل كبير بحماية ما يحويه من معلومات أو بيانات، أي أنَّ الأساس في توفير الحماية لهذا النظام الإلكتروني هو حماية ما يتمُّ تسجيله من بيانات شخصية خاصة بالناخب مثل (اسمه، عنوانه، تاريخ ميلاده)، إضافةً إلى الأصوات التي يدلي بها من خلال النظام، أي المرشح الذي تمَّ من خلال النظام، اختياره من قِبَله، وهو ما يمكن تعريفه بمفهوم أمن المعلومات من الناحية التقنيَّة، ويمكن تعريفه بأنَّه: "مجموعة من الوسائل والأدوات والإجراءات اللازم توافرها لضمان حماية المعلومات من الأخطار الداخلية والخارجية"[56]. أي أنَّ الحماية تكون تقنيَّة متعلقة بالأنظمة والبرمجيات المستخدمة في الأجهزة، وليست حماية مادية متعلقة بالمعدات والأجهزة بحد ذاتها.

ثانيًا: تحقيق هذه الحماية للنظام الإلكتروني عن طريق مجموعة من الوسائل والأساليب المختلفة ومنها[57]:

1- تكامل المعلومات: بمعنى التأكُّد من سلامة المضمون أو المحتوى من أي عملية عبث به سواء بالتعديل عليه أو الحذف أو عمل أي إضافة في أي مرحلة من مراحل المعالجة أو التبادل عبر شبكة الإنترنت أو أثناء عملية التخزين في الأجهزة.

2- الإستمرارية: أي التأكد من ديمومة النظام الإلكتروني وقدرته على أدائه للخدمة المطلوبة بدون تعطله أو عدم القيام بوظيفته الرئيسة.

3- عملية إثبات الشخصية: وذلك بإستخدام وسيلة إلكترونية خاصة مثل كلمة السِّرِّ الشخصية أو بصمة الإصبع أو بصمة العين لأيِّ مستخدِم على الشبكة، وهذا من شأنه عدم قدرة أيِّ شخص على التصرف في الشبكة أو الإطلاع على البيانات بدون التحقق من هذه الوسيلة.

4- الصلاحيات: وهي القدرة على السماح للشخص المصرَّح له فقط بالتعامل مع مصادر المعلومات وذلك بعد التأكُّد من شخصيته، وبالتالي يتيح له ذلك مراجعة جميع الإجراءات والتعاملات طبقًا للصلاحية المخوَّلة له.

5- القيام بعملية التتبُّع الزمني: وهي العملية التي يتمُّ من خلالها إجراء التتبُّع الزمني الخاص بشخص معين مصرح له بالتعامل مع المصادر من خلال المعلومات المسجلة عليها، بحيث يمكن له الرجوع إليها بأي لحظة.

وبالتالي فكلَّما زادت وسائل وأساليب الحماية لهذا النظام كلَّما قلَّتْ مخاطره المرتبطة به والتحدِّيات التي يواجهها، وذلك عن طريق حجب المواقع الضَّارَّة على الشبكة وتأمين الأنظمة الرقمية في جميع المؤسسات الدولية، بإستخدام وسائل الحماية من الإختراق الإلكتروني، وذلك بتثبيت برامج مضادَّة للفيروسات والقيام بتحديث النظام باستمرار، إضافة إلى ذلك استخدام كلمات سِرٍّ شخصية للدخول إلى الحاسب الآلي، وفي ذات الوقت عدم إستخدام شبكات الحاسب الآلي المفتوحة لتداول المعلومات الأمنية مع عمل وسائل تحكم في الدخول لها[58].

كما أنَّ للوسائل الفنية والسياسات الإدارية دورًا في تحقيق التأمين المادي لمراكز المعلومات، وما تتطلبه من مراقبة وأنظمة التحكم بالدخول والخروج، والتأكُّد من هوية الشخص بإستخدام وسائل حديثة مثل بصمة العين أو اليد أو الصوت، مع مراقبة مراكز أجهزة الحواسيب الخاصة عن طريق وضع أجهزة مراقبة كاميرات[59]، وذلك من شأنه منع مُصمِّمي النظام وأصحاب الخبرة في آلية تشغيله من إستغلال خبرتهم في إختراق الأنظمة بطرق غير مشروعة، ممَّا من شأنه أن يمس نزاهة وأمن عملية الإقتراع[60].

الفرع الثاني: الضمانات المتعلقة بموثوقية الأجهزة والبيانات المستخدمة

وهذا يعني ضمان حماية الأجهزة من التلف والأعطال التي قد تعترضها، بالإضافة إلى البيانات التي تحتويها، وبالتالي يمكن الحصول على نظام رقابي فعَّال لحماية كل من هذه الأجهزة والبيانات، يُفَضَّل أن تتوافر فيه مجموعة من الوسائل التي تضمن مراقبة الإنتخابات، وفي ذات الوقت عدم إنتهاك سِرِّيَّة التصويت، ويتمُّ ذلك عن طريق مجموعة من الوسائل سيشار إليها في هذا الفرع، مع مناقشة دور الهيئات في رفع مستوى المُساءلة.

أولًا: وسائل حماية ومراقبة الإنتخابات[61]:

- رصد الأصوات التي تمَّ تسجيلها.
- تبويب وترتيب أصوات المقترِعين.
- مراقبة العمليات الإدارية.
- وضع إختبارات ما بعد الإنتخابات.
- ملاحظة التغيرات ومحاولات الإختراق لمركز التكوين "الخادم الرئيس".

- رصد وتحليل مسارات التشغيل الخاصة بالنظام لإستعادة المعلومات الهامة.
- تسجيل جميع عمليات المصادقة الخاصة بالشركات أو المشغل.

وهذا لا ينطبق فقط على عملية التصويت، وإنَّما على عمليات العَدِّ والفرز الإلكتروني، حيث يجب التحقق من عدم حدوث أيَّة أخطاء في العملية الإنتخابية والعمل على تدقيق نتائج العَدِّ الإلكتروني، ويمكن تحقيق ذلك عن طريق جهاز يقوم بتدقيق مسار ورقة الناخب، وهو عبارة عن سِجِلٍّ ورقيٍّ للخيارات، يبين أنَّه تمَّ اتخاذها على آلة التصويت، والتي يمكن أن يتحقق من صحتها الناخب بذاته عن طريق الخيارات الإلكترونية، وأنها قد تمَّ اتخاذها بالفعل. ويزيد من نزاهة هذه العملية أن تتمَّ بطريقة علنية، وبالتالي يساعد ذلك على بناء الثقة مع الناخب والمرشح بذات الوقت. ولدعم هذه العملية يُفَضَّل وجود مكتب مساعدة التصويت الإلكتروني، بحيث يتمُّ الرجوع إليه للإبلاغ عن/ وحلِّ أيَّة مشاكل تمَّت مواجهتها أثناء استخدام آلات التصويت[62].

كما يجب أن يكون للهيئة المستقلة للإنتخاب خطط طارئة بديلة للتعامل مع أية حالات عرضية قد تحدث مثل حالات التعطل المفاجئ للنظام وتوفير عدد إحتياطي من الأجهزة البديلة وقطع الغيار اللازمة وتشكيل فريق فني تتوافر فيه مؤهلات للتعامل مع عمليات الصيانة حسب الحالة الفنية لنظام التشغيل بالإضافة إلى ذلك إتاحة الفرصة للمرشحين لإستلام قوائم ورقية مستخرجة من النظام تحتوي على أسماء الناخبين الذين أدلو بإصواتهم لكل مرشح أو قائمة وإعطاء الفرصة لوسائل الإعلام التواجد في قاعة وحدة البيانات المركزية لمتابعة حركة الأصوات الواردة على شاشات العرض وأعداد المصوتين[63].

ومن الضمانات الأخرى الواجب توافرها والتي لها تأثير على العملية الإنتخابية، نزاهة الأفراد، فيجب على الجهة المسؤولة عن الإنتخابات أن تُشرِك فيها أفرادًا يكون مشهودًا لهم بالكفاءة والثقة والنزاهة، وهذه النزاهة تتمثل بالشفافية بجعل عملية التصويت والعَدِّ الإلكترونية من الممكن أن ترصد عناصرَها الهيئة المستقلة، وضمان عدم حدوث أيَّة أخطاء والمصادقة بالتوقيع رقميًّا على البرنامج الذي تمَّ اختياره والموافقة عليه، مع وضع آليات للتأكد من صحة هذا التوقيع[64]، بالإضافة إلى قدرتهم على التصدِّي للثغرات الأمنية التي من الممكن أن تظهر في أيِّ مكان أو تفصيل في أنظمة الكمبيوتر، أو أيِّ مرحلة من مراحل العملية الإنتخابية الإلكترونية، والثغرات التقنيَّة، أي القدرة على التصدي لأيِّ عملية إختراق أو معالجة قد تصيب النظام، وتوفير نظام فعال يمنع الناخب من الإدلاء بصوته مرتين[65].

وهنالك فئات عديدة تقوم بالإشراف على عملية المراقبة على الإنتخابات، بحيث يكون لكل منهم دور ومسؤولية مختلفة عن بعضهم بعضًا، كون موظفي الانتخابات غير قادرين بالمطلق وبموضوعية إدارة العملية الإنتخابية بأنفسهم، ففي العديد من البلدان يتمُّ وضع موظفين من السلطة التنفيذية أو من القضاء أو المناصب العليا في الحزب الحاكم في مواقع السلطة، إلَّا أنَّه يمكن لإنتماءاتهم الحزبية أن تثير الشك في حدوث تأثير حكومي خاطئ، وبالتالي يقلل ذلك من مصداقيتهم كمراقبين محايدين، ويحدث ذلك حتى في البلاد ذات التقاليد الديموقراطية العريقة، حيث يوزَّع ممثلو الحزب السياسي في جميع مراكز الإقتراع والإنتخابات، مع عدم إنكار دور وسائل الإعلام المحلية بالقيام بعمليات المراقبة وتقديم التقارير الدورية عن الحملات الإنتخابية والنتائج النهائية، وبالتالي وجود كل هذه الفئات في عملية المراقبة من شأنه وضعها تحت مراقبة منظمات مدنية محايدة لتجنب أي تحيز صادر من أي فئة من هذه الفئات المراقبة[66].

ويتَّضح من خلال ما سبق أنَّ الضمانات التقنيَّة تتعلق بتوفير جميع وسائل الحماية للأنظمة الإلكترونية والبرمجيات المستخدمة في عملية التصويت، بالإضافة إلى الأجهزة التي تحتوي على هذه الأنظمة والتي تكون موجودة في مراكز الإقتراع، وتخضع هذه العملية لمراقبة وإشراف المختصين بذلك من قِبَل فئات مختلفة ووفق أسس معينة تضمن سير العملية الإنتخابية بيسر وسهولة وفاعلية، الأمر الذي يؤثر إيجابًا على مصداقية النتائج النهائية وعمليات العَدِّ والفرز الإلكتروني، وتتولى إدارة الإنتخابات ذلك، وأي تجاوز منها أو إنتهاك يمكن أن يعرِّضها للمساءلة من قِبَل الأحزاب السياسية والإعلام ومراقبي الإنتخابات.

ثانيًا: دور الهيئة المستقلة للإنتخاب بعملية رفع مستوى المساءلة بها عن طريق عدة طرق[67]:

- إجراء مشاورات عامة منتظمة، وذلك لتقديم معلومات خاصة بأنشطتها الأخيرة والإجابة عن الشكاوي المقدمة بخصوص ذلك، وخاصة في الأوضاع التي يتمُّ فيها تنفيذ تكنولوجيات جديدة قد لا تكون مفهومة من قبل عامة الناس أو المرشحين.
- إعطاء الأحزاب السياسية ومراقبي الإنتخابات والإعلام الفرصة لحضور إجتماعاتهم، بحيث تتمُّ صياغة السياسات العامة بما يتعلق بغستخدام وإدخال تكنولوجيات إنتخابية جديدة.
- العمل على نشر تقرير بعد الإنتخابات يستعرض الطريقة التي أُجريت فيها الإنتخابات، وبالإمكان تقديم توصيات بشان التطورات والتحسينات المستقبلية.
- إجراء عمليات التدقيق على عينة من مراكز الإقتراع لتقرير فيما إذا تمَّ تسجيل الأصوات بدقَّة من قبل الأجهزة المُعَدَّة لهذه الغاية.

وهذه المساءلات والضمانات التقنيَّة تبقى قاصرة إذا لم تسبقها نصوص تشريعية وقانونية تُقِرُّ مثل هذا النظام الإلكتروني وتحميه في تشريعاتها ونصوصها في حال وُجِدَت التجاوزات.

المطلب الثاني:

الضمانات القانونية للتصويت الإلكتروني

يتفحُّص أغلب دساتير العالم قد لا نجد دستورًا يتضمن النص بشكل صريح ومباشر على إمكانية إستخدام التصويت الإلكتروني في العملية الإنتخابية، فالنصوص الدستورية تتطرق فقط لعبارات ومفردات عامة مثل حق التصويت وحق الإنتخاب باعتبارها حقوقًا سياسية يتمتع بها المواطن بمقتضى دستور بلاده[68]، وهذا ما أكدت عليه المادة (3) من قانون الإنتخاب الأردني والتي نصت على ما يأتي: "لكل أردني بلغ عمر الثماني عشرة شمسية الحق في الإنتخاب"[69]، وأغلب الدساتير التقليدية تتطلب وجود نصوص قانونية واضحة ومحددة تعترف بالتصويت الإلكتروني وتشير إلى ضرورة وجود أوراق التصويت في مراكز الإقتراع لكي يكتسب التصويت الإلكتروني القيمة الدستورية.

ولسلامة تطبيق التصويت الإلكتروني يتطلب وجود نص تشريعي يؤكد على حق المواطن بالقيام بعملية التصويت، وممارسة حقوقه السياسية باستخدام وسائل وأساليب تكنولوجية يحدِّدها هذا التشريع بالطرق القانونية، وتحت إشراف كادر متخصص من الناحية التكنولوجية ومن الناحية القانونية، وقادر على تسوية ومعالجة الأخطاء التقنيَّة وغيرها من التجاوزات، وكل هذا يحتاج مجموعة من الضمانات القانونية الكفيلة بذلك، وهذه الضمانات قد تكون دستورية، أو قد تكون متعلقة بما أوصى الخبراء والمختصون عليه لإدارة وتسيير مثل هذه العملية الإلكترونية، وهذه الضمانات ستتمُّ مناقشة كل منها على حِدَة في هذا المطلب.

الفرع الأول: الضمانات الدستورية

لا بُدَّ من توافر قدرة للإطار التشريعي على توفير نصوص قانونية تقوم بتجريم كل هذه الظواهر، وذلك تخوُّفًا من تجاوز حدود القانون وتعريض أي شخص للمساءلة القانونية، ووضع عدد من الإجراءات والتدابير للتعامل مع أيَّة أخطاء إجرائية أو قانونية قد تؤثر على القائمين بالعمل على هذه الإنتخابات[70]، ويتَّضح هنا ضرورة توفير نصوص قانونية دستورية منصوص عليها صراحةً وبشكل مباشر تدعم وتقرُّ تطبيق التصويت الإلكتروني وتعطيه القيمة الدستورية التي تحميه.

وهنالك مجموعة من الأسس والمبادئ الفعالة والتي يكون من شأنها تأسيس وتنظيم الإنتخابات ومن أهمها[71]:

أولًا: أن تضمن القوانين الإنتخابية أنَّ التصويت يكون لمن يملك الحق بالتصويت حصرًا.

ثانيًا: أن تضمن هذه القوانين أنَّ كلَّ صوت يتمُّ احتسابه لمرة واحدة فقط، ومنع تكرار الصوت للشخص الواحد.

ثالثًا: أن تصون القوانين حق الناخب في تكوين رأيه والتعبير عنه بحرية تامة بدون إكراه أو أي تأثير.

رابعًا: توفير الحماية للإنتخابات في جميع مراحل العملية الإنتخابية من إنتخاب وتصويت إلى عمليات العَدِّ والفرز الإلكتروني وصولًا لإعلان النتائج النهائية.

خامسًا: أن تقوم القوانين بتعزيز ثقة الناخب عن طريق زيادة الشفافية المتعلقة بالإنتخابات حول وظيفة كل نظام من الأنظمة.

ومن أهم الضمانات القانونية المتمثلة أهمية وجود كوادر بشرية وموظفين يتوافر لديهم الحياد، وإنَّما لا بد من توكيل مهمة الإشراف والرقابة إلى جهة تمتاز بالحياد والنزاهة والمهنية وهي القضاء، فقد اختلفت الآراء والاتجاهات حول الجهة التي يمكن أن تتولى الإشراف والرقابة، فبعضهم أوكل هذه المهمة إلى حكومة محايدة، أمَّا بعضهم الآخر فقد أسندها إلى الحكومة القائمة مع إحاطتها بضمانات مختلفة، وإسناد ذلك إلى هيئات عليا مستقلة أو إلى السلطة القضائية، باعتبار أنَّ الدستور يكفل استقلال القضاء وحياديته[72]، ويرى بعضهم أهمية خضوعها والإشراف عليها من قبل الرقابة الدولية لضمان ونجاح أي عملية إنتخابية وضمان نزاهتها ومصداقيتها، وأغلب الدول المتقدمة تستدعي مراقبين دوليين للإشراف والرقابة على إنتخاباتها المحلية، ولذلك تمَّ تأسيس مكتب المؤسسات الديمقراطية وحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمن والتعاون الأوروبي[73]، وذلك من أجل مكافحة جميع أشكال الغش والمخالفات التي تحصل أثناء سير العملية الإنتخابية، وإمكانية إصدار توصيات لتجنب الغش وارتكاب المخالفات، وذلك من شأنه تعزيز ثقة الناخب بالإنتخابات والمشاركة الفعلية فيها[74].

ومن أهمِّ الضمانات القانونية التي نص عليها الدستور والتي قد يلجأ إليها كل شخص متضرر من العملية الإنتخابية هي ضمانة الطعون الإنتخابية، فالإنتخاب من الناحية القانونية يُقصد به الطريقة التي يقوم المواطن بموجبها بممارسة حقوقه السياسية، وهذه الإنتخابات قد تكون رئاسية أو تشريعية أو مهنية داخل مجتمع مهني[75]، ولتحقيق وضمان سلامة هذه الإنتخابات يتوجب النظر في التجاوزات والمخالفات التي تحدث في العملية الانتخابية والتأكد من صحة إختيار بعض المرشحين عن طريق الفصل في صحة الإنتخابات[76]، حيث إنَّ لهذه الطعون والشكاوي دورًا في تحقيق قناعة فعلية بالعملية، ولها تأثير جوهري في نتائج التصويت وعملية توزيع المقاعد. ولا يتمُّ الإعلان عن النتائج النهائية إلَّا بعد إستيفاء النظر في الطعون الإنتخابية[77]. وتختلف كل دولة في تنظيمها لحق المواطن بإجراء طعن إنتخابي من حيث الشروط والإجراءات والجهة المختصة

بالنظر. وبمقتضى القانون الأردني فإنَّ الجهة التي تفصل في الطعون الإنتخابية هي القضاء العادي، وكذلك بالنسبة لإنتخابات مجلس النواب والإنتخابات البلدية، أمَّا سائر الإنتخابات الأخرى والتي تتعلق بمجالس هيئات غرف الصناعة والتجارة والجمعيات والنوادي فإنَّ المحكمة الإدارية هي صاحبة الإختصاص. ولكن هنالك معتقدات وتوجُّهات تؤكِّد على ضرورة إدخال الطعون في نتائج الإنتخابات النيابية والبلدية ضمن إختصاص المحكمة الإدارية، وذلك لاعتبارها من منازعات القانون العام التي تدخل في إختصاص القضاء الإداري[78].

مع الإشارة إلى أن نتيجة الإنتخابات هي إفصاح عن إرادة الناخبين وليس قرارات إدارية, وذلك لأن الطعن الإنتخابي يختلف عن الطعن بالإلغاء, فالقاضي يملك سلطة أوسع من سلطة الإلغاء الذي يقوم بإلغاء القرار في حال عدم ثبوت مشروعيته أو رفضه في حال مشروعية القرار, ففي حال عدم توافر شروط الترشيح في أحد المرشحين فيستطيع أن يُبطل إنتخابه وحده دون المساس بباقي العملية الإنتخابية, وقد يصل إلى إحلال المرشح الذي يليه في عدد الأصوات محله[79].

ومن الدفوع المستحدثة (المستجدة) التي تُثار حول التصويت الإلكتروني:

1- مدى إختصاص الأشخاص القائمين على عملية التصويت الإلكتروني بكافة حيثيات العملية الإنتخابية, من حيث تخصصهم وإعطائهم دورات متخصصة ومكثفة.

2- مدى القدرة على الولوج إلى الشبكات المستخدمة بشكل يؤثر على العملية الإنتخابية ومدى توافر وسائل التأمين والحماية لهذه الشبكات من العبث بإرادة الناخبين.

3- هل تم إعطاء الحق للمراقبين للعملية الإنتخابية بالولوج إلى النظام الإلكتروني من أجل إعطاء أكبر قدر من الشفافية وذلك ضمن قيود وضوابط معينة.

4- هل تتواجد القدرة بالرجوع إلى جميع المعلومات المتعلقة بالإنتخاب منذ المراحل الأولية والتمهيدية والمعاصرة وما بعد إعلان النتائج بشكل سهل وبسيط.

5- مدى تطابق أعداد المقترعين مع عدد الأصوات التي تم الإدلاء بها, وهل من الممكن الرجوع إليها ومراجعتها بالطريقة التقليدية(اليدوية).

6- هل يسمح للطاعن بالتواجد بعملية إعادة الفرز للأصوات بعد تقديم الطعن وقبوله.

يتَّضح من خلال ما سبق بأنَّ أيَّ إنتخابات إلكترونية فعَّالة يجب أن يقرَّها الدستور بتشريع نصوص قانونية تضمن حمايتها عن طريق الإشراف عليها من قِبَل خبراء ومختصين، أو من قِبَل قضاة مشهود لهم بالنزاهة والمعرفة بإجراءات الإنتخابات والوسائل التكنولوجية المستخدمة فيها، أو عن طريق الرقابة الدولية المتمثلة بالأمم المتحدة. ولا بد أن تكون هذه

الإنتخابات عامة وسِرِّيَّة، ويستطيع الناخب والمرشح أو أي شخص ذي شأن ومتضرر إجراء طعن أمام المحاكم في حالة وجود تجاوزات ومخالفات أثناء عملية التصويت الإلكتروني، وكل هذا يتعلق بالمبادئ والأسس التي أقرَّها الدستور لحماية هذه الإنتخابات. أمَّا النوع الآخر من الضمانات فيقترن بما أوصى به بعض الخبراء والمختصين.

الفرع الثاني: الضمانات الخاصة بالخبراء والمختصِّين

وهذه الضمانات قد تتعلق بالشفافية في عملية الإنتخاب، وبالتالي هنالك خطوات مهمة أكَّد عليها المختصون والخبراء من أجل تحقيق الشفافية في عملية التصويت الإلكتروني ومنها[80]:

- إستخدام جهاز لتدقيق مسار ورقة الناخب، وهو عبارة عن سجلٍّ ورقي يمكن التحقق منه عن طريق الناخب، ويتمُّ التأكُّد من أنَّه قام بتسجيل صوته بشكل دقيق وصحيح، وتحقيق إمكانية إجراء عملية قابلة للتدقيق. وتسمح نُظُم التحقُّق بإجراء فحص يضمن أنَّ جميع الأصوات تمَّ تسجيلها وجدولتها بشكل دقيق وسليم.
- ممارسة الشفافية في شراء وتطوير وإصدار شهادة للمعدات والأجهزة الخاصة بعملية التصويت والعَدِّ، وهذا من شأنه جعل المعنيين على ثقة بأنَّ الآلات تلبِّي المتطلبات ذات الصلة وتقوم بعملها بشكل صحيح وتتمتع بالإمتيازات الأمنية اللازمة.
- ضمان حصول المعنيين بمن فيهم مراقبي الإنتخابات أو وكلاء المرشحين أو الأحزاب على فرصة الوصول إلى العملية الإنتخابية، حيث إنَّه ليس من الممكن أن يفهم الجميع أنظمة التصويت والعَدِّ الإلكترونية، وبالتالي يقوم الناخبون بالإعتماد على الآخرين الذين يملكون القدرة على فهم العمليات، وبالتالي يجب منح المراقبين دخولًا كافيًا بحكم القانون وبحكم الممارسة لإجراء أي تقييم.
- ضمان حصول المراقبين ووكلاء المرشحين أو الأحزاب والمرشحين فرصة الحصول على الوثائق ذات الصلة حول شراء وتطوير وإصدار شهادات المعدات.

ولا نغفل الدور الكبير الذي يقع على عاتق الناخب وليس فقط الخبراء والمتخصصين والذي يجب أن تتوافر لديه متطلبات شخصية متعلقة بشخصه ومهمه لعملية التصويت الإلكتروني ويمكن أن ندرجها ضمن النقاط الآتية[81]:

1- التأكد من أنَّ الأشخاص الذين لهم حق التصويت هم فقط من يقومون بالتصويت.

2- ضمان حق الناخب في التعبير عن رأيه بكل حرية ودون إكراه.

3- حماية سِرِّيَّة التصويت في كل مراحل العملية الانتخابية.

4- ضمان الوصول إلى أكبر عدد ممكن من الناخبين، بمن فيهم ذوي الإحتياجات الخاصة.

5- الشفافية في توفيرالمعلومات لزرع الثقة في نفسية الناخب حول عمل هذا النظام.

6- التأكد من أنَّ الأصوات المُدْلَى بها قد تم إحتسابها، وأنَّ كلَّ صوت تمَّ إحتسابه مرة واحدة.

والجدير بالذكر أنَّه ومن أجل تحقيق فاعلية ومصداقية في العملية الإنتخابية بشكل عام والتصويت الإلكتروني بشكل خاص، وتعزيزًا لثقة الناخب بهذه العملية وبإدارة الإنتخابات، لا بُدَّ من توفير آلية للمساءلة. وهذا من شأنه ضمان تنفيذ الإنتخابات وفقًا لقانون الإنتخابات والإجراءات المعتمدة، وأن يكون جميع الموظفين في هيئة إدارة الإنتخابات مسؤولين عن أفعالهم وقرارتهم، وتتمُّ محاسبتهم في حال الوقوع بأخطاء، مع تحديد الإجراءات والعقوبات التأديبية لمثل هذه الحالات. فالتصويت الإلكتروني يحقق آليَّة المُساءلة في جميع مراحل العملية الإنتخابية من تصويت وعدٍّ وفرز وأخيرًا بإعلان النتائج، أي أنَّه يشمل عملية الإنتخاب ككل[82].

خاتمة:

تناولت الدراسة طرح موضوع ذي أهمية بالغة في العصر الحالي وهو التصويت الإلكتروني، وتمَّ الوقوف على أهمِّ تعريفاته وأساليبه المستخدمة، وأهمِّ ما يمتاز به من مزايا وما يؤخذ عليه من عيوب، والتطرق لأهمِّ مبرِّرات ومتطلبات هذا النظام بالقياس على تجارب بعض الدول حول إمكانية تطبيقه في الأردن، والسعي لتحقيق جو إنتخابي إلكتروني آمن، كما تمَّ التطرُّق لأهمِّ الضمانات التي يمكن الإستعانة بها لحماية النظام الإلكتروني، والمستخدمة في العملية الإنتخابية لضمان سير هذه العملية بشكل سليم وصحيح وآمن، وبالتالي يضمن في النهاية سلامة النتائج للإنتخابات. وفي نهاية الدراسة تمَّ التوصل الى جملة من النتائج والتوصيات ونلخصها بما يأتي:

أولًا: النتائج

1- التصويت الإلكتروني هو عبارة عن مباشرة الناخب حقَّه في الإنتخاب عن طريق تكنولوجيا المعلومات، وهو مصطلح يشمل أنواعًا عديدة من التصويت تضمُّ كلًّا من الوسائل الإلكترونية للإقتراع وصبِّ الأصوات والوسائل لفرزها.

2- هنالك أساليب متعدِّدة للتصويت الإلكتروني تتمثل بأسلوب البطاقات المثقوبة، وأسلوب المسح الضوئي، وأسلوب التسجيل الإلكتروني المباشر، ويمكن أن يتم أيضًا عن طريق الإنترنت.

3- للتصويت الإلكتروني مزايا عديدة أهمها ميزة التأثير في المجتمعات التي تسود فيها الأُمِّيَّة، حيث يتعرف الناخب أو المصوِّت على شخص المرشح من صورته الشخصية أو من رمزه الانتخابي دون الحاجة للكتابة، وذلك عن طريق لمس الشاشة الخاصة به، إلَّا أنَّه أيضًا يُعاب عليه بعيوب عديدة أهمها إمكانية إختراق

الشبكات المستخدمة في التصويت إذا كان ذلك النظام غير مؤمن بشكل قوي، وهو ما أكدته الدراسات الدولية، كما أنَّه يوسِّع الرشوة الإنتخابية بصورة أكبر من المشاركة السياسية العادية.

4- هنالك متطلبات ضرورية لتطبيق التصويت الإلكتروني فيما يتعلق بالناخب أو الأنظمة المطلوبة.

5- المادة 67 من الدستور الأردني حدَّدت أهمية أن يكون الإنتخاب عامًّا وسِرِّيًّا ومباشِرًا بشروطٍ حدَّدتها دون ذكر للوسيلة المستخدمة، وجاءت المادة 37/و من قانون الإنتخاب لتنصَّ على أنَّه يجوز القيام بعملية الإنتخاب بوسيلة إلكترونية ضمن الشروط التي حددتها المادة 67 من الدستور الأردني.

6- هنالك ضمانات مهمة تقوم بحماية النظام الإلكتروني، ولا بُدَّ من توفيرها، قد تتعلق بالدستور وعملية الإشراف والرقابة الدولية والطعون الانتخابية وضمانات أخرى تقنيَّة متعلقة بحماية الأجهزة والنظام الإلكتروني المستخدم بالتصويت الإلكتروني.

ثانيًا: التوصيات

1- أن تتعاون الهيئة المستقلة للإنتخاب في الأردن مع كلٍّ من وزارة الإعلام الأردنية للقيام بعملية تثقيف سياسي خاص بعملية الانتخاب وتثقيف بتكنولوجيا المعلومات المستخدمة في عملية التصويت لنظام التصويت الإلكتروني، ووزارة الريادة والإقتصاد الرقمي الأردنية لإمكانية أن تنشر تعليمات وخدمات لهذه العملية التكنولوجية للمواطنين عن طريق رسائل قصيرة ودعوتهم للمشاركة في العملية الإنتخابية بصورة عامة، والتعاون مع وزارة المالية لتخصيص اعتماد مالي معين لهذه العملية ولتوفير أنظمة وأجهزة إلكترونية مصادق ومتعارف عليها دوليًّا.

2- إستخدام جهاز تدقيق مسار ورقة الناخب الذي ينتج عنه سجل ورقيٌّ يمكن التحقق منه عن طريق الناخب، ويتمُّ التأكد من أنَّه قام بتسجيل صوته بشكل دقيق وصحيح، وتحقيق إمكانية إجراء عملية قابلة للتدقيق، وتسمح نُظُم التحقُّق بإجراء فحص يضمن أنَّ جميع الأصوات تمَّ تسجيلها وجدولتها بشكل دقيق، وهذا من شأنه دعم وتعزيز الثقة بين الناخب والهيئة المستقلة للانتخاب في حال تم التشكيك بتزوير الأصوات، ويعزز ثقة المرشح بها أيضًا، وذلك عن طريق إتاحة الفرصة للمرشحين لإستلام قوائم ورقية مستخرجة من النظام تحتوي على أسماء الناخبين الذين أدلوا بأصواتهم لكل مرشح.

3- أن يكون للهيئة المستقلة للإنتخاب في الأردن خطط طارئة بديلة للتعامل مع أيَّة حالات عَرَضِيَّة من المتوقع حدوثها مثل حالات التعطل المفاجئ للنظام، وتوفير عدد احتياطي من الأجهزة البديلة، ووجود فريق فني تتوافر لديه مؤهلات وخبرات جيدة للتعامل مع عمليات

الصيانة، وهذا ما يندرج تحت الضمانات التقنيَّة لهذا النظام الإلكتروني.

4- دعم دور القضاء في الرقابة على سير الإنتخابات، كونها جهة تمتاز بالحَيْدَةِ والنزاهة والمهنية، مع القيام بدورات تدريبية للقضاة للتعامل مع هذه التكنولوجيا الحديثة لكي يتسنَّى لهم الإشراف عليها بشكل صحيح وسليم، مما يضمن النتائج النهائية لها.

5- دعم عملية المُساءلة لكلٍّ من الناخب والمرشح أو من المراقبين، وذلك لتوفير الثقة المتبادلة بين الأطراف ككل والثقة بالقانون من ناحية أخرى، كما لا بُدَّ من إتاحة المجال لهم بتقديم طعون بنتائج الإنتخابات وإعطاء الأحزاب السياسية ومراقبي الإنتخابات والإعلام الفرصة لحضور الإجتماعات الخاصة بالإنتخابات، ووضع السياسات العامة بما يتعلق بإستخدام وإدخال تكنولوجيات إنتخابية جديدة.

6- أن يتم إدخال تعديلات على قانون الإنتخاب الأردني تنظِّم مثل هذا النظام (التصويت الإلكتروني) وذلك بما يتلاءم مع الدستور، أي وجود التشريع القانوني الذي يدعم قرار تطبيق التصويت الإلكتروني.

الهوامش:

1 صدام فيصل كوكز المحمدي(2012)، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، بحث منشور مجلة كلية الحقوق/ العراق،2012, ص2.

2 عدنان أبو زيد، التصويت التقليدي إلى ذكرى في متحف التاريخ، مقال منشور على جريدة المسألة، انظر الموقع الآتي: https://www.google.jo/search?ei=bYQTXafilcqjwALM3r6IDw&q، تاريخ الزيارة 2018/10/22.

3 محمد بن مكرم أبن منظور, (1290هجري)، معجم لسان العرب، ط2، بيروت: دار صادر، ص26.

4 المحمَّدي، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية، مرجع سابق، ص4.

5 قيس جمال الخلفات (2013)، التحوُّل إلى نظام التصويت الإلكتروني خطوة على طريق تعزيز الحاكمية الرشيدة في العملية الانتخابية، مقال منشور في صحيفة الرأي،2012, انظر الرابط الآتي: http://alrai.com/article/571639.html، تاريخ الزيارة 2018/10/24.

6 عمرو زكي عبد المتعال، استخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت في الانتخابات، استخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت في الانتخابات، دراسة قانونية، القاهرة,2012, ص5.

7 قاسم حسن العبودي، تأثير النظم الانتخابية في النظام السياسي، بلا طبعة، عمان/وسط البلد، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، 2012, ص218.

8 احمد الموافي، الطعون الانتخابية والفصل في صحة العضوية بين السلطتين التشريعية والقضائية، بلا طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية،2004, ص61.

9 عبد اللاه شحاته الشقاني، مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام / للانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية "دراسة مقارنة"، بلا طبعة, الإسكندرية : منشأة المعارف،2005, ص162 – 173.

10 عبد المتعال، استخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت في الانتخابات، مرجع سابق، ص5.

11 العبودي، النظم الانتخابية، مصدر سابق، ص 271.

12 - أحمد فرج ، الديموقراطية الرقمية وتأثيرها على مشاركة الشباب في الحياة النيابية، مجلة الديموقراطية (وكالة الأهرام)، المجلد9, العدد (2)، ص102

13 إبراهيم محمد عياش، النظرية الانسانية في العلاج النفس، على الموقع الإلكتروني: http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp

14 ريبكا مير كوري، التصويت الإلكتروني، على الموقع الإلكتروني :http://www.notablesoftware.com ، تاريخ الزيارة 2019/10/25.

15 نوال مغزيلي، دور تكنولوجيا الإعلام والاتصال في إرساء ممارسة جديدة للديموقراطية الإلكترونية، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد (3)، ص5.

16 - الخلفات، مقال بعنوان التحول الى نظام التصويت الإلكتروني خطوة على طريق تعزيز الحاكمية الرشيدة في العملية الانتخابية، مرجع إلكتروني سابق.

17 العبودي، النظم الانتخابية، مصدر سابق ص 273.

18 وسن كاظم زرزور، التوقيع الإلكتروني كدليل من أدلة الإثبات في ضوء أحكام قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979، بحث منشور على مجلة رسالة الحقوق، العدد 2، 2011,ص140

19 قامت السلطات الروسية بإحباط محاولات القرصنة لمنظومة الاقتراع الآلية في الانتخابات الرئاسية، وهذه الهجمات حدثت بالفعل، إلّا أنَّ الهيئة المركزية للانتخابات ووكالة إنقاذ القانون وهيئة الخدمة الفيدرالية لمراقبة الاتصالات كان لها القدر الكبير من الخبرة في التعامل مع هذه الهجمات، وتم إحباطها، وتزامن ذلك مع ترشح الرئيس الروسي فيلاد يمير بوتين في الانتخابات الرئاسية الروسية، للمزيد انظر: هاني لبيب مقال بعنوان روسيا تحبط محاولات قرصنة إلكترونية للانتخابات الرئاسية على الموقع الآتي: https://www.mobtada.com/details/709666، تاريخ الزيارة 2019/10/23.

20 الخلفات، التحوُّل إلى نظام التصويت الإلكتروني خطوة على طريق تعزيز الحاكمية الرشيدة في العملية الانتخابية، مرجع إلكتروني سابق.

21 صبري محمد السنوني ، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، بلا طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية،2000, ص135

22 العبودي، النظم الانتخابية، مصدر سابق،ص275.

23 عبد المتعال، عمرو زكي(2012)، استخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت في الانتخابات، مرجع سابق، ص10.

24 دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدِّ الإلكترونية (وهو دليل لمراقبة العملية الانتخابية بمراحلها كاملة ويحوي الأسس الواجب اتّباعها لضمان نجاح ومصداقية عملية الانتخاب)، واشنطن: المعهد الديموقراطي الوطني للشؤون الدولية، ص6.

25 جمال علي الدهشان، التربية، دور تكنولوجيا المعلومات في دعم التحولات الديموقراطية، مجلة كلية الحقوق /جامعة المنوفية، مجلد1، العدد(2)، 2014،ص146.

26 عادل عبد الصادق، الديموقراطية الرقمية، بلا طبعة، القاهرة: المركز العربي للأبحاث والقضاء الإلكترونية/سلسلة مفاهيم استراتجية،2010, ص16

27 عبد الفتاح، كنعان علي عبد الفتاح، الصحافة الإلكترونية في ظل الثورة التكنولوجية، بلا طبعة، عمان: دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع،2014,ص2.

28 إسماعيل شاهر الشاهر، دراسات في الدولة والسلطة والمواطنة، ط1، المركز الديموقراطي العربي للنشر، برلين/ ألمانيا،2017, ص 82.

29 محمد الطعامنه وآخرون، الحكومة الإلكترونية وتطبيقاتها في الوطن العربي، بلا طبعة، القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية،2004, ص16و17

30 - Tadayoshi Kohno، Aviel D. Rubin، Adam Stubblefield and Dan S. Wallach A nalysis of an electronic voting system، johns Hopkins university، on this website http://www.c4i.org/diebold-vote.pdf، vist date:22/10/2018.

31 المحمّدي، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، مرجع سابق، ص6.

32 تقنية الانتخابات، مقال منشور على صحيفة رسالة الجامعة،على الموقع الإلكتروني: http://rs.ksu.edu.sa/84812.html، تاريخ الزيارة 2018/10/22.

33 أنظمة التصويت الإلكتروني، مقال منشور في شبكة المعرفة الانتخابية، على الموقع الإلكتروني: http://aceproject.org/ace-ar/topics/et/، تاريخ الزيارة 2018/10/22.

34 عبد المتعال، استخدام النظم والوسائل الإلكترونية في التصويت في الانتخابات، مرجع سابق، ص5.

35 سعد الفلاح, الرقم الوطني" ومخاطره على المواطن الليبي"، على الموقع الإلكتروني www.libya-al-mostakbal.org/news/، تاريخ الزيارة 2/10/22

36 الاقتراع الالكتروني، شبكة المعرفة الانتخابية، على الموقع الإلكتروني.http://aceproject.org، تاريخ الزيارة 2018/10/22.

37 محمد أبو بكر عبدالمقصود، بحث بعنوان التصويت الإلكتروني بين التجربتين العربية والغربية نظرة حول التجربة الإماراتية، مجلة الاسكندنافية الإلكترونية، المجلد1، العدد(1)،2010, ص10.

38 أمين محمد مصطفى، الجرائم الانتخابية، بلا طبعة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000, ص13.

39 التوم سيد أحمد البطري، التصويت الإلكتروني بالسودان طرقه وأشكاله وآليَّات تطبيقه في السودان، بحث منشور على الموقع الآتي: https://www.sudaress.com/sudanile/74801، تاريخ الزيارة 2018/10/22.

40 الخلفات، التحوُّل إلى نظام التصويت الإلكتروني خطوة على طريق تعزيز الحاكمية الرشيدة في العملية الانتخابية، مرجع إلكتروني سابق.

41 وليد الأصفر، مخاطر الانتخابات الإلكترونية، انظر الموقع الآتي: https://archive.aawsat.com/details.asp?issueno=9165&article=22469#.XxR6VqEzbIU، تاريخ الزيارة 19/7/2020.

42 وليد الأصفر، مخاطر الانتخابات الإلكترونية، مرجع إلكتروني سابق.

43 عبد العلي هبال، التصويت الإلكتروني: تجارب دولية، جامعة باتنه، الجزائر، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، مجلد8، العدد 15 ص86.

44 نظام التصويت الإلكتروني في انتخابات المجلس الوطني الاتحادي، مقال منشور على الموقع الآتي: https://u.ae/ar-ae/about-the-uae/the-uae-government/evoting-in-the-uae، تاريخ الزيارة 2020/7/20.

45 صبري محمد السنوني، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، بلا طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية، 2000ص135.

46 جودت كاظم، **التصويت الإلكتروني هل يمنع تزوير الانتخابات العراقية**، مقال منشور على موقع جريدة الحياة/ جريدة إلكترونية، بغداد، انظر الموقع الآتي: http://www.alhayat.com،

تاريخ الزيارة2020/7/20.

47 انظر: موقع المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، مرجع سابق إلكتروني سابق

48 أشكال الإدارة الإنتخابية , دليل المؤسسة الدولية للديموقراطية والإنتخابات 200

49 محمد الحسيني، ورقة سياسية بعنوان الأثر الإجتماعي للنظام الإنتخابي الأردني، مؤسسة فريدريش أيبرت، مكتب العراق والاردن،2014.

50 عبدالله الحراحشة، مقال بعنوان التصويت الإلكتروني قانونًا وواقعًا، انظر الموقع الآتي: https://albosala.com/%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%86%D8%AA%D8%AE%D8%A7%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8A-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D8%A7-%D9%88%D9%88%D8%A7%D9%82%D8%B9%D8%A7/، تاريخ الزيارة 2020/7/20.

51 بشير علي باز، دور الحكومة الالكترونية في صناعة القرار الإداري و التصويت الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية,2003، ص131، ص134.

52 زاهي رجا، اعتماد التصويت الإلكتروني في العملية الانتخابية مجلس طلبة جامعة الزرقاء لعام 2009، انظر الرابط الآتي: https://www.addustour.com/articles/805067، تاريخ الزيارة 2020/7/20.

53 الخلفات، التحوُّل إلى نظام التصويت الإلكتروني خطوة على تعزيز الحاكمية الرشيدة في العملية الانتخابية، مرجع إلكتروني سابق.

54 دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدِّ الإلكترونية (وهو دليل لمراقبة العملية الانتخابية بمراحلها كاملة ويحوي الأسس الواجب اتّباعها لضمان نجاح ومصداقية عملية الانتخاب)، واشنطن: المعهد الديموقراطي الوطني للشؤون الدولية، ص9.

55 دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدِّ الإلكترونية (وهو دليل لمراقبة العملية الانتخابية بمراحلها كاملة ويحوي الأسس الواجب اتّباعها لضمان نجاح ومصداقية عملية الانتخاب)، واشنطن: المعهد الديموقراطي الوطني للشؤون الدولية، ص9.

56 داوود، حسن طاهر داوود ، الحاسب وأمن المعلومات، ط1، معهد الإدارة الوطنية، مكتبة فهد الوطنية: المملكة العربية السعودية، 2000, ص10.

57 - أيمن محمد السيد الأحول وآخرون، بحث بعنوان التحدّيات الأمنية المعاصرة للظواهر الإجرامية المستحدثة، مجلة الفكر الشُّرَطي (هي دورية علمية محكمة ومفهرسة ربع سنوية تُعنى بنشر جميع الأبحاث والدراسات ذات العلاقة بالأمن بمفهومه الشامل، وتصدر من الإمارات العربية المتحدة)، مجلد 22، عدد (86)، 2013ص172.

58 الأحول وآخرون، التحدّيات الأمنية المعاصرة للظواهر الإجرامية المستحدثة، مرجع سابق، ص177

59 طارق بن عبدالله الشدي، مقدمة في الحاسب الآلي وتقنية المعلومات، ط2، الرياض: دار الوطن للنشر،1996, ص188.

60 الخلفات، التحوُّل إلى نظام التصويت الإلكتروني خطوة على تعزيز الحاكمية الرشيدة في العملية الانتخابية، مرجع ألكتروني سابق.

61 المُحَمَّدي، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، مرجع سابق، ص30.

62 دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدِّ الإلكترونية، المعهد الديموقراطي الوطني للشؤون الدولية، مرجع سابق، ص6.

63 الخلفات، التحوُّل إلى نظام التصويت الإلكتروني خطوة على تعزيز الحاكمية الرشيدة في العملية الانتخابية، مرجع إلكتروني سابق.

64 دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدِّ الإلكترونية، المعهد الديموقراطي الوطني للشؤون الدولية، مرجع سابق، ص9.

65 المحمدي، التصويت الإلكتروني وأمن العملية الانتخابية الإلكترونية، مرجع سابق، ص33و34.

66 شريف يوسف جيد ، كيف تقوم المنظمات المحلية بمراقبة الانتخابات، ط1، واشنطن: المعهد الديموقراطي الوطني للشؤون الدولية، 1997, ص4و5.

67 دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدِّ الإلكترونية، مرجع سابق، ص7.

68 محمد ذنون يونس، الإطار القانوني للتصويت الإلكتروني، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي للمفوضية العليا المستقلة للانتخابات في العراق، كلية الحقوق/ جامعة الموصل: العراق، 2012, ص9.

69 انظر المادة (3) من قانون الانتخاب الأردني رقم 6 المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2016/3/15 بالعدد (5386).

70 راشد بن سالم بن راشد البادي، أثر التقنيات المعاصرة على الأمن، رسالة دكتوراه مقدمة بكلية الدراسات العليا، كلية الشرطة، جامعة القاهرة، 2006, ص24، 25.

71 محمد ذنون يونس، الإطار القانوني للتصويت الإلكتروني، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي للمفوضية العليا المستقلة للانتخابات في العراق، كلية الحقوق/ جامعة الموصل: العراق، 2012, ص100.

72 أحمد المحروق، إشراف القضاء على العملية الانتخابية، مقال منشور على الموقع الآتي: https://platform.almanhal.com، تاريخ الزيارة 2019/5/27.

73 علي الصاوي وآخرون، كيف تراقب الانتخابات، ط1، القاهرة: الجمعية العربية للدراسات البرلمانية، 2005ص10.

74 عمر فخري الحديثي ، دور المفوضية العليا المستقلة للانتخابات في الوقاية من الجريمة الانتخابية، بحث منشور في كلية القانون والعلوم السياسية، مجلة جامعة الأنبار، 2011, ص121.

75 شريط ألأمين (2005)، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط4، الجزائر: دار المطبوعات الجامعية،2005, ص212.

76 منذر الشاوي، فلسفة الدولة، ط2، بغداد: الذاكرة للتوزيع والنشر، 2013, ص257.

77 جهاد علي جمعه ، الطعون في الانتخابات التشريعية في العراق والجهة المختصة بالنظر فيها دراسة مقارنة، رسالة ماجستير منشورة، جامعة بغداد/ كلية الحقوق، 2011, ص124-126.

78 انظر المادة 9 من قانون القضاء الإداري رقم 27 لسنة 2014 والمنشور في الجريدة الرسمية.

79 محمد علي الخلايله, القضاء الإداري"دراسة تحليلية مقارنة في كل من الأردن وفرنسا وبريطانيا ومصر,ط1, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان 2020, ص 115.

80 دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدّ الإلكترونية، المعهد الديموقراطي الوطني للشؤون الدولية، مرجع سابق، ص4.

81 حميد قاسم الموسوي، التصويت الإلكتروني في الانتخابات وإمكانية تطبيقه في العراق، http://www.alnoor.se/article.asp?id=235470/، تاريخ الزيارة 2020/7/19.

82دليل تنفيذ ومراقبة عملية التصويت والعَدّ الإلكترونية، مرجع سابق، ص6.

" المسؤولية المدنية على شركات الكهرباء الناشئة عن حالات الصعق الكهربائي "

د. فادي "محمد خالد" خريس* **د. نصر"محمد سعيد" بلعاوي****

تاريخ وصول البحث: 2020/7/2م تاريخ قبول البحث: 2021/1/4م

الملخص

تهدف الدراسة إلى التعرف على أساس المسؤولية على شركات الكهرباء وأركانها وشروطها الناتجة على حالات الصعق الكهربائي بصفتها حارسة لمنشآتها الكهربائية، وتعد من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة حسب القانون المدني الأردني والتعرف والتمييز بين مسؤولية الفعل الشخصي ومسؤولية الأشياء وعبء إثبات المسؤولية، ومن أبرز ما توصلت إليه الدراسة: أقام المشرع الأردني المسؤولية عن الفعل الشخصي على أساس الأضرار ولم يؤسسها على الخطأ. كما أخذ القضاء الأردني بمبدأ الحراسة الفعلية للشيء وليس مبدأ الحراسة القانونية.

وأوصت الدراسة إلى ضرورة أفراد نصوص خاصة تعالج المسؤولية المدنية للأشياء بقانون الكهرباء العام وتعديل نص المادة (257) من القانون المدني الأردني بالإضافة إلى تعديل نص المادة (291) وإيجاد معيار خاص للتفرقة بين المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن الأشياء.

كلمات مفتاحية: شركات الكهرباء، الأشياء الخطرة، المسؤولية المدنية، حارس الأشياء، الإضرار، التعويض السبب الأجنبي.

* باحث.

** أستاذ مساعد، كلية الحقوق، جامعة جدارا.

Civil Liability on Electricity Companies Arising From electric Shock

Abstract

The study aims to identify the basis, pillars and conditions of responsibility for electricity companies resulting from electric shock cases as guardians of their electrical installations, which are among the things that require special care according to the Jordanian Civil Law and to identify and distinguish between responsibility for personal action and responsibility of things and the burden of proving responsibility, and among the most prominent findings The study: The Jordanian legislator claimed responsibility for the personal act on the basis of the damages and did not base it on the wrong.

The Jordanian judiciary also adopted the principle of actual guarding of something and not the principle of legal guarding. The study recommended the need for individuals with special texts dealing with civil responsibility for things with the General Electricity Law and amend the text of Article (257) of the Jordanian Civil Code in addition to amending the text of Article (291) and find a special standard to distinguish between responsibility for personal action and responsibility for things.

Key Words: Electricity Companies, Hazardous Items, Civil Liability, Guardianship, Damage, Compensation, Outer Cause.

المقدمة:

ارتبطت الكهرباء ارتباطاً ملازماً بحياة الانسان، حيث تعد المقوم الرئيسي وعصب مهم من مقومات الحياة الحديثة المتحضرة، حيث إن رفاهية الإنسان بهذا العصر المتقدم تكنولوجيا مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة مع نعمة الكهرباء، لما ما رافق هذا العصر من ظهور وسائل وادوات وأشياء متقدمة لا يمكن تصور عملها بدون الكهرباء. وعند استعمال هذه الادوات والأشياء المتقدمة تكنولوجياً؛ تبين بأنها خطرة بطبيعتها مما أدى -وأثناء التعامل بها- إلى تعريض أرواح الأشخاص للخطورة، وتصل

أحياناً إلى درجة الموت، أو إحداث عاهة دائمة نتيجة عدم الوعي واتخاذ التدابير واجراءات السلامة العامة عند التعامل معها، ناهيك عن الخسائر والأضرار المادية التي يمكن أن تسببها هذه الأشياء.

وفي حال إقرار المشرع لبعض النصوص والقواعد الثانوية العامة، يلزم عليه الموازنة بين حقوق ومصالح الأفراد ومصلحة المجتمع، فلا يبالغ المشرع في وضع قواعد ونصوص قانونية تحمي جهة على حساب الأخرى، فعليه واجب التوازن بين جميع الاطراف، حيث نصت غالبية الدساتير الحديثة على مبادئ تضمن التوازن عند تشريع النصوص القانونية، وبالتالي فإن البحث في المسؤولية المدنية على شركات الكهرباء الناتجة عن حالات الصعق الكهربائي، يقتضي إيجاد التوازن بين مصلحة الشركات المساهمة العامة التي تقدم خدمة هامة وضرورية لا يمكن الاستغناء عنها في ظل التطور التكنولوجي والصناعي، التي تعدّ رافد من روافد الاقتصاد الوطني وبين حق الفرد وحماية حياته من الخطر.

إن هذه المسؤولية نتيجة الأضرار، تقام على من يكون الشيء تحت حراسته أو تصرفه، لذلك فإنه من الضروري فهم معنى الحراسة على الشيء، الذي أحدث الضرر وتحديد الشخص المسؤول عن تعويض المضرور الذي لحقه الأذى والضرر من ذلك الشيء ومتى تسقط المسؤولية عن شركات الكهرباء.

ويعرف الصعق الكهربائي بمرور تيار كهربائي عبر جسم الإنسان، وقد يؤدي الى الوفاة، ومن ناحية طبية؛ يمكن أن تحدث الوفاة بسبب الصدمة التي يحدثها الصعق بما يكفي لتوقف القلب عن العمل. كما تتسبب التيارات الكهربائية عالية الجهد في ضرر دائم عبر الحروق وتسبب تلفا في خلايا الجسم، كما يختلف الجهد اللازم لخلق تيار كهربائي خلال الجسم باختلاف مقاومة الجلد البشري للتيار، حيث تقل المقاومة في الجلد الرطب أو بسبب العرق، مما يسمح بتدفق أكبر للتيار الكهربائي عبر الجسم [1]. وتعرف شركات بأن الكهرباء: هي شركات مساهمة عامة مملوكة في الغالب وبنسبة كبيرة للحكومة أو مؤسسات شبه رسمية، كانت تعمل بموجب قانون الامتياز، ومن ثم رخصة توزيع والتزويد بالتجزئة المعقودة بين الشركات وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية ولمدة خمسة وعشرين عاماً، وأن الغاية من هذه الرخصة؛ هو تخويل الشركات بممارسة نشاط توزيع الطاقة الكهربائية وتزويدها بالتجزئة للمستهلكين الواقعين في منطقة التوزيع والتزويد بالتجزئة الخاصة بالشركات، التي حلت مكان قانون الامتياز حيث لكل شركة من الشركات الثلاث منطقة جغرافية محددة تقدم بها الخدمة دون منازع.

حيث تلتزم كل شركة من شركات الكهرباء بتطبيق بنود الرخصة جميعها، وتحت طائلة المسؤولية بإلغاء الرخصة أو سحبها كما تلتزم الشركات بالقوانين الأردنية المطبقة عليها، بما فيها قانون الكهرباء العام وجميع الأحكام التنظيمية التي تصدرها هيئة تنظيم قطاع الطاقة والمعادن، التي أنشئت بموجب المادة (6)

من قانون الكهرباء العام لسنة (2002) وتعديلاته(2)، والتي تتمتع بشخصية اعتبارية ذات استقلال مالي وإداري وترتبط الهيئة برئيس الوزراء مباشرة، وتهدف إلى الحفاظ على هيكلة فاعلة للقطاع وتطويره بما يضمن ويعزز الجدوى الاقتصادية له وتشجيع الاستثمار والمنافسة في القطاع وتحسين كفاءة التشغيل وبيع الكهرباء بأسعار معقولة وتوفير خدمات آمنة ومستقرة وذات جودة عالية في مجال توليد ونقل وتوزيع وتزويد الطاقة الكهربائية وضمان تقيد الشركات العاملة في القطاع بمعايير المحافظة على البيئة وشروط السلامة العامة المطبقة في المملكة والتأكد من توفير خدمات الكهرباء من الشركات الى المستهلكين بصورة كافية، والتأكد من أسعار الكهرباء التي تتقاضاها الشركات تمكنها من تمويل أنشطتها وتضمن لهم نسبة معقولة من العائد على استثماراتهم ورعاية مصالح المستهلكين وتنظيم القطاع الكهربائي على أساس من العدالة والتوازن بين مصالح المستهلكين والشركات.

وبهذه الحالة؛ ومن استقراء المادة (43) والتزام الشركات بها، يتبين بأن الشركات ليست متعدية، إلا في حالة واحدة، وهي: إقامة المنشآت الكهربائية في المواقع الأثرية؛ لأن القانون نص عليها صراحة واستثناها من أحقية الشركات بإقامة المنشآت بها. أما في حالة الأضرار، عندما يكون بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، ومرجع التفرقة في الحكم بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي، أما التسبب فليس بالعلة المستقلة؛ أي يشترط أن يتزامن شرط التعدي أو التعمد لوقوع المسؤولية المدنية على المتسبب ليكون موجباً للضمان ويعني أن ضمان المتسبب مشروط بإتيانه فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر عمداً وبغير حق [3].

مشكلة الدراسة:

تبرز مشكلة الدراسة؛ ببيان مدى كفاية قواعد القانون المدني الأردني وتوازنها لضمان الضرر الناشئ عن المنشآت الكهربائية سنداً للمواد (256) (257)، والمواد التي تعالج مسؤولية الحراسة عن الأشياء والآلات الخطرة، التي تناولها المشرع الأردني في المادتين (291-292)، حيث إن استعمال الحقوق والرخص مشروط بضمان سلامة الآخرين. وأن فكرة الحراسة على المنشآت الكهربائية التي أحدثت ضرراً، قد تضمنت قواعد مشددة على شركات الكهرباء، وذلك بقصد التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المتضرر، والمشاكل العملية التي نتجت نتيجة تطبيق هذه القواعد.

أسئلة الدراسة:

1. ماهية أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي لدى المشرع الأردني.
2. ما مدى كفاية النصوص التشريعية الناظمة لمسؤولية شركات الكهرباء.
3. ما هي مسؤولية شركات الكهرباء بوصفها حارسا للأشياء في حالات الصعق الكهربائي.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان المسؤولية المدنية على شركات الكهرباء الناشئة عن حالات الصعق الكهربائي.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة من أهمية المسؤولية المدنية الناتجة عن التعامل مع المنشآت الكهربائية، وما له من ارتباط وثيق مع الأفراد والجماعات، وكيفية استخدامهم وتعاملهم مع هذه المنشآت التي تجعلهم محلاً للمسؤولية المدنية. واختلاف التطبيقات القضائية من حيث المسؤولية المدنية الناشئة عن حالات الصعق الكهربائي. وبيان المسؤولية المدنية لحارس الشيء، ومتى تنتفي عنه هذه المسؤولية. ومدى مسؤولية العناية الواجب توخيها على الحارس (شركات الكهرباء)، في ظل قانون الكهرباء العام وتعليمات هيئة تنظيم قطاع الكهرباء.

حدود الدراسة:

الحدود الموضوعية: تتكون حدود هذه الدراسة في المسؤولية المدنية على شركات الكهرباء الناشئة عن المنشآت الكهربائية بحالات الصعق والأضرار المترتبة عليها في القانون المدني الأردني.

الحدود المكانية: ستقوم هذه الدراسة بتسليط الضوء على القانون المدني الأردني والتطبيقات القضائية.

الحدود الزمانية: القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وقانون الكهرباء العام رقم 64 لسنة 2002 وتعديلاته وقانون الشركات الاردني رقم 22 لسنة 1997وقرارات محكمة التمييز الأردنية.

منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، بحيث تم تناول النصوص القانونية التي تنظم أحكام المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن المنشآت الكهربائية، وذلك بتحليل النص القانوني وتطبيقاته القضائية، وعلى وجه الخصوص؛ قرارات محكمة التمييز الأردنية المتعلقة بالصعق الكهربائي.

المبحث الأول: ماهية مسؤولية شركات الكهرباء

تعد المسؤولية المدنية؛ أحد أركان النظام القانوني والاجتماعي، وأن عدم الاضرار بالغير من أهم واجبات الإنسان العاقل والمسؤول عن أعماله وتصرفاته، وهو مكلف وملتزم بإصلاح الأضرار والتعويض على المتضرر بما فاته من كسب ومنفعة في حال تجاوز هذا الواجب، وكلما ازداد النشاط التجاري والاقتصادي بتقدم الحياة، زادت حاجة الإنسان للآلة وزاد استعماله لها، كلما زادت فرصة تعرضه للأذى منها، وزيادة الحوادث الذي تسببه الآلة أو الشيء للغير.

تعرف المسؤولية بصورة عامة بأنه التزام بموجب، قد يندرج من موجب أدبي أو أخلاقي أو طبيعي، إلى موجب مدني متمثل بمصلحة مالية أو بعمل أو بامتناع عن عمل معين، فإذا تناول هذا الموجب التزاماً بالتعويض عن الأضرار التي يحدثها الإنسان للغير بفعله، أو بفعل التابعين له أو الأشياء الموجودة بحراسته أو نتيجة لعدم

تنفيذه لالتزاماته العقدية، عُبر عن هذا الالتزام بالمسؤولية المدنية. وفقاً للمبنى القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية تندرج تحت هذه التسمية أنواع عديدة، وتكون مسؤولية تقصيرية، إذا حكم بها الشخص نتيجة فعله الشخصي الذي تسبب به ضرراً للغير، وهذا يندرج تحت مفهوم الخطأ، وأحياناً يمكن أن نعبر عن هذا الخطأ بالجرم أو شبه الجرم المدني. وهي مسؤولية وضعية، عندما تنشأ عن ضرر يحدثه الشيء الموجود بحراسة أحد الأشخاص، وهي أيضاً مسؤولية عن فعل الغير عندما ينشأ الضرر عن فعل شخص، حدد القانون حصراً وضعه القانوني بالنسبة للمسؤول عنه[4].

وبما أن الحديث عن شركات تكتسب الشخصية المعنوية بموجب القوانين الأردنية، وحسب ما نصت عليه المادة (50) من القانون المدني الأردني تحت بند الأشخاص الحكمية وهي: "الدولة والبلديات والهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية حكمية والوقف والشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون، وكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكمية بمقتضى نص في القانون". وبهذا يمكن ان يتساوى الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، أو الاعتياري أو الحكمي كما أسماه القانون المدني الاردني من حيث الاهمية، ومن حيث تحمل المسؤولية القانونية سواء كانت هذه المسؤولية ناتجة عن مسؤولة عقدية، أو ناتجة عن الفعل الضار، وهذا لما تلعبه الشخصية المعنوية من دور هام وبارز في المجتمع وبغض النظر سواء أكان الشخص المعنوي عاماً أو خاصاً.

وتجدر الإشارة إلى ماهية المسؤولية المدنية، ومدى توافر شروطها وانطباقها على الأعمال التي تقوم بها شركات الكهرباء بمواجهة المشتركين بالتيار الكهربائي والغير، ولإيضاح ذلك فإن المسؤولية بشكل عام هي: حالة الشخص الذي ارتكب ما يستوجب المؤاخذة عليه، فإذا كان الأمر مخالفاً لقواعد الأخلاق وصفت على أنها مسؤولية أدبية، وإذا كان القانون يستوجب المؤاخذة تكون مسؤولية قانونية تستوجب جزاءً قانونياً[5]. أما المسؤولية لغة – هي: حالة أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته[6].

وبنهاية الأمر؛ فإن المسؤولية المدنية وبدون النظر على مصدرها، فإنه يراد بها الفعل الضار الذي أنشأ الالتزام بالتعويض، وما يترتب على ذلك من أثر قانوني على الفعل الضار، ألا وهو التزام المتسبب بالضرر بالتعويض عن المضرور وجبر ضرره.

أولاً: مفهوم الشخص المعنوي (الحكمي) وخصائصه

مفهوم الشخص المعنوي (الحكمي)

من أطراف العقد يمكن أن يكون الشخص طبيعياً أو معنوياً، وذلك ما تفرضه الشخصية القانونية، ولا يتساوى الشخص الطبيعي من المعنوي، فالشخص المعنوي هو: مجموعة من الأشخاص أو من الأموال الذين يتحدون لقيام بنشاطات معينه ولأغراض مختلفة، ويسميه المشرع المدني الاردني؛ بالشخص الحكمي،

فليس له كيان مادي، ولكنْ له وجود مادي لهذا اعترف القانون لهذا الشخص بقدرته على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما الشخص الطبيعي: يكتسب الشخصية القانونية بمجرد ميلاده حتى و تثبت له بعض الحقوق قبل ميلاده[7]. وقد عرف الفقه والقانون الشخص المعنوي بأنه: مجموعة من الأموال أو الأشخاص التي تعمل لتحقيق غاية معينة ويصبغ عليها القانون الشخصية التي تمكنها من تحقيق غاياتها وأهدافها، وقد سماه الفقه بأكثر من اسم منها: الشخص الحكمي أو الشخص الاعتباري[8].

وبالنسبة للقانون المدني الأردني؛ فقد اكتفى بذكر الأشخاص الحكمية، ولم يتطرق الى إيجاد تعريف واضح للشخص المعنوي، ولكنه اعترف به وذكر أن الأشخاص الحكميين هم: الدولة والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكمية، كذلك الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية حكمية، وأيضاً المال الوقف بالإضافة إلى الشركات التجارية والمدنية، وأيضاً الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون، وكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكمية بمقتضى نص القانون[9]. يتم تأسيس الشركة في المملكة وتسجيلها فيها بمقتضى هذا القانون وتعدّ كل شركة بعد تأسيسها وتسجيلها على ذلك الوجه شخصاً اعتبارياً أردني الجنسية ويكون مركزها الرئيسي في المملكة سنداً لقانون الشركات الأردني[10].

ويقسم الشخص المعنوي في القانون حسب نوعه الى نوعين، أولها: الاشخاص المعنوية الخاصة وهي الطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية حكمية والهيئات والوقف والشركات المدنية والتجارية والمؤسسات والجمعيات المنشأة حسب القانون، وثانيهما: الأشخاص المعنوية العامة وهي الدولة ووحدات الحكم المحلي والمحافظات والمدن والقرى والهيئات والمؤسسات العامة والجامعات[11].

خصائص الشخص المعنوي

ليتمتع الشخص المعنوي بحياته القانونية، لا بد أن يتمتع ببعض الميزات والخصائص، وهذه ما تشكل بناء عليه، بحيث لا يمكن الاطلاع عليه وقيامه بدونها، حيث يمتاز الشخص المعنوي بعدة خصائص، وهي:

أولاً: اسم الشخص المعنوي؛ لكل شخص معنوي اسم يميزه عن غيره يختاره المؤسسون عند إنشائه، أو يمكن أن ينص عليه في سند المنشأ، وفي حال عدم ذكر اسم الشخص المعنوي يؤدي إلى عدم اعتراف القانون له بالشخصية الاعتبارية[12]. ويمكن أن يتم تسمية الشخص المعنوي على اسم أحد الشركاء، مع ضرورة الحاق الاسم عبره وشركائه، ليستدل على شخصية الشركة باستقلال عن شخصية الشركاء[13]، ويكفل القانون منع الاعتداء على اسم الشخص المعنوي من أي شخص كان، وفي حال حدوث أي اعتداء على الاسم يتم إيقاف هذا الاعتداء بطلب من ممثل الشركة، أو

الشخص المعنوي، ويمكن طلب التعويض من الشخص المعتدي، حيث يكون لهذا الاسم قيمة مالية[14].

ثانياً: ذمة الشخص المعنوي وموطنه؛ يمكن تعريف الذمة المالية للشخص المعنوي: بمجموع ما للشخص من حقوق، وما عليه من التزامات في الحال أو المستقبل، ويقصد هنا الالتزامات المالية. ويجب أن يكون للشخص الاعتباري ذمة مالية مستقلة تماما عن ذمة أعضائه[15]، ولا يمكن بأي حال من الأحوال لدائني الأعضاء الرجوع على الشخص الاعتباري لسداد ديونها[16]. وهذا يعني عدم اختلاط ذمم الشركاء مع الشخص الاعتباري وكل ما هنالك أن الشركاء يضعوا ذممهم المستقلة لكي يضمنوا سداد ديون الشركة ضمان اضافي لدائني الشركة. وبالتالي نقول بوجود ذمة مستقلة للشخص الاعتباري عن ذمم المؤسسين له، ويمكن مقاضاة الشخص المعنوي وله أن يرفع القضايا عن طريق ممثله. وكذلك بخصوص موطن الشخص الحكمي أو المعنوي فإنه يتمتع بموطن مستقل عن موطن مؤسسيه، ويكون موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته الرئيسي المالي والاداري والقانوني، ويتم تحديده في نظام الشخص المعنوي الاساسي[17].

ثالثاً: الأهلية المقررة للشخص المعنوي، ويمكن تعريف أهلية الشخص المعنوي؛ بصلاحيته في اكتساب الحقوق وتحمله للالتزامات وقيامه بجميع التصرفات التي تنتج اثار قانونية، واكتسب الشخص المعنوي أهلية الوجوب من أهلية الشخص الطبيعي، ونفهم ذلك من الرجوع لنص المادة (51) من القانون المدني الأردني[18]. وفي حال حل الشخص المعنوي، أو انتهاء الغرض من انشائه، تبقى الحقوق التي تنتج عن اكتسابه للشخصية القانونية باقية بالقدر اللازم لإجراء التصفية[19]. وبانتهاء الشخصية القانونية ينتهي الشخص المعنوي وتسدد ديونه من أمواله بعد تصفيتها، ويتم توزيع الباقي حسب ما يقرره سنده الأساسي، أو حسب قرار الحل[20].

ثانياً: المسؤولية المدنية لشركات الكهرباء

جاءت قواعد وأحكام المسؤولية المدنية بشكل متدرج وبالاستناد للقضايا التي تعرض على القضاء، ويتم الحكم بها بين أطرافها، بحيث تناول الفقه الكثير من هذه القضايا التي في أغلبها تتوافق مع قواعد العدالة والمنطق القانوني[21]. ومن المعلوم أن المسؤولية المدنية لشركات الكهرباء كشخص معنوي بمواجهة الغير تكون عقدية في بعض الحالات وتقصيرية في حالات أخرى. فالمسؤولية العقدية هي: تلك التي تنشأ نتيجة الإخلال بالتزام عقدي، إذ تنشأ هذه المسؤولية عندما يترتب ضرر بسبب عدم الالتزام بشروط العقد، بحيث يصيب الضرر أحد أطراف العقد، ويتوجب توافر شروط محددة لقيام هذه المسؤولية حتى يكون الشخص المعنوي ملزماً بجبر الضرر الذي سببه للمتعاقد معه. فمثلا بحال وجود عقد صحيح؛ بين شخص معنوي وطرف آخر تضرر من فعل الشخص المعنوي وكان سبب الضرر الإخلال بما رتبه العقد من التزامات متبادلة بين طرفيه،

ولحق الضرر بأحد المتعاقدين أو خلفاً عام أو خاص.

المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار)

الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية التعويض عن الفعل الضار، هي قاعدة عدم الإخلال بالتزام قانوني أي عدم الإضرار بالغير، سواء أكان مرتكب الفعل الضار قاصداً إحداث الضرر بالغير أم لا، ومن ثم يتوجب عليه التعويض على ضوء ذلك انفاذاً للالتزام الذي أخل به، والذي هو التزام فرضه القانون، ودون أن يكون علاقة لإرادة الطرفين بذلك. إن مفهوم المسؤولية عن الفعل الضار؛ تطور تاريخيا من حيث الحالات التي يجب توافرها لكي تنشأ هذه المسؤولية، فالخطأ هو الفكرة الأولى التي قامت عليها المسؤولية التقصيرية، ثم تقلصت هذه الفكرة التي تشترط إثبات الخطأ، إذ نشأت حالات عد الخطأ فيها مفترضاً حتى تبلورت بشكلها الحالي على فكرة تحمل التبعة إلى جانب فكرة الخطأ، وبغض النظر أكان ذلك ثابتاً أم مفترضاً.

وقد عد المشرع المدني الأردني الإضرار: بأنه الأساس للمسؤولية المدنية، وهو بذلك يكون قد تبنى ما استقر عليه الفقه الإسلامي، وحتى يلزم الشخص بالتعويض عن الضرر الذي تسبب به للغير، فإنه يتوجب ن يكون قد ارتكب فعلاً نتج عنه ضرر للغير، وبذلك يكون الفاعل مسؤولاً بمجرد وقوع الضرر للغير سواء أكان بفعله الشخصي أم بفعل الشيء الذي تحت حراسته، وقد نظم المشرع الأردني أساس مسؤولية حارس الاشياء عما تسببه الأشياء التي تحت يده أو حراسته من أي ضرر يلحق بالغير، وسأعمل على توضيح الآثار المترتبة على المسؤولية عن فعل الشيء، وهذا ما سيصار الى البحث به في الفصل الثاني من هذه الرسالة. هذا وقد عرف القانون المسؤولية التقصيرية بأنها: "إخلال الشخص بما فرضه القانون من التزام بعدم الإضرار بالغير" وقد عرفت أيضاً بأنها: "الاخلال بالتزام مصدره القانون "كما عرفت المسؤولية التقصيرية للشخص المعنوي بأنها: "إلزام الشخص المعنوي بضمان أفعاله التي تُلحق ضرراً بالغير وبالحدود التي رسمها القانون"[22].

وهذا ما تبناه المشرع الأردني[23]، والذي أخذ بأن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الأضرار سواء أكانت بالمباشرة أو بالتسبب، أما بالنسبة للمباشرة فيكون بحال وقع الإتلاف على الشيء بعينه، ويكون بالتسبب عندما يقع الفعل على شيء آخر ويترتب عليه اتلاف الشيء، مع مراعاة أن الإضرار بالمباشرة لا يشترط لنشأة مسؤولية المباشر التعمد أو التعدي، أما بالنسبة للإضرار بالتسبب فيشترط التعمد أو التعدي أو أن يكون الفعل مؤديا إلى الضرر[24]. إن التفرقة في الحكم بين المباشرة والتسبب، كانت مدار اهتمام القانونيين ويعود السبب بذلك إلى أن المباشرة سبب للإضرار ومعضلة مستقلة بحد ذاته، وعليه فإنه لا يصح إسقاط حكمها بداعي أنه لا تعمد ولا تعدي، أما الإضرار بالتسبب فيتوجب ذلك إذ إن التسبب ليس معضلة مستقلة بحد ذاتها لذا وجب اقتران العمل فيه صفة التعمد أو التعدي ليستحق الضمان، والقاعدة العامة أنه إذا اجتمع المباشر

والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، وعلى هذا نصت المادة (258) من القانون المدني الأردني "إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر".

وللوصول لمفهوم المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض، فإنه يتوجب بيان مفهوم التعدي والتعمد في حالة التسبب كشرطين للتعويض، فالتعدي يقصد به: "ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر"[25]. مع مراعاة أن التعدي يستوجب أن يكون التصرف الذي يقوم به الشخص مخالف لسلوك الشخص المعتاد متوسط الحرص ودون الالتفات فيما إذا كان الشخص قاصداً إيقاع الضرر أم لا، أما التعمد فإنه يستوجب وجود نية الإضرار.

أركان المسؤولية التقصيرية:

اهتم القضاء والفقه الفرنسي بوضع معيار للتفرقة بين الفعل الشخصي وفعل الشيء للتمييز بين المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن الأشياء، ومن أهم المعايير[26]:

أولاً: معيار الإفلات من الرقابة: فقدان الرقابة عن الشيء هو معيار التمييز بين فعل الشيء وفعل الإنسان، فإن تصرف الشيء بتوجيه حارسه فإن الفعل يكون للشخص وليس للشيء، أما بحال أفلت الشيء من يد حارسه ومن رقابته وأحدث ضررًا فإن الفعل -والحالة هذه- يكون للشيء، وهذا الفعل يكون استجابة لقوى الطبيعة المطلقة أو لقوة الشيء ونشاطه الذاتي، ويشترط بحالة فعل الشيء أن لا يكون الشيء عند ايقاع الضرر قد تم بتوجيه الإنسان.

ثانياً: معيار الفعل الذاتي للشيء: ويقصد به إذا وقع الضرر نتيجة النشاط الذاتي للشيء ودون تدخل الإنسان.

ثالثاً: معيار الضرر المتعمد: بحال كان الضرر قد وقع بسبب الإنسان وكان متعمداً وبغض النظر عن نية فاعله بأن كان لغاية مشروعة كحالة الدفاع الشرعي أو الضرورة، أو كان الضرر بنية غير متعمدة بأن تسبب به الشيء إذ يعد الضرر -والحالة هذه- ناتجاً عن فعل الشيء وليس عن فعل الإنسان، دون الحاجة للتحقق فيما إذا كان الشيء موجها من قبل شخص أم لا، أو إذا كان الشيء خرج عن سيطرة حارسه.

المبحث الثاني: مسؤولية الحارس عن الآلات والأشياء

سيتناول هذا المبحث وسائل دفع مسؤولية الحارس للآلات والأشياء الخطرة، وتقادم دعوى المسؤولية، حيث يوجد قضايا منظورة في القضاء يعجز فيها المتضرر عن إثبات وجود خطأ لدى الحارس، مما يمكن تحملهم الضرر دون مبرر، وهذا حتما ما يمكن أن يخل بالعدالة حيث تطور الأمر لترجيح إمكانية إقامة مسؤولية الحارس على خطأ مفترض لا يقبل إثبات عكسه[27].

أولاً: النص القانوني لحارس الأشياء والآلات

ابتداءً يجب أن نبين المقصود بالحراسة والحارس، وأنواع الحراسة حيث إن القوانين قد بينت أن حارس الشيء هو ذلك الشخص الذي تتحقق له سلطة فعلية على هذا الشيء في

توجيهه ورقابة نشاطه، فمتى تحققت له هذه السلطة الفعلية تحققت له الحراسة، فحينما كانت السلطة كانت الحراسة. علماً أن المشرع الأردني لم يستخدم مصطلح الحراسة بعكس ما نهجت إليه اجتهادات محكمة التمييز الأردنية[28]. فالحراسة لغة: اسم مصدر من الفعل حرس، وحرس الشيء يحرسه حرساً أي حفظه والحرس أي بمعنى تحفظت منه[29]. ويمكن تعريف الحراسة أنها: وضع مال يقوم بشأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ويتهدده خطر عاجل على يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه، ويوضع المال تحت الحراسة: إما بالاتفاق بين الطرفين المتنازعين فتكون حراسة اتفاقية، وإما بحكم القضاء فتكون حراسة قضائية[30]. ويقصد بالحراسة السيطرة الفعلية المستقلة على الشيء التي تُمكن صاحبها من الرقابة والتوجيه والتصرف في الشيء لحساب نفسه، ويقصد بالسيطرة الفعلية الممارسة المستقلة للإمكانات التي يوفرها الشيء.

أنواع الحراسة:

الحراسة إما أن تكون اتفاقية أو قضائية أو اقتصادية أو قانونية، وسوف يتم شرحها بشكل موجز:

أولاً: الحراسة الاتفاقية: وهي عقد وديعة وهي من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها مجرد توافق الإيجاب والقبول، ففيها يعهد الى شخص بمال يحفظه ويرده عند انتهاء العقد، وتتمتع هذه الحراسة بخصائص معينة[31]، من أهم هذه الخصائص:

أ) **الشي المودع:** ويمكن أن يكون الشيء المودع عقارا أو مبلغاً من المال مختلفا عليه أو منقولا، ويجب أن يكون الشيء المودع غير ثابت الحق كأن يكون موقوف النفاذ على شرط فاسخ، أو واقف والتنازع على هذا المال مازال منظوراً لدى المحكمة ولم يكتسب الدرجة القطعية.

ب) **الحارس:** تطبق أحكام الوديعة والوكالة على الحارس، ويكون بذلك وكيلاً في الإدارة وعليه حفظ المال المودع لديه ويتوجب عليه تقديم حساب قانوني للمال المودع لديه. إن من أهم واجبات الحارس قيامه برد الشيء المودع لديه وذلك بعد ثبوت أحقية أحد الأطراف المتنازعين عليه[32].

ثانياً: الحراسة القضائية: يتم تعيين الحارس من قبل المحكمة المختصة بالنظر في النزاع، ويكون ذلك بموجب حكم قضائي أو بقرار من القضاء المستعجل. يعدّ الاجراء تحفظياً في الحراسة القضائية عندما يصدر من القضاء بصفة الاستعجال، ويتم ذلك بناءً على طلب صاحب الشيء، وعندما يكون متنازعا عليه وغير ثابت ويصدر بموجبه القاضي بوضع المال المتنازع عليه تحت يد شخص يتولى إدارته وحفظه، ويشترط أن يكون هذا الشخص أميناً وأن يرد الحق المتنازع عليه الى صاحبه بموجب قرار حكم قطعي منهي للنزاع، ولهذه الحراسة عدة خصائص منها: (أجراء قضائي تحفظي الغاية منه الحفاظ على مصالح أصحاب الحقوق ودرء أي ضرر محتمل قد يلحق أحد الأطراف المتنازعة على الشيء محل الحراسة

ويكون الإجراء مؤقت لحين إصدار حكم قطعي منهي للنزاع. وعدم المساس بأصل الحق، وتنحصر صلاحية الحارس بالحفاظ على المال المتنازع عليه وإدارته وصيانته دون أن يكون له الحق بتوزيع أي أرباح على أطراف الشيء المتنازع عليه إلا بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية المنهي للخصومة)[33].

ثالثاً: الحراسة القانونية: أن القانون هو أساس الحراسة القانونية، وأن الحارس بمركزه القانوني هو الشخص الواجب عليه إدارة الشيء ومراقبته لما له من سلطة قانونية بالحق، ويستوجب أن يكون هذا الحق مشروعاً سواء أكان هذا الحق شخصياً أو عينياً ويتعلق بالشيء. ويشترط لتحقق الحراسة القانونية، بأن يلتزم الحارس بالرقابة والتوجيه واستخدام سلطته بإصدار الأوامر والتعليمات الكفيلة بالحفاظ على الشيء، كما يشترط أن يكون حقه مستمدا من أحد مصادر الحقوق كالقانون أو العقد أو أي مصدر آخر، وعليه اتخاذ جميع التدابير الاحترازية لدرء أي ضرر محتمل للغير نتيجة استخدام الشيء. إن جهل الحارس بالأمور الفنية المتعلقة بالشيء، لا يفقده صفته كحارس قانوني ما دام مارس حقه في التوجيه والرقابة على الشيء، فإن ممارسة الحارس لسلطته القانونية تكون كافية لثبوت الحراسة دون مباشرتها بالفعل.

كما أن مسؤولية الحارس القانوني تكون مسؤوليته مباشرة لما يتمتع به من سلطة قانونية عما يصيب الغير من ضرر، ولا يتنصل من هذه المسؤولية في حال فقدان أو ضياع الشيء من يده، بصفته حارساً بنظر القانون[34].

رابعاً: الحراسة الاقتصادية: تثبت الحراسة الاقتصادية لمالك الشيء والمستفيد المباشر منه، ومن يملك حماية المنفعة الاقتصادية، فمن يكون صاحب السلطة الفعلية على الشيء يكون هو المسؤول عنها، ويتحمل مسؤولية أي اضرار يمكن أن تنتج عن الشيء، وأن أساس المسؤولية الشيئية هي فكرة تحمل التبعية وفق رأي اصحاب هذه النظرية[35].

وقد تعرض هذا المعيار إلى العديد من الانتقادات، وهي[36]:

- **الغموض وعدم الدقة:** وذلك عندما يتعدد الشركاء في المنفعة الاقتصادية للشيء وقد تتحقق الفائدة من الشيء لأكثر من شخص، والقول بثبوت الحراسة على الشيء بتعدد الاشخاص في نفس الوقت يتنافى مع المبدأ القائل بأن الحراسة تتبادل ولا تتعدد.
- **عدم وجود سلطة فعلية:** على الشيء حيي سلطة فعلية عليه مما يتنافى مع مدلول الحراسة التي استوجبت ان يكون هناك سلطة فعلية للحارس على هذا الشيء.
- **عدم وجود الحراسة:** يمكن ان يسبب التسليم بهذا المعيار الى وجود اشياء بدون حارس متى كانت لا تدر نفعاً على مالكها أو حائزها مما يمكن حرمان المتضرر من تحصيل حقه.

حراسة الشخص المعنوي:

تنعقد الحراسة باعتبارها السلطة الفعلية على الشيء للأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وعندما تنعقد للشخص الطبيعي، يجب ان يمارس السلطة الآمرة، ويستغله لحسابه وأن يتحمل المسؤولية عن أي أضرار قد تنتج عنه، إلا أننا قد نجد بأن الحراسة قد تنعقد للشخص المعنوي، ويكون حارساً للشيء الذي يستغله لحسابه الخاص. ويعرف الشخص المعنوي بأنه: مجموعة من الأشخاص أو الأموال والتي تسعى لتحقيق غرض معين يسبغ القانون عليها شخصية قانونية مستقلة تكسبها الأهلية القانونية للاستفادة من الحقوق وتحمل الالتزامات[37].

وقد أقر المشرع الأردني فكرة الشخص المعنوي، عندما أشار إليه في المادة (50 و 51) من القانون المدني الأردني، إلى تعداد أو تبيان العديد منها حيث نصت المادة على[38]:

1) الأشخاص الحكمية، وهي: (الدولة والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكمية).
2) الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف بها الدولة بشخصية حكمية.
3) الوقف.
4) الشركات التجارية والمدنية.
5) الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون.
6) نجل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكمية بمقتضى نص في القانون.

ونصت المادة (51) من القانون المدني الأردني: على أن الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون، فيكون له:

1) ذمة مالية مستقلة.
2) أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون.
3) حق التقاضي.
4) موطن مستقل، ويعدّ موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة الأردنية الهاشمية يعدّ مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

ويكون له من يمثله في التعبير عن إرادته[39].

وبذلك فإن المشرع اعترف بفكرة الشخص المعنوي، وبفكرة تحقق مسؤوليته عن تلك الأشياء التي تحت حراسته، وكذلك عن الأخطاء الصادرة عن تابعيه أثناء عملهم.

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية، فمنهم لم يعترف بالشخصية المعنوية؛ لأن الانسان هو الوحيد التي تمنح له الأهلية اللازمة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وبالنتيجة يكون قادراً على ممارسة تلك الحقوق والواجبات، واقتصرها على الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي.

في حين ذهب البعض الآخر؛ إلى إكساب الشخص المعنوي شخصية قانونية وعدّها شخصية حقيقية، حيث إن اتساع حجم الأضرار الناتجة عن النشاطات من حيث النوع والحجم جعل فكرة الشخص المعنوي موجوده باعتباره حارس للأشياء التي توضع تحت تصرفه وتصرف التابعين له، والتي ظهرت وتطورت وكفلت للمتضرر تحصيل حقه بالتعويض بطريقة أيسر[40].

أحكام حراسة الشخص المعنوي:

تثبت الحراسة للشخص المعنوي كما هو الحال للشخص الطبيعي، كونه صاحب السلطة الفعلية على الشيء سواء كان مصدر هذه السلطة القانون، أو العقد أو أي حق من الحقوق ما دام توفرت الشروط والخصائص الواجبة للشخص الطبيعي، سواء أكان الشخص المعنوي مالكاً أو مستأجراً بسند قانوني أو بدونه سواء أكان مالكاً للشيء، أو تعود ملكيته لأحد اتباعه بشرط عملهم لمصلحته. تنعقد مسؤولية الشخص الذي أحدث الضرر باعتباره حارساً للشيء، كونه صاحب السلطة الفعلية على الشيء سواء أكان الشخص خاصاً أو عاماً وإن مسؤوليته باتجاه الغير منعقدة، سواء أكان الضرر صادرا عنه أو عن أحد التابعين الذين يعملوا لمصلحته، أو كان يستخدمه لحسابه الخاص بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بحكم فاعلية ذاتية للشيء.

وتتحقق مسؤولية الشخص المعنوي عن الضرر الحاصل من الشيء أثناء استعماله من قبل تابعيه وممثليه، ومثال ذلك مسؤولية الشركة عن مركباتها التي يقودها ويستخدمها أحد أفرادها التابعين لها والذين يعملون لتحقيق اغراض الشركة ومصالحها[41].

ثانياً: شروط ومسؤولية الحارس عند الآلات والأشياء التي تتطلب عناية خاصة

تعرض المشرع الأردني إلى المسؤولية المدنية عن الآلات والأشياء التي تتطلب عناية خاصة من خلال المادة (291) منه "كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو الآلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، إلا ما لا يمكن التحرز منه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة". حيث حاز موضوع المسؤولية المدنية عن الآلات والأشياء الخطيرة اهتمام المشرع الأردني، لذا أوجد نص المادة (291)، كون القواعد العامة التقليدية غير كافية حيث يوجد توافق ملحوظ بين ما ذهب إليه القانون المدني الأردني والقوانين المدنية العربية الأخرى، لأنهم اتجهوا عند تناول المسؤولية المدنية عن الآلات والأشياء الخطرة افتراض مسؤولية من له السيطرة الفعلية على الشيء. ولمزيد من التوضيح سيتم تناول الفرع الثاني كالآتي:

- **الآلات**: استقر الفقه على أن الآلات الميكانيكية بغض النظر عن القوة التي تحركها من بخار، أو ماء أو كهرباء هي مجموعة من الأجسام الصلبة الغاية منها تحويل عمل لآخر، ومعلوم بأن هذه الآلات يحركها محرك أو قوة دافعة دون التدخل

البشري بأي شكل كان[42]. عادة ما ينسب الضرر الذي تسببه الآلات إلى المباشر بحكم أنها لا تتحرك من تلقاء نفسها، لذلك فإن ما يصدر عنها من ضرر ينسب لحارسها المسيطر عليها. وحتى تتحقق شروط الضمان على الحارس في حالة التسبب بوجه عام، يتوجب معه إثبات التعدي أو الخطأ، وبذلك فإن التعدي مفترض في حالة المباشرة ومستوجب الإثبات في حالة التسبب[43]. ومن المعلوم بأن الآلات الميكانيكية تلحق ضررا بالغا بالبيئة، فالأصوات المرتفعة التي تصدر من بعض الآلات كالطائرات والقطارات أثناء حركتها قد تؤدي في بعض الأحيان الى التسبب بأزمات قلبية أو تصدعات في المنازل، مما يستوجب مسؤولية حارس هذه الآلة، وقد يصدر عن بعض هذه الآلات شرارة كهربائية تؤدي إلى نشوب حرائق، مما يترتب على الضرر الذي ينتج عن ذلك مسؤولية حارس الآلة المتسببة بوقوع ذلك الضرر[44].

- **الأشياء التي تتطلب عناية خاصة:** الأشياء بحكم المواد والعناصر التي تدخل في تكوينها أو تركيبها متفاوتة في درجة الخطورة، وبناء على ذلك؛ فإن كل مادة تحتاج إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها بحسب طبيعة تكوينها، فمقياس الخطورة لها هو معيار موضوعي مستمد من طبيعتها وذاتها دون الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بها، ومن الأشياء التي تندرج ضمن هذا الوصف الأسلاك الكهربائية[45]. والأشياء تكون خطرة بطبيعتها كالمفرقعات والأسلحة غير الميكانيكية والمواد الكيماوية، وتزداد خطورتها بحسب الظروف التي تحيط بها، وغالبا ما تكون الأشياء غير الخطرة في الظروف العادية خطرة في ظروف غيرعادية[46]. والمصلحة تقتضي افتراض تعدي حارس الآلات الميكانيكية، وحارس الأشياء الخطرة سواء أكان بوضع المباشر أو بوضع التسبب، وهو افتراض قابل لإثبات عكسه، وقد أخذ المشرع الأردني بالمادة (291) بذلك حيث عد مسؤولية الحارس مفترضة. ويرى الباحث؛ بأن افتراض التعدي قد جاء مجحفا بحق حارس الاشياء دون أن يقدم المتضرر بينة على ثبوت هذا التعدي، إذ جعل عبء إثبات وجود السبب الأجنبي على الحارس لنفي مسؤوليته بوقوع الضرر.
- **مسؤولية الحارس عن الأشياء والآلات والنظريات القانونية:** تحتل أهمية ثبوت المسؤولية القانونية لحارس الأشياء عن الضرر الذي ينتج عنها على أهمية بالغة لدى الفقه والقضاء، ذلك أن تكرار حالات وحوادث لم يتمكن المضرور من إثبات خطأ حارس الآلة في حدوث الضرر استوجب ترجيح إقامة مسؤولية حارس الآلة على خطأ مفترض افتراضاً، بحيث لا يستطيع نفي المسؤولية عنه إلا بحال إثبات وجود سبب أجنبي، فالخطأ المفترض من جانب

حارس الأشياء هو خطأ في عدم بذل العناية الخاصة المطلوبة منه لحراسة الشيء، اذ أن أي ضرر يلحق بالغير بسبب الشيء يفترض أن ذلك قد نتج عن عدم سيطرة الحارس على الشيء، ويترتب على ذلك أن يعفى المضرور من إقامة الدليل على الخطأ ويكتفى منه إثبات أن الضرر وقع بفعل الآلة الميكانيكية أو الشيء الذي يتطلب عناية خاصة، فإن ثبت ذلك فيترتب عليه ان الشيء قد تدخل بشكل إيجابي لإحداث ذلك الضرر ما لم يثبت الحارس أن تدخله كان سلبياً.

وهذا النهج قد أخذ به القانون المدني الأردني، إذ عدّ التعدي المفترض لحارس الآلات الميكانيكية والأشياء قابل لإثبات العكس، إذ يحق لحارس الشيء أو الآلة إثبات قيامه بالعناية اللازمة لمنع حدوث الضرر بالغير، وبحال إثبات ذلك فإنه يعفى من المسؤولية. أما القضاء الفرنسي استقر إلى أن أساس المسؤولية المدنية، التي تتمثل بالخطأ يكون واجب الإثبات، وذلك يؤدي إلى ضياع حقوق المتضررين من فعل الآلة بحال عجز المتضررين عن إثبات خطأ صادر عن حارس الآلة التي ألحقت الضرر بهم[47].

وقد نصت المادة (291) من القانون المدني الأردني عن الأساس القانوني لحراسة الأشياء على: "كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو الآلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لم يمكن التحرز منه هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة". وبالاستناد للنص القانوني أعلاه؛ يتبين بأن اساس المسؤولية عن فعل الشيء وفق القانون المدني الأردني هو الضرر المقترن بالتعدي واجب الإثبات، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الاردني إلى أن أساس المسؤولية عن الفعل الضار بشكل عام هو وقوع الضرر ولو صدر من غير مميز[48].

مما سبق يستدل على أن أساس المسؤولية قائم على تحقق الضرر، وأنه ليس من المهم معرفة الظروف التي أحاطت بوقوع الفعل الذي نتج عنه الضرر، وبحال أن الضرر قد وقع فلا بد من ضمان هذا الضرر من قبل المتسبب، لذا لا يجوز التمسك بعدم التعدي أو عدم التعمد[49].

استقرت بعض القوانين ومنها القانون المدني الفرنسي على أن حارس الشيء يتحمل مسؤولية الضرر الذي يحدث للغير بفعل الشيء محل الحراسة دون أن يكون لحارس الشيء الحق في إثبات انتفاء خطئه ونفي مسؤوليته، وذلك يتناقض مع القواعد العامة التي تستوجب انتفاء وقوع الخطأ من قبل الحارس حتى يدفع عن نفسه المسؤولية، ومن هنا قامت المسؤولية عن فعل الشيء حسب ما استقرت عليه نظريات قانونية تحاول أن تجد أساس لهذه المسؤولية، فبعض هذه النظريات بقيت متمسكة بفكرة الخطأ وجعله خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، وبعض النظريات أخذت بمبدأ تحمل تبعية الشيء، والبعض الآخر من النظريات يفترض أن الضمان هو الأساس لهذه

المسؤولية[50]. حيث سيتم تناول هذه النظريات على النحو الآتي:

أولاً: النظرية الشخصية او نظرية الخطأ المفترض: الخطأ هو الاساس الذي قامت عليه هذه النظرية اذ أن المسؤولية عن الأشياء الحية أو غير الحية أساسها الخطأ وبغض النظر فيما إذا نتجت الأضرار عن فعل شخصي أو عن فعل الغير حيث نكون بحالة المسؤولية عن فعل الأشياء أمام خطأ مفترض لا يتوجب على المضرور اثبات ذلك فالقانون افترض الخطأ لمصلحة المضرور، وبموجب هذه النظرية يكون القانون قد نقل عبء الإثبات من طرف لآخر، فمسؤولية حارس الشيء تنشأ عند وقوع الضرر من فعل هذا الشيء على اعتبار أن القانون قد أفترض ان الضرر قد وقع بسبب خطأ او تقصير حارسه، فاذا الخطأ او التقصير في حراسة الشيء هو أساس المسؤولية بموجب هذه النظرية[51]. فالخطأ عكس الصواب، فمن يسلك طريقا غير الصحيح يوصف بأنه مخطئ وسواء أكان ذلك المسلك مقصود أو غير مقصود[52]، هذا وقد عرف الفقه الخطأ بأنه: " انحراف في السلوك لا يمكن ارتكابه من شخص يقظ متبصر وجد في نفس الظروف التي وجد فيها من أرتكب الخطأ"[53].

ثانياً: النظرية الموضوعية "نظرية تحمل التبعية": بسبب الصناعة وما واكبها من تطورات لم تعد نظرية الخطأ مناسبة إذ بدأ الفقه بالبحث عن نظرية تلائم تلك التطورات وخلص إلى ما يسمى "الخطر المستحدث أو تحمل التبعة"، وأساس هذه النظرية هو (الغنم بالغنم)، فطالما الشخص مستفيد من النشاط الاقتصادي الذي يمارسه فيتوجب عليه تحمل تبعة ما يحدث من أضرار تلحق بالغير دون مراعاة فيما إذا كان الخطأ بسببه أم لا[54].

هذا وقد أخذت العديد من القوانين ومنها قانون العمل الأردني بهذه النظرية؛ ذلك أنه وبحال تعرض العامل لإصابة عمل، فإنه يتوجب على صاحب العمل تعويضه سواء نتج عن الإصابة وفاة أو عجز كلي دائم أو جزئي دائم وبصرف النظر عن خطأ العامل، ويكون التزام صاحب العمل اتجاهه قائما في حالة عدم اشراك العامل بالضمان الاجتماعي لكن في حالة اشراك العامل بالضمات، فإن عبء تعويض العامل يقع على عاتق مؤسسة الضمان الاجتماعي.

ثالثاً: نظرية الضمان: الضمان هو الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية، وليس الخطأ فالمسؤولية المدنية تقوم على أساس أن المضرور غير مكلف قانوناً بتحمل الضرر الذي يلحق به، حتى لو ثبت أن المضرور كان هو المتسبب بالضرر، إذ يكون المسؤول عن الضرر الذي وقع وملزما بالتعويض عنه بهذه الحالة من يقع عليه عبء حراسة الشيء[55] ويرى الباحث أن أكثر هذه النظريات ملائمة هي تلك التي تنشئ المسؤولية عن فعل الشيء بالاستناد للخطأ، لأن ذلك ينسجم مع روح التشريع، والذي يعتمد بتحديد المسؤولية على الخطأ الشخصي وبصرف النظر فيما إذا كان مفترضا أو واجب الإثبات.

الخاتمة

بعد أن أكرمني الله سبحانه وتعالى بإتمام هذه الدراسة، التي دارت حول المسؤولية المدنية على شركات الكهرباء الناشئة عن حالات الصعق الكهربائي، في القانون المدني الاردني، حيث خصص القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المواد من (256 – 272) لموضوع المسؤولية عن الفعل الشخصي، بينما خصص المادة (291) لمعالجة المسؤولية عن فعل الأشياء والآلات الميكانيكية، والتي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها، وتناولت أبرز التطبيقات القضائية ذات العلاقة للتعرف على موقف القضاء من هذه المسؤولية وتوصلت إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

1) يقيم المشرع الأردني المسؤولية عن الفعل الشخصي على أساس الإضرار وليس على فكرة الخطأ.
2) للمسؤولية عن الفعل الشخصي ثلاثة أركان وهي: الفعل الضار والضرر والعلاقة السببية بينهما ولا بد من توافرها لإقامة هذه المسؤولية وفرض التعويض.
3) يكون الإضرار إما بالمباشرة أو بالتسبب، فإن كان بالمباشرة فلا شرط له أما إن كان بالتسبب فيشترط أن يقع الفعل بتعمد أو تعدٍ.
4) هناك نوعان من الأشخاص المعنوية، هما: الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة، ويسأل الشخص المعنوي كما يسأل الشخص الطبيعي كحارس للشيء.
5) يأخذ القانون المدني الأردني بالمفهوم الضيق للأشياء، حيث تقتصر على الأشياء غير الحية الخطرة التي تتطلب حراستها عناية خاصة للوقاية من ضررها.
6) أخذ القضاء الأردني بمبدأ الحراسة الفعلية للشيء وليس الحراسة القانونية.
7) يمكن لشركة الكهرباء (المدعى عليها) في دعوى المسؤولية عن الأشياء دفع مسؤوليتها بإثبات وجود السبب الأجنبي حسب نص المادة (261) من القانون المدني الأردني.
8) يقيم القانون المدني الأردني مسؤولية شركات الكهرباء بصفتها حارسة لمنشآتها الكهربائية، والتي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها على تعدٍ ومسؤولية مفترضة، ولكنها قابلة لإثبات العكس.
9) تبين أن مسؤولية شركات الكهرباء المدنية تبقى قائمة، حتى ولو قامت باتخاذ التدابير كافة أو متعمدة بإحداث الضرر بسبب خطأ الصياغة بنص المادة (257) من القانون المدني الأردني.

ثانياً: التوصيات

في نهاية الدراسة وبناء على ما تمت مناقشته فيها من موضوعات ومحاور قانونية فإن الباحث يضع عددا من التوصيات لعلها تسهم في تطوير مفهوم المسؤولية المدنية، وهذه التوصيات ما يلي:

1) إفراد نصوص خاصة تعالج المسؤولية المدنية للأشياء بقانون الكهرباء العام بصفته قانون خاص يطبق على جميع شركات الكهرباء في المملكة تعالج المسؤولية

عن الآلات والأشياء الخطرة وما تحدثه من ضرر نتيجة حالات الصعق الكهربائي لما فيها من أمور فنية معقدة يصعب معالجتها ضمن نصوص عامة في القانون المدني كما عالج المسؤولية الجزائية بنصوص خاصة.

2) تعديل نص المادة (257) الفقرة الثانية بسبب وجود خطأ في الصياغة باستبدال (و) بدلاً من (أو) لما لها من تأثير كبير في معالجة المسؤولية المدنية الناتجة بالتسبب، واقترح صياغة المادة كالآتي "فإن كان بالمباشرة لزم الضمان، ولا شرط له وإذا وقع بالنسبة فيشترط التعدي أو التعمد وأن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر".

3) تعديل نص المادة (291) من القانون المدني الأردني بصياغة أوضح وخاصة لعبارة (ما لا يمكن التحرز منه)، واقترح صياغة المادة كالآتي: كل من كان حارساً لأشياء تحت تصرفه تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو الآلات ميكانيكية يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، إلا إذا أثبت الحارس أن الضرر حدث بسبب أجنبي.

4) ضرورة إيجاد معيار خاص للتفرقة بين المسؤولية عن الفعل الشخصي والمسؤولية عن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة واقترح أن يكون معيار المسؤولية عن الفعل الشخصي هو الخطأ وأن يكون معيار المسؤولية عن الأشياء هو التقصير في الحراسة والرقابة.

الهوامش:

(1) ويكيبيديا Wiki < http://ar.m.wikipedia.org

(2) قانون الكهرباء العام رقم (64) لسنة 2002 وتعديلاته.

3) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 294.

(4) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، 2007م، لبنان، ص2-10.

(5) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، دار الكتب القانونية – شتات. مصر للمنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، ط5. ص1.

(6) مجمع اللغة العربية في القاهرة، معجم الوسيط، ج1، ط3، 1985.

(7) أنور العمروسي، الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في القانون المدني، دار محمود للتوزيع والنشر، القاهرة، 2003، ص140.

(8) أنور سلطان، المبادئ القانونية العلمية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2005، ص241.

(9) نص المادة (50) القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة (1976).

(10) المادة (4) من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997.

(11) محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص458.

(12) خالد الزعبي، منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص252.

(13) مصطفى الجمال، نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص580.

(14) رمضان محمد ابن السعود، محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، الكتاب الأول، القاعدة القانونية، الكتاب الثاني، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص302.

(15) المينا سعد سليم، نظرية الحقد، دور دار نشر، مصر، 2003، ص187.

(16) أحمد شوقي، محمد عبدالرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص164.

(17) رمضان محمد أب السعد، حسين منصور، مرجع سابق، ص356.

(18) المادة (51) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 أهلية في الحدود التي يعنيها سند انشأه أو التي يقررها القانون.

(19) مصطفى الجمال، نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص579.

(20) رمضان محمد أبو السعود، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص350

(21) علي، علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص131.

(22) خليل عواد الجماعين، الأساس القانوني للمسؤولية عن الفعل الضار بين نصوص القانون المدني الأردني وقضاء محكمة التمييز رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، 2008، ص16.

(23) نص المادة (256) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر".

(24) نص المادة (257) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.وايضاً كما جاء بقرار محكمة التمييز رقم 846 لسنة 2012 بصفتها الحقوقية بانه يستفاد من المادة (256) من القانون المدني يشترط توافر عنصري الفعل والضرر وعلاقة السببية بينهما وان المادة (257) من القانون ذاته أن الضرر يكون بالمباشرة وإذا وقع الضرر بالمباشرة لزم الضمان بدون شروط أما إذا كان بالتسبب لزم التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى ضرر . كما جاء بقرار محكمة التمييز رقم 3714 لسنة 2015 بصفتها الحقوقية (المسؤولية عن الفعل الضار تقوم بقيام عناصرها مجتمعة التي تتمثل بالفعل الضار والضرر والعلاقة السببية بينهما وكل اضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر إذا كان بالمباشرة ويشترط فيه التعدي أو التعمد أو أن يكون مفضياً الى ضرر عملاً بأحكام المادتين(256و 257) من القانون المدني الأردني .

(25) عبدالقادر، الفار، مصادر الحق، مصير الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2004، ص183.

(26) ملوكي، غياد عبدالجبار، المسؤولية عند الأشياء وتطبيقها على الأشخاص المعنوية بوجه خاص، دراسة مقارنة، عمان – الأردن – دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009، ص55 – 61.

27) الحسيني، عبد اللطيف، (1987). المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص2.

28) النقيب، عاطف (2009)، النظرية العامة للمسؤولية عن فعل الأشياء، بيروت، منشورات عويدات، ص 84.وقرار محكمة التمييز رقم 1991لسنة 2017 والذي جاء فيه أن شركة الكهرباء هي المالكة لخطوط الكهرباء والمسؤولة عنها بحكم القانون وعلى الإشراف عليها وادارتها ونتيجة لعدم اخذ الاحتياطات حصل قطع في اسلاك الكهرباء وسقوطها على الارض ونتيجة لذلك اصيب المرحوم مورث المدعين بصعقة كهربائية أدت إلى وفاته فتكون هي المسؤولة عن التعويض حسب نص المادة (291) من القانون المدني الأردني .

29) ابن منظور، جمال الدين (1994)، لسان العرب، ج1، بيروت: دار صادر، ص126.

30) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الواردة عن قانون العمل، مرجع سابق، القاهرة، ص 781.

31) عبد التواب معوض، 1997، دعاوى الحراسة، مطبعة أولاد رمضان، إسكندرية: مصر، ص22.

32) السنهوري عبد الرزاق، العقود الواردة عن العمل، مرجع سابق، ص 787.

33) البكري، الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص10.

34) الرحو، محمد سعيد أحمد، 2001، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الأشياء غير الحية، مرجع سابق، ص 53.

35) عبد الرحمن احمد شوقي، 1976، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، مصر، ص 62.

36) الرحو، محمد سعيد احمد، مرجع سابق، ص 74.

37) الرحو، محمد سعيد احمد، 2001، مرجع سابق، ص157.

38) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، المواد (50 و 51).

39) القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

40) الرحو، محمد سعيد أحمد، 2001، مرجع سابق، ص 158.

41) الرحو، محمد سعيد أحمد، 2001 مرجع سابق، ص162.

42) عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط1، منشأة المعارف، 2001، ص285.

43) الزعبي، محمد، (1987)، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث، 2 (1)، ص 177.

44) ذنون، سمير، 2005، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها، دراسة مقارنة، ص69.

45) الرحو، محمد سعيد احمد، 2001، مرجع سابق، ص38. وكما جاء بقرار محكمة التمييز رقم (4284) لسنة 2018 ان محول الكهرباء يعود للمميزة وواقع نحت تصرفها ومراقبتها وحيث ان الاجتهاد القضائي استقر ان مالك الاشياء والآلات يكون ضامناً لما تحدثه هذه الآلات والاشياء من ضرر.

46) النمر، رائد، 2015 الحراسة في نطاق المسؤولية عن فعل الأشياء، عمان، دار وائل للنشر، ص81.

47) الذنون، حسن علي، المبسوط في شرح القانون المدني والمسؤولية عن الأشياء، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2006. ص280.

48) المذكرات الإيضاحية، ج1، ص288.

49) عماد احمد أبو رصد، مسؤولية المباشر والمتسبب، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، 2011، ص69.

50) عبد الرشيد، مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، ص 262.

51) الذنون، حسن علي، مرجع سابق، ص

52) المنجد في اللغة والإعلام، دار الشرق، ط 28، بيروت، لبنان، 1987، ص 186.

53) المحتسب بالله، بسام 1984، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، ط1، دار الإيمان، بيروت، دمشق، ص 120.

54) صالح اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2004، ص 341.

55) زكي محمود، 1978، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة: دار النهضة العربية، ص 645.

"دوروكيل الإعسارفي إعادة هيكلة المَشْروعات الاقتصاديَّة المُتَعَثِّرة وَفْقًا لقانون الإعْسارِ الأُردنيّ"
" دراسة مقارنة "

الدكتور إبراهيم صبري الأرناؤوط*

تاريخ وصول البحث: 2020/8/19م تاريخ قبول البحث: 2021/1/5م

الملخص

يـدور محـور الدّراسـة في بيـان الآليـة والإجـراءات لـدور وكيـل الإعسـار في إنقـاذ المشـروعات الاقتصاديَّة المُتَعَثِّرة وفقًا لقانون الإعْسار الأُردنيّ رقم (21) لسنة 2018، والنِّظام الصَّادر بِمُقْتَضاه، ثمّ يطرح التساؤل الآتي: هل حققت القواعد القانونية المُنَظِّمة لهذا الدور الهدف منها؟ وقد توصلت الدراسة إلى عدم وجود آليةٍ واضحةٍ وفاعلةٍ لوكيل الإعسار في إنقاذ المشروعات الاقتصاديَّة المُتَعَثِّرة؛ نظرًا للصِّفَة الاختياريّة لدوره، واتِّساع نِطاقِه في جميع مراحل الإجراءات، يضاف إلى ذلك تقييد صلاحيَّات المحكمة في الاستعانة بلَجْنَة خُبراء إعسارٍ مُسْتَقِلَّةٍ ومختصَّةٍ بإعادة الهيكلة؛ ممَّا يؤدّي إلى عدم فاعلية إنقاذ المشروعات الاقتصاديَّة المُتَعَثِّرة .

وقد أوصت الدّراسة بتحديد دور وكيل الإعسار في إعادة هيكلة المشروعات الاقتصادية المُتَعَثِّرة بِأَنْ يكون بصفةٍ وجوبيَّةٍ، وإعطاء المحكمة صلاحيَّةَ الاستعانةِ بلَجْنَة خبراءٍ مُخْتَصَّةٍ بإعادة الهيكلة؛ لتحقيق أهداف القانون بإنقاذ المشروعات دون تصفِيَتِها، ممَّا ينعكس إيجابًا على البيئة الاستثماريَّة والاقتصاديَّة في المملكة.

الكلمات المِفْتاحيَّة: وكيل الإعْسار، إعادة الهيكلة، الخُطَّة المُعَدَّة مسبقًا، الخُطَّة الاعتياديَّة.

*أستاذ مشارك، قسم القانون المقارن، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Insolvency Agent Role in Reorganization of Struggling Economic Projects in Pursuant to the Jordanian Insolvency Law (Comparison Study)

Abstract

The focus of this study is represented in the demonstration of the mechanism and procedures attached to the insolvency agent in saving the struggling economic projects according to the Jordanian Insolvency Law No. (21) for the year 2018 and the regulation issued thereby. Then, the question is whether the legal rules regulating this role have achieved its objectives or not? The study reached a conclusion that there is not a clear and active mechanism vested to the insolvent agent in saving struggling economic projects due to the optional nature of his role and to the broad extent of such role in all insolvency procedures phases, in addition to restricting the court powers to get the help of independent insolvency experts committee specialized in reorganization and so leading to non-efficiency of saving the struggling economic projects.

The study recommended determining the role of the insolvency agent in reorganizing of the struggling economic projects, that such role should be of an obligation nature, and giving the court the powers to get the help of insolvency experts committee specialized in reorganization for the purpose of achieving the law objectives for saving the projects without liquidation, which shall positively be reflected on the investing and economic environment in the Hashemite Kingdom of Jordan.

Key Words: Insolvency Agent, Reorganization, Pre-Prepared Plan, Ordinary Plan

المقدمة:

ينْصَرِف مفهوم الإعْسار (Insolvency)، إلى أنَّه نِظام للتنفيذ الجماعيّ على أموال المَدِين الذي يتوقَّف عن تسديد دُيونِه في مواعيد استحقاقها، أو كان على وَشَكِ التوقف عن الدفع، أو زاد إجماليُّ دُيونه على إجماليّ قيمة موجوداته، مما يُنْبِئُ عن انهيار ائتمانه، يُقصد منه اتخاذ الإجراءات القانونيّة لإعادة تنظيم أعماله، أو تصفية الأموال وبيعها، تمهيدًا لتوزيع ثمنِها على الدَّائِنينَ، وذلك تحت الإشراف القضائيّ[1].

وقد أصدر المُشَرِّع الأُردنيّ قانون الإعْسار رقم (21) لسنة 2018[2]. وهو من القوانين الحديثة في المملكة جاء بديلًا عن نظام الصُّلْح الواقي والإفلاس الوارد في الكتاب الرابع من قانون التِّجارة الأُردنيّ رقم (12) لسنة 1966[3]. الذي تمّ إلغاؤه بالنَّص الصَّريح في المادة (140) من القانون المذكور. ويتألَّف قانون الإعسار من (142) مادّة، وقد جاءت في (15) فصلًا [4]. كما صدر نظام الإعسار الأُردنيّ رقم (8) لسنة 2019[5]، وتعليمات الرَّقابة على أعمال وُكَلاء الإعسار المُرَخَّصين لسنة 2020[6].

ويستَمِدُّ قانون الإعْسار الأُردنيّ قواعده من دليل الأُونيسترال التَّشْريعيّ لقانون الإعسار UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law لسنة 2004، الصادر عن لَجْنَة التِّجارة الدُّوَلِيَّة المُنْبثِقَةِ عن هيئة الأمم المتحدة[7]. ولا نظير له في القانون المقارَن، وإنْ كان هناك مقاربة مع قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصُّلْح الواقي والإفْلاس المصريّ لسنة 2018[8]. وقانون التقويم والتّصْفِيَة القضائيتين الفرنسي لسنة 1985 (Redressement et LiquidationJudiciaires) وتعديلاته لسنة 2015[9]. حيث تدور مفاهيم هذه القوانين حول إعادة هيكلة المشروعات الاقتصاديّة بهدف تَجَنُّب التّصْفِيَة، ضمن إجراءات مختلفة لكلٍّ منهم – كما سوف نرى -.

وتستند الفلسفة التي يقوم عليها قانون الإعسار الأُردنيّ على مجموعة من الأفكار المُسْتَحْدَثَة التي تهدف إلى تمهيد الطريق لتوفير بيئةٍ تِجاريّةٍ واقتصاديّةٍ آمنة، ومُحَفِّزَةٍ للاستثمار، حيث يرتكز القانون وتدور مفاهيمه حول إنقاذ المشروعات المُتعثِّرة من خطر التّصْفِيَة؛ لتجنب الآثار السَّلْبِيَّة على التِّجارة والاقتصاد؛ وَيَتِمُّ مساعدة هذه المشروعات من خلال خُطَّةٍ لإعادة تنظيم أعمال المشروع (إعادة الهيكلة)، توافق عليها المحكمة المُخْتَصَّة، بهدف استمراريّة النشاط الاقتصاديّ للمشروع، وهذا يُحَقِّقُ العديد من الأهداف والمزايا أهمها: المحافظة على الوِحْدة الإنتاجية العاملة في الإقليم الوطنيّ، وإبقاء العاملين في أعمالهم، ومساعدة المَدِينينَ بتجنب خُضوعِهم إلى إجراءات قانون التنفيذ[10]، وحماية الائتمان الذي هو أحد دَعائم القانون التجاريّ، وتحقيق الأهداف الاجتماعيّة والاقتصاديّة، ومن شأن ذلك العمل على تشجيع الاستثمار وتحفيزه لتحقيق مُعَدَّلاتٍ إيجابيّة في النُّمو الاقتصاديّ.

وقد كان نظام الإفلاس المُلْغَى الذي تعود جذوره إلى المجموعة التجاريّة الفرنسيّة لسنة

1807 وتعديلاتـه، يقـوم على فلسـفةٍ مغـايرةٍ تمامـاً، قِوامُهـا تصـفية المشـروعات التجاريّـة والاقتصـاديّة إذا توقفـت عـن دفـع دُيونِهـا التِّجاريّة، ومن ثُمّ إخْضاعِها للتصفية القضائيّة إذا لـم يتوصـل المَـدِين إلـى صـلح واقٍ مـن الإفلاس[11]، ولم يكنْ هناك أيّ قواعد قانونيّة، تتيح المجال لإعادة هيكلة المشروعات على أسسٍ قانونيّـةٍ ضِـمْن خُطَّـةٍ لإعـادة تنظـيم أعمـال المشروع[12].

أهميّة الدراسة:

تكتسـب دراسـة دور وكيـل الإعسـار في خُطَّة إعـادة التنظـيم (إعـادة الهيكلـة) -وفقًـا لقـانون الإعسـار الأُردنـيّ- أهميّـةً بالغـةً؛ نظـرًا للـدور المحـوريّ لوكيـل الإعسـار في إجـراءات الإعسـار. وقـد اختلـف دور وكيـل الإعسـار في القـانون الجديد عن دوره في نظام الإفلاس المُلْغَى، فبعد أنْ كـان دوره يقتصـر علـى إجـراءات الجَـرْدِ، وحَصْـرِ الـدُّيون، وإعـدادِ قائمـةٍ بالـدَّائِنينَ، والقِيام بإجراءات التّصْـفِيَة القضائيّة، وما إلى ذلك من إجراءات دون أنْ يكون له دور في إنقاذ المشروع، فقد تغيرت القواعد القانونيّة المُنَظِّمَة لدور وكيل الإعسار، وأصبح له دورٌ هامٌ ومؤثّرٌ في إعـداد خُطَّة إعـادة التنظيم، وتقـديم تقرير عنها للمحكمة المختصَّة، ويتضَمَّن هذا التقرير المسـائل الإداريَّـة والفنيّـة والماليّـة والمحاسـبيّة جميعَها، ويتضَمَّن كذلك رأيَه في مدى تنفيذها ونجاحِها لإنقاذ المشروع إذا كان قابلًا للإصلاح، وإنهاضه من كَبْوَتِه لضمان استمراريّة الوحدة الإنتاجيّـة العاملـة في الإقلـيم الـوطنيّ، هـذا بالإضافة إلى دوره في الإشراف على مراحل تنفيذ الخُطَّة، وما يترتب عليها من آثارٍ هامَّةٍ بالنسبة للمشـروع الاقتصـاديّ، والأطـراف أصـحاب العلاقـة المـرتبطين بـه – كمـا أسـلفنا -، وذلـك بديلًا عن اتخاذ إجراءات التّصْفِيَة.

إشكاليّة الدراسة:

يأتي التّسـاؤل حـول ماهيّة القواعـد القانونيّة المسـتحدثة لوكيـل الإعسـار في إنقـاذ المشـروعات الاقتصاديّة المتعثّرة، وما هي الآليّة والضـوابط التي جـاء بهـا قـانون الإعسـار الأُردنيّ؟ وحـدود مهامـه وصـلاحيّاته وواجباتـه؟ ومـا دوره فـي الإشـراف بعـد اعتمـاد خُطَّـة إعـادة التنظـيم؟ كـذلك يطـرح التسـاؤل حـول موقِـف القـانون المقـارن في مصـر وفرنسـا والقـانون النَّمـوذجيّ للإعسار (الأُونيسترال) من هذه المسألة.

نطاق الدراسة:

يـدور نِطاق البحـث ومحـوره الأساسـي حـول نـصّ المـادتين (76، 78) مـن قـانون الإعسـار الأُردنـيّ، التي تـنص على دور وكيـل الإعسـار، بإعـداد مقترَح خُطَّـة إعـادة التنظيم مـن أجـل إنقاذ المشـروعات الاقتصاديّة المُتَعَثِّرة؛ ومن ثم دوره في أن يقدِّم تقريرًا متكاملًا للمحكمة حـول خُطَّـة إعـادة التنظيم، وذلـك في مرحلتي خُطَّـة إعـادة التنظـيم المُعَـدَّة مسـبقاً، وخُطَّـة إعـادة التنظيم الاعتياديَّة.

منهجيّة البحث:

اعتمد الباحث في دراسته المنهج العلميَّ القائم على إجراء الدراسة التّحليليّة المقارنة بين قانون الإعسار الأُردنيّ لسنة 2018، ودليل الأُونيسترال التشريعيّ لقانون الإعسار لسنة 2004 [13]. هذا بالإضافة إلى عَرْضِ تَجْرِبَة القوانين المقارنة للإعسار في مصر وفرنسا، مع الاستعانة بأحكام القضاء المقارن.

خُطَّة البحث:

جاءت خُطَّة الدّراسة في مبحثين على النَّحْو التالي:

المبحث الأول: دور وكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا.

المبحث الثاني: دور وكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة.

المبحث الأول

دوروكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا

نناقش في هذا المحور من الدراسة: ماهيّةُ وكيل الإعسار، مَهامُّ وكيل الإعسار الأساسيّة، ومَهامّ وكيل الإعسار في إعداد خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً. وذلك في ثلاثة مطالب متتالية.

المطلب الأول: ماهيَّة وكيل الإعسار

نتناول تعريف وكيل الإعسار في الفَرْع الأول، ونظام الإعسار الأُردنيّ في الفَرْع الثاني، وموقف القانون المقارن في الفَرْع الثالث.

الفرع الأول: تعريف وكيل الإعسار

يُشير مصطلح (وكيل الإعسار) إلى أنه الشخص المسؤول عن إدارة إجراءات الإعسار، ويضطلع بطائفةٍ من المهام في إجراءات الإعسار، ولديه صلاحيّاتٌ في إدارة ذِمَّة الإعسار، والمحافظة عليها، وحمايتها من التبديد، ويقع عليه واجباتُ تحقيق مصالح الدَّائِنينَ، والعاملين، وجميع الأطراف ذات العلاقة بالمشروع، واتخاذ إجراءات إنقاذ المشروع إذا كان قابلًا للإصلاح، وله دور أساسيٌّ في التنفيذ الفعَّال، لتطبيق قانون الإعسار، ويجب أنْ تتوافر فيه المَعْرِفَة، والخِبْرة، والصفات الشخصيّة التي تَكْفَل حُسْن سَيْر الإجراءات على نَحْو فعَّال[14].

وقد ورد تعريف وكيل الإعسار في المادة (2) من قانون الإعسار الأُردنيّ حيث جاء فيها: "وكيل الإعسار: الشخص الطبيعيُّ، أو الاعتباريُّ، المُرَخَّصُ له بممارسة أعمال وكيل الإعسار المنصوص عليها في هذا القانون".

يتّضح من خلال التعريف أنَّ القانون يحدد ماهِيَّة وكيل الإعسار في المهام والواجبات الواردة في قانون الإعسار – كما سوف سيأتي -، كما أنّه أجاز أنْ يكون وكيل الإعسار شخصًا طبيعيًّا أو معنويًّا. ويشترط لممارسة وكيل الإعسار لأعماله حصولُه على ترخيصِ مزاولةِ مِهْنةِ وُكَلاءِ الإعسارِ بموجب نظام الإعسار.

الفرع الثاني: نظام الإعسار الأُردنيّ رقم (8) لسنة 2019

صدر نظام الإعسار الأُردنيّ رقم (8) لسنة 2019 بمقتضى المادة (141) من قانون الإعسار الأُردنيّ، حيث جاء الفصل الثاني من نظام الإعسار تحت عنوان: ترخيص وُكَلاء الإعسار،

حيث يتطلَّب النظام تشكيل لَجْنَة وُكَلاء الإعسار[15]، وتضطلع اللَجْنَة بعدة مهام، تتضمن تنظيم امتحان ترخيص وُكَلاء الإعسار، بما في ذلك تعيين لَجْنَة الامتحان، والمصادقة على نتائج الامتحان، واعتماد وإعداد قواعد سُلوك مِهْنَة وكيل الإعسار، وآدابها، ومعايير جودته، وترخيص وُكَلاء الإعسار وتجديد تراخيصهم، ووضع خُطَّةٍ للتعليم المستمر، والدورات التدريبيّة لوُكَلاء الإعسار، وما إلى ذلك من مهامّ؛ تهدف إلى إيجاد وُكَلاء إعسار مُؤَهَّلين للقيام بمهامّ وكيل الإعسار، بحيث تستعين بهم المحكمة لإدارة إجراءات وذِمَّة الإعسار وفقًا للإجراءات المرسومة في القانون[16].

كما تنشأ في دائرة مراقبة الشَّركات بوزارة الصّناعة والتِّجارة والتّموين وحدة تسمّى: "وحدة ترخيص وُكَلاء الإعسار والرّقابة عليهم". تكون وظيفَتُها استلام طلبات ترخيص وُكَلاء الإعسار وطلبات تجديدها، والتّنسيق مع لَجْنَة وُكَلاء الإعسار بشأن عقد الامتحان لهؤلاء الوُكَلاء، ومتابعتهم للتّدقيق في مدى التزامهم بأحكام القانون والنّظام، والتّحقّق من الشكاوى المقدّمة ضدّ وُكَلاءِ الإعْسارِوالمُحالَة لها من لَجْنَة وُكَلاء الإعسار ورفع توصياتها لِلَجْنَة؛ لاتّخاذ القرار المناسب بشأنها، وكذلك التحقق من التزام وُكَلاء الإعسار بشروط ومتطلبات الترخيص[17].

كذلك وفي ذات السِّياق واستنادًا إلى نظام الإعسار، فقد صدرت تعليمات الرقابة على وُكَلاء الإعسار لسنة 2020، حيث تضمنت مُدوَّنة السُّلوك التي يجب على وُكَلاء الإعسار الالتزام بها تحت طائلة المسؤوليّة، وأهمها؛ الإفصاح عن أيّ ظُروفٍ، أو معلوماتٍ، قد تثير شُكوكًا حول حياده واستقلاله بخصوص قيامه بالمهام الموكَلَةِ له، وبذل العِناية الواجبة، وتحقيق التزامات الرَّجُل المعتاد في ماله الخاصّ في مَعْرِض قيامه بالمهام الموكل له بها، وأن يُقدِّم خُطَّة عملٍ محدّدةٍ بِنِسَبِ إنجازٍ مربوطةٍ بجدولٍ زمنيّ، تُظْهِر جِدِّيَّة السَّير بإجراءات الإعسار لحين استكمالها، وتقديم تعهّد خَطِّيّ؛ بأنّه على استعدادٍ مباشرٍ وفوريّ؛ للقيام بجميع مهامّ وكيل الإعسار المحددة بموجب القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه، وأن يَحْضُر اجتماعًا دوريًّا في بداية كلّ شهر للتباحث في المستجدات، وبيان الإنجازات التي تمّت في أعمال الإعسار، وتقديم تقارير شهريَّةٍ للوحدة عند الطلب عن سير أعمال الإعسار والمرحلة التي وصلت إليها، وأيَّة نتائج حققها، أو بيانات أو معلومات أو وثائق عنها، وذلك خلال المُدَّة التي تحدّدها وِحْدَة الإعسار، بالإضافة إلى تقديم جدول بالأعمال المُنْجزَة كل ثلاثة شهور للوحدة، يُبيّن فيه مدى ملائَمة نسبة الأعمال المنجزة مع المُدَّة الزمنيّة المستغرقة في تنفيذ هذه الأعمال وتخضَعُ لتقييم الوحدة، كما يلتزم بالمدّة القانونيّة، والإجراءات المحدّدة في القانون فيما يتعلق ببيع موجودات الشّركة، وتحصيل حقوقها وتسديد التزاماتها، ومسؤوليّة وكيل

الإعسار عن العطل والضّرر النّاتج عن عدم تنفيذه لكلّ أو جزءٍ من التزاماته بموجب القانون، وغير ذلك من الإجراءات التّأديبيّة بحق وُكَلاء الإعسار المخالفين[18]

وإضافة إلى ذلك ونظرًا لخطورة دور وكيل الإعسار في الإجراءات، فقد تضمّن قانون الإعسار عقوباتٍ رادِعةٍ بحقِّ وُكَلاء الإعسار، تَصِل إلى حدِّ السِّجْن لمُدَّة ثلاث سنوات مع إلْزامه بردّ المبالغ الماليّة التي حصل عليها من ذِمَّة الإعسار وَرَدِّ الأتعاب، إذا قام وكيل الإعسار بإساءَة إدارة أموال المَدِين، أو التَّصرُّفِ فيها، أوِ اسْتخدم صلاحيَّاتِه لتحقيق مصالح شخصيّةٍ له، أو تَعَمّدَ إخفاء أيّ معلوماتٍ، أو تقديم إقْراراتٍ كاذبةٍ بخصوص إعادة التنظيم، أو التّصْفِيَة بشكل أَضَرَّ بمصالح أيٍّ من الدَّائِنينَ أو المَدِين[19].

تجدر الإشارة إلى أنّ تعيين وكيل الإعسار في الحكم الصادر بإشهار الإعسار الصّادر عن الغرفة الاقتصاديّة المختصة[20]، يجب أنْ يتضَمَّن تعيين وكيل الإعسار بشكلٍ وجوبيٍّ وفقًا لأحكام المادة (13 / د) من قانون الإعسار[21].

ويلاحَظُ أنّ القانون لا يُجيزُ للمحكمة أن تقوم بتعيين أكثر من وكيل إعسار سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنوياً، بخلاف نظام الإفلاس المُلْغَى حيث كان نص المادة (338 / 2) من قانون التِّجارة الأُردنيّ رقم (12) لسنة 1966، يُجيزُ تعيين وكيل أو عِدَّة وُكَلاء للإفلاس في الحُكْمِ الصادر بإشهار الإفلاس[22]. وَنَظَرًا لأنَّ إجراءات الإعسار طويلةٌ ومتشعبةٌ، وقد تكون أموال المَدِين المُعْسِر كثيرةً، ونشاطاته التِّجاريَّة متعددةٌ، وله فروعٌ منتشرةٌ داخل المملكة، فإنّ ذلك يحتاج أكثر من وكيل إعسار، ففي هذه الحالة يتِمُّ تحديد اختصاصاتِ وصلاحيّاتِ كلِّ وكيل إعسارٍ في جانبٍ من الإجراءات وإدارة ذِمَّة الإعسار، فقد يتم تحديد اختصاص (وكيل الإعسار المؤقت) بالإجراءات الأساسيّة في المرحلة التمهيديّة للإجراءات، وآخرُ لإعداد (خُطَّة إعادة التنظيم)، وثالث لإجراءات (التّصْفِيَة القضائيّة) على سبيل المثال، ومن شأن ذلك ضمان المِهَنِيَّةِ في الإجراءات، ووضع خُطَّة إعادة التنظيم لإنقاذ المشروع، وتحقيق السرعة في الإنجاز، ودقة الأعمال، وتحقيق مبدأ الحِياد والشَّفافيَّة في الإجراءات، وعدم تعارض المصالح، فتكون النّتيجة نجاح وصِحَّة إجراءات الإعسار، وعدم إثقال كاهل وكيل الإعسار بجميع الإجراءات – كما سوف نرى –[23]. وعلى ذلك لا نعتقد أنَّ وكيل إعسار بصفة منفردة يستطيع الإحاطة التامة، والقيام بجميع مراحل إجراءات الإعسار على تعقيداته، ونرى ضرورة تعديل نص المادة (13 / د) المَعْروضَة، وإعطاء الصلاحيَّة للمحكمة لتعيين وكيل إعسار، أو عدة وُكَلاء، وعدم تقييدها بوكيل إعسار وحيدٍ وإنْ كان شخصًا إعتبارياً؛ لأنّ هذا الأخير سيمثِّله شخص طبيعيٌّ أمام المحكمة.

الفرع الثالث: موقف القانون المقارن من وكيل الإعسار

بالرجوع إلى دليل قانون الأُونيسترال النَّموذجِيّ للإعسار، فإنّه يضع إرشاداتٍ بشأن تعيين وُكَلاء الإعسار، ويتطلّب التّأهيل لوُكَلاء الإعسار، وتعيين أكثر من وكيل إعسار لكلّ مرحلة من مراحل إجراءات الإعسار بحسب مؤهلاته وخبراته، ويركّز على أهميّة تبَنّي فكرة الفصل بين وُكَلاء الإعسار في المهام، والتّعاون فيما بينهم، بهدف التّطبيق الفعال لقانون الإعسار، ويُترك لكل مشرع وطنيٍّ الحرّيَّة في اختيار طريقة تعيين وُكَلاء الإعسار، وتحديد مهامّهم وصلاحيَّاتهم وعزلهم[24].

وفي قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصريّ رقم (11) لسنة 2018 تتعدَّد الجِهات التي تضطلع بمهامّ وكيل الإفلاس حسب مراحل القانون المختلفة، فهناك ما يسمّى (أمين الصلح) وهو الشّخص المسؤول عن مباشرة إجراءات الصّلح بين طالب الصُّلح الواقي من الإفلاس والدَّائِنينَ، ومتابعة إجراءات الصلح جميعها، وتتحدّد مهامُّه بمرحلة الصّلح الواقي من الإفلاس[25]؛ وهناك شخص يسمى (أمين التَّفْليسة) وهو المُمَثِّل القانونيُّ للتفليسة الذي تقوم بتعيينه المحكمة، وتتحدد مهمَّته بإدارة أموال التَّفْليسة والمحافظة عليها، وينوب عن المُفْلِس في جميع الدَّعاوي والأعمال التي تقتضيها هذه الأعمال في مرحلة إجراءات الإفلاس والتّصْفِيَة؛ وأخيرًا هناك لَجْنَة تسمى (لَجْنَة إعادة الهيكلة) وهذه عبارة عن لَجْنَةٍ من الخبراء تختصّ بوضع خُطَّة لإعادة هيكلة المشروعات المتعثرة، حيث ينشأ جدول يلحق بجداول خُبَراءِ المحاكمِ الاقتصاديّة يسمى (جدول خُبَراء إدارة الإفلاس) يُقَيّد به عددًا كافٍ من المكاتب والشَّركات المُتَخَصِّصَة في مجال إعادة الهيكلة وإدارة الأُصول وخبراء من وزارات الماليّة والاستثمار والتِّجارة والصّناعة والقوى العاملة والبنك المركزي المصري والهيئة العامة للاستثمار والهيئة العامة للرقابة الماليّة والبورصة المصريّة والاتحاد العام للغرف التجاريّة المصريّة واتحاد الصناعات المصريّة وأمناء التَّفْليسة والخبراء المثمنين وغيرهم عند الاقتضاء. ويصدر الوزير المختص اللائحة المنظمة لاختيارهم وقيدهم، وكيفيّة مباشرتهم لعملهم ومساءلتهم، والحدين الأقصى والأدنى لمقابل ما يؤدونه من أعمال[26].

وفي قانون التّقويم والتّصْفِيَة القضائيتين الفرنسيّ لسنة 1985 وتعديلاته، فقد ألغى المُشَرّع الفرنسيُّ قانون الإفلاس القديم الذي أُخِذَتْ منه التشريعات العربيّة ومن جُمْلَتِها قانون التِّجارة الأُردنيّ، فقد أُلْغِيَتْ أحكام الإفلاس والصلح الواقي منه، واستُبْدِلَتْ بقانون التقويم والتّصْفِيَة القضائيتين. وأهمُّ ما جاء في هذا القانون، أنه يمُرُّ في عِدَّة مراحل، فهناك مرحلة افتتاح الإجراءات التي تُمثل بداية الإجراءات ويترتب عليها وضع المشروع تحت مراقبة القضاء وتعيين (وكيلٍ مُفوَّض) من قبل

المحكمة مُهِمَّته القيام بالإجراءات التمهيديّة ومراقبة المشروع؛ ثم تأتي مرحلة التّقويم القضائيّ، وفيها يخضع المشروع للإصلاح من خلال تنفيذ الخُطَّة الاقتصاديّة والاجتماعيّة، وتعيين شخصٍ يسمى (المُشْرِف القَضائيّ) مُهِمَّته؛ الإشراف على تنفيذ خُطَّة التقويم، يعمل تحت رقابة النّيابة العامة؛ وأخيرًا تأتي مرحلة التّصْفِيَة القضائيّة إذا فشلت خُطَّة تقويم المشروع في تصحيح مساره وعلاج مشاكله الائتمانيّة، أو كان المشروع غير قابلٍ للتقويم أصلاً، حيث يترتب عليه اتخاذ الإجراءات الجماعيّة لتصفية المشروع؛ ويتم تعيين شخص لهذه المُهِمَّة يسمى (وكيل التّصْفِيَة)، تتحدد مهامُّه بإجراءات تصفية الأموال؛ وإضافة إلى هؤلاء هناك ما يسمى (خبراء تشخيص المشروع) وهم خبراءٌ قضائيون مُلْحَقون بجدول، ولهم لوائحُ تنظيم أعمالهم، وتتحدد مُهِمَّتهم بتشخيص وضع المشروع عند بداية الإجراءات، ومدى إمكانيَّة إخضاعه للتقويم القضائيّ، ووضع خُطَّةٍ بذلك، بالتعاون مع الوكيل المُفوَّض[27].

المطلب الثاني: مهامُّ وكيل الإعسار الأساسيّة

يُعدّ الدور الذي يؤدِّيه وكيل الإعسار جوهريًّا وأساسيًّا في إدارة ذِمَّة الإعسار، وإجراءات الإعسار، منذ بدايتها عند صُدور حُكْم إشهار الإعسار، وتعيينه وكيلًا قضائيًا للإعسار حتى نهايتها بصدور الحكم، باعتماد خُطَّة إعادة التنظيم أو التّصْفِيَة القضائيّة وحتى إقفال التَّفْليسة.

ويُعدُّ وكيل الإعسار من أهم الأشخاص في إجراءات الإعسار بالنَّظر إلى المسؤوليّة الملقاة على عاتقه. ويتم تعيينه في القرار الصادر بإشهار الإعسار، وذلك من بين الأشخاص المرخَّصين، وفقًا لأحكام القانون – كما أشرنا -. ويجب أنْ تتوافر لديه الكفاءة والدِّراية والخِبْرة؛ حتى يتمكن من أداء عمله على الوجه الأمثل، وهو عمل في غاية الأهميّة، إذ يترتب عليه إنقاذ المشروع أو إنهياره وتصفيته بحسب مهارة وكيل الإعسار، وخبراته، والوضع الاقتصادي للمشروع. ويجب على المحكمة أنْ تراعي عند اختيار وكيل الإعسار أن يكون مناسبًا لإدارة إجراءات الإعسار، وذا خِبرة في طبيعة النشاط الاقتصاديّ، ويخضع وكيل الإعسار ويكون عمله تحت إشراف وَرَقابة المحكمة، وكذلك رَقابة الدَّائِنينَ، أو من يمثِّلُهم في الحُدود المُبَيَّنَة في القانون، وللمحكمة وكذلك لَجْنَة الدَّائِنينَ أن تُكلِّف وكيل الإعسار بتزويدها بمعلوماتٍ محدَّدة، أو تقريرٍ عن سيْر إجراءات الإعسار وإدارة ذِمَّة الإعسار[28].

وسوف نشير بإيجازٍ إلى المهام الأساسيَّة لوكيل الإعسار في المراحل المُختلِفَة للإجراءات، على أن نعالج مهامَّ وكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا في المطلب الثالث من هذا المبحث. وتتمثل مهامُّ وكيل الإعسار بالنِّقاط التالية:

أولاً: نَشْرُ قرار الإعسار وتبليغه: يلتزم وكيل الإعسار وخلال مُدَّة خمسة أيام من صدور قرار المحكمة بإشهار الإعسار، فيقوم بِنَشْر قرار

الإعسار في الجريدة الرسميّة مع بيانات المَدِين، والقُيود الواردة على صلاحياته في إدارة أمواله والتصرف فيها، وتحديد اسم وكيل الإعسار، والطلب من الدَّائِنينَ التَّقدُّم بمطالبتهم، وكذلك النشر في صحيفة يوميَّةٍ محليَّةٍ، كما يتم نشره في صحيفةٍ يوميَّةٍ أجنبيَّةٍ إذا كان للمَدين المُعْسرِ نشاطٌ خارج إقليم الدولة، إضافة إلى نشره على الموقع الإلكتروني المملوك للمَدينِ المُعْسِرِ أن وُجِدْ، وفي الوقت ذاته يلتزم بتسجيله في سِجِلِّ الشَّركات وأيُّ سِجِلٍّ خاصٍ يرتبط بأموال المَدِين، كما يتولى تبليغ قرار إشهار الإعسار لدائرة ضريبة الدَّخل والمبيعات والمؤسسة العامة للضمان الاجتماعيّ، وَمُمَثِّل العُمَّال إنْ وجد[29].

ثانياً: إدارة ذِمَّة الإعسار والنشاط الاقتصادي للمدين: لا يترتب على صدور قرار إشهار الإعسار وقف النشاط الاقتصادي للمشروع؛ لأنّ الهدف من قانون الإعسار استمرار النشاط الاقتصاديّ ومزاولة الأعمال. ولذا يطرح التساؤل حول من يتولى إدارة المشروع خلال المرحلة التمهيديّة لإجراءات الإعسار؟ وقد عالجت المادة (17) هذه المسألة وفَرَّقَتْ بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون طلب إشهار الإعسار مُقدَّمٌ من المَدِين، وفي هذه الحالة يحتفظ المَدِين بإدارة أعماله المعتادة، وذلك تحت إشراف وكيل الإعسار، كما يَحِقُّ له متابعة الإجراءات القضائيّة، وهذا يعني أنّ وكيل الإعسار له دورٌ يتمثل في الإشراف على أعمال المَدِين، فلا يستطيع المدين إبرام العقود وإجراء الصفقات، أو التصرف بالموجودات والأصول، أو وَقْفِ خُطوطِ الإنتاج، وما إلى ذلك إلَّا بموافقة وكيل الإعسار، وذلك حرصًا على مصلحة الدَّائِنينَ وأصحاب الحقوق وإدامة العمل[30].

وتجدر الملاحظة أنّه يجوز لوكيل الإعسار، وكذلك الدَّائِنينَ أنْ يطلبوا من المحكمة في أي وقت بعد إشهار الإعسار، وقف صلاحيّة المَدِين في إدارة ذِمَّة الإعسار، ويشترط لذلك أن يكون هناك أسباب مبررة، بهدف حماية ذِمَّة الإعسار من سوء الإدارة، وتبديد أموال ذِمَّة الإعسار.

الفرض الثاني: أن يكون طلب الإعسار مُقدَّمًا من الدَّائِنينَ أو مراقب الشِّركات، وفي هذه الحالة يقرر القانون تعليق صلاحيات المَدِين في إدارة المشروع، وإسناد أعمال الإدارة لوكيل الإعسار، ويمارس هذا الأخير صلاحياته في حدود تسيير الأعمال المعتادَة دون أن تمتدَّ هذه الصلاحيات إلى اتخاذ إجراءات التّصْفِيَة، فيقوم باتّخاذ الإجراءات التَّحفُّظِيَّة وتنفيذ العقود، والمحافظة على تشغيل المشروع، وما إلى ذلك من إجراءاتٍ لها جانب وقائيٌّ وجانب إداريٌّ[31].

ويلاحظ حِرْصَ المُشَرِّع على استمرار النشاط الاقتصاديّ للمشروع، بصرف النظر عن شخص المَدِين وأسباب التوقف عن الدَّفْع، وقد تم الفَصْل لأول مرَّة بين شخص المَدِين

واستمرار تشغيل المشروع. وقد جاء هذا التوجه من المُشَرِّع على عكس ما كان معمولًا به في نظام الإفلاس المُلْغَى الذي كان يقضي بوقْف النشاط الاقتصاديّ من خلال اتخاذ إجراءات التّصْفِيَة، وكان يحظُرُ على المَدِين إدارة المشروع، وإنْ تقدم بنفسه بطلب شهر الإفلاس[32]. ويسعى المُشَرِّع من وراء ذلك إلى تحقيق الهدف الأساسي من قانون الإعسار، وهو إنقاذ المشروعات وليس تصفيتها، وقد أسند مهمَّة الإدارة إلى المَدِين في الفرض الأول تحت إشراف وكيل الإعسار، وإلى هذا الأخير في الفرض الثاني. ويعدُّ ذلك تطورًا هامًا في قانون الإعسار الأُردنيّ، يتواءَم مع قواعد دليل الأُونيسترال النَّموذَجِيّ للإعسار[33].

ثالثاً: الإجراءات القضائيّة: إذا صدر القرار من المحكمة المختصة بتعليق صلاحيات المَدِين على النحو السالف، يَحِلُّ وكيل الإعسار مَحَلَّ المَدِين في جميع الدَّعاوي والإجراءات القانونيّة، سواءٌ أكان ذلك بصفة المَدِين مدعٍ أم مُدَّعًى عليه، ليكون مُمَّثِّلًا عنه في متابعة تلك الدعاوى، بما في ذلك صلاحيّة توكيل المحامين وعزلهم، وما إلى ذلك من الإجراءات القضائيّة.

وإذا ظهر قِيامُ المَدِين بمعاملةٍ تفضيليّةٍ لأحَدِ الدَّائِنينَ كإبرام عقد الصلح، أو مَنْحِ ضماناتٍ لِدَيْنٍ سابقٍ، أو سَداد دينٍ مضمونٍ غير مُسْتَحقّ الأداء، أو قِيامِه بأعمال التبرع أو الهِبَةِ دون عِوَضٍ، وغير ذلك من التصرفات الضارة بالدَّائِنينَ، فيتولى وكيل الإعسار تقديم الطلبات المتعلقة بعدم نفاد تصرفات المَدِين المُعْسِر لدى المحكمة المختصة، بعد إثبات وقوع الضرر بالدَّائِنينَ وذلك إذا وقعت هذه التصرفات خلال فترة الرِّيبَةِ التي حدَّدَها القانون خلال سنةٍ سابقةٍ لتاريخ إشهار الإعسار وفقًا لأحكام المادة (33) من قانون الإعسار الأُردنيّ[34].

رابعاً: حصر الأموال والالتزامات: يلتزم وكيل الإعسار بحصر ذِمَّة الإعسار كما هي في تاريخ إشهار الإعسار التي تتألّف من إعداد قائمةٍ بأموال المَدِين، وحقوقِه لدى الغير، وقائمةٍ بالدَّائِنينَ ومقدار دُيونهم المُترتّبة على المَدِين، وكَشْفٍ بالدعاوي المُقامَة من المَدِين أو ضِدّه، كما يلتزم وكيل الإعسار بإعداد تقرير خلال شهرين من تاريخ تعيينه، ويجب أن يتضَمَّن التقرير أسباب الإعسار، وتقييمها بصورة مُفصَّلة، وبيان رأيه في مدى إمكانيّة استمرار النشاط المتعلق بالمَدِين المُعْسِرِ، وَوَضْعِ خُطَّةٍ لإعادة التنظيم، وبيانٍ بالقرارات والإجراءات التي قام باتّخاذها منذ تعيينه[35].

خامساً: خُطَّة إعادة التنظيم: لوكيل الإعسار دورٌ هامٌ في إعادة هيكلة المشروع في مرحلتي خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، وخُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة. وسوف نتولى مناقشة هذين الموضوعين تفصيلًا – كما سوف يأتي -.

سادساً: فسخ العقود وتعيين الخبراء: يَحِقُّ لوكيل الإعسار أو للمَدين بإشراف وكيل الإعسار حسب مقتضى الحال، أن يطلب أنهاء العَقْد الجاري تنفيذه إذا كان ذلك يحقق مصلحة لإجراءات الإعسار، ومنها فسخ عقود البيع التي تمت قبل إشهار الإعسار والتي لم يَتِم تسليم المبيعِ فيها بعد أو تسديد الثمن، وكذلك

أنهاء عقود الإجارة للأموال المنقولة وغير المنقولة التي يكون فيها المَدِين مستأجراً، وذلك قبل انتهاء مُدَّتِها إذا كانت هناك مصلحةٌ تَصُبُّ في إجراءات الإعسار، وأنهاء عقود العمل سارية المفعول، أو تعديلها بموافقة المحكمة وبعد الاستماع لرأي العمال أو ممثليهم، وتعليق سَرَيان عقود الوَسَاطَة والتحكيم بقرار يصدر عن المحكمة، وبطلبٍ من وكيل الإعسار إذا كانت تؤثِّر على إجراءات الإعسار[36].

كذلك يحق لوكيل الإعسار الاستعانة بالخبراء في أيٍّ من مهامِّه، سواءٌ تعلقت بذِمَّة الإعسار أو بإدارة إجراءات الإعسار، ويَظَلُّ مسؤولًا عن تنفيذ تلك المهامّ، وكذلك يتحمل أتعاب الخبراء ما لم تقرر المحكمة غير ذلك، وفقًا للنص المادة (51 / ب) من قانون الإعسار[37].

وتجدر الملاحظة أن المُشَرّع لم يحدِّدْ آليّة اختيار الخبراء، أو إيجاد قائمة بهم لدى المحكمة، ومدى الوقوف على تأهيلهم وحيادهم، كما أنه لم يُبَيِّنْ كيفيّة تعيينهم؛ هل يعود لوكيل الإعسار، أم يعود للمحكمة المختصَّة تحت إشْرافها ورقابتها بطلب من وكيل الإعسار؟ وهل يخضعون لِحَلْفِ اليمين وفقًا لقانون أصول المحاكمات المدنيّة؟ وأخيرًا لم يحدِّدْ المُشَرّع طبيعة المهام،التي يجوز لوكيل الإعسار -من خلالها- طلب الاستعانة بخبيرٍ للقيام بها، وَتَرَكَ ذلك بشكلٍ مطلقٍ لوكيل الإعسار، ونعتقد بأهميّة أن يقوم المُشَرّع بمراجعة النص وتقليص صلاحيّة وكيل الإعسار بهذا الشأن.

ونظرًا لأهميّة الخبراء ودورهم في إعادة هيكلة المشروع، فإنّ القانون المِصْرِيَّ يستوجب وفقًا للمادة (13) منه، أن يكون هناك جدولٌ خاصٌ بخبراء إدارة الإفلاس، يتألف من مكاتب متخصِّصَةٍ في مجال إعادة هيكلة المشروعات، ويرتبط مباشرة بوزارة العدل والمحاكم الاقتصاديّة، ولا يرتبط بوُكَلاء الإعسار لضمأن التخصص والحياد، ويكون تعيينهم وعزلهم من المحكمة [38].

وفي القانون الفرنسيّ هناك جدول خبراءِ تشخيصِ المشروعِ مهمَّته فحص المشروع، ووضع خُطَّة إعادة التقويم بالتعاون مع الوكيل المفوض، ويرتبطون بالمحكمة مباشرة[39]، ولا يدخل تعيين الخبراء ضِمْن نِطاق مسؤوليّة الوكيل المفوض، فليس من صلاحيّات هذا الأخير تعيين الخبراء أو عزلهم ودفع أُجورهم، كما هو الشأن في قانون الإعسار الأُردنيّ. ولذا نعتقد بضرورة مراجعة نص المادة (51 / ب) منه، وعدم إعطاء الصلاحيّة لوُكَلاء الإعسار بتعيين الخبراء.

سابعاً: التّصْفِيَة القضائيّة: عالج المُشَرّع في الفصل العاشر من قانون الإعسار الأُردنيّ، موضوع التّصْفِيَة القضائيّة، وحالاتِ اللُّجوء إليها واجراءاتها، وما يترتب عيها من آثار، ويعنينا في هذا المقام مهامَّ وكيل الإعسار في هذه المرحلة من الإجراءات التي تتلخص بالمسائل التالية:

1- طلب التّصْفِيَة القضائيّة إذا كان المشروع الاقتصادي غير قابل للإنقاذ، وتَوَقَّفَ النشاط الاقتصاديُّ، أو فشلت خُطَّة إعادة التنظيم بعد إقرارها[40].

2- تقديم خُطَّة تصفية للمحكمة المختصة خلال مُدَّة عشرين يوماً من بَدْء مرحلة التصفية [41].

3- تصفية أموال ذِمَّة الإعسار وحقوقها خلال مُدَّة سنة من تاريخ بدء مرحلة التّصْفِيَة على أنْ يقدم تقريرًا للمحكمة كل مُدَّة شهرين حول سير عمليّة التّصْفِيَة[42].

المطلب الثالث: مهامُّ وكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً

تناولنا فيما سبق مهامَّ وكيل الإعسار الأساسيّة بشكل عام، وهي ذاتها التي كانت مقررة في نظام الإفلاس، مع اختلافٍ بسيطٍ يتعلق بإسناد مهمة إدارة المشروع لوكيل الإعسار أثناء المرحلة التمهيديّة للإجراءات بقرار يصدر عن المحكمة – كما أشرنا -. كما أنّ قانون الإعسار قد أناط بوكيل الإعسار بالإضافة إلى مهامّه عِبْء الاضطلاع بخُطَّة إعادة التنظيم (موضوع الدراسة).

ونتناول ماهيّة خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا في الفرع الأول، وإعداد خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ماهيّة خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا

يجيز قانون الإعسار الأُردنيّ للمَدين أن يتقدم (بخُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا) وفقًا للمادة (69) منه، إذا اضْطَرَبَتْ أحواله الماليّة ومعاملاته التجاريّة، وكان على وَشَكِ الإعسار، وهي خطوة استباقيّة تجنبًا للدخول في إجراءات الإعسار.

والإعسار الوشيك وفقًا لنص المادة (2) من ذات القانون، هي الحالة التي يتوقع فيها المَدِين فُقدان القدرة على سداد ديونه عند استحقاقها خلال ستة أشهر، على الرغم من قدرته الحاليّة على السداد.

وأهمّ قاعدة لخُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، أنها تتعلق فقط بإعادة هيكلة الديون، وذلك بإيجاد تسويةٍ بين المَدِين ومُدِينيهِ عن طريق جدولة الديون ضمن إجراءات رسمها القانون، ولا تتعلق بإعادة هيكلة النشاط الاقتصادي للمشروع، فهذه الأخيرة تكون في مرحلة خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة – كما سيأتي -، وإنّ ميعاد تقديمها قبل إشهار الإعسار، أو في المراحل المبكّرة منه خلال المرحلة التمهيديّة، وهذه الخُطَّة التي أطلق عليها المُشَرّع تسمية (المُعَدَّة مسبقًا) يقوم بإعدادها المَدِين حصراً، ولا يشترك معه وكيل الإعسار أو الدَّائِنينَ، وقد جاءت بديلًا لنظام الصلح الواقي من الإفلاس في النظام الملغى [43].

ويشترط في الخُطَّة تو افر عدة شروط وردت في القانون يمكن إيجازها كما يأتي:

1- أن تكون الخُطَّة إعادة هيكلة الديون: يجب أن تتعلق الخطة بإعادة هيكلة الديون من خلال إيجاد تسوية مالية بين المدين والدائنين تتضمن موافقة الدَّائِنينَ على جدولة ديونهم، بحيث يحصل المَدِين

على موافقة الدَّائِنينَ على جدولة ديونهم، أو شطب جزء من الديون أو الفوائد [44].

2- أن تتضمّن الخُطَّة أعلى نسبة سداد ديون: يجب أنْ تتضمن الخُطَّة أعلى نسبة سداد ديون للدائنين أصحاب الحقوق؛ ليضمن المَدِين الحصول على موافقة الدَّائِنينَ عند التصويت على الخُطَّة وقبولها وتصديقها من المحكمة المختصة، وقد حدد المُشَرِّع نسبة مئوية للديون التي يجب حصول الموافقة عليها مقدارها 25 % من إجماليّ قيمة الديون على الأقل؛ حتى يتم قبول الخُطَّة شكلًا والنظر فيها [45].

3- ألّا تتجاوزَ مُدَّة تأجيل الديون عشر سنوات: كما يُشترط في خُطَّة إعادة هيكلة الديون ألَّا تتجاوز مُدَّة تأجيل الديون عشر سنوات، وقد أراد المُشَرِّع من خلالها إعطاء المَدِين الفترة الزمنيّة اللازمة لإنجاح الخُطَّة على ضَوْء طبيعة النشاط الاقتصادي للمشروع، ويلاحظ أنّ هذه المُدَّة هي الحدُّ الأقصى. أمَّا الحدُّ الأدنى؛ فهي غير محددةٍ، فقد تكون سنة أو سنتين وما إلى ذلك.

4- ميعاد تقديم الخُطَّة: أعطى القانون المَدِين ميعادًا للتقدم بمقترح خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، الأول التقدم بمقترح الخُطَّة للمحكمة مع طلب إشهار الإعسار عند توافر شروط إشهار الإعسار[46]. والثاني خلال ثلاثين يومًا من تاريخ إشهار الإعسار، وهي مُهْلَة سقوط يترتب عليها، عدم جواز التقدم بالخُطَّة في المرحلة التمهيديّة لإجراءات الإعسار، وإنْ أجاز المُشَرِّع لِلْمَدِين تقديم خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة في مرحلة إعادة التنظيم، وهي المرحلة الثانيّة من إجراءات الإعسار، تفاديًا لفوات الفرصة على المَدِين بالتقدم بالخُطَّة لإنقاذ المشروع – كما سيأتي-.

5- استمرار النّشاط الاقتصاديّ للمشروع: يشترط قانون الإعسار في خُطَّة إعادة التّنظيم أنْ تتضمن استمرار النّشاط الاقتصاديّ للمُنْشأة، فلا يكفي وجود التسوية وموافقة الدَّائِنينَ حسب النسبة المقرَّرَة للديون، بل لا بد من استمرار النشاط الاقتصادي وعدم تصفية المشروع.

الفرع الثاني: إعداد خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا

عند توافر الشروط السالفة تكون الخُطَّة مقبولة شكلاً، ويمكن تقديمها للمحكمة، ثم يأتي دور وكيل الإعسار للنظر في الخُطَّة وتقديم تقريرٍ شاملٍ ومفصلٍ عنها للمحكمة.

ويمكن مناقشة وإيضاح دور وكيل الإعسار ومهامّه بشأن خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، وفقًا لقانون الإعسار الأُردنيّ في المسائل التالية:

أولًا – إعداد تقرير حول مقترَح الخُطَّة: يلتزم وكيل الإعسار بوضع تقريرٍ متكاملٍ حول خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا للمحكمة المختصة، وهذا التقرير يتم استكماله ويكون قابلًا للمناقشة مع الدَّائِنينَ قبل اجراء التصويت على الخُطَّة، وميعاد تقديمه

للمحكمة خلال مُدَّة ثلاثين يومًا إذا تم تقديم مقترَح الخُطَّة مع طلب إشهار الإعسار، ويكون الميعاد خلال عشرة أيام إذا قُدِّم مقترَح الخُطَّة بعد إشهار الإعسار، وخلال المرحلة التمهيديّة لإجراءات الإعسار[47]، وتجدر الإشارة أنَّ الميعاد لتقديم ذات التقرير في خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة خمسة عشر يوماً[48].

على أنّه يلاحظ بوضوحٍ قِصَرِ مواعيد تقديم التقرير للمحكمة من قبل وكيل الإعسار، وهي -في حدِّها الأعلى- ثلاثون يومًا إذا قدم مقترَح الخُطَّة مع طلب إشهار الإعسار، وهي غير قابلةٍ للتمديد؛ أراد المُشَرِّع من خلالها سرعة البتِّ؛ للفصل بقبول الخُطَّة واعتمادها من عدمه. ونعتقد أنَّ هذه المواعيد المحددة حصرًا قصيرةٌ نسبياً؛ إذْ لا تُمكّن وكيل الإعسار بدراسة الخُطَّة، وربما تطلَّب الأمر انتخاب خبيرٍ حول مقترَح الخُطَّة في أيٍّ من المسائل الفنيّةِ الواردة فيه. وهذا يتطَّلب وقتًا لإعداد التقرير، وقد يتطلب الأمر كذلك مراجعة الدَّائِنينَ الذين وافقوا على الخُطَّة لطلب إيضاحاتٍ، أو تزويد وكيل الإعسار بمعلوماتٍ – كما سوف يأتي –، مما نرى معه أنَّ هذه المواعيد قصيرة جداً، خاصّة في المشروعات الاقتصاديّة الكُبرى التي يتم إشهار إعسارها، ممَّا لا يخدِم أهداف القانون.

وفيما يتعلق بمضمون تقرير وكيل الإعسار، فإنّ هذا التقرير يتضَمَّن عدة بياناتٍ وعناصر أساسيّة، يجب توافرها وفقًا لأحكام المادة (78) من قانون الإعسار الأُردنيّ كما يأتي:

1- أنْ تتضمن الخُطَّة المعلومات المنصوص عليها في القانون والمعلومات اللازمة؛ لتمكين المحكمة والدَّائِنينَ من اتخاذ القرار المناسب بشأنها.

2- مدى معقوليّة الفرضيات التي بُنِيَتْ عليها خطوات إعادة التنظيم وتوقعات التدفقات النقديّة على ضَوْءِ ما تضمَّنَتْه الخُطَّة من بُنود.

3- رأيه فيما إذا كان تنفيذ الخُطَّة سيؤدي إلى تحقيق عائد أعلى للمدين؛ لاستيفاء الدُّيون من العوائد في حالة تصفية المشروع.

4- رأيه فيما إذا كانت الخُطَّة تُحَسِّن من إمكانيّة وضع الدَّائِنينَ باستيفاء ديونهم.

5- رأيه فيما إذا كان تنفيذ الخُطَّة لا يؤدي إلى حصول الدَّائِنينَ بحسب فئاتهم على مبالغ ماليّة أقلّ، فيما إذا تم تصفية المشروع.

6- رأيه فيما إذا كان يجوز الطَّعْن بأيّ مبالغ مستحقةٍ للأشخاص ذي الصلة بالمَدِين.

7- أثر عدم قدرته على إنجاز الخُطَّة، أو أيَّ عملٍ فيها، أو متابعة الإجراءات القضائيّة.

وإضافةً إلى ذلك يجب أنْ يتضَمَّن تقرير وكيل الإعسار، مدى قابليَّة النشاط الاقتصاديّ للاستمرار على ضَوْءِ الخُطَّة المُعَدَّة مسبقًا إذا تمَّ تنفيذها، ومدى إمكانيّة تنفيذها بشكلٍ فاعلٍ يؤدّي إلى إنقاذ المشروع الاقتصاديّ، واستمراريّة النشاط بدلًا من اتخاذ إجراءات التّصْفِيَة.

ثانيًا – تزويد وكيل الإعسار بالمعلومات والإيضاحات

إنَّ وكيل الإعسار وهو بصدد إعداد تقرير خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً له أنْ يطلب من المَدِين أو الدَّائِنينَ الذين وافقوا على الخُطَّة، تزويده بمعلوماتٍ أو إيضاحاتٍ يراها مناسبةً لغايات إعداد التقرير وفقًا لأحكام المادة (70 / ج) من قانون الإعسار، وهذه المعلومات إنَّما تتعلق بما ورد في بنود الخُطَّة حول إعادة هيكلة الدُّيون، والوقوف على مسألة تَعَرُّض المَدِين للإعسار الوشيك، وحجم الديون والالتزامات المترتّبَة على المشروع، من خلال الاطِّلاع على الميزانيّة العموميّة للمشروع الاقتصادي، وحِساب الأرباح والخسائر والعقود والصَفَقاتِ، وما إلى ذلك من مسائل محاسبيّة هذا بالنسبة للمدين، أمَّا بالنسبة للدائنين، فإنَّ المعلومات والإيضاحات إنَّما تتعلق بحجم الديون التي تمت الموافقة على جدولتها أو شطبها، بما في ذلك الفوائد، والتأكد من حقيقتها ووجودها فِعْلاً، وليس صُوَرِيًّا؛ والهدف من ذلك تقديم تقريره المشارُ إليه من واقعِ قُيود المَدِين المحاسبيّة[49].

ثالثًا – تعيين خبير لتقييم الخُطَّة

يحق لوكيل الإعسار الطلب من المحكمة الاستعانة بخبيرٍ؛ لتقييم خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا حول أيّ مسألةٍ من المسائل الواردة بالخُطَّة، على أنْ يكون ذلك بأسبابٍ مبررة، بموجب المادة (70 / د) من قانون الإعسار، وذلك بهدف إعداد التقرير المُشارِ إليه. ويتضح من النص ضرورة توافر عدة شروط، حتى يتمَّ إجراء الخِبْرة الفنيّة لخُطَّة إعادة التنظيم وهي:

1- أنْ يَتَقَدَّم وكيل الإعسار بطلبٍ للمحكمة المختصة؛ لتعيين خبير لتقييم خُطَّة إعادة التنظيم.

2- أنْ يحِّدد وكيل الإعسار المسائل المطلوب الخبرة بشأنها على وجه دقيق.

3- أنْ يكون هناك أسبابٌ مبررةٌ لطلب الخبرة.

إذا توافرت الشروط مجتمعة، فإنّ المحكمة تقوم بتعيين خبيرٍ، بناءً على طلب وكيل الإعسار وتُحَّدد مُهمته ويخضع لشروط الخبرة الواردة في قانون البينات[50]، وقانون أصول المحاكمات المدنيَّة[51].

ويلاحظ أنَّ المُشَرِّع قد ناقض نفسه بشأن الاستعانة بالخبراء من قبل وكيل الإعسار؛ فالمادة (51 / ب) من قانون الإعسار - السابق الإشارة اليها - والتي جاءت تحت الفصل الخامس بعنوان (وُكَلاء الإعسار)، قد أعطت وكيل الإعسار حقَّ الاستعانة بالخبراء، إذْ يقوم باختيارهم لتنفيذ مهامِّه، ويبقى مسؤولًا عن تنفيذ تلك المهام، ويتحمل أتعاب الخبراء إلَّا إذا قررت المحكمة غير ذلك. ويفهم من النص أنَّ وكيل الإعسار له سلطة باختيار الخبراء في أيٍّ من مهامِّه، بما في ذلك تقييم خُطَّة إعادة التنظيم؛ لأنّ النص جاء بصيغة عامة دون تحديد لطبيعة المهامّ، وقد وضع المُشَرِّع قيد

موافقة المحكمة على وكيل الإعسار، وقد انتقدنا هذا الاتجاه بإعطاء هذه السلطة الواسعة لوكيل الإعسار دون ضوابط، وبيَّن النص أعلاه المادة (70 / د) من ذات القانون الوارد في الفصل الثامن بعنوان (خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً) الذي يوجب على وكيل الإعسار تقديم طلب للمحكمة وتحديد أسباب الطلب، وما إلى ذلك من شروط – كما أشرنا –، بحيث يضع ضوابط للاستعانة بالخبراء، فضلًا عن رقابة المحكمة وإشرافها الكامل على إجراءات الخبرة.

ونعتقد بأنَّ المُشَرِّع بحاجة لمراجعة النصين ورفع التناقض والتعارض، يضاف إلى ذلك أنَّ هذا النص الأخير، وإنْ كان جيدًا كما نرى إلّا أنَّه لا يُعمَل به إلّا في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا دون غيره من الإجراءات التي قد تحتاج الخبرة، ومنها خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة حيث لا يضع القانون نصًا وقيودًا بشأن استعانة وكيل الإعسار بالخبراء في تلك المرحلة، فيتم الرجوع إلى القاعدة العامة. وذلك على خلاف القانونين: المِصْرِيّ، والفرنسي، اللذين يضعان ضوابط لموضوع الخبراء بمعزلٍ عن وكيل الإعسار وصلاحياته - كما سبقت الإشارة -

رابعًا – اطلاع الدَّائِنينَ على خُطَّة إعادة التنظيم

يتطلب قانون الإعسار الأُردنيّ اطِّلاع الدَّائِنينَ على خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا في المكان والزمان الذي يُحَدِّدُه وكيل الإعسار، لتمكينهم من إبداء الملاحظات عليها، تمهيدًا لمرحلة التصويت على الخُطَّة، ويبدأ ميعاد هذه المرحلة من الإجراءات بعد تقديم وكيل الإعسار لتقريره للمحكمة.

ويلتزم وكيل الإعسار باستكمال إجراءات السَّير في خُطَّة إعادة التنظيم، ويَشْترِط القانون وفقًا لأحكام المادة (71) عدم جواز قيام وكيل الإعسار باطلاع أيّ جهة كانت على خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، وأنْ يحافظ على سِرِّيَّتِها، ويستثنى من ذلك اطِّلاع الدَّائِنينَ المُدْرَجين في قائمة الديون، وكذلك أيُّ شخص يظهر أنَّ له دَيْنًا صحيحًا على الخُطَّة، ويجب التحقق من هُوِيَّةِ الشخص المزمع اطلاعه على الخُطَّة، وتوقيعه على تعهد بالمحافظة على سِرِّيَّتِها.

خامسًا – التصويت على خُطَّة إعادة التنظيم

بعد اطِّلاع الدَّائِنينَ على خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، والتحقق من الديون على الوجه السالف، تأتي مرحلة التصويت على الخُطَّة؛ للحصول على الأغلبيّة التي يتطلَّبها قانون الإعسار، ويلتزم وكيل الإعسار بإجراء التصويت، وهذه المرحلة تُعد من أهم مراحل الإجراءات المتعلقة بالخُطَّة؛ إذْ يترتَّب عليها قَبول الخُطَّة من عدمه.

ووفقًا لأحكام المادة (72) من قانون الإعسار الأُردنيّ، يجب على الدَّائِنينَ القيام بالتصويت على خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، ابتداءً من تاريخ انتهاء المُدَّة المحددة للتقدم بمطالباتهم وحتى انتهاء مُدَّة الطعن بقائمة الدَّائِنينَ، ويتم التصويت على الخُطَّة من خلال وثيقةٍ خطيَّةٍ

تُسلَّم لوكيل الإعسار على عنوانه المحدد، أو من خلال المحكمة، وفقًا لأحكام التصويت على خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة؛ لأنَّ قواعد التصويت واحدة في كلا الخُطتين.

وباستعراض قواعد التصويت الواردة في الفصل التاسع من قانون الإعسار، نجد أنّ قانون الإعسار قد نص على تقسيم الدَّائِنينَ إلى فئات بحسب نوع وأهمية ديونهم، كما تطلب اتباع إجراءات محددة حول موضوع التصويت على الخُطَّة وردت في المواد (80 – 85) منه.

وقد أورد قانون الإعسار قواعد محددة لقبول خُطَّة إعادة التنظيم وفقًا لأحكام المادة (90) منه، تتضمَّن ما يأتي:

1. تتم الموافقة على خُطَّة إعادة التنظيم بالأغلبيّة المطلقة من إجماليّ الديون، أي أكثر من 50% من إجماليّ قيمة الديون.
2. إذا تضمنت خُطَّة إعادة التنظيم تخفيضًا لقيمة الديون أكثر من 50%، أو تضمنت الخُطَّة إعادة جدولة الديون لمُدَّة تتجاوز خمس سنوات، فيجب أنْ يوافق عليها الدائنون الذين خُفِّضَت ديونهم، أو تم تأجيلها بأغلبيّة 60% على الأقل من إجماليّ قيمة ديونهم.
3. إذا تضمنت خُطَّة إعادة التنظيم معاملةَ مجموعةٍ من الدَّائِنينَ من ضمن الفئة ذاتها معاملة تفضيليّة، فيجب أنْ يوافق عليها بشكلٍ مستقلٍ أغلبيّة الدَّائِنينَ الذين سيلحقهم ضررٌ من منح هذه المعاملة التفضيليّة.

ويلتزم وكيل الإعسار بعد انتهاء عمليّة التصويت بفرز الأصوات خلال خمسة أيام من انتهاء مُدَّة التصويت على الخُطَّة، فإذا تمَّت الموافقة عليها بالأغلبيّة المشارِ إليها، يتولى إشعار المحكمة بنتيجة التصويت وإيداعها لديها، كما يَحِقُّ لكلِّ دائنٍ الاعتراض على الخُطَّة، وفقاً لطرق الطعن الواردة في قانون الإعسار بموجب المادة (73) منه [52].

سادسًا – مصادقة المحكمة على خُطَّة إعادة التنظيم

ميَّز قانون الإعسار بين فرضين:

الفرض الأول: أنْ يتم الموافقة من الدَّائِنينَ على خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا من خلال التصويت على الخُطَّة، أو ردِّ الاعتراضات المقدمَّة إنْ وجدت، حيث تقوم المحكمة بالمصادقة على الخُطَّة، وتقرر انتهاء المرحلة التمهيديّة من إجراءات الإعسار.

الفرض الثاني: ألّا تتمَّ الموافقة من الدَّائِنينَ على الخُطَّة، وفي هذا الفرض تعلن المحكمة انتهاء المرحلة التمهيديّة، وبِدْء مرحلة إعادة التنظيم الاعتياديّة [53].

وتجدر الملاحظة أنّ قانون الإعسار لم يجعل موضوع الموافقة على خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا أو خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة – كما سيأتي –، بيد الدَّائِنينَ وحدهم، وتُحقَّق النسبة المطلوبة من أي فئة من الدَّائِنينَ

للتصويت على الخُطَّة، وما قد يؤدي ذلك إلى تصفية المشروع إذا تعنت الدَّائِنينَ، ولذلك فقد أجاز للمحكمة ضمن سلطتها التقديريّة أنْ تقرّر قَبول الخُطَّة ضمن ضوابط، وردت في المادة (91) من ذات القانون وهي:

1- ألّا يؤدي تنفيذ الخُطَّة إلى وضع فئة من الدَّائِنينَ في مرتبة أدنى من مَرْتبتهم فيما إذا تمت تصفية المشروع.

2- ألّا يلحق ضررٌ بأيّ من أعضاء أيّ فئة مقارنة مع أعضاء الفئات الأخرى من المرتبة ذاتها.

3- ألّا يتقاضى أيُّ دائن من ضمن أي فئة أخرى من الدَّائِنينَ مبلغًا أعلى من إجماليّ ديون تلك الفئة.

4- تقرر المحكمة اعتماد خُطَّة إعادة التنظيم بناء على طلب وكيل الإعسار أو المَدِين. وفي هذه الحالة الأخيرة يجب عرضها على وكيل الإعسار لإبداء الرأي.

المبحث الثاني

دوروكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة

ناقشنا في المبحث الأول من الدراسة دور وكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا الواردة في الفصل الثامن من قانون الإعسار الأُردنيّ، وتناولنا مهامَّه تفصيلًا منذ بدء تقديم الخُطَّة وحتى صدور القرار من المحكمة حولها، هذا بالإضافة إلى مهامِّه الأساسيَّة في الإجراءات خلال المرحلة التمهيديّة، ورأينا أنَّ له دورًا محوريًا وهامًا في إجراءات الإعسار، وأنّ هذا الدور يترتب عليه نجاح الإجراءات، وانعكاس ذلك بدرجة كبيرة على قبول الخُطَّة واعتمادها.

واستكمالًا لما بدأناه نتناول في محور الدراسة لهذا المبحث، ماهِيَّة خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة، وإعداد خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة، ودور وكيل الإعسار في الإشراف على تنفيذ الخُطَّة، والطبيعة القانونيّة لدور وكيل الإعسار في إعادة هيكلة المشروعات وصورها. وذلك في أربعة مطالب متتالية.

المطلب الأول: ماهيّة خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة

ينصرف مفهوم خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة، بأنّها تلك التي يتم تقديمها من وكيل الإعسار أو المَدِين أو الدَّائِنينَ في حالة الإعسار الفعليّ، والتي تعني وفقًا لنص المادة (2) من قانون الإعسار الأُردنيّ، توقُّفُ المَدِين أو عجزه عن سَداد ديونه المستحقّة بانتظام، أو عند تجاوز إجماليّ التزاماته الماليّة إجماليَّ قيمة موجوداته[54].

وهناك أوجُه تشابهٍ واختلافٍ بين خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقاً، وخُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة. وأهم أوجُه التشابه أنَّ كلا الخطتين تهدفان إلى إنقاذ المشروع الاقتصاديّ من ناحية، كما أنَّ هناك العديد من بنود الإجراءات المتعلقة بوكيل الإعسار واحدة في الخطتين من ناحية أخرى – كما سوف نرى -. وأخيرًا يستطيع المَدِين نفسه تقديم الخُطَّة الاعتياديّة في هذه المرحلة أيضًا.

أمّا عن أوجُه الاختلاف بين الخطتين، فأهمُّها: أنَّ الخُطَّة المُعَدَّة مسبقًا هي عبارة عن وسيلةٍ استباقيّةٍ لتجنب الإعسار الفِعليّ، فالمَدِين يكون منتظمًا بسداد الديون، ولكنَّه على وشك الإعسار الذي قد يؤدّي لانهيار المشروع، في حين أن الخُطَّة الاعتياديّة تقوم على أساس الإعسار الفِعليّ، ويكون في حالتين – كما أشرنا – الحالة الأولى؛ تَوَقُّف المَدِين عن سداد ديونه، الحالة الثانية؛ تجاوز إجماليّ قيمة الديون إجماليّ قيمة الموجودات، وهذه الأخيرة اقتبسها المُشَرِّع من الإعسار المدنيّ الواردة في قواعد الحَجْر على المَدِين المفلس، وأدخلها ضمن حالات الإعسار هذا من ناحية [55]، ومن ناحيةٍ ثانية فإن الخُطَّة المُعَدَّة مسبقًا محصورٌ إعدادها وتقديمها بالمَدِين وحده، أمّا الخُطَّة الاعتياديّة يستطيع إعدادها وتقديمها إضافة إلى المَدِين -كما تقدم- وكيل الإعسار، أو الدَّائِنينَ الذين يمثلون (10%) من إجماليّ قيمة الديون، وفقًا للمادة (76) من قانون الإعسار، ومن ناحيةٍ ثالثةٍ فإنَّ مضمون الخُطَّة المُعَدَّة مسبقًا أضْيقُ نطاقًا من الخُطَّة الاعتياديّة، فهي قاصرةٌ على إعادة هيكلة الديون، في حين أنَّ مضمون الخُطَّة الاعتياديّة أوسعُ نطاقاً، فقد تتضمَّن إعادة هيكلة الديون، أو إعادة هيكلة النشاط الاقتصاديّ.

وبناءً على ما سبق، فإنّ خُطَّة إعادة التنظيم في قانون الإعسار الأُردنيّ تعتبر هي القاعدة الأساسيّة لهذا القانون؛ لما تمتاز به من مرونةٍ في تعُدد الجهات التي تستطيع إعدادَ وتقديم الخُطَّة، وتعدُّدِ الخيارات في مضمون الخُطَّة، وذلك بهدف تحقيق أهداف القانون بتشجيع المَدِينين على إخضاع مشروعاتهم المتعثرة، لإجراءات الإعسار، ودعمًا لفكرة إنقاذ المشروعات.

المطلب الثّاني: إعداد خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة

إنَّ وكيل الإعسار يقع عليه مهام في إجراءات الإعسار، ولديه صلاحيات كبيرة، ودورٌ محوريٌّ في مرحلة إعادة التنظيم الاعتياديّة، وتتلخص مهامُّ ودور وكيل الإعسار في إعداد مقترَح خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة وتقديمه للمحكمة، وذلك خلافًا لخُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا والتي لا تتضمن دورًا لوكيل الإعسار في هذا الشأن، وكذلك في تقديم تقرير عنها، وتزويده بمعلوماتٍ وإيضاحاتٍ حول مقترَح الخُطَّة، وتعيين خبيرٍ لتقييم الخُطَّة، وفي اطِّلاع الدَّائِنينَ على الخُطَّة، وأخيرًا التصويت على الخُطَّة.

ونشير إلى أنَّنَا قد عرضنا مهامَّ وكيل الإعسار، ودوره في جميع مراحل الإجراءات في الخُطَّة المُعَدَّة مسبقاً، وهي ذاتها في خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة بجميع بُنودها، باستثناء دوره في إعداد مقترَح الخُطَّة الاعتياديّة، وفي مضمون الخُطَّة، وميعاد تقديمها. وعلى ذلك سوف نقتصر الدراسة على هذه النِقاط، وهي تمثل في ذات الوقت الشروط التي يتطلبها القانون في

خُطَّة إعادة التنظيم الإعتياديّة وذلك على النحو التالي:

أولًا - تقديم مقترح خُطَّة إعادة التّنظيم الاعتياديّة

بموجب المادة (76) من قانون الإعسار الأُردنيّ، المتعلقة بالجهات التي يحِقُّ لها إعداد وتقديم مقترَح خُطَّة إعادة التّنظيم الاعتياديّة، فقد أورد النّص تعدادًا للجهات التي يحقّ لها تقديم الخُطَّة، وهم بالتّرتيب كل من: وكيل الإعسار، أو المَدِين المفلس، أو الدَّائِنينَ، الذين يمثلون (10 %) من قيمة الديون. ومن حيث المبدأ يُفْتَرَضُ أنْ يقوم وكيل الإعسار بإعداد الخُطَّة بحكم خبراته ومهارته وتدريبه في تقويم المشروعات وإنقاذها من التعثر. وهذا الهدف من نظام الإعسار رقم (8) لسنة 2019 الذي تطلب حصول وكيل الإعسار على ترخيص وإخضاعه للتدريب والتأهيل لإدارة إجراءات الإعسار على الوجه الأمثل – كما أشرنا –، ولذا يمكن القول: إنَّه يمثّل العمود الفقريّ في عمليّة إيجاد الحلول للمشروع المتعثّر، ومع ذلك فإذا لم يبادر وكيل الإعسار لإعداد مقترَح خُطَّة إعادة التنظيم، فإنّ المَدِين صاحب مصلحةٍ في إنقاذ مشروعه يستطيع تقديم مقترَح الخُطَّة، وقد قرّرت محكمة النقض الفرنسيّة بهذا الخصوص أنَّ خُطَّة إعادة التّقويم يمكن أنْ يضعها المَدِين، ويعاونه الوكيل المفوّض[56]، كما أنَّ القانون أجاز للدّائِنين إعداد مقترَح الخُطَّة، وهؤلاء قد يكون لهم مصلحة في بقاء المشروع لأنَّهم قد يرتبطون مع المَدِين بعقود توريدٍ، أو مقاولةٍ، أو صفقاتٍ تجاريّةٍ، أو تسهيلاتٍ ائتمانيّة، وما إلى ذلك؛ لأنَّ انهيار مشروع المَدِين، وإشهار إعساره وتصفيته، قد يؤدّي إلى انهيار مشروعاتهم وإشهار إعسارهم أيضاً؛ نظرًا لأنَّ التُّجار يرتبطون بعضهم ببعض بسلسة من العقود والالتزامات المتشابكة، ولذا قد يكون للدائنين مصلحة أكيدة في استمرار المشروع، فيبادرون إلى تقديم الخُطَّة، وغالبًا يقومون بإعطاء المَدِين آجالًا لتسديد ديونهم وجدولتها في مقابل تنفيذ العقود، ولكنْ يَشترِطُ القانون أنْ تقدم الخُطَّة من الدَّائِنينَ الذين لهم على الأقل (10%) من إجماليّ الديون التي في ذِمَّة المَدِين، وهي نسبة بسيطة ومعقولة في تقديرنا، وبالإمكان الحصول عليها، قصد منها المُشَرّع تكريس مفهوم إعادة هيكلة المشروعات المتعثرة [57].

ويمكن ملاحظة تعدد الجهات بإعداد خُطَّة إعادة التنظيم، وهي ميزَةٌ إيجابيّة في القانون تمتاز بالمرونة، وتهدِفُ إلى إنقاذ المشروعات المتعثرة، وقد جاءت لتلافي الانتقادات التي كانت موجَّهةً لنظام الصلح الواقي من الإفلاس في القانون المُلْغَى الذي كان يقصِر الحقَّ على المَدِين وحده بطلب الصلح الواقي من الإفلاس[58]. غير أنَّه يلاحظ من جهة أخرى أنَّ المُشَرّع قد ترك إعداد الخُطَّة بصورةٍ اختياريّة لهذه الجهات، ممّا يطرح تساؤلًا عن مصير المشروع إذا كان قابلًا للإنقاذ، ولم يتقدم أحد من (وكيل الإعسار، المَدِين، الدَّائِنينَ بالأغلبيّة المذكورة)؟ فقد يتقاعس المَدِين الملزَم بحكم مصلحته بتقديم هذه الخُطَّة لأيذِ سبب كان، مثال ذلك أنْ يكون غير مؤهَّلٍ لوضع الخُطَّة وتحقيق شروطها، أو رغبته بتحقيق مصالح

شخصيّة على حساب إنقاذ المشروع وغيرها من الأسباب التي لا حصر لها، وقد لا يتقدم الدَّائِنينَ أيضًا بمقترح الخُطَّة، ويفضلون تصفية المشروع على تأجيل سداد ديونهم، أو تنفيذ عقودهم مثلاً، وقد لا يقوم أيضًا وكيل الإعسار؛ وهو الشخص المُعوَّل عليه في القانون بإعداد هذه الخُطَّة، بتقديم مقترح الخُطَّة؛ نظرًا لتعدد مهامّه، أو قد لا يكون مؤهَّلًا لهذا النوع من الإجراءات، ففي هذه الأحوال وغيرها تُثار الإشكاليّة حول من يضطلع بمهمة وضع الخُطَّة لإنقاذ المشروع إذا كان قابلًا لإعادة الهيكلة، وذلك على ضَوْء عدم وجود لَجْنَة خبراءٍ للإعسار بموجب القانون تقوم بهذه المهمة، تستطيع المحكمة من خلالها وبناء على التقارير الصادرة من اللَجْنَة ووكيل الإعسار إخضاع المشروع لإعادة الهيكلة ضمن سُلطتها التقديريّة، خاصَّةً وأنَّ قانون الإعسار يعدُّ من النظام العام لارتباطه بالمصلحة الاقتصاديّة والاجتماعيّة، كما استقر الفِقْه والقضاء المقارن[59]. وهذا باعتقادنا يشكل قصورًا تشريعيًّا في منظومة الإعسار، وآليات تفعيله لا يخدم الهدف من القانون المتمثل بإنقاذ المشروعات، وفيه مصادرة على المطلوب؛ لأنَّ إعداد خُطَّة إعادة الهيكلة هي نقطة البداية في إصلاح شأن المشروعات الاقتصاديّة المتعثرة، وعلى أِثْرِها تأتي سلسلة الإجراءات، وعلى الرغم من ذلك فهي لم تجد الاهتمام الكافي من المُشَرِّع بهذا الصدد.

أيضًا يمكن الإشارة إلى إشكاليّة أخرى، وهي أنّ قانون الإعسار أجاز لوكيل الإعسار أنْ يقوم بإعداد الخُطَّة بشكلٍ اختياريّ وفقًا للمادة (76) من ذات القانون– كما تقدم -، وألزمه بتقديم تقرير عنها للمحكمة المختصة بشكل وجوبيّ؛ لتقييمها وإبداء الرأي وفقًا للمادة (78) من ذات القانون. ونجد أنّ هاتين المهمتين لا يجب أنْ تجتمعا في وكيل الإعسار؛ تطبيقًا لمبدأ الشفافيّة والحياد، ولِضَمانِ المهنيّة، وجودة العمل؛ لأنَّ الذي يجب أنْ يقوم بإعداد الخُطَّة شخص مختلِف عن الذي يقوم بتقييم الخُطَّة ووضع تقرير عنها، يتضَمَّن رأيه في مدى صلاحيتها، وبالتالي تتجرد القيمَة الموضوعيَّة للخُطَّة باعتقادنا عند اجتماع المهمَّتين في شخص وكيل الإعسار.

كذلك تجدر الملاحظة أنّ المحكمة لا تملك السلطة بفرض إعداد خُطَّة إعادة التنظيم، فالمُشَرِّع قد قَيَّد صلاحيتها بهذا الخصوص، أيضًا وفي ذات الإطار لا نجد أنَّ هناك دورًا لمراقب الشركات في إعداد مقترَح الخُطَّة فيما إذا تعلقت الإجراءات بشركةٍ تجاريّةٍ أو مدنيَّةٍ، هذا على الرَّغم من أنَّ قانون الإعسار قد أعطاه الحق بطلب إعسار الشركات، ولم يمنحْهُ الحقَّ بتقديم مقترح خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة، وهو أمر لا نجد له تبريرًا لدى مشرِّعِنا، خاصة أنَّ دائرة مراقبة الشركات لديها وحدة إداريّة مهمتها إعادة هيكلة الشركات وتصفيتها[60].

وإزاء هذا الوضع، ولما كان المُشَرّع في قانون الإعسار يهدف إلى إعادة هيكلة المشروعات وإنقاذها من الإعسار، وهو الأساس الذي يستند عليه قانون الإعسار ويشجع عليه، فقد كنا نرى أنْ يكون هناك لَجْنَة خبراء مستقلةٍ عن وكيل الإعسار وجميع أطراف الإعسار، مهمَّتُها فحص المشروع خلال المرحلة التمهيديّة وتقديم مقترح خُطَّة إعادة التنظيم للمحكمة المختصة بعد مناقشتها مع المَدِين وجميع الأطراف ذوي العلاقة وبالتعاون مع وكيل الإعسار، أو أنْ يتم تعديل النصوص بحيث تقوم المحكمة باختيار عددٍ من وُكَلاء الإعسار عند إصدار القرار بإشهار إعسار المَدِين، وتحدد مهمة كلّ منهم على أنْ يكون أحدُهم مختصًا بخُطَّة إعادة التنظيم (حصرًا) ومن شأن ذلك العمل على إلزاميّة إعادة الهيكلة والتخفيف من أعباء وكيل الإعسار، وضمان المهنيّة، ورفع التناقض بين النصوص المشار إليها، وتحقيق أهداف القانون.

وبالانتقال لتَجْرِبَة القانون المقارَن، نجد أنّ قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المِصْرِيّ، يَصبِغ الصفة الوجوبيّة لتقديم خُطَّة إعادة الهيكلة، ويقوم على إعدادها وتقديمها لَجْنَة الخبراء في محكمة الإعسار، بعد إخضاع المشروع لفترةِ مراقبة. حيث توجب المادة (20) من ذات القانون على لَجْنَة إعادة الهيكلة أنْ ترفع تقريرًا إلى قاضي الإفلاس خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم طلب الإفلاس، يتضَمَّن رأيها عن سبب اضطراب أعمال التاجر، وجدوى إعادة الهيكلة والخُطَّة المقترحة، وليس هناك دور لأمين التَّفْليسة، بموضوع إعداد خُطَّة إعادة الهيكلة؛ إذْ ينحصر دورُه بالإجراءات الأساسيّة للإفلاس، والتعاون مع لَجْنَة الخبراء بتقديم المعلومات فحسب[61].

وفي قانون التّقويم والتّصْفِيَة القضائيتين الفرنسي – المشار إليه – فإنَّ افتتاح إجراءات التقويم يعقبه تعيين وكيل مفوَّض، وهناك لَجْنَة خبراء تشخيص المشروع مهمتهم؛ فحص المشروع ومدى إخضاعه لإعادة الهيكلة ووضع خُطَّة لذلك بالتعاون مع الوكيل المُفوَّض، وتقديمه للمحكمة لإقراره خلال ستة أشهر قابلةٍ للتمديد لمُدَّة مماثلة، ثم يأتي تعيين مشرفٍ قضائيٍّ للإشراف على تنفيذ الخُطَّة، ممَّا يتبيَّنُ معه أنَّ هناك فصْل بين الجهات من حيث المهام، فالوكيل المُفوَّض الذي يماثل (وكيل الإعسار) في قانون الإعسار الأُردنيّ، ليس له دور أو مهام أساسيّة تتعلق بخُطَّة إعادة التنظيم، وأنَّ هذا الدور منوطٌ بلَجْنَة خبراء اقتصاديَّةٍ مختصَّةٍ بتقويم المشروعات [62].

ثانيًا- مضمون خُطَّة إعادة التّنظيم (إعادة هيكلة الديون أو إعادة هيكلة النشاط الاقتصاديّ)

يدعم المُشَرّع الأُردنيّ في قانون الإعسار عدة حلول في خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة يستطيع من خلالها من يقوم بإعداد الخُطَّة الاختيار بين أمرين:

أ- أنْ تكون الخُطَّة إعادة هيكلة الديون: بحيث يحصل المَدِين على موافقة الدَّائِنينَ على جدولة

دُيونهم، وضمانِ أعلى نسبة سَدادٍ للديون، وتوافُرِ الأغلبيّة المحددة من الدَّائِنينَ للموافقة على الخُطَّة، وألّا تتجاوز مُدَّة تأجيل الديون عشر سنوات على الوجه السالف بيانه.

ب- أنْ تكون الخُطَّة إعادة هيكلة المشروع الاقتصاديّ: وإذا تم الاختيار في خُطَّة إعادة التّنظيم أنْ تقوم على إعادة هيكلة النشاط الاقتصادي فيجب أنْ تتضمَّن الخُطَّة نوعَ الإجراءات القانونيّة التي يمكن اتّخاذها، بما في ذلك الاندماج، أو تجزئة الأسهم أو غيرها من الإجراءات التي تؤدّي لإعادة هيكلة النّشاط الاقتصاديّ، وذلك وفقًا للتّشريعات المنظّمة لهذه الإجراءات النافذة المفعول؛ كقانون الشَّركات فيما يتصل بالاندماج بين الشركات أو تجزئة الأسهم. ويستثنى من ذلك حقّ الدَّائِنينَ في الاعتراض على هذه الإجراءات، بحيث يتم تطبيق الأحكام المتعلقة بالتصويت للموافقة على خُطَّة إعادة التنظيم. ويجوز أنْ تتضمَّن خُطَّة إعادة التنظيم بيعَ وحدات النشاط الاقتصاديّ بصفتها وحداتٍ عاملةٍ ومنتجة، أو بيعَ أيّ جُزْءٍ منها، أو التصرف بأسهم أو حصص الشركات التابعة؛ لغايات توفير السيولة النقديّة. كما يجوز أنْ تَطْرَح الخُطَّة بدائل تختارها كل فئة من فئات الدَّائِنينَ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد المقترَحُ البديل الذي يُطَبَّقُ على الدَّائِنينَ، الذين لم يختاروا أيًّا من البدائل[63].

وفي جميع الأحوال أَتَمَّ اختيار إعادة هيكلة الدّيون أو إعادة هيكلة النّشاط الاقتصاديّ، فيجب أنْ تتضمّن خُطَّة إعادة التّنظيم المعلومات اللازمة؛ لتمكين الدَّائِنينَ الذين يملكون حقّ التّصويت عليها من ممارسة ذلك الحقّ. وذلك على النّحو التّالي:

1. وصفًا عامًا لأعمال المَدِين والظّروف التي أدَّت لإعساره.
2. وصفًا مُفَصَّلًا لإجراءات تنفيذ خُطَّة إعادة التّنظيم.
3. قائمة مفصّلة بالدَّائِنينَ مصنّفين حسب فئاتهم.
4. الأموال والمبالغ المقترح استخدامها لغايات سداد ديون كل فئة من الدَّائِنينَ كليًّا أو جزئيّاً، والأموال التي سيتم الاحتفاظ بها لسداد الديون المعترض عليها، وإجراءات تسوية هذه الديون والوقت المتوقع لذلك.
5. بيان طريقة بيع الأموال إنْ وُجدت، بالإضافة لقائمة الأموال التي سيتم بيعها سواءٌ أكانت مثقلةً بحقوق ضمان أم لا، وكيفيّة استخدام عوائد البيع.
6. تاريخ بَدْءِ تنفيذ الخُطَّة والمدة المطلوبة لذلك.
7. بيانًا بأنَّ اعتماد الخُطَّة سوف يؤدي لإعادة تحديد حقوق الدَّائِنينَ، بما في ذلك الحالات التي لن يتمَّ فيها تنفيذ الخُطَّة بشكل كامل، أو تعليق تنفيذها، والتفاصيل المتعلقة بطريقة إعادة تحديد هذه الحقوق.

8. إعداد قائمة بأسماء الهيئة التي تتولّى إدارة أعمال المَدِين، والبدائل التي يتقاضاها كل منهم إنْ وجدت.
9. تفصيلًا لطريقة سداد الديون بما في ذلك بيع الأموال، أو بيع النشاط الاقتصاديّ كليًّا أو جزئيّاً، أو الحصول على قروض من الغير، أو الاكتِتاب برأس المال، أو تخفيض الديون، أو شطبها أو إعادة جدولتها أو رسملتها، أو أيُّ طريقة أخرى تجيزها التشريعات النافذة، إضافة للمُدَّة التي يستغرقها السداد.
10. اسم الشّخص المرشّح لمراقبة تنفيذ الخُطَّة إن وجد ومسؤوليّاته تِجاه الدَّائِنينَ.
11. تقريرًا حول التوقعات الماليّة، بما في ذلك حساب الأرباح، والخسائر، والميزانيّة، والتدفّقات النّقديّة خلال فترة تنفيذ الخُطَّة.
12. تقديرًا لعوائد بيع الأموال في التّصْفِيَة والكلفة الإجماليّة لهذه التّصْفِيَة في الوقت الذي تم فيه تقديم الخُطَّة[64].

ثالثاً- ميعاد تقديم الخُطَّة

إنّ ميعاد تقديم خُطَّة إعادة التّنظيم الاعتياديَّة خلال ثلاثين يومًا، من تاريخ بدء تنفيذ خُطَّة إعادة التنظيم، سواءٌ أَتَمَّ تقديمها من وكيل الإعسار أو المَدِين أو الدَّائِنينَ بالصور السابقة، وبالنسبة للمدين يجب إرفاقها بطلب إشهار الإعسار، إذا قُدِّمَت قبل صدور قرار إشهار الإعسار[65].

المطلب الثالث: دوروكيل الإعسار في الاشراف على تنفيذ خُطَّة إعادة التنظيم

إذا تمّتْ الموافقة على خُطَّة إعادة التّنظيم المُعَدَّة مسبقًا أو الاعتياديّة من قبل المحكمة المختصّة، فإنّ المُشَرِّع يُرتِّبُ عدة آثار قانونيّة، وما يعنينا في هذا المقام دور وكيل الإعسار في الإشراف على خُطَّة إعادة التنظيم الوارد معالجته ضمن المواد (95 – 97) من قانون الإعسار الأُردنيّ. ويمكن بلورة هذا الدّور وتحديد نِطاقه في هذه المرحلة بالنِّقاط التّالية:

أولًا – وقف آثار إشهار الإعسار

إذا قرّرت المحكمة الموافقة على خُطَّة إعادة التّنظيم، يترتّب حتمًا وبقوّة القانون تعليق إجراءات الإعسار، فلا يملك وكيل الإعسار اتّخاذ أيَّ إجراءات تتعلّق بمهامّه الأساسيّة – المشار إليها –، وكذلك ما يتعلق بتعديل الخُطَّة أو اتّخاذ إجراءات التّصْفِيَة.

ثانيًا – استرداد المَدِين صلاحياته في إدارة أمواله

يترتَّب على قرار الموافقة على خُطَّة إعادة التنظيم أنْ يستردَّ المَدِين صلاحيَّاته في إدارة أمواله ضمن القيود التي تَرِدُ في قرار المحكمة، وبالتالي ترفع يد وكيل الإعسار عن إدارة هذه الأموال التي كانت مقرَّرة له؛ ضمن مهامّه وصلاحياته خلال المرحلة التمهيديّة، وفقًا لحكم المادة (17) من قانون الإعسار في حالة إشهار الإعسار بناء على طلب الدَّائِنينَ أو مراقب الشركات، أمّا إذا كان طلب إشهار الإعسار مقدَّمٌ من المَدِين، فلا يفقد صلاحياته بإدارة

أمواله، ويتمُّ ذلك تحت اشراف وكيل الإعسار – كما أشرنا –.

ثالثًا – حالات تكليف وكيل الإعسار بالإشراف على تنفيذ الخُطَّة

القاعدة التي ينص عليها قانون الإعسار فيما يتصل بالإشراف على خُطَّة إعادة التنظيم ووفقًا للمادة (95 / ج) منه، أنْ يَتِمَّ إسْنادُها إلى شخص مكلَّفٍ بالإشراف والرَّقابة، ويكون على دِراية بالخُطَّة وطبيعة النشاط، وليس له سلطة على المَدِين في إدارة أمواله بحسب الأصل، أو يمكن إسناد هذه المهمة إلى لَجْنَة الدَّائِنينَ، واستثناءً من ذلك وإذا لم يتم تعيين مشرفٍ على تنفيذ الخُطَّة في قرار المحكمة، فقد جاء النص باعتبار وكيل الإعسار مشرفًا على تنفيذ الخُطَّة، ويجب أنْ تُحدِّد خُطَّة إعادة التنظيم صلاحيات المشرف، وحقوقه وواجباته وأتعابه.

ويمكن ملاحظة أنَّ دور وكيل الإعسار في الإشراف على تنفيذ الخُطَّة إذا ما تقرر حُكْمًا إنّما يكون بصفة وجوبيّةٍ، وقد قدَّرَ المُشَرّع أهميّة الإشراف على تنفيذ الخُطَّة، وجَعَلَ وكيل الإعسار دون غيره مشرفًا على تنفيذ الخُطَّة؛ نظرًا لمعرفته التامة بالخُطَّة وتفاصيلها ومراحل تنفيذها، غير أنَّ هذا الاتجاه مُنْتَقدٌ باعتقادنا من ناحيتين. الناحية الأولى أنّ وكيل الإعسار لديه مهامٌّ متعددة وكثيرة جدًا – كما رأينا – وهي تمتد منذ بداية الإجراءات وحتى الموافقة على الخُطَّة، ومن ثمَّ فإنّ تعيينه مشرفًا على تنفيذ الخُطَّة، إنّما يُثْقِلُ من كاهل إعبائه، وليس من المنطق كما نعتقد أنْ تجتمع هذه المهامُّ والصّلاحيّات جميعها في يد شخص واحد – كما أشرنا -، أمّا النّاحية الثّانية فإنّ هذا الدّور بالإشراف على تنفيذ الخُطَّة فيه مساس بمبدأ الحِياد والشفافيّة التي تقتضيها طبيعة إجراءات الإعسار. وقد جاء هذا النّهج على عكس القانون المقارن - كما أشرنا -.

رابعًا – مهام المشرف على تنفيذ خُطَّة إعادة التّنظيم

هناك عدة مهامٍ يجب أنْ يقوم بها المشرف على خُطَّة إعادة التّنظيم وردت في المادة (97) من قانون الإعسار تتمثل فيما يأتي:

1- على المشرف أو لَجْنَة الدَّائِنينَ أو أيّ دائن إشْعار المحكمة فورًا عند وجود إخْلال جوهريٍّ بالخُطَّة عند تنفيذها من قبل المَدِين، وقد اعتبر القانون أنْ تَخلُّفَ المَدِين عن سداد أيّ قسط من الأقساط المنصوص عليها بالخُطَّة إخلالًا جوهريًّا بها.

2- يترتّب على الإخلال الجوهري بالخُطَّة أنْ تقوم المحكمة بإشعار المَدِين، ويجب عليه تقديم دفوعه خلال خمسة أيام من تاريخ تبلغه.

3- تقرّر المحكمة إنهاء إجراءات خُطَّة إعادة التنظيم والانتقال إلى مرحلة التّصْفِيَة القضائيّة على ضَوْء تَعَثُّر الخُطَّة، ويكون قرارها قابلًا للاستئناف خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ صدوره أو تبليغه، ويجب على محكمة الاستئناف البت في الاستئناف بشكلٍ

مستعجلٍ وخلال عشْرة أيامٍ من تاريخ وُرُودِه إليها[66].

خامسًا – انتهاء خُطَّة إعادة التنظيم

تنتهي خُطَّة إعادة التنظيم وفقا للمادة (97) من قانون الإعسار بتمام تنفيذها، ويجب على المَدِين أنْ يتقدَّم بطلب للمحكمة لإصدار قرارٍ بانتهاء تنفيذ الخُطَّة وأنْ يُرْفِق بالطلب ما يثبت التزامه بالشروط المتفق عليها في خُطَّة إعادة التنظيم، ويتمُّ نشر قرار المحكمة في الصُّحف اليوميّة، ويحق لكل ذي مصلحة تقديم الاعتراض خلال عشرة أيام من تاريخ نشر القرار، وتقوم المحكمة بدعوة المَدِين والمشرف لسماع أقوالهم، وتتخذ قرارًا إمّا بانتهاء خُطَّة إعادة التنظيم أو بَدْء إجراءات التّصْفِيَة وذلك خلال خمسة أيام من تقديم الاعتراض، ويكون قرارها قابلًا للاستئناف خلال عشرة أيام من اليوم التالي لصدوره أوْ تبلِّغُه حسب مقتضى الحال.

وإذا صدر القرار عن المحكمة بالدخول في إجراءات التّصْفِيَة القضائيّة، يتولى وكيل الإعسار أيضًا القيام بمهام إجراءات التّصْفِيَة، وهذه تخرج عن نطاق الدراسة.

المطلب الرابع: الطبيعة القانونيّة لمهام وكيل الإعسار وصورها

نعالج الطبيعة القانونيّة لمهام وكيل الإعسار في الفرع الأول، وصور هذه المهام في الفرع الثاني كما يأتي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونيّة لمهام وكيل الإعسار

على ضوء دراسة دور وكيل الإعسار في إعادة هيكلة المشروعات الاقتصاديّة المتعثِّرة، يتَّضِح أنَّ الدور الذي يضطلع به وكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم -سواء تلك المُعَدَّة مسبقًا أو خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة- وفقًا لنصوص قانون الإعسار الأُردنيّ، قد جاء غير واضحِ المعالِم، ويتسم بالضبابيّة في هذا الجانب (محور الدراسة)، فقد وجدنا أنّ هيكلة القانون تقوم على أساس إعداد وُكَلاء إعسار مؤهَّلين للقيام بهذه الإجراءات والحصول على ترخيص من وزارة الصّناعة والتِّجارة بعد استيفاء الشّروط، وقد أناط القانون بوكيل الإعسار القيام بجميع إجراءات الإعسار الأساسيّة (التّقليديّة) منذ بَدْءِ إجراءات الإعسار وحتى نهايتها، ولم يكتفِ بذلك، بل أضاف إلى هذه المهام،والواجبات مهمةً شاقةً وصعبةً، وهي إعداد مقترَح خُطَّة إعادة هيكلة المشروعات، من خلال الدور الذي يضطلع به في خُطَّة إعادة التنظيم، فقام بوضع صلاحيّاتٍ هائلةٍ لديه، ولم يقُمْ المُشَرّع بفصل المهام،والصلاحيات، وتوزيعها على عدة وُكَلاء للإعسار بحسب مراحل إجراءات الإعسار، وقد نتج عن ذلك تحميله ما لا يحتمل، وقد يحتاج وكيل الإعسار إلى فريق عملٍ، وخبراءٍ مختصين في جميع المسائل الإداريَّة والمحاسبيَّة والماليَّة والصناعيَّة والتجاريَّة، وغير ذلك بحسب طبيعة المشروع الاقتصاديّ، الذي تم إشهار إعساره من أجْلِ مساعدته على القيام بمهامِّه وواجباته، مع

الإشارة إلى أنَّ الأردن حديث التَجْرِبة في موضوع إعادة هيكلة المشروعات والتي تحتاج إلى مكاتب وخبراءٍ متخصِّصين في إعادة هيكلة المشروعات الاقتصاديَّة.

إنَّ المهامَّ التي أوكِلَت لوكيل الإعسار، والمتصلة بخُطَّة إعادة التنظيم في قانون الإعسار الأُردنيّ (محور الدراسة)، قد جاءت بإعطائه الدور والصلاحيَّة؛ لإعداد مقترَح خُطَّة إعادة التّنظيم الاعتياديَّة، وسلسلة الإجراءات اللاحقة عليها حتى يتمَّ إقرارها، كما تمَّ إعطاؤُه دورًا في الإشراف على تنفيذ الخُطَّة، ما لمْ يتم تعيين مشرفٍ على الخُطَّة، وهو دور يتَّسِع نطاقه ويخالف مبدأ المِهَنِيَّة والحياد هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فقد ناقض القانون أهدافه المتمثِّلة بإنقاذ المشروعات، حين جعل دور وكيل الإعسار في إعداد مقترَح تقديم الخُطَّة، وهي نقطة البداية في هذا النِّظام، ومحرِّك الإجراءات اللاحقة للسير بالخُطَّة (اختياريًا) بالنسبة لجميع الأطراف في قضايا الإعسار، فقد حصره بالمَدِين وحده في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا، وفي وكيل الإعسار أو المَدِين أو الدَّائِنينَ بخُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديَّة، وذلك على وجه التَّخْيير - كما أشرنا - وليس الإلزام، ممّا يجعل من فكرة إنقاذ المشروعات فِكْرةً في مهبِّ الريح لاسيمّا إذا كان المشروع قابلًا للإصلاح وإعادة الهيكلة، وما يعزِّز هذه الفكرة أنَّ يد المحكمة مغلولة، فليس لديها صلاحيَّة انتخاب خبراءٍ محايدين من تلقاء ذاتها للقيام بمهمة تشخيص المشروع ووضع خُطَّة إعادة هيكلة؛ لأن آليّة القانون لا تعمل على ذلك، كما لا تملك المحكمة إلزام وكيل الإعسار بإعداد مقترَح الخُطَّة والمباشرة بإجراءاتها، ولذا وَجَدْنا أنَّ هذه القواعد والأُسُس التي يقوم عليها القانون فيما يتصل بإعادة هيكلة المشروعات، تُضْعِفُ من فعاليَّته، وتُفْرِغُ القانون من مضمونه، وتصادر على المطلوب، ومرجِعُ ذلك كلُّه؛ عدم وجود لَجْنَة خبراءٍ مُخْتَصةٍ بإعادة الهيكلة تستعين بها المحكمة ضمن صلاحيّاتها، وعدم وجود نصوصٍ مُلْزِمَةٍ لإعداد الخُطَّة، وغياب آليّة واضحةٍ للهيكلة؛ فجاء نص المادتين (76، 78) من قانون الإعسار يشوبُهُما العيب والقصور.

وعلى ذلك يمكن إبراز الطَّبيعة القانونيَّة لدور ومهامّ وكيل الإعسار في خُطَّة إعادة التنظيم، بأنَّها تقوم على أساس الموازنة بين مصالح الدَّائِنينَ ومصالح المَدِين مع الأخذ في الاعتبار إعادة هيكلة المشروعات القابلة للإصلاح، وهذا هو الدور (المستحدث) لوكيل الإعسار.

الفرع الثاني: صور مهامّ وكيل الإعسار

عند الحديث عن أشكالِ وَصُوَر مهامّ وكيل الإعسار، فإننا نُقسّم مهامّه إلى قسمين:

أ - دور ومهامّ اختياريّة: وهي تلك المتعلقَّة بإعداد مقترَح خُطَّة إعادة التّنظيم الاعتياديَّة بدلالة المادة (76) من قانون الإعسار الأُردنيّ، وهذه تتعلق بخُطَّة إعادة هيكلة النشاط الاقتصاديّ،

فيكـون دور وكيـل الإعسـار (جوازيًـا) بصـرف النظر عن مدى نجاح الخُطَّة، أو قابليَّة المشروع الاقتصاديّ للإنقاذ من عدمه.

ب - دور ومهـامّ وجوبيَّـة: وتتمثّـل بإعـداد تقريـرٍ عـن خُطَّـة إعـادة التّنظيم وفقًـا للمـادّة (78) من قـانون الإعسـار الأُردنـيّ، فيلْتزِمُ وكيـل الإعسـار بتقـديم تقريـر عـن خُطَّـة إعـادة التّنظيم المُعَـدَّة مسـبقًا، أو خُطَّـة إعـادة التنظيم الاعتياديَّة، وفي هـذه الحالـة فـإنّ دور وكيـل الإعسـار (وجوبيًـا) طالما تـم تقـديم خُطَّـة إعـادة التنظيـم مـن قبـل المَدِين، أو الدَّائِنينَ، أو وكيل الإعسار ذاته.

وفي القـانون المقارن نجد مفاهيم مغايرة تمامًا فوكيـل الإعسـار لـيس لـه دور في خُطَّـة إعـادة هيكلـة المشـروع الاقتصـاديّ، ويتحـدّد دوره بالمهام،والواجبات الأساسيّة المتعلّقة بإجراءات الجـرد وحصـر الـدّيون وإعـداد قائمـة الـدَّائِنينَ ومـا إلى ذلـك مـن إجـراءات، ويـناط بلَجْنَـة خبراء مستقلة ومحايدة القيام بفحص المشروع ومدى إمكانيّة إخضاعه لإعادة الهيكلة وتقديم تقارير عنهـا للمحكمـة دون تـدخل مـن وكيـل الإعسـار الـذي يُطلب منه التعاون مع اللَجْنَة، وذلك على أسـاس فصـل الصـلاحيّات والمهـام،في إجـراءات الإعسار[67].

الخاتمة:

ناقشـت الدّراسـة الجوانـب الأساسـيَّة لـدور وكيـل الإعسـار في إعـادة هيكلـة المشـروعاتِ الاقتصـاديَّة مـن خـلال دوْرِه في إعـداد خُطَّـة إعـادة التّنظـيم، وإعـداد تقريـرٍ عنهـا، وفقًـا للمـادَّتَيْنِ (76، 78) مـن قـانون الإعسـار الأُردنيّ. وهـو دورٌ في غايـةِ الأهميَّـة، يترتّـب عليـه العمـل علـى إنقـاذ المشـروعات لتجنّـب التّصْـفِيَة القضـائيّة، ومـا تـؤدّي إليـه مـن انهيـار الوحـدات الإنتاجيّة العاملة في الإقليم الوطنيّ، فضلًا عن الآثار السَّلبيّةِ على التِّجارة والتنميّة الاقتصاديَّة والاسـتثمار، ورأينـا أنَّ المُشَـرِّع الأُردنـيّ اقتـبس أحكـام قـانون الإعسـار مـن دليـل القـانون النَّموذجيّ للإعسـار، (الأُونيسـترال) الصّـادر عـن هيئة الأمم المتحدة الذي يرتكز بصورةٍ أساسيَّةٍ على معالجـة المشـكلات الائتمانيّـة مـن خـلال إعادة هيكلة المشروعات المتعثّرة.

وقـد خلصـنا إلى عـددٍ مـن النّتـائج والتّوصـيات، كما يأتي:

النتائج والتوصيات

أولًا – عـدم وجـود آليّـة واضـحة لـدوروكيـل الإعسارفي إعادة هيكلة المشروعات

تبَـيَّنَ أنَّ دورَ وكيـلِ الإعْسـارِ في إعـادَة هيكلـة المشـروعات الاقتصـاديّة المتعثـرة يَتَسِّـمُ بالضَّـبابِيَّةِ وعـدم الوضـوح، وتحديـدًا نـص المادة (76) من قـانون الإعسـار الأُردنيّ المتعلِّقَـةِ بخُطَّـة إعـادة التنظـيم الاعتياديَّـة، إذْ يكـون دورُ وكيـل الإعْسـار بإعـداد الخُطَّـة اختياريًّـا، كمـا خَلَصَـتْ الدِّراسـة إلى قُصـور صلاحيَّة المحكمة في تكليـف وكيـل الإعسـار والزامِـه بالتَّقَـدُّم بخُطَّـة إعـادة الهيكلة أو تكليـف لَجْنَـة خبراءٍ مستقلة خلافا لِمَا عليه القانون المقارن، فَهناك لَجْنَة خبراءٍ في كلٍّ مـن القـانونين: المِصْـرِيّ، والفَرَنْسِـيّ تضـطلع بمهمَّـة فحـص المشـروع، وإعـداد خُطَّـة إعـادة الهيكلـة بالتعـاون مـع وكيـل الإعسـار الـذي ليس

لـه إلّا دور ثـانويٌّ يتمثـل بتقـديم المعلومـات، والسبب في ذلك تحقيق المِهنيَّةِ والتخصص في المقام الأول إضافة إلى عنصر الحياد، وهو الأمر الذي نفتقده في التشريع الأُردنيّ للإعْسار.

التّوصـية: تحديـد دور وكيـل الإعسـار بإعـادة هيكلة المشروعات الاقتصاديّة المتعثِّرة، وإعطاء المحكمـة الصـلاحيّات؛ للاسـتعانة بلَجْنَـة خبراءٍ متخَصِّصَـةٌ بهذا الموضوع ضمن قائمة مرتبطة بـوزارة العـدل، يَـتِمُّ تعيينها بقـرارٍ مـن المحكمـة المختصة، وعلى ضَوْءِ ذلك نوصي بتعديل نصّ المـادة (76) مـن قـانون الإعسـار، وجعـل خُطَّـة إعـادة الهيكلـة وجوبيَّـةً عـن طريـق لَجْنَـة خبراءٍ مستقلة، وهـذا سـوف يعمل على التخلص من ضـبابيّة الـنَّص، وضـمان تفعيـل إعـادة الهيكلـة بوصفه مفهومًا حديثًا في تشريعنا الأُردنيّ.

ثانيًـا – اتّسـاع نِطـاق مهـامّ وصـلاحيّات وكيـل الإعسـاروعدم الفصل بينها

توصّلنا إلى أنَّ وكيل الإعسار تتَّسِع نطاق مهامّه وصلاحيَّاته وواجباته بشكل يفوق قدراته، سواءٌ أكان شخصًا طبيعيًّاً أو اعتباريًّا من خلال الدَّور الـذي أُسْـند إليـه في قـانون الإعسـار الأُردنـيّ، بحيث يمكن القول إنَّ جميع إجراءات الإعسار الفنيَّة والإداريَّة والماليَّة والاقتصاديَّة الواردة في القـانون قـد أنيطـت بوكيـل الإعسـار فلـه دورٌ (تقليـدي) في مرحلـة الإجـراءات التمهيديَّـة، ولـه دورٌ (مستحدث) في مرحلة إجراءات خُطَّة إعادة التنظيم، وله دورٌ في مرحلة التّصْفِيَة القضائيَّة. والأغـرب مـن ذلـك أنَّ قـانون الإعسـار لا يُجيزُ للمحكمـة إلّا تعيـين وكيـل إعسـارٍ واحـدٍ للقيـام بهـذه المهـام،وفـق منطـوق المـادة (13 / د) منـه، وذلـك خلافًـا للإيضـاحات الـواردة في القـانون النموذجيّ،والقـانونين: المِصْرِيّ والفرنسيّ، فهذه القـوانين تعطي للمحكمة صلاحيَّةً في تعيين عِدَّة وُكَلاءٍ للإعسـار، وتحديـد مهـامّهم في كل مرحلـةٍ مـن مراحـل الإجـراءات، بهـدف تسـيير العمـل والمِهَنِيَّـةِ والفصـل فـي الصـلاحيات والمهـام، وتحديـد نِطاق المسـؤوليّة، وضَمان مبدأ الحِياد والنّزاهة.

التَّوصية: مراجعة وتعديل نص المادة (13 / د) مـن قـانون الإعسـار الأُردنـيّ، بإعطـاء المحكمـة الصلاحيَّة في تعيين وكيل إعسار أو أكثر، ونقترح أنْ يكـون هنـاك وكيـل إعسـارٍ لكل مرحلـة مـن الإجـراءات، وخاصـة مرحلـة إعـادة التنظـيم؛ لخطورتها، ودورها في إنقاذ المشروعات.

ثالثًا – قَصْرُفترة إعداد تقريروكيل الإعسارحول خُطَّة إعادة التنظيم وعدم وجود فترة مر اقبة

توصـلنا إلى أنّ وكيـل الإعسـار يضـطلع بمهمـة وضـع تقريـرٍ شـاملٍ عـن خُطَّـة إعـادة التنظـيم وفقًـا للمـادة (78) مـن قـانون الإعسـار، سـواءٌ أكانـت الخُطَّـة المُعَـدَّة مسـبقاً، أو خُطَّـة إعـادة التنظيم الاعتياديَّة، وهذا التقرير يجب أنْ يتمَّ تقديمه من وكيل الإعسار خلال ثلاثين يومًا إذا قـام المَدِين بتقديم خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسـبقًا مع طلب إشهار الإعسار، وخلال عشرة أيـام إذا قـدمها المَـدِين خـلال المرحلـة التمهيديّـة للإجـــراءات وفقًـــا للمـــادة (70 / أ) مـــن ذات

القانون، ويكون الميعاد خمسة عشر يومًا من تاريخ تقديم خُطَّة إعادة التنظيم الاعتياديّة وفقًا لنص المادة (78 / أ) من ذات القانون – المشار إليها –، وهذه الفترات غير قابلةٍ للتمديد، وتعتبر قصيرة جدًا للقيام بمهام تقييم الخُطَّة، وقد يحتاج وكيل الإعسار الاستعانة بخبيرٍ لإعداد تقرير، أضف إلى ذلك عدم النص على وجود فترةٍ زمنيَّةٍ معقولةٍ لمراقبة المشروع.

وفي القانون المقارن نجد أنَّ القانون المصريَّ يحدِّد فترة للَجْنَة الخبراء، مدتُّها ثلاثة أشهر؛ لفحص المشروع وتقديم الخُطَّة وتقرير عنها، وتكون قابلةٌ للتمديد لفترةٍ مماثلةٍ، وفي القانون الفرنسيّ هناك فترة مراقبة مدتُّها ستة أشهر قابلة للتمديد لفترة مماثلة، وقد تزيد عن ذلك بطلب من النيابة العامَّة.

التّوصية: تعديل نص المادتين (70 / أ، 78 / أ) من قانون الإعسار بزيادة فترة إعداد تقرير وكيل الإعسار حول خُطَّة إعادة التنظيم، ونقترح أنْ تكون هناك فترة مراقبةٍ لا تقِلُّ عن ثلاثة أشهرٍ قابلةٍ للتمديد على ضَوْءِ حجم المشروع الاقتصاديّ.

رابعًا – عدم تنظيم قواعد الاستعانة بالخبراء من قبل وكيل الإعسار

توصلنا إلى أنَّ لوكيل الإعسار صلاحيّةً في الاستعانة بالخبراء في أيّ من مهامّه، بما في ذلك خُطَّة إعادة التنظيم بموجب المادة (51 / ب) من قانون الإعسار الأُردنيّ، يقوم باختيارهم لتنفيذ مهامّه، ويبقى مسؤولًا عنهم، ويلتزم بدفع أُجورهم إلّا إذا قرَّرت المحكمة خلاف ذلك، وهي سلطة واسعة قررها القانون لوكيل الإعسار للقيام بمهامه، ولكنْ وبذات الموضوع نجد نص المادة (70 / د) من ذات القانون التي تجيز لوكيل الإعسار تقديم طلب للمحكمة للاستعانة بخبيرٍ في خُطَّة إعادة التنظيم المُعَدَّة مسبقًا دون أنْ يقوم باختياره، أو يكون مسؤولًا عنه، أو دفع أجوره. وفي ذلك تناقضٌ وتعارضٌ بين النَّصيْن حول موضوع الاستعانة بالخبراء.

التّوصية: تنظيم قواعد الاستعانة بالخبراء، ورفع التناقض والتعارض بين نص المادتين (51 / ب، 70 / د) من قانون الإعسار الأُردنيّ، ونعتقد بضرورة إعطاء المحكمة صلاحيَّةً كاملةً بهذا الخصوص، وأنْ يتمَّ تعيين الخبراء تحت رقابتها وإشرافها من خلال جدول خاصٍّ بخبراء الإعسار.

خامسًا – تكليف وكيل الإعسار بالإشراف على خُطَّة إعادة التنظيم

توصَّلنا إلى أنَّ قانون الإعسار الأُردنيّ يسند مهمة الإشراف على تنفيذ خُطَّة إعادة التنظيم بعد إقرارها والمصادقة عليها إلى شخصٍ مكلّفٍ بالإشراف، أو لَجْنَة الدَّائِنينَ واستثناء من ذلك لوكيل الإعسار. وهذا الدور منتقَدٌ من حيث زيادة أعباء وكيل الإعسار، وعدم تحقق مبدأ الشفافيّة والمهنيّة في الإجراءات.

التّوصية: تعديل نصّ المادّة (95 / ج) من قانون الإعسار الأُردنيّ، وحصر الاشراف على تنفيذ خُطَّة إعادة التنظيم بشخصٍ مكلَّفٍ من المحكمة المختصَّة، أو لَجْنَة الدَّائِنينَ فحسب.

الهوامش:

1 د/ إبراهيم الارناؤوط **(مبادئ القانون التجاري)** دار وائل للنشر والتوزيع، عمان 2020، ص 235. وذات المؤلف بحث بعنوان: **(نطاق تطبيق قانون الإعسار الأردنيّ رقم 21 لسنة 2018 – دراسة مقارنة)** مقبول للنشر في مجلة ميزان للدراسات الشرعية والقانونية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، بموجب الكتاب رقم (358 ميزان 2019) تاريخ 28/1/2020.

2 قانون الإعسار الأردنيّ رقم (21) لسنة 2018 النافذ المفعول. المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 5514 تاريخ 17/5/2018. على ان يبدأ العمل به بعد مرور مائة وثمانون يومًا من تاريخ صدوره أي بتاريخ 12/11/2018.

3 راجع المواد (290 – 477) الملغاة من قانون التجارة الأردنيّ رقم 12 لسنة 1966. التي كانت تنظم الصلح الواقي والإفلاس.

4 جاءت فصول قانون الإعسار على النحو التالي: 1- أحكام عامة وتعاريف 2- إشهار الإعسار 3- آثار إشهار الإعسار 4- الدائنون في إجراءات الإعسار 5- وكلاء الإعسار 6- حصر الأموال والالتزامات 7- مراحل إجراءات الإعسار 8- إعادة التنظيم وفق خطة مُعَدَّة مسبقًا 9- مرحلة إعادة التنظيم الاعتياديّة 10- التصفية 11- انتهاء إجراءات الإعسار 12- حالات الإعسار في حال عدم وجود أموال لدى المدين 13- العقوبات 14 - الإعسار الدُوَليّ 15- أحكام ختامية.

5 نظام الإعسار الأردنيّ رقم (8) لسنة 2019 الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم 583 تاريخ 16/1/2019.

6 تعليمات الرقابة على وكلاء الإعسار المرخصين لسنة 2020 الصادرة في عدد الجريدة الرسمية رقم 1971 تاريخ 18/3/2020

لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاريّ الدولي أنشئت في عام 1966، وهي عبارة 7 عن هيئةٍ فرعيةٍ تابعةٍ للجمعية العامة للأمم المتحدة، ولها ولاية علمه، تتمثل في تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجيين لقانون التجارة الدولية. راجع دليل الأونيسترال النموذجي لقانون الإعسار الصادر عن لجنة التجارة الدولية بهيئة الأمم المتحدة لسنة 2004 باللغة العربية الجزء الأول والثاني على الرابط: (تمت المراجعة في 25/6/2020) http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/0580720_Ebook.pdf

8 د/ حسين الماحي **(تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس)** دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ص 28 وما بعد راجع قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصري على الرابط الالكتروني: تمت المراجعة في 25/6/2020. https://bit.ly/2BfWFWZ/

9 راجع قانون التقويم والتصفية القضائية الفرنسي لسنة 1985 وتعديلاته لسنة 2015.

- André Jacquemont **(Droit Des Entreprises En Difficulté – Les procédures Collectives de Redressement et liquidation judiciaires)** Litec 2002.

- M. Barthelmey Mercadal & M. Philippe Janin **(Sociétés Commerciales),** France 2002.

- Annie Chamoulaud Trapiers **(Droit des Affaires: Relations de Entreprise Commercial)** Bréal 2003.

- Mayer, V.,**(Droit International prive) 6e** éd ,Litec, France 2015.

10 راجع قانون التنفيذ الأردنيّ المعدل رقم (29) لسنة 2017.

11 راجع قرار محكمة التمييز الأردنيّة (تمييز حقوق رقم 4152/2003) تاريخ 19/5/2004. منشورات مركز عدالة ص 2. وفي ذات المعنى قرار محكمة النقض المصريَّة (الطعن رقم 524 لسنة 73 ق – جلسة 23/2/2004) المستحدث من المبادئ القانونية لمحكمة النقض المصرية لسنة 2004، ص 22.

12 د/ إبراهيم الارناؤوط بحث بعنوان: **(مدى جواز افلاس الشركات وفقًا لقانون التجارة الأردنيّ – دراسة نقدية مقارنة)**. مجلة الحقوق – جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، السنة 36 العدد 2 يونيو 2012. وانظر د/ محسن شفيق **(الإفلاس)** دار نشر الثقافة – الطبعة الأولى 1951، و د/ مصطفى كمال طه **(الأوراق التجارية والإفلاس)** الدار الجامعية 2006. وانظر ريبير وربلو **(المطول في القانون التجاري)** ترجمة د. علي مقلد، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت 2011، ص 1431 وما بعد.

13 تنص المادة (136) من قانون الإعسار الأردنيّ: "عند تفسير أحكام هذا الفصل تؤخذ مصادره الدولية بعين الاعتبار لغايات توحيد تطبيقه".

14 راجع دليل القانون النموذجيّ (الأونيسترال) للإعسار، مرجع سابق ص 221، وما بعد على الرابط ادناه (تمت المراجعة في 30/6/2020) http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/05-80720_Ebook.pdf

15 راجع نص المادة (9) من نظام الإعسار الأردنيّ.

16 راجع نص المادة (10) من نظام الإعسار الأردنيّ.

17 راجع نص المادة (13) من نظام الإعسار الأردنيّ.

18 راجع نص المادة (3) من تعليمات الرقابة على وكلاء الإعسار الأردنيّ.

19 راجع نص المادة (115) من قانون الإعسار الأردنيّ.

20 راجع نص المادة (4/د) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردنيّ المعدل رقم (30) لسنة 2017.

21 تنص المادة (13/د) من قانون الإعسار الأردنيّ: "تعيين وكيل الإعسار مع بيان اسمه ورقمه الوطني ورقم رخصة المزاولة، وعنوانه للاتصال والتبليغ وتحديد صلاحياته في إدارة ذمة الإعسار والتصرف فيها".

22 تنص المادة (338/2) من قانون التجارة الأردنيّ " يتضمن الحكم بشهر الإفلاس تعيين وكيل أو عدة وكلاء للتفليسة ".

23 د/ إبراهيم الارناؤوط **(خطة إعادة التنظيم الاعتيادية لإنقاذ المشروعات الاقتصادية المتعثرة في قانون الإعسار الأردنيّ – دراسة مقارنة)** بحث منشور في مجلة دراسات للشريعة والقانون، الجامعة الأردنيّة المجلد 47، العدد 3، ص 159 وما بعد.

24 راجع دليل القانون النموذجي للإعسار (الأونيسترال)، مرجع سابق ص 226 وما بعد، على الرابط ادناه (تمت المراجعة في 10/7/2020
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/05-80720_Ebook.pdf

25 تنص المادة (1) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والإفلاس والصلح الواقي المصري لسنة 2018 بشأن تعريف أمين الصلح بأنه: " المسؤول عن مباشرة إجراءات الصلح بين طالب الصلح الواقي من الإفلاس والدائنين ومتابعتها "

26 ورد تعريف امين التفليسة في القانون المصري في المادة (1) منه بأنه: " الممثل القانوني للتفليسة الذي تعينه المحكمة " كما نصت المادة (96) من ذات القانون بتحديد مهامه: " بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها وينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها هذه الأعمال وذلك في مرحلة إجراءات الإفلاس والتصفية " وراجع نص المادة (13) من ذات القانون حول تشكيل لجنة خبراء المحاكم. وراجع د/ حسين الماحي، مرجع سابق ص 327 وما بعد.

27 راجع في ذلك:

- M. Barthelmey Mercadal & M. Philippe Janin , Ibid.P 1269 -1274.

- Annie Chamoulaud Trapiers , Ibid , P. 247 – 255.

- Mayer,Ibid, P. 84.

- Andre Jacquemont:Ibid. P. 70 – 75.

28 راجع المادة (52) من قانون الإعسار الأردنيّ.

29 راجع نصوص المواد (14 – 16) من قانون الإعسار الأردنيّ.

30 ربيبر وربلو، مرجع سابق ص 1419 وما بعد، و د/ عبد الرحمن السيد قرمان **(تشغيل تجارة المفلس خلال فترة الإجراءات التمهيدية)**، دار النهضة العربية، القاهرة 2011، ص 21 وما بعد.

31 ربيبر وربلو – مرجع سابق ص 1420 وما بعد، و د/ عبد الرحمن السيد قرمان ن مرجع سابق ص 64 وما بعد، و د/ علي يونس **(الإفلاس)** دار الكتاب العربيّ، القاهرة 1992، ص 318 وما بعد.

32 قرار محكمة التمييز الأردنيّة (تمييز حقوق رقم 3057/2001) تاريخ 3/1/2001، شبكة قانوني الأردن ص 157.

33 د/ منصف الكشو **(قانون الإجراءات الجماعة، نظام إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعولات اقتصادية)**، مجمع الأطرش، تونس 2019 ص 461 وما بعد، وراجع دليل القانون النموذجي للإعسار (الأونيسترال) ص 236 وما بعد على الرابط (تمت المراجعة في 15/7/2020):
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/05-80720_Ebook.pdf

34 د/ بشير ربعي **(المدخل إلى قانون الإعسار الأردنيّ)**، دار أمواج للنشر والتوزيع، 2018 عمان، ص 47.

35 راجع نص المادة (58) من قانون الإعسار الأردنيّ.

36 راجع نصوص المواد (23، 27، 30، 31) من قانون الإعسار الأردنيّ.

37 تنص المادة (51/ب) من قانون الاعسار الأردني: (ب – لوكيل الإعسار الاستعانة بخبراء يختارهم لتنفيذ مهامه على أن يبقى مسؤولاً عن تنفيذ تلك المهام ويتحمل اتعاب الخبراء ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك).

38 د/ حسين الماحي – مرجع سابق ص 47 وما بعد.

39 راجع في ذلك:

Claude Fournier, **(La Faillite Dans La Jurisprudence)**&- René Rodier Paris 1974. P.141.

- Annie Chamoulaud Trapiers, Ibid. P. 217.

.6- Mayer, Ibid. P. 13

40 راجع المادة (98/هـ) من قانون الإعسار الأردنيّ.

41 راجع المادة (101) من قانون الإعسار الأردنيّ.

42 راجع المادتين (102، 103) من قانون الإعسار الأردنيّ.

43 راجع نظام الصلح الواقي والإفلاس الملغى المواد من 290 – 315 من قانون التجارة الأردنيّ، وانظر د/ محسن شفيق – مرجع سابق ص 1141، و د/ مصطفى كمال طه، مرجع سابق ص 512 وما بعد، ود/ سميحة القليوبي **(الموجز في احكام الإفلاس)** دار النهضة العربية 2012، القاهرة، ص 64 وما بعد، و د/ نشأت الاخرس **(الصلح الواقي من الإفلاس)** دار الثقافة، عمان 2004 ص 31 وما بعد.

44 راجع دليل القانون النموذجي للإعسار، ص 265 وما بعد، على الرابط ادناه: (تمت المراجعة في 17/7/2020)
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/05-80720_Ebook.pdf

45 راجع نص المادة (69/ب) من قانون الإعسار الأردنيّ.

46 راجع قرار محكمة التمييز الأردنيّة (تمييز حقوق رقم 8690/2019) تاريخ صدور القرار 17/6/2020، موقع قرارك، نقابة المحامين على الربط: (تمت المراجعة 17/7/2020) https://qarark.com/home

47 راجع نص المادة (70/أ) من قانون الإعسار الأردنيّ.

48 راجع نص المادة (78/أ) من قانون الإعسار الأردنيّ.

49 ربيبر وربلو، مرجع سابق ص 1343 وما بعد، وراجع دليل القانون النموذجي للإعسار، مرجع سابق، ص 242.

50 راجع نص المادة (71) من قانون البيّنات الأردنيّ المعدل رقم (22) لسنة 2017.

51 راجع المواد (83 – 86) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنيّ المعدل رقم (31) لسنة 2017.

52 قرار محكمة التمييز الأردنيّة (تمييز حقوق رقم 1413/2019) تاريخ صدور القرار 4/3/2020، موقع قرارك، نقابة المحامين الأردنيّين على الرابط (تمت المراجعة في 20/7/2020) https://qarark.com/home

53 راجع نص المادتين (74، 75) من قانون الإعسار الأردنيّ.

54 قرار محكمة تميز الأردنيّة (تمييز حقوق رقم 5434/2019) الصادر بتاريخ 11/6/2020. موقع قرارك، نقابة المحامين الأردنيّين على الرابط: (تمت المراجعة في 20/7/2020) https://qarark.com/home

55 راجع قواعد الحجر على المدين المفلس المواد (375 – 386) من القانون المدني الأردنيّ رقم (43) لسنة 1976. وانظر قرار محكمة التمييز الأردنيّة حيث قررت: " اشترطت المادة (375) من القانون المدني لجواز الحجر على المدين من قبل المحكمة، أن يكون الدين مستحق الأداء، وأن تكون ديونه المستحقة الأداء تزيد على ماله... " (تمييز حقوق رقم 1538/1996) تاريخ 16/4/1996، مجلة نقابة المحامين، العدد 9 ص 3540 لسنة 1997. وراجع بحثنا بعنوان: (نطاق تطبيق قانون الإعسار الأردنيّ رقم 21 لسنة 2018) مرجع سابق ص 7 وما بعد.

56 راجع حكم محكمة النقض الفرنسية:

- -Cass, 14-23.219 / 2016. Dalloz. P. 648.

57 د/ إبراهيم الارناؤوط – المرجع السابق (خطة إعادة التنظيم الاعتيادية لإنقاذ المشروعات الاقتصادية المتعثرة في قانون الإعسار الأردنيّ – دراسة مقارنة ص 155، وراجع دليل القانون النموذجي للإعسار، مرجع سابق ص 270 على الرابط إدناه (تمت المراجعة في 20 / 7 / 2020

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/05-80720_Ebook.pdf-

58 د/ عبد الرحمن السيد قرمان – مرجع سابق ص 114 وما بعد و د/ علي يونس – مرجع سابق ص 420.

59 محكمة النقض المصرية (438 / 1996 تاريخ 18 / 4 / 1998) المستحدث من مبادئ محكمة النقض المصرية. وانظر نقض فرنسي:

Cass, (520 – 289 / 2002), Dalloz 2002.P. 1142.

60 راجع الموقع الالكتروني لوزارة الصناعة والتجارة والتموين على الراط: (تمت المواجعة في 20 / 7 / 2020)

http://www.mit.gov.jo/Default/Ar

61 د/ حسين الماحي – مرجع سابق ص 116 وما بعد.

62 راجع في ذلك:

- André Jacquemont, Ibid. P. 155- 161.

- M. Barthelmey Mercadal & M. Philippe Janin, Ibid. P. 718.

- Mayer, V, Ibid. P. 88.

-Lagarde, P, et Ancel, B, **(Revue Critique de droit international privé)** 2018, Litec, France. P.288- 295.

63 راجع دليل القانون النموذجي للإعسار، مرجع سابق ص 266 وما بعد على الرابط ادناه (تمت المراجعة 22 / 7 / 2020)

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/insolven/05-80720_Ebook.pdf-

64 راجع نص المادة (79 / و) من قانون الإعسار الأردنيّ.

65 راجع نص المادة (76) من قانون الإعسار الأردنيّ.

66 محكمة استئناف حقوق عمان (قرار رقم 17760 / 2019) تاريخ صدور القرار 30 / 6 / 2019، موقع قرارك، نقابة المحامين الأردنيّين على الرابط (تمت المراجعة في 22 / 7 / 2020) https://qarark.com/home

67 راجع في ذلك د/ حسين الماحي – مرجع سابق ص 168 وما بعد، وانظر:

80- M. Barthelmey Mercadal & M. Philippe Janin, Ibid, P. 13.

- Mayer, V, Ibid. P. 88.

-Lagarde, P, et Ancel, P. 242.

" القراءات القرآنية بين الجمع والتركيب "

د. يزيد موسى الشياب*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2021/1/5م

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى إزالة اللبس والغموض حول مفهومي جمع القراءات، وتركيب القراءات وبيان ما إذا كان جمع القراءات القرآنية وتركيبها بمرتبة واحدة، أم أن بينهما فرقاً. وكان الاعتماد في هذا البحث على المنهج الاستقرائي، والمنهج المقارن. وقد اشتمل البحث على تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة.

أمَّا التمهيد فاشتمل على بيان مبادئ علم القراءات، والتعريف بأهم مصطلحاته.

وأما المبحث الأول فَأُفْرِدَ للحديث عن جمع القراءات من حيث تعريفه، ونشأته، وكيفيته، وشروطه، وحكمه.

وأمَّا المبحث الثاني فَأُفْرِدَ للحديث عن تركيب القراءات من حيث تعريفه، وبيان الفرق بينه وبين جمع القراءات، وحكمه.

وأما المبحث الثالث فَأُفْرِدَ للحديث عن علم التحريرات من حيث تعريفه، ومثاله، ونشأته، وفائدته وأهميته.

وأما الخاتمة فضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

Quranic readings between combination and synthesis

Abstract

This study aims to remove ambiguity about the concepts of collecting the readings, and the structure of the readings, and to clarify whether the collection and composition of the Qur'anic readings are of the same rank, or there is a difference between them.

* أستاذ مساعد، قسم القراءات القرآنية، كلية الدعوة وأصول الدين، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

The reliance in this research was on the inductive and the comparative approach. The research included an introduction, three chapters, and a conclusion.

As for the introduction, it included a statement of the principles of the science of readings, and the definition of its most important terms.

As for the first topic, it is devoted to talking about the collection of readings in terms of its definition, origin, quality, conditions, and rulings.

As for the second topic, it is devoted to talk about the composition of the readings in terms of its definition, the difference between it and the collection of readings, and its ruling.

As for the third topic, it is devoted to talking about editorial science in terms of its definition, example, origin, usefulness and importance.

As for the conclusion, it included the most important findings and recommendations.

المقدمة:

الحمد لله الذي هداني إلى طريقه القويم، وشرفني بخدمة كتابه العظيم، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، تنزيل من حكيم حميد، والصلاة والسلام الأتمَّان الأكملان على نبيِّه العربيّ الهاشميّ الأمينِ، القائلِ "هَوِّنْ على أُمَّتِي"[1] المبعوثِ رحمةً للعالمينَ، وعلى آله وأصحابه والتابعين، ومن سار على نهجهم إلى يوم الدين، وبعد:

فإنه مما لا شك فيه أن علم القراءات القرآنية من أجلّ العلوم النافعات وأشرفها، وأن مسائله من أدق المسائل وأكثرها تشعباً.

ومما دفعني إلى الكتابة حول قضية من قضاياه في هذا البحث الموسوم بـ(القراءات القرآنية بين الجمع والتركيب) هو أن نفراً من المثقفين والدارسين من غير المتخصصين في علم القراءات لا زال في أذهانهم شيء من الغموض والالتباس حول جمع القراءات وتركيبها تلاوة في الختمة الواحدة، فقد خلطوا بين الجمع والتركيب، وجعلوهما بمرتبة واحدة، والحق أن بينهما فرقا واسعا، فكان من الواجب رفع هذا الالتباس، وتجلية ما يكتنف هذه القضية من غموض، وهذا ما حاولت فعله في هذا البحث.

مشكلة الدراسة:

تحاول هذه الدراسة أن تجيب -بإذن الله تعالى- عمّا يأتي:

السؤال الرئيس:

1- هل جمع القراءات وتركيبها بمرتبة واحدة؟ أم أن بينهما فرقا؟

الأسئلة الفرعية:

1- ما حكم جمع القراءات تلاوة في الختمة الواحدة؟

2- ما حكم تركيب القراءات؟

3- ما مؤيدات القائلين بجوازهما، والقائلين بمنعهما؟

أهداف البحث:

1- إزالة اللبس والغموض حول مفهومي جمع القراءات، وتركيبها.

2- بيان ما إذا كان جمع القراءات القرآنية وتركيبها بمرتبة واحدة، أم أن بينهما فرقا.

3- بيان أهمية علم التحريرات في منع تركيب القراءات وخلطها ببعضها.

منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث المنهج الاستقرائي، والمنهج المقارن، ويظهر هذا – مثلاً - عند تتبع أقوال العلماء في حكم جمع القراءات وتركيبها، وبيان تلك الأقوال، وما يتبع ذلك من تفصيل ومناقشات، ويظهر -أيضاً- عند بيان الفرق بين جمع القراءات وتركيبها، على ضوء الأمثلة التطبيقية العملية عليهما.

محددات الدراسة:

ليس المقصود بجمع القراءات في هذا البحث جمعها بمعنى تدوينها وتأليف المؤلفات حولها، فقد كان لعلماء القراءات فضل السبق في ذلك، ككتاب النشر في القراءات العشر للإمام ابن الجزري، ولا بمعنى التوفيق بينها عند ظاهر التعارض بينها، فهذا محله كتب الاحتجاج أو توجيه القراءات، ككتاب الحجة في القراءات السبع لابن خالويه، فهذان الأمران ليسا مرادين في هذا البحث، وإنما المقصود بجمع القراءات هنا جمعها تلاوة في ختمة واحدة في مجلس واحد، وذلك بأن يقرأ القارئ وجها من أوجه القراءة ثم يردفه بوجه آخر، وهكذا حتى يتم جميع الأوجه التي اختارها لجميع القراء الذين اختارهم لختمته تلك. كما أن المراد بالقراءات هنا القراءات المتواترة وليس الشاذة، فما أضربه من أمثلة على جمع القراءات فهي من القراءات الصحيحة المتواترة، وليست الشاذة داخلة فيها.

الدراسات السابقة:

1- **الجمع بالقراءات المتواترة**: للدكتور فتحي العبيدي، وأصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة حصل بها المؤلف على الدرجة العلمية بملاحظة حسن جداً من جامعة الزيتونة بتونس في 26 محرم 1409هـ فقد تناول في دراسته هذه ظاهرتين متعلقتين بالجمع بين القراءات: أولاهما: الجمع بين القراءات في المجلس الواحد تلاوة، بأن يقرأ القارئ وجهاً من أوجه القراءات ويردفه بآخر. وثانيتهما :الجمع بين القراءات كتابة في المصاحف، وذلك باستعمال الألوان المتنوعة للتمييز بين القراءات في الكلمة الواحدة المختلف فيها بين القراء. وقد تطرق للحديث عن تركيب القراءات في معرض حديثه عن شروط

جمع القراءات، فيشترط لصحة جمع القراءات عدم التركيب. وقد توصل إلى عدة نتائج منها: أن جمع القراءات تلاوة في مجلس واحد وفي ختمة واحدة قد ظهر أثناء القرن الرابع الهجري، وفي زمن أقصاه قبيل سنة 381 هـ، وهي السنة التي توفي فيها أبو بكر أحمد بن الحسين بن مهران الأصبهاني الذي ثبت تاريخيا أنه أقرأ القراءات على مقتضى الجمع بينها تلاوة في المجلس الواحد، وبالتالي جواز جمع القراءات تلاوة شرعا إذا توفرت شروطه لثبوته عن أئمة القراءة.

2- **القراءات القرآنية: تاريخها، ثبوتها، حجيتها، أحكامها**: للباحث عبد الحليم بن محمد الهادي قابة، فقد خصص الفصل الرابع من دراسته هذه للحديث عن تركيب القراءات وجمعها، وقد توصل إلى عدة نتائج منها: ترجيحه لتفصيل الإمام ابن الجزري فيما يتعلق بحكم تركيب القراءات كما سيأتي لاحقا -إن شاء الله-، أما فيما يتعلق بجمع القراءات فقد رجح أفضلية عدم الأخذ بالجمع في الختمة الواحدة إلا عند الحاجة والمصلحة.

خطة البحث:

سيكون البحث مقسماً إلى تمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة، أمَّا التمهيد فاشتمل على بيان مبادئ علم القراءات، والتعريف بأهم مصطلحاته.

وأما المبحث الأول فَأُفْرِدَ للحديث عن جمع القراءات من حيث تعريفه، ونشأته، وكيفيته، وشروطه، وحكمه.

وأمَّا المبحث الثاني فَأُفْرِدَ للحديث عن تركيب القراءات من حيث تعريفه، وبيان الفرق بينه وبين جمع القراءات، وحكمه.

وأما المبحث الثالث فَأُفْرِدَ للحديث عن علم التحريرات من حيث تعريفه، ومثاله، ونشأته، وفائدته وأهميته.

وأما الخاتمة فضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها.

تمهيد: مبادئ علم القراءات والتعريف بأهم مصطلحاته

أولا: مبادئ علم القراءات

علم القراءات هو: "علم بكيفية أداء كلمات القرآن واختلافها بعزو الناقلة"[2]. فكلمات القرآن الكريم منها ما هو متفق على أدائها، ومنها ما هو مختلف فيها، فالمتفق عليه نحو: ﴿ٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِ﴾[الفاتحة: 2]، والمختلف فيه نحو: ﴿ٱلرَّحِيمِ ۝٣ مَٰلِكِ﴾[الفاتحة: 3، 4]. فعلى ضوء هذا العلم الشريف تتميز الكلمات المتفق على أدائها من الكلمات المختلف فيها، وبه تعرف كيفية أداء الكلمات المختلف فيها، وبه يعرف إمام القراءة الذي نقلها حتى وصلت إلينا. فمثلا، في المثال السابق عرفنا على ضوء هذا العلم أن الميم من كلمة ﴿ٱلرَّحِيمِ﴾ مختلف في إظهارها وإدغامها في الميم من كلمة ﴿مَٰلِكِ﴾ فمن أدغمها هما الإمامان البصريان كل من أبي عمرو ويعقوب بخلف عنهما، وأظهرها الباقون قولاً واحداً. وأيضاً عرفنا أن كلا من الأئمة عاصم والكسائي ويعقوب وخلف قرؤوا بإثبات الألف من كلمة ﴿مَٰلِكِ﴾والباقون بحذفها[3].

وموضوع علم القراءات هو: "كلمات القرآن من حيث أحوال النطق بها وكيفية أدائها. **وثمرته وفائدته هي:** العصمة من الخطأ في النطق بالكلمات القرآنية، وصيانتها عن التحريف والتغيير، والعلم بما يقرأ به كل من أئمة القراءة، والتمييز بين ما يقرأ به ومالا يقرأ به... **واستمداده:** من النقول الصحيحة المتواترة عن علماء القراءات الموصولة إلى رسول الله ﷺ"[4].

ثانيا: تعريف بأهم مصطلحاته

1- القراءة: كل خلاف نسب إلى إمام من أئمة القراءات العشر، مما أجمع عليه الرواة. فمصطلح القراءات يطلق على الكلمات المختلف فيها بين القراء، في حين أن الكلمات المتفق عليها عندهم لا تسمى قراءات، وهي الأكثر في القرآن الكريم.

2- الرواية: كل خلاف نسب إلى راوٍ من الرواة العشرين، فالقراءات عشر، ولكل قارئ راويان.

3- الطريق: كل خلاف نسب إلى من تلقى عن أحد الرواة العشرين وإن نزل.

فنقول، مثلاً: إثبات البسملة بين السورتين قراءة ابن كثير، ورواية قالون، وطريق الأصبهاني[5]. فقلنا قراءة ابن كثير؛ لأن البزي وقنبل وهما راويا ابن كثير لم يختلفا في إثبات البسملة بين السورتين. وقلنا رواية قالون؛ لأنهما راويا الإمام نافع، وهما: قالون وورش اختلفا في إثبات البسملة، فأثبتها قالون، واختلف عن ورش. وقلنا طريق الأصبهاني؛ لأن طريقي ورش اختلفا في إثبات البسملة بين السورتين، فأثبتها الأصبهاني قولا واحدا، واختلف عن الأزرق بين البسملة والوصل والسكت[6].

4- الوجه: وهو ما كان القارئ فيه مخيرا، فبأي وجه قرأ أجزأه ولم يخل بروايته، كأوجه البسملة بين السورتين لمن له البسملة، وهي ثلاثة أوجه:

أ. وصل آخر السورة بالبسملة ووصل البسملة بأول السورة التالية.

ب. قطع آخر السورة عن البسملة وقطع البسملة عن أول السورة التالية.

ج. قطع آخر السورة عن البسملة ووصل البسملة بأول السورة التالية.

فلا يقال عن هذه الأوجه ثلاث قراءات، ولا ثلاث روايات، ولا ثلاث طرق[7].

5- الأصول: هي الكلمات القرآنية المختلف في أدائها اختلافا مطردا يقاس عليها كل ما كان مثلها، أو القواعد الكلية التي يندرج تحتها جزئيات كثيرة، كالإظهار، والإدغام، والفتح، والإمالة، وغيرها.

6- الفرش: هي الكلمات القرآنية المختلف في أدائها اختلافا منفردا غير مطرد، فلا يقاس عليها ما كان مثلها، وسميت فرشا لانتشارها في القرآن، نحو قوله تعالى: ﴿مَٰلِكِ يَوۡمِ ٱلدِّينِ﴾ [الفاتحة: 3، 4]، فخلاف القراء بين إثبات الألف وحذفها، وهذا الخلاف في هذه الكلمة خاص بها ولا يقاس عليها، فلم يختلف القراء في إثبات الألف من قوله تعالى: ﴿مَٰلِكَ ٱلۡمُلۡكِ﴾[آل عمران: 26]، ولم يختلفوا في حذفها من قوله تعالى: ﴿مَلِكِ ٱلنَّاسِ﴾[الناس: 2]، مع أن الرسم واحد للكلمة في المواضع الثلاثة[8].

7- المقرئ: هو العالم بالقراءات، ورواها مشافهة، فلو حفظ كتابا في القراءات، كالتيسير مثلا، فليس له أن يقرئ بما فيه إن لم يشافهه من شيوخه؛ لأن في القراءات أشياء لا تضبط إلا بالسماع والمشافهة[9].

8- القارئ: هو المتلقي عن شيوخه، وهو إما مبتدئ، وإما منتهي. فالمبتدئ: هو الذي أفرد ثلاثا من القراءات. والمنتهي: هو الذي أفرد أكثرها وأشهرها. والمتوسط: من أفرد أربعاً أو خمساً منها[10].

المبحث الأول: جمع القراءات

المطلب الأول: تعريف جمع القراءات

الجمع لغة: الجيم والميم والعين أصل واحد، يدلّ على تَضَامِّ الشَّيء. يقال جمعت الشَّيء جمعاً[11].

اصطلاحاً: هو القراءة بأكثر من رواية في ختمة واحدة، ويعمل به في مقام التعليم، بشروط وأحكام مفصلة، ويسمى عند المغاربة بـ (الإرداف) لأنه يتبع الوجه تلو الوجه[12]. ويقابله **الإفراد** وهو: القراءة برواية واحدة دون أن يجمع إليها رواية أخرى في الختمة الواحدة[13].

المطلب الثاني: نشأة جمع القراءات وتطوره

"لم يتعرض أحد من أئمة القراءة في تواليفهم لهذا الباب... والسبب الموجب لعدم تعرض المتقدمين إليه هو عظم هممهم، وكثرة حرصهم، ومبالغتهم في الإكثار من هذا العلم واستيعاب رواياته، وقد كانوا في الحرص والطلب بحيث إنهم يقرؤون بالرواية الواحدة على الشيخ الواحد عدة ختمات لا ينتقلون إلى غيرها، ولقد قرأ الأستاذ أبو الحسن علي بن عبد الغني الحصري القيرواني القراءات السبع على شيخه أبي بكر الْقَصْرِيُّ تسعين ختمة كلما ختم ختمة قرأ غيرها حتى أكمل ذلك في مدة عشر سنين حسبما أشار إليه بقوله في قصيدته:

وَأَذْكُرُ أَشْيَاخِي الَّذِينَ قَرَأْتُهَا
عَلَيْهِمْ فَأَبْدَأُ بِالْإِمَامِ أَبِي بَكْرٍ
قَرَأْتُ عَلَيْهِ السَّبْعَ تِسْعِينَ خَتْمَةً
بَدَأْتُ ابْنَ عَشْرٍ ثُمَّ أَكْمَلْتُ فِي عَشْرٍ

وهذا الذي كان عليه الصدر الأول، ومن بعدهم إلى أثناء المئة الخامسة، عصر الداني وابن شيطا الأهوازي والهذلي ومن بعدهم، فمن ذلك الوقت ظهر جمع القراءات في الختمة الواحدة واستمر إلى زماننا، وكان بعض الأئمة يكره ذلك من حيث إنه لم تكن عادة السلف عليه، ولكن الذي استقر عليه العمل هو الأخذ به والتقرير عليه وتلقيه بالقبول، وإنما دعاهم إلى ذلك فتور الهمم، وقصد سرعة الترقي والانفراد"[14]. "وممن قرأ به من المتأخرين الإمام أبو شامة، والإمام المجتهد أبو الحسن علي بن عبد الكافي السبكي، والإمام الجعبري"[15].

المطلب الثالث: كيفية جمع القراءات

ذكر الإمام ابن الجزري أن لأهل الأداء في كيفية الجمع مذهبين، أحدهما: الجمع بالحرف، وثانيهما: الجمع بالوقف، وأنه قد ركب من المذهبين مذهبا جاء في محاسن الجمع طرازاً مذهباً، وإليك التفصيل[16]:

أولاً: الجمع بالحرف: وهو أن يشرع القارئ في قراءته حتى يصل إلى كلمة فيها خلاف أصولي أو فرشي، فيعيد تلك الكلمة بمفردها حتى يستوعب ويستوفي ما فيها من خلاف بين القراء، فمثلا إذا وصل إلى قوله تعالى: ﴿ٱهۡدِنَا ٱلصِّرَٰطَ ٱلۡمُسۡتَقِيمَ ۝٦﴾فإنه يقرأ كلمة (الصراط) وحدها بالصاد ثم يعيدها بالسين ثم يعيدها بإشمامها صوت الزاي ثم يستأنف قراءته حتى ينهي ختمته.

أما إذا كان الخلاف متعلقا بكلمتين نحو قوله تعالى: ﴿فِيهِۛ هُدٗى﴾ [البقرة: 2] فإنه يقف على الكلمة الثانية حتى يستوعب الخلاف بين القراء فيبدأ بقصر صلة الهاء من كلمة ﴿فِيهِ﴾مع فتح الألف من كلمة ﴿هُدٗى﴾ ثم يعيد كلمة ﴿هُدٗى﴾ بالإمالة الصغرى ثم بالإمالة الكبرى، ثم يعيد بصلة الهاء من كلمة ﴿فِيهِ﴾مع فتح الألف من كلمة ﴿هُدٗى﴾ ثم يعيد بإدغام الهاء في الهاء مع فتح الألف، حتى إذا استوفى الخلاف استأنف قراءته حتى ينهي ختمته.

وهذا المذهب هو مذهب المصريين، وهو أسهل في الأداء، وأوثق في الاستيفاء، إلا أنه يخرج القراءة عن رونقها وخشوعها.

ثانياً: الجمع بالوقف: وهو أن يشرع القارئ بقراءة من قدمه من القراء، حتى إذا وصل إلى موضع يسوغ الوقف عليه فيقف، ثم يعيد المقطع الذي قرأه للقارئ الذي بعده إن لم يكن قد اندرج مع من قبله، وهكذا حتى يستوفي جميع الخلاف. وهو مذهب الشاميين، وهو أشد في الاستحضار والاستظهار، وأجود في التمكين، إلا أنه أطول زمانا وأثقل على الطلاب.

ثالثا: مذهب ابن الجزري: حيث قال في نشره: "ولكني ركَّبتُ من المذهبين مذهبًا، فجاء في محاسن الجمع طرازًا مُذهبًا، فأبتدئُ بالقارئ، وأنظرُ إلى مَن يكون من القرَّاء أكثر موافقةً له، فإذا وصلتُ إلى كلمةٍ بين القارئين فيها خُلف وَقفتُ، وأخرجتُه معه، ثمَّ وصلتُ إلى أن أنتهي إلى الوقف السائغ جوازُه، وهكذا حتى ينتهي الخلاف".

ومعنى ذلك: أن يشرع القارئ بقراءة من قدمه من القراء- وجرت العادة على تقديم رواية قالون- حتى يصل إلى موضع يسوغ الوقف عليه، فمن اندرج معه فلا يعيده، ومن تخلف فإنه يأتي به، ويقدم أقربهم خلافا إلى ما وقف عليه، فإن تزاحموا عليه فيقدم الأسبق رتبة فالأسبق، وينتهي إلى الوقف السائغ مع كل راوٍ[17]. فمثلاً، في نحو قوله تعالى: ﴿صِرَٰطَ ٱلَّذِينَ أَنۡعَمۡتَ عَلَيۡهِمۡ غَيۡرِ ٱلۡمَغۡضُوبِ عَلَيۡهِمۡ وَلَا ٱلضَّآلِّينَ﴾ فإن كيفية الجمع تكون على النحو الآتي:

1- يبدأ القارئ لقالون فيقرأ (بالصاد، وكسر الهاء، وإسكان ميم الجماعة، وترك هاء السكت على النون). ويندرج معه ورش، وأبو عمرو، وابن عامر، وعاصم، والكسائي، وخلف العاشر.

2- ثم يعطف صلة ميم الجماعة لقالون، ويندرج معه البزي، وأبو جعفر (عليهمو غير المغضوب عليهمو ولا الضالين).

3- ثم يعطف ضم الهاء لخلاد، ويندرج معه روح (عليهُم غير المغضوب عليهُم ولا الضالين).

4- ثم يعطف بهاء السكت على النون وقفا لروح (ولا الضالينه).

5- ثم يعطف بالسين، وكسر الهاء، وصلة ميم الجماعة، وترك السكت لقنبل، (سراط اللذين أنعمت عليهمو غير المغضوب عليهمو ولا الضالين).

6- ثم يعطف ضم الهاء لرويس (عليهُم غير المغضوب عليهُم ولا الضالين).

7- ثم يعطف بهاء السكت على النون وقفا لرويس (ولا الضالينه).

8- وأخيرا يعطف لخلف عن حمزة بإشمام الصاد صوت الزاي، وضم الهاء (ضراط اللذين أنعمت عليهُم غير المغضوب عليهُم ولا الضالين)[18].

فهذه الطريقة يكون القارئ قد جمع القراءات العشر في هذا المقطع من جميع الطرق بسهولة واختصار للوقت دون أن يخل برونق التلاوة. قال الإمام ابن الجزري في طيبة النشر:

يعطف أقرباً به فأقربا

مختصراً مستوعباً مرتبا[19]

المطلب الرابع: شروط جمع القراءات

لا شك أن جمع القراءات في ختمة واحدة أمر ليس سهلاً، فهو يحتاج إلى قوة في الحفظ والتمكين والاستحضار، وسرعة في البديهة، فلا يقدر عليه إلا من كان مؤهلاً لذلك، وهذا يعني أنه ينبغي على جامع القراءات أن يقدم بين يدي الجمع أموراً، وأن تتوفر فيه خصال لابد منها، ويمكننا تقسيم هذه الشروط إلى قسمين: أحدهما: قبل البدء بالجمع، وثانيهما: أثناء القيام بالجمع.

أولاً: شروط ما قبل جمع القراءات

1- أن يحفظ كتاباً كاملاً يستحضر به اختلاف القراءات، وأن يعرف اصطلاح هذا الكتاب الذي يحفظه. وأن يحفظ كتابا في الرسم، وأن يعلم حقيقة التجويد ومخارج الحروف وصفاتها، وما يتعلق بها علما وعملا.

2- أن يتقن معرفة الطرق والروايات والقراءات وأن يميز بينها، وقد سبق بيان الفرق بينها.

3- أن يتقن معرفة أحرف الخلاف الجائز والخلاف الواجب وأن يميز بينهما. فالخلاف الجائز: هو الخلاف الذي يكون على سبيل التخيير، فيطالب القارئ بالإتيان بأي وجه من أوجهه ولا يلزم بها جميعها، ولا يعد ذلك نقصاً في روايته، نحو أوجه المد العارض للسكون، وأوجه البسملة بين السورتين لمن له البسملة. والخلاف الواجب: هو الخلاف الذي يكون بين القراء والرواة عنهم وأصحاب الطرق، بحيث يلزم القارئ بالإتيان به عند التلقي ليكتمل له بذلك الجمع، ويعد الإخلال بشيء من ذلك نقصا في روايته، نحو طرق الأزرق في ما بين السورتين، وفي مد البدل[20].

أقول: إن هذه الشروط السالفة الذكر نص عليها علماء القراءات، كالإمام ابن الجزري، بيد أن الشرط الأول غير معمول به في زماننا هذا، وإن أخذ به فهو نادر، فهو إذن للأفضلية في زماننا هذا وليس للوجوب، فيخشى إن كان

للوجوب أن يعزف الطلاب عن هذا العلم الشريف فينـدثر، فلذلك فإنه من حصَّل الشرطين الثاني والثالث فبإمكانه جمع القراءات العشر في ختمة واحدة.

ثانيا: شروطٌ أثناء جمع القراءات

1- مراعاة الوقف؛ فلا يقف إلا على ما يباح الوقف عليه.

2- مراعاة الابتداء؛ فلا يبتدئ إلا بما يباح الابتداء به.

3- عدم تركيب وجه بوجه آخر. وسيأتي مزيد بيان حول تركيب القراءات في المبحث الثاني -إن شاء الله تعالى-.

4- أن يتقن أداء القراءة بتقويم حروفها على الوجه المرضي.

5- أن يلتزم القارئ عند شيوخه بالوقار والتأدب، وبالتوقير والتبجيل لهم، فبقدر إجلالهم ينتفع بعلمهم[21]. وهذا الشرط ليس للوجوب وإنما للأفضلية، ولا يفهم من كلامي هذا ألا يلتزم القارئ بذلك، بل يقصد منه أن الرواية لا تختل إن لم يتحقق هذا الشرط.

وزاد بعضهم شرطاً آخر وهو أن يلتزم القارئ الجامع ترتيب القراء حسب ترتيب المؤلفين لهم في كتبهم[22]، بينما يرى الإمام ابن الجزري أن هذا ليس شرطا، بل إنه يعد الماهر من إذا وقف على وجه لقارئ ابتدأ لذلك القارئ، ولا يلتزم تقديم قارئ بعينه[23]. وما ذهب إليه الإمام ابن الجزري هو الراجح في ذلك.

المطلب الخامس: حكم جمع القراءات

اختلف العلماء قديما وحديثا في حكم جمع القراءات في الختمة الواحدة؛ والسبب في ذلك عدم ورود نص من كتاب أو سنة يبين حكم هذا الجمع؛ ذلك لأن الجمع لم يظهر إلا في حدود القرن الرابع الهجري، فذهب فريق إلى جوازه، وذهب فريق آخر إلى منعه، وإليك التفصيل[24]:

أولاً: القائلون بجواز الجمع بين القراءات، وأدلتهم

ذهب جمهور العلماء، والمحققون قديما وحديثا إلى جواز جمع القراءات المتعددة في ختمة واحدة، وأذكر منهم ممن قرأ بالجمع وأقرأ به على سبيل المثال لا الحصر: مكي بن أبي طالب(437)، والداني(444)، والشاطبي(590)، والسبكي(757)، وابن الجزري(833)[25]، والقسطلاني(923)[26]. وذهب إلى جواز الجمع من المتأخرين الشيخ الشقانصي(ت ما بين 1228- 1235) صاحب كتاب عمدة القارئين والمقرئين[27]، والشيخ إبراهيم المارغني المالكي(1349)[28].

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الشرعية التالية:

1- أن حفظ القراءات واجب على الكفاية إذا قام به بعض المسلمين سقط الإثم عن الباقين، وإذا أوجبنا على المتعلمين والمشتغلين بهذا الفن أن يقرؤوا ويتعلموا كما كان عليه الأئمة في الصدر الأول من إفراد القراءات والروايات لا يجمعون رواية إلى رواية أخرى، أقول إذا أوجبنا عليهم ذلك، ومنعناهم من جمع القراءات بشروطه المستوفاة، وقد كلّت الهمم، وضعفت العزائم، فإن ذلك يؤدي إلى تلاشي هذا العلم واندثاره، لقلة المشتغلين به، وبالتالي فإن الإثم يقع على جميع المسلمين. أما إذا جاز هذا الجمع

للمشتغلين بعلم القراءات فإن ذلك يسهل عليهم ويخفف عنهم، وبالتالي يتم الإقبال عليه ويكثر طلابه فيحفظ هذا العلم بكثرة حفاظه، فيتم هذا الواجب وهو حفظ القراءات من التلاشي والضياع بهذا الجمع، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[29].

2- ورود أصل الجمع عن قراء الصدر الأول قبل ظهور الجمع المعروف اليوم، وذلك أنهم كانوا يقرؤون الرواية لا يجمعون إليها رواية أخرى، ولا شك أن الرواية الواحدة تشتمل على وجوه كثيرة في عدة آيات، وقد كانوا يقرؤون على مشايخهم هذه الوجوه جمعاً لا إفراداً، فلا يعقل أن يقرؤوا كل وجه بختمة كاملة، فإذا جاز جمع الوجوه في ختمة واحدة، فلا مانع من جمع القراءات والروايات والطرق كذلك بختمة واحدة[30].

3- لقد جرى العمل بالجمع بين القراءات منذ القرن الرابع الهجري إلى يومنا، لم ينكره الفقهاء المجتهدون في العصر الذي ظهر فيه، واستمر العمل به بعد ذلك وتلقي بالقبول[31]، فعدم إنكار الفقهاء له دليل على جوازه. فلا يعتد بإنكار المنكرين للجمع بين القراءات في الختمة الواحدة لعدم استنادهم على أدلة شرعية علمية[32].

ثانياً: القائلون بعدم جواز الجمع بين القراءات، وأدلتهم

ذهب فريق من العلماء إلى القول بأن جمع القراءات تلاوة في ختمة واحدة غير جائز، ومنهم على سبيل المثال لا الحصر، الحنفية، "يقول صاحب الحادي القدسي: وقراءة القرآن بقراءات معروفة... دفعة واحدة بترجيع الكلمات مكروهة"[33]، ومنهم الشيخ عبد الوهاب الشعراني (973)[34]، والشيخ صالح الكواش (1218)[35].

"ومن القائلين بعدم جواز الجمع من المتأخرين، محمد بن خلف الحسيني الحداد شيخ القراء في أوائل القرن الرابع عشر الهجري بمصر، ومحمد سعودي إبراهيم صاحب كتاب (إفحام أهل العناد بتأييد ابن الحداد"[36].

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الشرعية التالية[37]:

1- أن جمع القراءات في ختمة واحدة لم يفعله النبي ﷺ، ولا صحابته الكرام، ولا التابعون لهم، فهو حينئذ بدعة، وكل بدعة ضلالة[38].

2- أن جمع القراءات بعطف الروايات والقراءات بعضها على بعض يؤدي إلى فساد في نظم القرآن الكريم، لما فيه من تقطيع لأجزائه، فيكون عرضة للتخليط والتحريف[39].

3- أن جمع القراءات في ختمة واحدة يقتضي تكرار الكلمات والآيات أكثر من مرة بصفات مختلفة في الأداء، وهذا يؤدي إلى صد السامعين عن تدبر القرآن الكريم، ويحول بينهم وبين التأثر به، ودخول الطمأنينة إلى قلوبهم[40].

وقد تصدى القائلون بجواز جمع القراءات للرد على القائلين بالمنع، وبينوا ضعف أدلتهم، وذلك كما يلي:

1- أن أصل الجمع ثابت عقلاً بفعله ﷺ، فقد كان يعرض على جبريل عليه السلام القرآن الكريم في كل عام مرة، وفي العام الذي قبض فيه عرضه

عليه مرتان، ولا دليل على أنه كان يقرأ كل حرف من الأحرف السبعة بختمة مستقلة، وبالتالي لن يكون إلا أنه كان يجمع الأحرف السبعة في ختمة واحدة، فإن كان جمعه ﷺ مطابقاً للجمع الذي وصل إلينا فلا مجال لمنعه، وإن كان مشابهاً له فيكون مقيسا عليه، فيكون الجمع قد ثبتت مشروعيته بالقياس، والقياس دليل شرعي لا يمكن رده[41].

2- قولهم بأن عطف الروايات والقراءات بعضها على بعض يؤدي إلى التخليط والتحريف وتقطيع أجزائه غير صحيح، وهذه الأمور تكون عندما يقرأ القارئ بتركيب القراءات، وهو أن يأخذ حكما من قراءة وحكما آخر من قراءة أخرى، ويقرأ بها معا في آن واحد[42].

3- إن القول بأن جمع القراءات يصد السامعين عن التدبر والتأثر بالقرآن الكريم غير صحيح، بل على العكس تماماً، فهو يعين على استحضار المعاني نظرا للتكرار الذي يحصل عند الإتيان بأوجه القراءات المختلفة[43].

أقول: إن قول القائلين بجواز الجمع هو الذي أميل إليه ويطمئن إليه قلبي وينشرح له صدري؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فلو منعنا الجمع فلن يكون إلا الإفراد، وبالتالي لن يكون إلا التطويل على طلبة هذا العلم في تحصيل القراءات العشر عن شيوخهم، وربما يكون التطويل داعيا لفتور الهمم والعزوف عن القراءات العشر، فيقل عدد المجازين في القراءات العشر، وربما لا يجد القارئ في العصور القادمة شيخا يتحمل عنه هذه القراءات المتواترة، وهذا لا يجوز، فتأثم الأمة بأكملها إن حصل، فنرجع إذن إلى قاعدة: (ولكن من التطويل كلَّت الهمم فصار الاختصار ملتزم)، ولتحصيل الاختصار يصار إلى الجمع، فتحفظ القراءات من الاندثار، وحفظها واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

المبحث الثاني: تركيب القراءات

المطلب الأول: تعريف تركيب القراءات

التركيب لغة: "رَكّب الشَّيْء: وضع بعضه على بعض، وَقد تَركّب، وتراكب"[44].

اصطلاحا: هو التنقل بين القراءات أثناء التلاوة، من غير إعادة لأوجه الخلاف، ودون الالتزام برواية معينة، وذلك بأن يَشرع القارئ في التلاوة بقراءة قارئ أو رواية راو، ولا يزال على ذلك حتى إذا بلغ موضع خلاف قرأه برواية أخرى، فيكون جزء من تلاوته برواية والجزء الآخر برواية أخرى، وربما يجتمع في قراءته أكثر من ذلك، فيكون القارئ بهذه الطريقة قد أخذ حكما أو أحكاما من قراءة أو رواية، وحكما آخر أو أحكاما أخرى من قراءة أو رواية ثانية، وقرأ بها كلها في آن واحد بكيفية لم ترد عن أحد من القراء أو الرواة عنهم. ويُعَبَّر عنه بـ (الخلط) وبـ (التلفيق)[45].

المطلب الثاني: الفرق بين تركيب القراءات وجمعها

لكي يتضح الفرق بين جمع القراءات وتركيبها لا بد من إيراد مثال، بحيث يكون تطبيقا عمليا على ذلك، يوضح الفرق بينهما جلياً، فمثلا إذا أراد القارئ الجامع أن يجمع القراءات العشر

من قوله تعالى: ﴿مَآ أَغۡنَىٰ عَنۡهُ مَالُهُۥ وَمَا كَسَبَ﴾ [المسد: 2]، فإنه يتبع الخطوات التالية:

أولاً: يقرأ لقالون بقصر المنفصل، مع الفتح في (أغنى)، ويندرج معه دوري البصري بوجهه الأول، والسوسي، وأبو جعفر، ويعقوب.

ثانياً: ثم يعطف لابن كثير بصله الهاء من قوله: (عنه)، لأنه اندرج مع قالون بقصر المنفصل، وخالفه بصلة الهاء، فينفرد ابن كثير بصلتها (عنهو).

ثالثاً: ثم يعيد لقالون بتوسط المنفصل، مع الفتح في (أغنى)، ويندرج معه دوري البصري بوجهه الثاني، وابن عامر، وعاصم.

رابعاً: ثم يعطف عليه للكسائي وخلف العاشر؛ لأنهما وافقا قالون على توسط المنفصل، وتخلفا عنه في (أغنى)، فيقرأ الجامع لهما بالإمالة الكبرى.

خامساً: ثم يعيد لورش بالمد الطويل في المنفصل، مع الفتح في (أغنى).

سادساً: ثم يعطف عليه الوجه الثاني لورش بالتقليل في (أغنى).

سابعاً: ثم يعطف عليه حمزة لاندراجه مع ورش في المد المنفصل، وتخلفه عنه في (أغنى)، فيأتي له بالإمالة الكبرى فيها[46].

والجمع بهذه الكيفية لا فساد فيه ولا تخليط ولا تحريف[47]؛ لأن كل قراءة وكل رواية وكل وجه فيها مستقل بنفسه عن الآخر[48].

وأما إذا أراد القارئ أن يركب القراءات على بعضها، كأن يقرأ بقصر المنفصل في (ما أغنى) وبالإمالة الكبرى في (أغنى)، أو بتوسط المنفصل مع التقليل في (أغنى)، أو بطول المنفصل مع صلة الهاء في (عنه)، فإنه يكون في مثل هذه الحالات قد خلط بين القراءات والروايات على نحو لم يقرأ به أحد القراء البدور ولا الرواة عنهم[49].

فنلاحظ على ضوء ذلك أن التركيب إنما هو انتقال عشوائي دون ضابط من رواية إلى أخرى دون الإعادة من موضع الابتداء، وأما الجمع فهو إعادة القراءة من موضع الابتداء برواية أخرى مع الالتزام بشروط الجمع وبإحدى كيفياته.

المطلب الثالث: حكم تركيب القراءات

اختلف العلماء في حكم تركيب القراءات على عدة أقوال:

القول الأول: منع تركيب القراءات مطلقاً.

القول الثاني: جواز تركيب القراءات في حال، ومنعه في حال آخر.

القول الثالث: تفصيل الإمام ابن الجزري.

وفيما يلي تفصيل هذه الأقوال:

أولاً: القائلون بمنع تركيب القراءات مطلقاً

وهذا رأي بعض أئمة القراءة، قال الإمام ابن الجزري: "ولذلك منع بعض الأئمة تركيب القراءات بعضها ببعض وخطأ القارئ بها في السنة والفرض"[50]، وممن قال بهذا القول الإمام السخاوي، حيث قال: "وخلط بعض القراءات ببعض عندنا خطأ"[51]. فلا يفهم من عبارته هذه إلا أنه يمنع تركيب القراءات وخلطها ببعضها.

ثانياً: القائلون بجواز تركيب القراءات في حال، ومنعه في حال آخر

وأصحاب هذا القول فرقوا بين أمرين:

الأمر الأول: أن تكون القراءات مترتبة بعضها على بعض في الموضع الواحد.

الأمر الثاني: أن لا تكون القراءات مترتبة بعضها على بعض.

فإن كانت القراءات مترتبة بعضها على بعض في الموضع الواحد، فاتفقوا على حرمة ذلك التركيب ومنعه، كمن يقرأ قوله تعالى: ﴿لَقُضِيَ إِلَيْهِمْ أَجَلُهُمْ﴾ [يونس: 11]، ببناء الفعل للمفعول في: (لَقُضِيَ) مع نصب اللام من قوله: (أجلَهم).

وأما إن كانت القراءات غير مترتبة بعضها على بعض فقد اختلفوا في ذلك، فمنهم من أجاز مع الكراهة، ومنهم من أجاز بلا كراهة. فممن أجاز مع الكراهة، الجعبري، والنووي، وابن حجر العسقلاني، وابن الحاجب.

قال الجعبري: "والتركيب ممتنع في كلمة وفي كلمتين إن تعلق أحدهما بالآخر وإلا كره"[52].

وقال النووي: "وإذا ابتدأ القارئ بقراءة شخص من السبعة فينبغي أن لا يزال على تلك القراءة ما دام للكلام ارتباط، فإذا انقضى ارتباطه فله أن يقرأ بقراءة آخر من السبعة والأولى دوامه على تلك القراءة في ذلك المجلس"[53].

وقال ابن حجر: "وذلك (أي ترك التركيب والخلط بين القراءات) من الأولوية لا على الحتم أما المنع على الإطلاق فلا"[54].

ويفهم من ظاهر كلام النووي وابن حجر أن تركيب القراءات يعد خلافا للأولى، بمعنى أنه مكروه إذا لم يكن للقراءات ارتباط فيما بينها، وإن كان لها ارتباط فيما بينها فظاهر كلام النووي يفيد بحرمة التركيب ومنعه.

وقال ابن الحاجب: "وأما القراءة بالقراءات المختلفة في آي العشر الواحد فالأولى أن لا يفعل، نعم، إن قرأ بقراءتين في موضع إحداهما مبنية على الأخرى، مثل أن يقرأ (نغفر لكم) بالنون و(خطيئاتكم) بالرفع، فهذا أيضاً ممتنع"[55]. فقد صرح ابن الحاجب بمنع تركيب القراءات إذا كانت مبنية بعضها على بعض، وجعل تركيب القراءات في غير تلك الصورة خلافا للأولى، وخلاف الأولى يعني الكراهة.

وممن أجاز بلا كراهة أبو شامة، حيث قال: "المنع من هذا ظاهر، وأما ما ليس كذلك فلا منع منه، فإن الجميع جائز، والتخيير في هذا، وأكثر منه كان حاصلا بما ثبت من إنزال القرآن على سبعة أحرف توسعة على القراء، فلا ينبغي أن يضيق بالمنع من هذا ولا ضرر فيه"[56]. فقد صرح ابو شامة بمنع تركيب القراءات إذا كانت مبنية بعضها على بعض، وجعل تركيب القراءات في غير تلك الصورة جائزا لا ضرر فيه ولا كراهة.

ثالثا: تفصيل الإمام ابن الجزري

بعد أن عرض الإمام ابن الجزري خلاف العلماء في مسألة تركيب القراءات في كتابه النشر قام ببسط رأيه الذي اختاره وارتضاه فقال: "والصواب عندنا في ذلك التفصيل والعدول بالتوسط إلى سواء السبيل، فنقول:

إن كانت إحدى القراءتين مترتبة على الأخرى فالمنع من ذلك منع تحريم، كمن يقرأ ﴿فَتَلَقَّىٰٓ ءَادَمُ مِن رَّبِّهِۦ كَلِمَٰتٍ﴾ بالرفع فيهما، أو بالنصب آخذا رفع (آدم) من قراءة غير ابن كثير، ورفع (كلمات) من قراءة ابن كثير... وشبهه مما يركب بما لا تجيزه العربية ولا يصح في اللغة، وأما ما لم يكن كذلك فإنا نفرق فيه بين مقام الرواية وغيرها، فإن قرأ بذلك على سبيل الرواية، فإنه لا يجوز أيضا من حيث إنه كذب في الرواية وتخليط على أهل الدراية، وإن لم يكن على سبيل النقل، بل على سبيل القراءة والتلاوة، فإنه جائز صحيح مقبول لا منع منه ولا حظر، وإن كنا نعيبه على أئمة القراءات العارفين باختلاف الروايات من وجه تساوي العلماء بالعوام لا من وجه أن ذلك مكروه أو حرام، إذ كل من عند الله نزل به الروح الأمين على قلب سيد المرسلين تخفيفا عن الأمة"[57].

فيلاحظ هنا أن الإمام ابن الجزري لم يعط المسألة حكماً واحداً بل آثر فيها التفصيل حسب أحوال القراءة، فكان تفصيله كالتالي:

1- إن كانت القراءات مترتبة بعضها على بعض فالحكم بالتحريم مطلقاً، ويظهر هذا من قوله: "إن كانت إحدى القراءتين مترتبة على الأخرى فالمنع من ذلك منع تحريم".

2- إن لم تكن القراءات مترتبة بعضها على بعض فقد فرق بين أمرين:

أ- أن تكون القراءة بقصد النقل والرواية: فإن كانت كذلك فحكمها عدم الجواز؛ لأن في ذلك كذبا في الرواية، وتخليطا على أهل الدراية، ويظهر هذا من قوله: "فإن قرأ بذلك على سبيل الرواية، فإنه لا يجوز أيضاً". وهذا مما أضافه ابن الجزري على أقوال سابقيه حيث لم نجد منهم من نص على حكم هذه الحالة، وهو ما يعتبر الجديد في هذه المسألة.

وقد حمل الإمام السيوطي قول ابن الجزري بعدم الجواز على التحريم؛ لأنه كذب في الرواية وتخليط[58].

وقد قطع الإمام مصطفى الإزميري بحرمة تركيب القراءات، وقال في سبب تأليفه لكتابه (عمدة العرفان في تحرير أوجه القرآن): "احترازاً عن التركيب لأنه حرام في القرآن على سبيل الرواية أو مكروه كراهة تحريم كما حققه أهل الدراية"[59].

ب- أن تكون القراءة بقصد التلاوة لا النقل والرواية: فإن كانت كذلك فالحكم بالجواز؛ إذ كل من عند الله نزل به الروح الأمين على قلب سيد المرسلين تخفيفا عن الأمة، ويظهر هذا من قوله: "وإن لم يكن على سبيل النقل، بل على سبيل القراءة والتلاوة، فإنه جائز صحيح مقبول لا منع منه ولا حظر"، غير أنه جعل تركيب القراءات في مثل هذه الحالة عيبا في حق أهل هذه الصنعة (أي صنعة القراءة)، فهو عيب صناعي لا شرعي؛ لأنه يؤدي إلى تسوية العلماء بالعوام، ويظهر هذا من قوله: "وإن كنا نعيبه على أئمة القراءات العارفين باختلاف الروايات".

وقد تابع ابنَ الجزريَ على رأيه وتفصيله من جاء بعده من أئمة القراءة نحو: القسطلاني،

والصفاقسي، والنويري[60]؛ وذلك لسداده، ودقته، وسلامته من الاعتراض.

أما ما نقل عن بعض المالكية من أقوال، كقول الإمام ابن العربي المالكي: "والمختار أن يقرأ المسلمون على خط المصحف بكل ما صح في النقل، ولا يخرجوا عنه، ولا يلتفتوا إلى قول من يقول: نقرأ السورة الواحدة أو القرآن بحرف قارئ واحد، بل يقرأ بأي حرف أراد، ولا يلزمه أن يجعل حرفا واحدا ديدنه، ولا أصله، والكل قرآن صحيح"[61]. وما جاء في بلغة السالك: "الحق أن القراءة الملفقة من القراءات السبع الجارية على ألسنة الناس جائزة لا حرمة فيها ولا كراهة، والصلاة بها لا كراهة فيها"[62]. فالذي أراه أن قول بعض المالكية هذا لا يحمل على جواز التركيب بين القراءات مطلقا، فليس ثمة قرينة تدل على ذلك، بل يحمل قولهم هذا على جواز التركيب فيما إذا كانت القراءات ليست مترتبة بعضها على بعض، أما إذا كانت مترتبة بعضها على بعض، والتركيب يفضي إلى فساد المعنى فهم على المنع في ذلك، والدليل على هذا قول ابن العربي المالكي: "والذي اختاره لنفسي إذا قرأت أكثر الحروف المنسوبة إلى قالون، إلا الهمز فإني أتركه أصلاً، إلا فيما يحيل المعنى، أو يلبسه مع غيره، أو يسقط المعنى بإسقاطه"[63].

أقول: والذي يطمئن إليه قلبي وينشرح له صدري هو القول بالتحريم مطلقا؛ وذلك حفاظا على قدسية القرآن الكريم، وسداً لذريعة التلاعب بتلاوة كتاب الله -تعالى- وتدخل الأهواء فيها، ومنعا لوقوع الجدال والمراء المذموم بين العوام في تلاوته.

فكما أن رسم المصحف الشريف لا تجوز مخالفته، وأوجب العلماء اتباعه، مع أنه مختلف فيه بين توقيفه وعدمه؛ وذلك حفاظا على قدسية القرآن الكريم من أن تناله أيدي العابثين، فكذلك يجب اتباع كل قراءة من القراءات العشر رواية وتلاوة، وعدم خلطها بغيرها، وهي المتفق على تواترها وتوقيفها.

أما القول بجواز الخلط والتركيب للعوام فيما لم يغير المعنى، كما قال بهذا الإمام ابن الجزري، أقول: لربما يكون هذا في زمانه، أما في زماننا هذا ونحن في القرن الخامس عشر للهجرة فالأمر مختلف تماما، فالأحكام تتغير بتغير الأزمان، فعوام زمانه يختلفون عن عوام زماننا، فإني أتابع العوام في قراءاتهم في المسجد وغيره، فهم لا يتقنون التلاوة نظرا من المصحف، ولا يعرفون بأي رواية يقرؤون، بل إن كثيرا منهم لا يعرف إن كان هناك شيء اسمه القراءات العشر، وزيادة على هذا فإن كثيرا من طلبة العلم لا يعرفون بأي طريق يقرؤون، أقول: فما الفائدة من إجازة هذا النوع من التركيب للعوام وهم لا يستطيعون أن يميزوا بين القراءات والروايات والطرق؟ بل إنهم لا يعرفونها أصلاً، أقول: لا فائدة في هذا؛ لأنه إن تمكن من تركيبها فهو مميز لها، والذي يتمكن من تمييزها فهو عارف وعالم بها ولا شك.

المبحث الثالث: علم التحريرات

عرفنا سابقاً أن جمهور العلماء ذهبوا إلى القول بمشروعية جمع القراءات في الختمة الواحدة، "فلما استقر العمل بجمع القراءات في الختمة الواحدة في حال التلقي، تشعبت الطرق

وكثرت الأوجه، فاحتاج الأمر إلى تنظيم هذه القراءات والتنبيه على عدم التركيب فيها، لأن من شروط الجمع عدم التركيب في القراءة الواحدة، وتمييز بعضها عن بعض، وإلا وقع فيما لا يجوز وقراءة ما لم ينزل، وهذه هي مهمة المحررين الذين قاموا بحصر الآيات التي تحتاج إلى تحرير، وبينوا ما فيها من الأوجه الجائزة والممنوعة"[64]. فما المقصود بعلم التحريرات، وما مثاله، ومتى كانت نشأته، وما فائدته؟

المطلب الأول: تعريفه

التحرير لغة: يطلق على عدة معانٍ، منها: التحقيق والتدقيق والتخليص. يقال: الحُرُّ: بمعنى "الخالص من الشوائب"[65]. "وتحرير الكتاب وغيره تقويمه وتخليصه؛ بإقامة حروفه، وتحسينه بإصلاح سقطه"[66].

اصطلاحاً: هو العلم الذي يعنى بالتدقيق في القراءات وتنقيحها من أي خطأ أو خلل كالتركيب، وعزو أوجه القراءات إلى طرقها ومصنفاتها حتى لا تختلط ببعضها[67].

المطلب الثاني: مثاله

وحتى يتجلى مفهوم علم التحريرات لا بد من ضرب مثال على ذلك: "فقد عزا الإمام ابن الجزري لرواية حفص السكت قبل الهمز بخلاف، وكذلك عزا له قصر المنفصل بخلاف، فيفيد إطلاق الطيبة (يعني طيبة النشر في القراءات العشر) جواز السكت لحفص على قصر المنفصل، فيأتي المحررون ليقيدوا جواز السكت على توسط المد المنفصل فقط؛ لأن السكت عن حفص من طريق عبيد بن الصباح ولم يرو عبيد بن الصباح عن حفص إلا توسط المد المنفصل، أما قصر المنفصل فهو من طريق عمرو بن الصباح ولم يرو عمرو عن حفص السكت"[68].

المطلب الثالث: نشأته

"عندما ألف الإمام ابن الجزري كتابه النشر، ثم نظمه في طيبة النشر أطلق أحكاما لبعض القراء تحتاج إلى تقييد حتى تطابق ما قرأ به الإمام ابن الجزري وشيوخه، وعليه فإن بدء علم تحريرات الطيبة كان على يد الإمام ابن الجزري نفسه، وقد أشار إلى ذلك في عدة مواضع صريحاً كقوله: تقدم أنه إذا قرئ بالسكت لابن ذكوان يجوز أن يكون مع المد الطويل ومع التوسط لورود الرواية بذلك، فإن قرئ به لحفص فإنه لا يكون إلا مع المد. ولا يجوز أن يكون مع القصر، وكقوله: لا يجوز مد (شيء) لحمزة حيث قرئ به إلا مع السكت إما على لام التعريف فقط، أو عليه وعلى المد المنفصل"[69].

ثم تلا الإمام ابن الجزري بعض طلابه كالإمام النويري فتكلموا على تحريرات للطيبة، ثم تبع النويري كذلك من بعده فألفوا تحريرات من باب الجمع بين كلام ابن الجزري في مواضع مختلفة، وقد سار على ذلك النهج أغلب المحررين فكانوا لا يخرجون في الغالب عما ذكره ابن الجزري في النشر[70].

"ومن أبرز العلماء الذين عنوا بعلم التحريرات: علي المنصوري (ت 1134 هـ)، والشيخ مصطفى الإزميري (ت 1155 هـ)، والشيخ المتولي (ت 1313 هـ) وغيرهم. وكان عمل هؤلاء يقوم على مراعاة كتاب النشر وأصوله

كما ذكرنا، ورد كل خلاف بين القراء إلى أصله، لأن كتاب النشر أول كتاب استوعب خلاصة ما في كتب القراءات السابقة بأسانيدها ومتونها حيث جمع نحو ألف طريق، وصفها ابن الجزري بقوله: هي أصح ما وجد في الدنيا وأعلاه، ولم نذكر فيها إلا ما ثبت عندنا أو عند من تقدمنا من أئمتنا عدالته، وتحقق لقيه لمن أخذ عنه، وصحت معاصرته، وهذا التزام لم يقع لغيرنا ممن ألف في هذا العلم. ثم قال: وفائدة ما عيّناه وفصلناه من الطرق وذكرنا من الكتب هو عدم التركيب- يعني التلفيق- فإنها إذا ميزت وبينت ارتفع ذلك"[71]. "وهذا التمييز والتبيين هو ما سماه علماء القراءات بالتحريرات"[72].

المطلب الرابع: فائدته وأهميته

ويظهر لنا من كلام ابن الجزري آنف الذكر فائدة التحريرات، فالفائدة المرجوة من علم التحريرات هي: العمل على منع التركيب والتلفيق في قراءات القرآن، ومن فوائده أيضا بالنسبة لمتن الشاطبية والدرة وطيبة النشر، أنه مفصل لمجمل هذه المتون، وموضح لألفاظها ومقيد لمطلقها، وموفّ لشروطها، ومنبه على ضعيفها[73].

الخاتمة:

الحمد لله في البَدْءِ والخِتامِ، وأفضل الصلاة وأزكَى السَّلامِ على محمَّدٍ سيّدِ الأنامِ، وعلى آله وجميع صحابته الكرامِ، ومن سار على هديهم إلى يوم الزِّحامِ، وبعدُ:

لقد خلصت بعد هذه الجولة المباركة حول قراءات القرآن الكريم وما يتعلق بها جمعاً وتركيباً وتحريراً إلى بعض النتائج والتوصيات فكان من أهمها:

أهم النتائج

1- ظهر لي على ضوء هذا البحث أن جمع القراءات يختلف اختلافا كليا عن تركيب القراءات، وأن جعلهما بمرتبة واحدة مجانب للصواب.

2- يعد جمع القراءات في مجلس واحد وفي ختمة واحدة منهجا تعليمياً فريداً يسهل على طلبة العلم تلقي هذه القراءات فيمنعها من الاندثار.

3- تركيب القراءات وخلطها ببعضها قد يؤدي إلى تغيير المعنى في بعض الأحيان، ويؤدي بطبيعة الحال إلى خلط أسانيد القراءات وبالتالي التلفيق على أئمة القراءة وقراءة ما لم يقرؤوا، ولذلك فإني أميل إلى قول من قال بتحريم تركيب القراءات مطلقاً، وهو الأحوط والأسلم.

أهم التوصيات

1- أوصي الجهات المسؤولة بالإشراف على تسجيل ختمة كاملة للقرآن الكريم بقراءاته العشر بطريقة الجمع التي اخترعها الإمام ابن الجزري، وذلك تسهيلاً على طلبة العلم في تلقي هذه القراءات، وتسهيلاً عليهم في استيعاب هذا الجمع.

2- أوصي العلماء بهذا الفن الجليل والعوام على حد سواء بعدم تركيب القراءات سدا لذريعة الوقوع في المحرم وقراءة ما لم يُقرأ وما لم ينزل حيث تبين على ضوء هذا البحث أن تركيب

القراءات يفضي في بعض صوره إلى تغيير المعنى وما لا تجيزه العربية، وهذا حرام شرعا.

3- أوصي المتخصصين بعلم القراءات إيلاء علم تحرير القراءات مزيدا من الاهتمام به تأليفاً، واختراعاً لطريقة تسهل وتيسر على طلبة هذا العلم فهمه واستيعابه، وذلك لما لهذا العلم الشريف من دور في منع تركيب القراءات وخلطها ببعضها.

هذا وإني إن وفقت إلى الصواب فبفضله سبحانه وتوفيقه ومَنِّهِ وكرمه، وإن جانبت الصواب سهوا أو خطأ فبتقصيري وضعفي وأستغفر الله. والحمد لله رب العالمين.

الهوامش:

(1) النيسابوري، مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم** (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، ج1، ص561، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(2) ابن الجزري، محمد بن علي بن يوسف (1999). **منجد المقرئين ومرشد الطالبين**، ط1، ص9، دار الكتب العلمية، بيروت. وينظر: الدمياطي، أحمد بن محمد بن أحمد (2006). **إتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربعة عشر** (تحقيق أنس مهرة)، ط3، ص6، دار الكتب العلمية، بيروت. المارغني، إبراهيم بن أحمد بن سليمان (1995). **النجوم الطوالع على الدرر اللوامع في أصل مقرا الإمام نافع**، ص17، دار الفكر، بيروت.

(3) ينظر: ابن الجزري، محمد بن علي بن يوسف، **النشر في القراءات العشر** (تحقيق علي محمد الضباع)، ج1، ص271، 275 وما بعدها، المطبعة التجارية الكبرى، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت.

(4) القاضي، عبد الفتاح بن عبد الغني، **البدور الزاهرة في القراءات العشر المتواترة**، ص7، دار الكتاب العربي، بيروت.

(5) ينظر: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص199- 200. الصفاقسي، علي بن محمد بن سالم (2004). **غيث النفع في القراءات السبع** (تحقيق أحمد الحفيان)، ط1، ص23، دار الكتب العلمية، بيروت.

(6) ينظر للتفصيل: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج1، ص259- 261.

(7) ينظر: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص200. الصفاقسي، **غيث النفع في القراءات السبع**، مصدر سابق، ص23.

(8) ينظر: النويري، محمد بن محمد بن محمد (2003). **شرح طيبة النشر في القراءات العشر** (تحقيق مجدي باسلوم)، ط1، ج2، ص141، 142، دار الكتب العلمية، بيروت. الداني، عثمان بن سعيد بن عثمان (1984). **التيسير في القراءات السبع** (تحقيق اوتو تريزل)، ط2، ص276، دار الكتاب العربي، بيروت. السندي، عبد القيوم عبد الغفور (1415). **صفحات في علوم القراءات**، ط1، ص15، 16، المكتبة الأمدادية.

(9) ينظر: ابن الجزري، **منجد المقرئين ومرشد الطالبين**، مصدر سابق، ص9.

(10) ينظر: ابن الجزري، **منجد المقرئين ومرشد الطالبين**، مصدر سابق، ص9.

(11) القزويني، أحمد بن فارس بن زكرياء (1979). **مقاييس اللغة** (تحقيق عبد السلام هارون)، ج1، ص479، دار الفكر، دمشق.

(12) الدوسري، إبراهيم بن سعيد (2008). **مختصر العبارات لمعجم مصطلحات القراءات**، ط1، ص53، دار الحضارة للنشر، الرياض.

(13) الدوسري، **مختصر العبارات لمعجم مصطلحات القراءات**، مصدر سابق، ص29.

(14) ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص194- 195. وينظر: الصفاقسي، **غيث النفع في القراءات السبع**، مصدر سابق، ص44.

(15) ابن الجزري، **منجد المقرئين ومرشد الطالبين**، مصدر سابق، ص15.

(16) ينظر: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص201، 202. النويري، **شرح طيبة النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص136، 137. الدمياطي، **اتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربعة عشر**، مصدر سابق، ص27.

(17) ينظر: المارغني، **النجوم الطوالع على الدرر اللوامع في أصل مقرا الإمام نافع**، مصدر سابق، ص259، 260.

(18) ينظر: سالم، محمد إبراهيم محمد (2003). **فريدة الدهر في تأصيل وجمع القراءات**، ط1، ج2، ص8 وما بعدها، دار البيان العربي، القاهرة.

(19) ابن الجزري، محمد بن محمد بن محمد (2012). **طيبة النشر في القراءات العشر** (تحقيق محمد تميم الزعبي)، ط1، ص73، دار ابن الجزري، المدينة المنورة.

(20) ينظر: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص195- 200. ابن الجزري، **منجد المقرئين ومرشد الطالبين**، مصدر سابق، ص15. الدمياطي، **إتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربعة عشر**، مصدر سابق، ص26.

(21) ينظر: النويري، **شرح طيبة النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص137، 141. المارغني، **النجوم الطوالع على الدرر**

اللوامع في أصل مقرا الإمام نافع، مصدر سابق، ص260.
الدمياطي، **إتحاف فضلاء البشر في القراءات الأربعة عشر**، مصدر سابق، ص27.
(22) ينظر: النويري، **شرح طيبة النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص138.
(23) ينظر: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص204.
(24) ينظر: العبيدي، فتحي بن الشريف (1988). **الجمع بالقراءات المتواترة**، ص147- 166، جامعة الزيتونة، تونس.
(25) ينظر: ابن الجزري، **منجد المقرئين ومرشد الطالبين**، مصدر سابق، ص15.
(26) ينظر: القسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي بكر (1434). **لطائف الإشارات لفنون القراءات** (تحقيق: مركز الدراسات القرآنية، المدينة المنورة)، ج2، ص659.
(27) ينظر: الشقانصي، أحمد بن أحمد (1995). **عمدة القارئين والمقرئين** (تحقيق: عبد الرزاق شلبي بسرور)، ص152- 154، جامعة الزيتونة، تونس.
(28) ينظر: العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص149.
(29) ينظر: الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص166.
(30) ينظر: الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص168- 170.
(31) ينظر: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج2، ص195.
(32) ينظر: الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص161- 164. العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص153.
(33) ينظر: السعيد، لبيب، **التغني بالقرآن**، ص74.
(34) ينظر: السعيد، لبيب، **الجمع الصوتي الأول للقرآن الكريم**، ص280، دار الكتاب العربي، القاهرة.
(35) ينظر: الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص151، 152.
(36) العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص157.
(37) ينظر: العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص157، 158.
(38) ينظر: الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص152.
(39) ينظر: الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص152.
(40) ينظر: السعيد، **الجمع الصوتي الأول للقرآن الكريم**، مصدر سابق، ص280.
(41) ينظر: العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص158.
(42) ينظر: الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص174.
(43) ينظر: السعيد، **التغني بالقرآن**، ص79.
(44) ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل (2000). **المحكم والمحيط الأعظم** (تحقيق: عبد الحميد هنداوي)، ط1، ج7، ص15، دار الكتب العلمية، بيروت.
(45) ينظر: الدوسري، **مختصر العبارات لمعجم مصطلحات القراءات**، مصدر سابق، ص46. المارغني، **النجوم الطوالع على الدرر اللوامع في أصل مقرا الإمام نافع**، مصدر سابق، ص260. العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص161. الشقانصي، **عمدة القارئين والمقرئين**، مصدر سابق، ص174.
(46) ينظر: ابن علي، رضا بن علي بن درويش (2010). **الميسر في جمع القراءات العشر من طريقي الشاطبية والدرة**، ط1، ج9، ص541، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، الأندلس.
(47) ينظر: المارغني، **النجوم الطوالع على الدرر اللوامع في أصل مقرا الإمام نافع**، مصدر سابق، ص260.
(48) ينظر: العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص163.
(49) ينظر: العبيدي، **الجمع بالقراءات المتواترة**، مصدر سابق، ص163.
(50) ينظر: ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج1، ص18.
(51) السخاوي، علي بن محمد (1997). **جمال القراء وكمال الإقراء** (تحقيق: د. مروان العطيَّة - د. محسن خرابة)، ط1، ص642، دار المأمون للتراث- دمشق- بيروت.
(52) ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج1، ص18.
(53) النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (1994). **التبيان في آداب حملة القرآن** (تحقيق: محمد الحجار)، ط3، ص98، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
(54) ابن حجر، أحمد بن علي (1379). **فتح الباري شرح صحيح البخاري** (تحقيق: محب الدين الخطيب)، ج9، ص38، دار المعرفة، بيروت.
(55) أبو شامة، أبو القاسم شهاب الدين عبد الرحمن بن إسماعيل (1975). **المرشد الوجيز إلى علوم تتعلق بالكتاب العزيز** (تحقيق: طيار آلتي قولاج)، ج1، ص185، دار صادر، بيروت.
(56) أبو شامة، **المرشد الوجيز إلى علوم تتعلق بالكتاب العزيز**، مصدر سابق، ج1، ص185.
(57) ابن الجزري، **النشر في القراءات العشر**، مصدر سابق، ج1، ص19.

(58) ينظر: السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (2004). **الحاوي للفتاوي**، ج1، ص354، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

(59) الإزميري، مصطفى بن عبد الرحمن، **عمدة العرفان في تحرير أوجه القرآن** (تحقيق: محمد محمد جابر، عبد العزيز الزيات)، ص2، مكتبة الجندي، مصر.

(60) ينظر: الصفاقسي، **غيث النفع في القراءات السبع**، مصدر سابق، ص44.

(61) ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله. **العواصم من القواصم** (تحقيق: د. عمار طالبي)، ص363، مكتبة دار التراث، مصر.

(62) الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي. **بلغة السالك لأقرب المسالك**، ج1، ص437، دار المعارف.

(63) ابن العربي، **العواصم من القواصم**، مصدر سابق، ص362.

(64) القضاة، محمد أحمد مفلح، وآخرون (2001). **مقدمات في علم القراءات**، ط1، ص196، دار عمار، عَمَّان.

(65) مصطفى، إبراهيم، وآخرون (مجمع اللغة العربية بالقاهرة). **المعجم الوسيط**، ج1، ص165، دار الدعوة.

(66) الزبيدي، محمد بن محمد الحسيني. **تاج العروس من جواهر القاموس** (مجموعة من المحققين)، ج10، ص588، دار الهداية.

(67) ينظر: الجمزوري، سلمان بن حسين (2005). **الفتح الرحماني شرح كنز المعاني بتحرير حرز الأماني** (تحقيق: عبد الرزاق علي موسى)، ط1، ص24، 25، دار ابن القيم، الرياض، دار ابن عفان، القاهرة.

(68) الخليجي، محمد بن عبد الرحمن (2009). **شرح مقرب التحرير للنشر والتحبير** (تحقيق: إيهاب فكري، خالد أبو الجود)، ط1، ص49، 50، المكتبة الإسلامية، القاهرة.

(69) الخليجي، **شرح مقرب التحرير للنشر والتحبير**، مصدر سابق، ص50.

(70) ينظر: الخليجي، **شرح مقرب التحرير للنشر والتحبير**، مصدر سابق، ص53، 54.

(71) القضاة، وآخرون، **مقدمات في علم القراءات**، مصدر سابق، ص196.

(72) الجمزوري، **مقدمة تحقيق الفتح الرحماني شرح كنز المعاني بتحرير حرز الأماني**، مصدر سابق، ص25.

(73) ينظر: الجمزوري، **مقدمة تحقيق الفتح الرحماني شرح كنز المعاني بتحرير حرز الأماني**، مصدر سابق، ص25،26.

" التكافل الاجتماعي وسُبل تحقيقه في الفقه الإسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني "
" جائحة كورونا - COVID19- أنموذجاً "

د. آمنة ارشيد العقيلي*

تاريخ وصول البحث: 2021/2/4م تاريخ قبول البحث: 2021/5/2م

الملخص

يعيش العالم اليوم في ظل الأزمة الصحية العالمية (COVID-19)، حيث تفشى وباء كورونا في كل أنحاء العالم، بما فيها الأردن، ونتجت عنه العديد من الآثار الصحية والاقتصادية والاجتماعية التي طالت معظم شرائح المجتمع، وقد تضافرت جهود الدولة الأردنية حكومةً وشعباً للتصدي لآثار هذا الوباء والحد منها، حيث برزت نماذج وصور من التكافل الإجتماعي بصورة مشرقة، منها إصدار الحكومة عدداً من أوامر الدفاع التي من شأنها تعزيز التكافل الاجتماعي، ومنها ما تعلق بمؤسسة الضمان الاجتماعي.

ويهدف هذا البحث إلى الوقوف على إجراءات مؤسسة الضمان الاجتماعي في تحقيق التكافل الاجتماعي للحد من الآثار الاقتصادية والاجتماعية التي خلفتها جائحة كورونا وتقديم مقترحات بهذا الشأن.

وخلص البحث إلى أن الدولة الأردنية قامت بمبادرات محمودة ومتميزة في مواجهة جائحة كورونا وآثارها الاقتصادية والاجتماعية، إلا أنها تبقى ظرفية ومرتبطة بالأزمة الوبائية التي تمر فيها البلاد، بينما الواقع الاجتماعي المعقد يفرض البحث عن بديل دائم للحد من مشكلة الفقر وما يتبعه من مشاكل اجتماعية متفشية في المجتمع.

الكلمات الدالة: التكافل الاجتماعي، الضمان الاجتماعي، جائحة كورونا (COVID-19)

** أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

Achieving Social Solidarity in Islamic Jurisprudence and the Law of the Jordanian Social Security Corporation (Coronavirus Pandemic - COVID19 - as a model)

Abstract

Today, the world is living in the shadow of the global health crisis (COVID-19), as the Corona epidemic spread all over the world, including Jordan, the breakout of (COVID-19) pandemic has resulted in many health, economic and social impacts that affected most Jordanians. Efforts of the Jordanian government have been combined to address the effects of this pandemic to reduce them. A good example is the measures taken by the Social Security Corporation.

This research aims to identify the Jordanian government's measures to achieve social solidarity in cooperation with the Social Security Corporation to reduce the effects of the Corona pandemic and to present proposals in this regard.

The research concluded that the Jordanian state has made commendable initiatives but that remains circumstantial because the complex social reality requires the search for permanent alternatives to reduce the problem of poverty and the subsequent social problems that result from them.

Keywords: Social Solidarity, Social Security, Coronavirus (COVID-19)

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واستن بسنته إلى يوم الدين، أما بعد،،،

إن الإسلام منذ فجره الأول أسس مجتمعاً إسلامياً قائماً على التكافل الاجتماعي، وأرسى أُسس التكافل الاجتماعي، فشرع نظام الزكاة، والوقف، والحسبة، والمعاملات الإسلامية، وغيرها من الأنظمة التي من شأنها إيجاد مجتمع متماسك قوي قادر على مواجهة الظروف الاستثنائية، وظهر ذلك جليًا بعد الهجرة النبوية الشريفة في المؤاخاة بين المهاجرين والأنصار، حينما تشاركوا في اقتسام أموالهم وممتلكاتهم، فأصبح المنهج الإسلامي أنموذجًا

رائداً يحتذى به في المجتمعات التي اعتمدت على التكافل كأساس للحياة.

ومنذ بداية جائحة كورونا، عملت الحكومة الأردنية جاهدة على التصدي لآثار هذه الأزمة الصحية والاقتصادية والاجتماعية وذلك باتخاذ مجموعة من الإجراءات وسن التشريعات التي من شأنها الحد من آثارها، وأصدرت عدداً من أوامر الدفاع المتعلقة بضبط آثارها، ومن هذه الأوامر ما تعلق بشكل كبير ومباشر بمؤسسة الضمان الإجتماعي لتحقيق التكافل الاجتماعي وإدامة عمل القطاع الخاص وحماية الاقتصاد الوطني.

ومن خلال هذه التدابير استطاعت الحكومة أن تدير الأزمة بنجاح كبير ترك صدى طيبا في نفوس الأردنيين جميعا، فقد قامت بمبادرات متميزة في مواجهة جائحة كورونا وآثارها الاقتصادية والإجتماعية ؛ سواء أكان من خلال مؤسسة الضمان الاجتماعي، وتفعيل دور صندوق المعونة الوطنية وصندوق الزكاة، أو بإنشاء صندوق همة وطن وغيرها من المبادرات التي تحقق معنى التكافل الاجتماعي، إلا أن هذه الخطوة تبقى آنية وظرفية مرتبطة بالأزمة الوبائية التي تمر فيها البلاد، نظراً لما يُعانيه الاقتصاد الأردني من انكماش وقلة في الموارد المالية.

فالواقع الاقتصادي والاجتماعي المعقد يفرض على الحكومة ومؤسسة الضمان البحث عن موارد مالية دائمة، من شأنها الحد من مشكلة الفقر وما خلفه من مشاكل اقتصادية وصحية واجتماعية متفشية في المجتمع.

هذا البحث جاء للوقوف على إجراءآت الحكومة الأردنية المتعلقة بمؤسسة الضمان الإجتماعي لمواجهة جائحة كورونا ولتحقيق معنى التكافل الاجتماعي، والمقارنة بين الموارد المالية للتكافل الاجتماعي في الفقه الإسلامي وتلك التي تعتمد عليها مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني، ومدى كفايتها لتحقيق غاياتها الأساسية، ومدى قدرتها على مواجهة الأزمات.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الإجابة على السؤال الرئيس الآتي:

- هل الموارد المالية التي تعتمد عليها مؤسسة الضمان الاجتماعي موارد ثابتة وكافية لتحقيق التكافل الاجتماعي، ومواجهة آثار الأزمة الاقتصادية؟

وكذلك الإجابة عن الاسئلة الفرعية التالية:

- ما هي العلاقة بين الضمان الاجتماعي والتكافل الاجتماعي؟
- ما هي الموارد المالية لكل من التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي في الفقه الإسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الاردني؟
- ما الإجراءات التي اتخذتها مؤسسة الضمان الاجتماعي لتحقيق التكافل الاجتماعي وإدامة عمل القطاع الخاص وحماية الاقتصاد الوطني؟
- ما هي المقترحات التي من شأنها تعظيم الاستفادة من تجربة مؤسسة الضمان

الاجتماعي الأردني في تحقيق التكافل الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى ما يلي:

- إبراز العلاقة بين الضمان الاجتماعي والتكافل الاجتماعي.
- بيان الموارد المالية للتكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي في الفقه الإسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الاردني.
- بيان الإجراءات التي اتخذتها مؤسسة الضمان الاجتماعي لتحقيق التكافل الاجتماعي وإدامة عمل القطاع الخاص وحماية الاقتصاد الوطني.
- وضع مقترحات لتحسين الاستفادة من تجربة مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني في تحقيق التكافل الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا.

أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث من أنه يتحدث عن سبل تحقيق الدولة للتكافل الاجتماعي زمن فايروس كورونا المستجد، وهو مما عمت به البلوى، وأدى إلى تداعيات اقتصادية كبيرة.

بالإضافة إلى عدم وجود بحث متخصص في هذا الموضوع، في حدود ما اطلعت عليه من رسائل وأبحاث، فما كتب إما أن يتحدث عن التكافل الاجتماعي وحده، أو عن الضمان الاجتماعي وحده، أو عن فايروس كورونا، وقد استفدت من رسالة "عبدالله بن محمد أبا الخيل، أحكام الضمان الاجتماعي دراسة تأصيلية وتطبيقية، رسالة مقدمة لقسم السياسة الشرعية لنيل درجة الدكتوراة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية"، فهي تتحدث عن التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي في الفقه والقانون السعودي، وهذا البحث يتناول القانون الأردني بالإضافة إلى أنه يتناول الإجراءت التي اتخذتها مؤسسة الضمان الاجتماعي لتحقيق التكافل الإجتماعي أثناء جائحة كورونا لإدامة عمل القطاع الخاص وحماية للاقتصاد الوطني.

منهجية البحث:

هذا البحث اعتمد على المنهج الوصفي القائم على الاستقرار والتحليل والاستنباط، حيث إنه المنهج الأكثر ملائمة لطبيعة هذا البحث وتحقيقاً لأهدافه.

وحدود البحث الذي أقوم به هو سبل تحقيق الدولة للتكافل الاجتماعي زمن فايروس كورونا المستجد، وتطبيق ذاك على مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني دون غيره من نماذج التكافل.

خطة البحث:

لتحقيق الهدف المرجو من البحث تم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث، واحتوى كل مبحث على مطالب وفروع على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي في اللغة والاصطلاح الشرعي وأوجه العلاقة بينهما:

المطلب الأول: تعريف التكافل الاجتماعي في اللغة والاصطلاح الشرعي.

المطلب الثاني: تعريف الضمان الاجتماعي في اللغة والاصطلاح الشرعي.

المطلب الثالث: العلاقة بين الضمان الاجتماعي والتكافل الاجتماعي.

المبحث الثاني: مشروعية التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي والموارد المالية لكل منهما في الفقه الإسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني.

المطلب الأول: مشروعية التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي.

المطلب الثاني: وسائل تحقيق التكافل الاجتماعي في الإسلام وموارده المالية.

المطلب الثالث: الموارد المالية للضمان الاجتماعي في الفقه الاسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني.

المبحث الثالث: تجربة مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني في تحقيق التكافل الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا بين الواقع والمأمول.

المطلب الأول: إجراءات مؤسسة الضمان الاجتماعي الأرني لتحقيق التكافل الاجتماعي أثناء أزمة كورونا.

المطلب الثاني: مقترحات لتحسين الاستفادة من تجربة مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني في تحقيق التكافل الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا.

المبحث الأول: تعريف التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي في اللغة والاصطلاح الشرعي وأوجه العلاقة بينهما:

المطلب الأول: تعريف التكافل الاجتماعي في اللغة والاصطلاح الشرعي:

الفرع الأول: تعريف التكافل الاجتماعي في اللغة:

أولاً: التكافل الاجتماعي في اللغة:

التكافل في اللغة: وردت كلمة التكافل في كتب اللغة بمعان عدة، وهي مأخوذة من مادة "كفل"، ومن هذه المعاني:

1. الكافل بمعنى العائل والضامن، يقال كفل فلاناً يكفله كفالة أي أعاله وأنفق عليه [1]، ومنها قوله تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: 44]،أي أيهم يعيلها ويضمن معيشتها.
2. الكفيل بمعنى الشاهد والرقيب والضامن، يقال: كفل الرجل أي ضمنه [2]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾ [النحل: 91]، أي شاهداً ورقيباً، والكافل الذي يكفل إنساناً يعيله.
3. وتأتي بمعنى النصيب وبمعنى الضعف وبمعنى المثل [3]، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَءَامِنُواْ بِرَسُولِهِۦ يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِن رَّحْمَتِهِۦ﴾ [الحديد: 28]، قيل معناه نصيبين وقيل ضعفين وقيل مثلين، وتأتي بمعنى الحظ كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً سَيِّئَةً يَكُن لَّهُۥ كِفْلٌ مِّنْهَا﴾ [النساء: 85]، أي نصيب منها.

أما معنى الاجتماعي في اللغة: فهي مأخوذة من كلمة اجتمع يجتمع اجتماعاً، أي انظم بعضهم إلى بعض [4]، كما في قوله تعالى: ﴿ قُل لَّئِنِ ٱجْتَمَعَتِ ٱلْإِنسُ وَٱلْجِنُّ عَلَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِمِثْلِ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِۦ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا ﴾ [الاسراء: 88].

ثانياً: التكافل الاجتماعي في الاصطلاح

عرفه عبدالله علوان [5] على أنه: "أن يتضامن أبناء المجتمع ويتساندوا فيما بينهم سواء أكانوا أفراداً أو جماعات، حكاماً أومحكومين، على اتخاذ مواقف إيجابية كرعاية اليتيم، أو سلبية كتحريم الاحتكار، بدافع من شعور وجداني عميق ينبع من أصل العقيدة الإسلامية، ليعيش الفرد في كفالة الجماعة، وتعيش الجماعة بمؤازرة الفرد، حيث يتعاون الجميع ويتضامنون لإيجاد المجتمع الأفضل، ودفع الضرر عن أفراده".

وعرفه محمد أبو زهرة [6] على أنه: أن يكون آحاد الشعب في كفالة جماعتهم، وأن يكون كل قادر أو ذي سلطان كفيلاً في مجتمعه يمده بالخير، وأن تكون كُل القوى الإنسانية في المجتمع متلاقية في المحافظة على مصالح الآحاد، ودفع الأضرار، ثم المحافظة على دفع الأضرار عن البناء الاجتماعي وإقامته على أسس سليمة.

والناظر في هذه التعريفات وغيرها يتضح له أن التكافل الاجتماعي يقصد به: اجتماع أفراد المجتمع على المصالح المشتركة فيما بينهم، وأن يكونوا يدًا واحدة ضد المعوقات الفردية والجماعية التي تواجههم، ويتّحدوا على دفع الضرر والمفسدة عن جميع أفراده، فيجعل كل فرد من أفراد المجتمع يشعر بأن عليه واجبات يجب أداؤها، وإن تقاصر في أدائها فقد يؤدي ذلك إلى انهيار البناء عليه وعلى غيره، وفي المقابل فإن له حقوقا يجب على أولي الأمر أن يعطوا كل ذي حق حقه من غير تقصير ولا إهمال، وأن يدفعوا الضرر عن الضعفاء، ويسدوا خلل العاجزين، ويسدوا حاجة المحتاجين ممن لا يستطيعون العمل، ويهيئوا العمل للقادرين.

ولعل التعبير الجامع لمعنى التكافل الإجتماعي ما يقرره صريح قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ﴾ [المائدة: 2]، وأكده قول الرسول ﷺ: "إِنَّ الْمُؤْمِنَ لِلْمُؤْمِنِ كَالْبُنْيَانِ يَشُدُّ بَعْضُهُ بَعْضًا وشَبَّكَ أصَابِعَه"[7].

المطلب الثاني: تعريف الضمان الاجتماعي في اللغة والاصطلاح الشرعي:

الفرع الثاني: تعريف الضامن الاجتماعي في اللغة:

أولاً: الضمان في اللغة

وردت كلمة الضمان في كتب اللغة بمعان عدة منها: الكفالة، يُقال: ضمَّنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تُسمى ضماناً من هذا، لأنه إذا ضمنه كأنما استوعب ذمته، ويأتي الضمان بمعنى الالتزام والرعاية [8] [9]، وجاء في المعجم الوسيط أن الضمان الاجتماعي، قيام الدولة برعاية المحتاجين [10] .

أما معنى الاجتماعي في اللغة: فهي مأخوذة من كلمة اجتمع يجتمع اجتماعاً، أي انظم بعضهم إلى بعض[11]، كما في قوله تعالى: ﴿قُل لَّئِنِ ٱجْتَمَعَتِ ٱلْإِنسُ وَٱلْجِنُّ عَلَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِمِثْلِ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِۦ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيرًا﴾ [الاسراء: 88].

الفرع الثاني: تعريف الضمان الاجتماعي في الاصطلاح الشرعي:

نظراً لحداثة مصطلح الضمان الاجتماعي لم يرد عند الفقهاء بوصفها مصطلحاً مركباً، وقد استعملوا لفظ الضمان مفرداً بالمعنى اللغوي، فهم يستعملون الضمان والكفالة على أنهما لفظان مترادفان يُراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس، والضمان بمعناه الأعم عند الفقهاء: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل.

فقد عرفه الحنفية على أنه: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً بنفس أو دين أو عين"[12]، وقد عرفه المالكية على أنه:" شغل ذمة أخرى بالحق"[13]، أما الشافعية فقد عرفوه بأنه:" التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة، أو بدن من يستحق حضوره"[14]، وقد عرفه الحنابلة على أنه:" التزام من يصح تبرعه بما وجب أو يجب على غيره مع بقائه في ذمته"[15].

أما في الإصطلاح الحديث فقد عُرف الضمان الاجتماعي بأكثر من تعريف، ومنها:

1. عرفه محمد مبارك [16] على أنه: نظام اجتماعي سياسي اقتصادي يهدف إلى حماية الأفراد وقاية وعلاجاً من مخاطر المرض الجهل والفقر، ويؤمن لهم سُبل العيش والراحة في الحياة بمستوى لائق وكريم.
2. وعرفه عيسى بيرم [17] على أنه: أحقية كل شخص في الحصول على مستوى لائق كاف من المعيشة لتأمين صحته وسعادته من حيث: الغذاء والكساء والمأوى والخدمات الطبية والاجتماعية الضرورية، وله حق الضمان في حالات البطالة والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وفقد وسائل العيش الأخرى نتيجة الظروف الخارجة عن إرادته.
3. وعرفه الدكتور محمد الفنجري [18] على أنه: نظام تقدم بموجبه الدولة المساعدة للمحتاجين من رعاياها في الحالات الموجبة لتقديمها دون أن يتطلب ذلك تحصيل اشتراكات مقدماً.
4. وعرفه الدكتور عبدالله بن محمد [19] على أنه: نظام واجب على الدولة يضمن للإنسان الذي يعيش في المجتمع الحياة بمستوى كافٍ ولائق، ويكفل للمجتمع التوازن الاقتصادي والاجتماعي.

ولعل التعريف الأخير هو التعريف الراجح، حيث بين حكمه، وبأنه واجب على الدولة الإسلامية القيام به، وبين أنه يشمل جميع رعايا الدولة الاسلامية سواء كانت إقامتهم دائمة أم مؤقتة -وهذا بخلاف ما هو معمول به في مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني بحيث يقتصر على المشتركين فقط-، وبين هدفه وهو ضمان حياة كريمة ومستوى معيشي لائق

للمستحق، وأخيرا فقد بين بعض نتائجه وهي تحقيق الأمن الاجتماعي والاقتصادي.

وبناءً على سبق، فإن العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي هي أن الضمان الاجتماعي بالمعنى اللغوي يمثل الكفالة الاجتماعية والرعاية الاجتماعية والالتزام الاجتماعي، وقد يأتي بجميع هذه المعاني مجتمعة، وعليه تظهر مناسبة المعنى اللغوي للمعنى الاصطلاحي باعتبار الضمان الاجتماعي يمثل الرعاية والالتزام والكفالة لجميع أفراد المجتمع.

المطلب الثالث: العلاقة بين الضمان الاجتماعي والتكافل الاجتماعي

لتوضيح العلاقة بين الضمان الاجتماعي والتكافل الاجتماعي لا بُد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما:

فيمكن القول بأن الضمان الاجتماعي والتكافل الاجتماعي يتشابهان في أن كلاً منهما شامل لجميع أفراد المجتمع، وأنهما يؤديان إلى معالجة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لأفراد المجتمع، مما ينعكس إيجاباً على تحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة.

وفي المقابل يختلف الضمان الاجتماعي عن التكافل الاجتماعي بأن الضمان الاجتماعي يعني أن الدولة تقوم بمعونة المحتاجين، وأما التكافل الاجتماعي يقوم به أفراد المجتمع به، وإعطاء القادر والمتمكن إلى من هو بحاجه للعطاء والمساعدة.

كما أن الضمان الاجتماعي خاص، حيث يشمل الأمور المادية فقط من مأكل وملبس ومسكن؛ لعلاج مشكلات المجتمع الاقتصادية التي يعاني منها أفراده، ويصدر من جهة واحدة، أما التكافل فيشمل الحاجات المادية والمعنوية ليشمل سائر المناحي الأدبية والروحية من حُب وتعاون وتعاطف وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر، بالإضافة إلى علاج المشاكل الاقتصادية (المادية) في المجتمع وهو لا يصدر من جهة واحدة فحسب وإنما يشترك فيه جميع أفراد المجتمع، مما يجعل المسلم معبراً عن أخيه؛ مما يمنع التفكك والشقاق ويؤمن وحدة الصف والكلمة [20]، وذلك تصديقاً لقول رَسُولﷺ

المبحث الثاني: مشروعية التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي والموارد المالية لكل منهما في الفقه الإسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني:

المطلب الأول: مشروعية التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي:

إن الناظر في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة يجدها تؤسس وتدل على مشروعية مبدأ التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي، بل ولا يكون المجتمع مجتمعاً إسلامياً بالمعنى الشامل إلا إذا كان متكافلاً متضامناً تسوده المحبة والرحمة والوئام والإحسان والبر والإنفاق والإخاء والتعاون، والأدلة على ذلك كثيرة، وقد ذكرت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وترجمها

الصحابة بأفعالهم، ومن هذه الأدلة -على سبيل المثال لا الحصر-:

أ. الأدلة من القرآن الكريم:

1. **قوله تعالى:** ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ﴾ [المائدة: 2].
2. **قوله تعالى:** ﴿يَسۡـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَۖ قُلۡ مَآ أَنفَقۡتُم مِّنۡ خَيۡرٖ فَلِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۗ وَمَا تَفۡعَلُواْ مِنۡ خَيۡرٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ﴾ [البقرة 215].
3. **وقوله تعالى:** ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلۡقُرۡبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱلۡمِسۡكِينَ وَٱبۡنَ ٱلسَّبِيلِ وَلَا تُبَذِّرۡ تَبۡذِيرًا﴾ [الاسراء: 26].
4. **وقوله تعالى:** ﴿لَّيۡسَ ٱلۡبِرَّ أَن تُوَلُّواْ وُجُوهَكُمۡ قِبَلَ ٱلۡمَشۡرِقِ وَٱلۡمَغۡرِبِ وَلَٰكِنَّ ٱلۡبِرَّ مَنۡ ءَامَنَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ وَٱلۡمَلَٰٓئِكَةِ وَٱلۡكِتَٰبِ وَٱلنَّبِيِّـۧنَ وَءَاتَى ٱلۡمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينَ وَٱبۡنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَأَقَامَ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتَى ٱلزَّكَوٰةَ وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْۖ وَٱلصَّٰبِرِينَ فِي ٱلۡبَأۡسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ وَحِينَ ٱلۡبَأۡسِۗ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُواْۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُتَّقُونَ﴾ [البقرة: 177]
5. **وقوله تعالى:** ﴿وَأَنفِقُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِۛ وَأَحۡسِنُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾ [البقرة: 195].
6. **وقوله تعالى:** ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ يَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤۡتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓۚ أُوْلَٰٓئِكَ سَيَرۡحَمُهُمُ ٱللَّهُۗ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٞ﴾ [التوبة: 71].

وجه الدلالة من الآيات القرآنية السابقة:

أن الله تعالى أوصى بالإحسان والبر إلى الوالدين وذي القربى والمساكين والجار القريب والجار البعيد الذي لا توجد صلة قرابة بينه وبين المنفق وابن السبيل [21]، وقد وصف الله -تعالى- الجامع لهذه الصفات بالصدق نظراً لإيمانه واعتقاده بالتقوى اعتباراً لمعاشرته للخلق ومعاملته مع الحق، وذلك في قوله: ﴿وَلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُواْۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُتَّقُونَ﴾ [البقرة: 177]

ب. الأدلة من السنة النبوية:

الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في التكافل الاجتماعي والضمان الاجتماعي كثيرة، ومنها:

1. أنَّ رَسولَ اللَّهِ ﷺ قالَ: "المُسْلِمُ أخُو المُسْلِمِ لا يَظْلِمُهُ ولَا يُسْلِمُهُ، ومَن كانَ في حَاجَةِ أخِيهِ كانَ اللَّهُ في حَاجَتِهِ، ومَن فَرَّجَ عن مُسْلِمٍ كُرْبَةً، فَرَّجَ اللَّهُ عنْه كُرْبَةً مِن كُرُبَاتِ يَومِ القِيَامَةِ، ومَن سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ اللَّهُ يَومَ القِيَامَةِ" [22].
2. عن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ"مثلُ المؤمنين في تَوادِّهم، وتَرَاحُمِهِم، وتعاطُفِهِمْ. مثلُ الجسَدِ إذا اشتكَى منْهُ عضوٌ تدَاعَى لَهُ سائِرُ الجسَدِ بالسَّهَرِ والْحُمَّى" [23].
3. عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "مَن نَفَّسَ عن مُؤْمِنٍ كُرْبَةً مِن كُرَبِ الدُّنْيَا، نَفَّسَ اللَّهُ عنْه كُرْبَةً مِن كُرَبِ يَومِ القِيَامَةِ، وَمَن يَسَّرَ

علَى مُعْسِرٍ، يَسَّرَ اللَّهُ عليه في الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وَمَن سَتَرَ مُسْلِمًا، سَتَرَهُ اللَّهُ في الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ، وَاللَّهُ في عَوْنِ العَبْدِ ما كانَ العَبْدُ في عَوْنِ أَخِيهِ" [24] .

4. عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يُؤْتَى بِالرَّجُلِ الْمَيِّتِ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فَيَسْأَلُ " هَلْ تَرَكَ لِدَيْنِهِ مِنْ قَضَاءٍ " . فَإِنْ حُدِّثَ أَنَّهُ تَرَكَ وَفَاءً صَلَّى عَلَيْهِ وَإِلاَّ قَالَ " صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ " . فَلَمَّا فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْفُتُوحَ قَالَ " أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ فَمَنْ تُوُفِّيَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ " [25]

فالنبي ﷺ يبين هنا أن الدولة الإسلامية هي المسؤولة عن رعاياها، والقيام على شؤون ذرية من مات وترك ذرية ضعفاء لا مال لهم.

5. عن عَبْدُ العَزِيزِ بْنُ أَبِي حَازِمٍ ، قَالَ: حَدَّثَنِي أبي، قَالَ: سَمِعْتُ سَهْلَ بْنَ سَعْدٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: "أَنَا وَكَافِلُ اليَتِيمِ فِي الجَنَّةِ هَكَذَا وَقَالَ بِإِصْبَعَيْهِ السَّبَّابَةِ وَالوُسْطَى" [26] .

6. عن أبي موسى الأشعري عن النبي ﷺ قال "المُؤْمِنَ للمؤمنِ كالبُنْيانِ يشدُّ بَعضُهُ بعضًا"[27] .

وجه الدلالة من الأحاديث النبوية السابقة:

بينت الأحاديث النبوية الشريفة أن للاقرباء والفقراء والضعفاء حقاً في الحياة الكريمة؛ لذا سعى الإسلام جاهداً أن يجعل المال متداولاً بين جميع أفراد المجتمع، الغني والفقير، القوي والضعيف؛ ولم يعتبر الإسلام ضعف الإنسان لسبب من الأسباب مبرراً ومسوغاً لتركه وحيداً يصارع الفقر والجوع والحرمان، بل أوجب على الأغنياء والأقوياء الأخذ بيده ومساعدته ليعيش تحت راية الإسلام في أمن ورخاء وتعاون وعيش كريم يليق بآدميته؛ لذا فقد ربط الإسلام التكافل بالإيمان بالله والتقرب إليه -سبحانه وتعالى-؛ لضمان ديمومته واستمراره بين أفراد المجتمع، وبين أن طاعة الله -سبحانه وتعالى- ليست مقصورة على عبادته بل هي شاملة للمنهج الرباني كله، والذي منه إيتاء المال على حبه ذوي القربى واليتامى.

ج. **الأدلة من الإجماع:**

إن المسلمين في كل زمان ومكان أجمعوا على التكافل والتعاون، واتفق الصحابة ﷺ فيما بينهم على رعاية الضعيف ومساعدة المحتاج ونصرة المظلوم وردع الظالم والأخذ بيد الفقير، وأوضح دليل عملي على ذلك الإجماع ما ورد عن عمر بن الخطاب ﷺ عام الرمادة من غير نكير من الصحابة، حيث قال: "والله الذي لا إله إلا هو، ما أحد إلا وله في هذا المال حق أعطيه وأمنعه، وما أحد أحق به من أحد، وما أنا فيه إلا كأحدكم ولكنا على منازلنا من كتاب الله ﷻ وقسمنا من رسول الله ﷺ، فالرجل وبلاؤه في الإسلام، والرجل وغناؤه في الإسلام، والرجل وحاجته في الإسلام، ولئن بقيت ليأتين الراعي بجبل صنعاء حظه من هذا المال وهو يرعى مكانه" [28] .

المطلب الثاني: سبل تحقيق التكافل الاجتماعي في الإسلام وموارده المالية

وضع الإسلام الأسس المعنوية والوسائل المادية اللازمة لإقامة التكافل بين أفراد، وجعله نظاماً لتزكية ضمير الفرد وسلوكه الاجتماعي وربطه بجماعته وقيمه، من أجل إشاعة المودة والرحمة بين أفراد المجتمع، وتشتمل الوسائل المادية (التي تمثل مورداً مالياً) التي وضعها الإسلام للتكافل الاقتصادي والاجتماعي على وسائل منوطة بالأفراد، ووسائل منوطة بالدولة على النحو التالي:

أولاً: الوسائل الفردية لتحقيق التكافل: هذه الوسائل تقسم إلى وسائل فردية إلزامية ووسائل فردية تطوعية كما يلي:

أ. **الوسائل الفردية الإلزامية:** وتتحق هذه من موارد كالزكاة، ونفقات الأقارب، والكفارات [29]، والديات وعلى النحو التالي:

- **الزكاة:** وتشتمل على زكاة المال الواجبة[30] وزكاة الفطر، وتمثل الأولى حقوقاً معلومة لفئات محددة شرعاً، في مقدمتها الفقراء والمساكين، وهي كفيلة -لو نُظمت- بأن تحل كثيراً من المشكلات الاجتماعية الناتجة عن الفقر بينما تجب الثانية على الرجل والمرأة، والصغير والكبير [31] [32].
- نفقة الأقارب: إن أولى ضمانات التكافل مسؤولية المسلم بالإنفاق على نفسه وزوجته وأولاده، ووالديه، وعلى من يعولهم من ذوي قرباه، قال رسول الله: "كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ، الإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْؤولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْخَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ ومَسْؤولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ" [33].
- الكفارات: ككفارة اليمين، وكفارة الفطر عمداً بدون عذر مقبول شرعاً في نهار رمضان وغيرها. وهذه الكفارات في بعض مصارفها إطعام لعدد من المساكين، ومن هنا كانت وسيلةً لتحقيق التكافل، قال الله تعالى:﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ ۖ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ۚ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: 89]
- الديّات: حيث يشترك أقارب القاتل خطأً في دفع الدية إلى ورثة المقتول، وتمثل الدية ضمانًا من المجتمع لورثة المقتول، فلا يضيع دم إنسان هدراً في المجتمع [34].

ب. **الوسائل الفردية التطوعية:** وتشتمل على الموارد الآتية لتحقيقها: كالوقف والوصية والعارية والهدية والهبة وعلى النحو الآتي:

- **الوقف:** وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة [35]، وهو مقتبس من قول الرسول -صلى الله عليه وسلم- لعمر بن الخطاب: "أحبس أصلها وسبل ثمرها" [36]، والوقف هو أحد أساليب التكافل الاجتماعي في البيئة الإسلامية، وهو في

حقيقته صدقة تطوعية مستمرة، وينقسم إلى نوعين هما: **النوع الأول: الوقف الأهلي أو الذُّرِّي**: ويستحق منفعة الموقوف من أراد الواقف برهم من أقاربه، و**النوع الثاني: الوقف الخيري**: ويستحق منفعة الموقوف في هذا النوع جهة بر وخير مما يتعلق به مصالح جميع الناس في بلد معين أو بلدان محددة كالمساجد والمستشفيات والمدارس وغيرها، وهذا النوع هو الغالب في الأوقاف، وسُمي خيريّاً؛ لأنه جالب للخير والمنفعة العامة [37] [38] .

- **الوصية**: وهي أن يوصي الشخص عند موته بنسبة من ماله لا تزيد على الثلث لشخص معين، أو جهة معينة، أو جماعة من الناس بأعيانهم أو بأوصافهم، أو أي جهة من جهات الخير[39]. قال الله تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" (180: البقرة).
- **العارية**: وهي تمكين الشخص غيره من استخدام وسائله مجانًا، شريطةَ أن يردها له. وقد حثت الشريعة الإسلامية على هذا الأسلوب من التعاون والتكافل لما له من آثار إيجابية، وأنكرت على من يمنع هذا الحق ما دام لا يلحق به ضرر، وقرنته بالتقصير في الصلاة، أحد أهم أركان الإسلام[40].
- **الهدية والهبة**: وقد حثت الشريعة عليها لدورها المهم في تقوية النسيج الاجتماعي، وإشاعة روح الألفة والمودة بين أفراد المجتمع [41]، قال رسول الله: "تهادوا تحابوا"[42].

ثانياً: الوسائل المنوطة بالدولة لتحقيق التكافل الاجتماعي

- **تأمين موارد المال العام**: وذلك باستثمار الموارد الطبيعية للمجتمع بما تشتمل عليه من غابات ومراعي ومعادن وكنوز، وذلك من أجل تعظيم الرفاهية الاجتماعية لأفراد المجتمع جميعا[43]..
- **إيجاد فرص عمل للقادرين عليه**: وذلك بالبحث عن أفضل السبل لمواجهة مشكلة البطالة، عن طريق القيام بالمشروعات الاقتصادية المكثفة لعنصر العمل، وخصوصا مشروعات البنية التحتية مع إعطاء الأولوية في منح فرص العمل للفئات الفقيرة [44].
- **تنظيم وسائل التكافل الفردي**: فالدولة مسؤولة عن تنظيم الوسائل الفردية للتكافل - سابقة الذكر- وخاصة الزكاة والوقف، وذلك بوضع السياسات اللازمة لتحقيق أهداف تلك الوسائل والمتمثلة في القضاء على الفقر، وتقريب الهوة الاجتماعية بين الموسرين والمحرومين، وإيجاد الضمانات اللازمة لتحقيق ذلك [45].

المطلب الثالث: الموارد المالية للضمان الاجتماعي في الفقه الإسلامي وقانون مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني

الفرع الأول: الموارد المالية للضمان الاجتماعي في الفقه الإسلامي

وهو ضمان الدولة للمحتاجين من مواطنيها حد الكفاية، تؤديه لهم من ميزانيتها العامة دون أن يشترك أفراد المجتمع باداء قسط معين، وهذا النوع الذي عرفه الفقه الإسلامي منذ صدره الأول، وقد دعا الإسلام إلى تحقيقه لجميع أفراد مجتمعه [46].

ومن أهم موارده العامة التي يستمد تمويله منها:

- **الزكاة**: وتعدّ المورد الأهم من موارد الضمان الاجتماعي وهي نظام إسلامي متكامل للضمان الاجتماعي يوازي ويتفوق على أنظمة الضمان الاجتماعي في العالم المعاصر[47].
- المورد الثاني من الموارد العامة للضمان الاجتماعي ويشتمل على عدة موارد كخمس الغنيمة والفيء بمعناه الخاص، والخراج والجزية، والعشور، والتوظيف على الأغنياء (الضرائب) وجميعها تجبى إلى بيت المال وتصرف في المصالح العامة [48].

أما في حال عجزالموارد العامة للضمان الاجتماعي عن الوفاء بمتطلبات مستحقي الضمان الاجتماعي، تلجأ الدولة إلى الموارد الخاصة التي تقوم بدور تكميلي للضمان الاجتماعي، وهذه الموارد الخاصة تختلف، فمنها مال يتم اللجوء إليه إلا بتوفر شروط معينة، ومنها ما هو موجود أصلاً، ويمكن إعادة توجيهه وتنظيمه للاستفادة منه في مجال تمويل الضمان الاجتماعي عند الحاجة إليها، ومن أهم الموارد الخاصة ما يلي:

- **الوقف**: وهو من أهم الموارد الخاصة التي يمكن اللجوء إليها عند عدم كفاية الموارد العامة للوفاء بحاجات المستحقين للضمان الاجتماعي.
- **الوصية وزكاة الفطر، والكفارات، والهبة والهدية والعارية**: وهي وسائل الموارد الخاصة الاحتياطية التي يمكن اللجوء إليها عند عجز الموارد العامة للضمان الاجتماعي عن الوفاء بحاجات المستحقين (وقد تم التعريف بها سابقاً عند ذكر موارد التكافل الاجتماعي فلا داعي لذكرها مرةً أخرى تجنباً للتكرار [49].

الفرع الثاني: الموارد المالية للضمان الاجتماعي في نظام مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني:

الضمان الاجتماعي الأردني يقسم إلى قسمين: **الأول منها**: الضمان الإجباري: ويقوم على فرض الاشتراكات الإجبارية على العمال والموظفين، **وأما الثاني**، فهو الضمان الاختياري: وهو أن يتقدم بطلب الاشتراك كُل من يرغب بالاستفادة من خدمات الضمان، إذا وافقت المؤسسة على اشتراكه، والضمان الاجتماعي الخاص بنوعيه معمول به في أنظمة العالم المعاصر، ومؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني[50].

أما بالنسبة للموارد المالية لمؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني وحسبما ورد في النظام الخاص بها، الفصل الثالث، المادة 19، فرع (أ)، فهي تتكون من المصادر التالية [51]:

1. الاشتراكات الشهرية التي تؤديها المنشآت والمؤمن عليهم.
2. الفوائد التي تترتب بسبب التأخير في دفع الاشتراكات وفق أحكام هذا القانون على أن يتم احتسابها على المؤمن عليهم بعد مرور (60) يوما من تاريخ التحاقهم بالعمل[52].
3. الغرامات المترتبة وفق أحكام هذا القانون.
4. ريع استثمار أموال المؤسسة.
5. القروض التي تقدمها الحكومة لسد العجز المالي للمؤسسة.
6. المبالغ التي تتحقق للمؤسسة بموجب أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه أو أي تشريع آخر.
7. الهبات والمساعدات والتبرعات والوصايا والقروض وأي إيرادات أخرى يقبلها المجلس شريطة موافقة مجلس الوزراء عليها إذا كانت من مصدر غير أردني.

كما أشارت المادة 19، فرع (ب)، إلى أنه لا يجوز الإنفاق من أموال المؤسسة إلا لما يقتضيه تطبيق أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بمقتضاه.

ولو أمعنا النظر لوجدنا أن المادة نصت على موردين من الموارد الخاصة للضمان الاجتماعي، وهما: المورد الأول: **الدخول الناتجة عن سائر الأموال الو اقعة تحت إدارة مؤسسة الضمان الاجتماعي (البند 1-6 من المادة 19)**، و المورد الثاني: **الهبات والمساعدات والتبرعات والوصايا** (البند 7 من المادة 19)، وتجدر الإشارة إلى عدم التأثيرالحقيقي للمورد الثاني في موارد مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني بالرغم من أهميته؛ ولعل من أسباب ذلك اعتماد مؤسسة الضمان على فرض الضرائب بمختلف أنواعها(الدخل والمبيعات)، وعدم تبني الحكومة ومؤسسة الضمان برامج توعوية تبيّن لأفراد المجتمع أهمية الدعم المالي لمؤسسة الضمان وتوسيع مواردها، وتشجعهم على وقف شيء من أموالهم في وجوه البر، وما لهذا الأمر من آثار إيجابية على الفرد والمجتمع، وبالتالي فبإمكان المؤسسة عند عجز الموارد العامة أو قصورها أن تلجأ إلى تفعيل دور الموارد الخاصة عن طريق فتح باب التبرع ودعوة الموسرين إليه سواء بالوصية أو الوقف أو غير ذلك من الموارد.

الفرع الثالث: مقارنة بين موارد الضمان الاجتماعي في الفقه الاسلامي وموارده في نظام المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي الأردني

بناءً على ما سبق ذكره، فإنه إذا ما قارنا بين الفقه والنظام في الموارد العامة والخاصة للضمان الاجتماعي، فإننا نجد اختلافاً واضحاً ما بين موارد الضمان العامة في الفقه لإسلامي والموارد العامة لمؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني؛ فالفقه الإسلامي عَدَّ الزكاة المورد الأساسي والأهم لتمويل الضمان الاجتماعي في الدولة الإسلامية؛ وأولاها اهتماماً بالغاً من حيث جبايتها وحفظها وتنظيم صرفها، وأن دور الخزينة العامة للدولة هو دور تكميلي لأي نقص قد يطرأ على ميزانية الضمان الاجتماعي في حال عدم كفاية ما يجبى من أموال الزكاة للصرف على أغراض الضمان الاجتماعي.

في حين نجد أن مؤسسة الضمان لم تعُد الزكاة من الموارد المالية العامة - كما هو الحال في الفقه الإسلامي - مما انعكس سلباً عليها بفقدان هذا المورد العظيم؛ ولعل السبب في ذلك عدم تبني الدولة موضوع الزكاة من حيث جبايتها وحفظها وتنظيم صرفها من جميع الأموال والأفراد والشركات والمؤسسات وغيرها ممن تجب عليهم الزكاة.

المبحث الثالث: تجربة مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني في تحقيق التكافل الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا بين الو اقع والمأمول

المطلب الأول: إجراءات مؤسسة الضمان الاجتماعي الأني لتحقيق التكافل الاجتماعي أثناء أزمة كورونا

حرصت المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي ومن خلال مراحل التعامل مع الأزمة على إدامة عمل القطاع الخاص وحماية الاقتصاد الوطني ومساعدته على تحمل الأعباء المترتبة عليه، وذلك بدعم عدد من القطاعات التي تضررت جراء الأزمة، وتوافقت إجراءات المؤسسة مع الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة، كما يلي:

المرحلة الأولى: مرحلة الاستجابة الفورية (مساندة القطاع الخاص)

حيث صدر أمر الدفاع رقم (1) في التاسع عشر من شهر آذار لعام 2020، وجاء فيه ما يلي[53]:

- تعليق العمل بتطبيق الشيخوخة (بناءً على طلب المنشأة) للفترة من آذار حتى آيار لعام 2020 لجميع أو بعض العاملين في القطاع الخاص مع إبقاء العمل باقتطاع اشتراكات تأمين العجز الطبيعي وتأمين الوفاة الطبيعية وتأمين الأمومة وتأمين التعطل عن العمل وتأمين إصابات العمل لتنخفض فيه مجموع الاشتراكات من المنشأة والمؤمن عليهم من 21.75% إلى5.25% وذلك لمنشآت القطاع الخاص المتضررة من الجائحة.
- أتاحت المؤسسة للمنشآت في حال عدم قدرتها على سداد الاشتراكات المستحقة عليها خلال الأشهر من آذار وحتى نهاية أيار 2020 إمكانية تقسيط تلك المبالغ دون تحمل أي فوائد وذلك لمدة أقصاها 2023/12/31، كما أتاحت المؤسسة للمؤمن عليهم الذين تم تعليق تطبيق تأمين الشيخوخة عنهم إمكانية الشمول بهذا التأمين بشكل اختياري تكميلي، هذا وقد بلغ عدد المؤمن عليهم الذين تم شمولهم بشكل اختياري تكميلي (425) مؤمناً عليهم.
- أوقفت المؤسسة بموجب أمر الدفاع العمل بنص المادة (94) من قانون الضمان الاجتماعي رقم (1) لسنة 2014 وتعديلاته والمتعلقة بتحصيل المبالغ المستحقة للمؤسسة وفقاً لقانون تحصيل الأموال العامة، كما أوقفت العمل بالفصل الخاص بتحصيل المبالغ المستحقة للمؤسسة وفقاً لنظام الشمول بتأمينات المؤسسة.
- قامت المؤسسة بتخصيص نسبة لا تتجاوز (50%) من إيرادات اشتراكات تأمين الأمومة السنوية لتقديم إعانات عينية ومادية لغير

المقتدرين من كبار السن والمرضى وعمال المياومة، حيث وزعت المؤسسة (32,679) طرداً على الأسر المحتاجة بكلفة إجمالية بلغت (1.5) مليون دينار، فيما وزعت المؤسسة (120,000) كوبون استفاد منها (80,000) أسرة بكلفة إجمالية بلغت (3) مليون دينار.

- قامت المؤسسة بتأجيل أقساط سلف المتقاعدين لثلاثة أشهر من آذار حتى أيار 2020.

بالنظر إلى أمر الدفاع سالف الذكر وما تضمنه من قرارات من شأنها حماية ومساعدة المشمولين بمضلة الضمان وكذلك الشركات والمؤسسات المتضررة من الجائحة وقرارات الحكومة وفقاً لأوامر الدفاع إلا انها تبقى قرارات حماية ودعم جزئية لا تحقق الحد الأدنى للمعيشة ولا تطال كافة المتضررين من الجائحة وما تبعها من قرارات حكومية.

المرحلة الثانية: مرحلة التكيف والتكافل

ففي هذه المرحلة صدر أمر الدفاع رقم (9) في السادس عشر من شهر نيسان لعام 2020، ضماناً للاستقرار المعيشي والوظيفي لعُمالنا وإدامة عمل القطاع الخاص حماية للاقتصاد الوطني وتكريساً لمفهوم الضمان والتشاركية والتكافل بين مؤسسات القطاع العام والخاص والأفراد ولمساندة القطاع الخاص في تحمل الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى أمر الدفاع رقم (6) لسنة 2020، إذ أطلقت المؤسسة خمسة برامج لحماية المؤمن عليهم (أردني أو غير أردني)، وعلى النحو التالي[54]:

1. **برنامج تضامن 1:** ويستفيد منه المؤمن عليهم العاملين في المنشآت المشمولة بالضمان الاجتماعي والتي تضررت جراء الأزمة، حيث سمحت المؤسسة للمنشآت المستفيدة التقدم بطلب الاستفادة من هذا البرنامج للمؤمن عليهم الذين أوقفوا عن العمل بشكل مؤقت ليتم دعمهم بما نسبته(50%) مما يتقاضونه من رواتبهم كبدل تعطل مؤقت عن العمل بالتشارك بين المنشأة والمؤسسة، وكانت أدنى منفعة من البرنامج(165) ديناراً، وأقصاها (500) دينار، مشروطة باثني عشر اشتراكاً في الضمان أو أكثر للمؤمن عليه وقيام المنشأة بالمساهمة بما نسبته(20%) من أجر المؤمن عليه بحد أقصى (250) ديناراً شهرياً، وفي حال كان لدى المؤمن عليه أقل من اثني عشر اشتراكاً فبإمكانه الاستفادة من برنامج "تضامن2"، ما كفل استمرار السيولة المالية لدى العاملين في منشآت القطاع الخاص، إذ استفاد (91,963) مؤمناً عليه من البرنامج موزعين على(7,743) منشأة بتكلفة إجمالية بلغت (32) مليون دينار ساهمت المؤسسة فيها بما يعادل (19,8) مليون دينار.
2. **برنامج تضامن 2:** وفيه أتاحت المؤسسة للمنشآت غير المشمولة بالضمان الاجتماعي والمتضررة من الأزمة إمكانية شمول العاملين لديها بتأمين التعطل عن العمل مقابل قيام المنشأة بدفع مبلغ (140) ديناراً عن كل عامل لمرة واحدة فقط، مع إتاحة

إمكانية تقسيط هذه المبالغ حتى نهاية 2022، وفي هذا البرنامج يحصل العامل على (150) ديناراً، منها (100) دينار تدفعها المؤسسة والباقي يدفعه صاحب العمل، وذلك تأكيداً على أهمية شمول العاملين في مظلة الضمان الاجتماعي، على أن يتم شمول المؤمن عليهم في هذه المنشآت بكافة التأمينات في بداية عام 2021، وبلغ عدد المستفيدين من البرنامج(14,070) موزعين على(2,834) منشأة بكلفة إجمالية بلغت (3.1) مليون دينار ساهمت المؤسسة بما مقداره(2.1) مليون دينار.

3. **برنامج مساند 1:** استهدف المؤمن عليهم المشتركين بتأمين التعطل عن العمل الذين قامت منشآتهم بتجميد نشاطها حسب أمر الدفاع رقم (6) لسنة 2020 أو المنتهية خدماتهم، قبل العمل بقانون الدفاع، ومن خلاله يستطيع المؤمن عليه الحصول على ما نسبته (50%) من أجره الخاضع للاقتطاع ويصرف البدل بسقف (350) ديناراً شهرياً وبحد أدنى (150) ديناراً وذلك لمدة ثلاثة أشهر، حيث استفاد من هذا البرنامج (17,919) مؤمناً عليه بقيمة إجمالية (4) مليون دينار.
4. **برنامج مساند 2:** ومن خلاله يستطيع المؤمن عليهم صرف جزء من حساب الرصيد الادخاري بحد أقصى (450) ديناراً توزع على (3) شهور مما أسهم في توفير دخل إضافي للمؤمن عليهم، وعدلت المؤسسة على شريحة المستفيدين من البرنامج بشمول كل من لديه رصيد ادخاري (90) ديناراً فأكثر بدلاً من (150) ديناراً، وبلغ مجمع الصرف على هذا البرنامج (14.2) مليون دينار توزعت على (143,006) مؤمناً عليه.
5. **برنامج مساند 3:** أتاح للمشترك في الضمان اختيارياً أو الذي كان مشتركاً إلزامياً ولديه (12) اشتراكاً أو أكثر ولا يتعدى أجره الخاضع للضمان(500) دينار، إمكانية طلب سلفة على حساب اشتراكاته الإجمالية بما نسبته (50%) وبحد أقصى (450) ديناراً، توزع على ثلاث دفعات شهرية، وعدّلت المؤسسة شروط الاستفادة من هذا البرنامج بموجب أمر الدفاع (14) ليشمل كل مؤمن عليه غير مشترك بالضمان الاجتماعي بتاريخ العمل بأمر الدفاع ولا يزيد أجره الأخير الخاضع عن (1000) دينار، وبلغت الكلفة الإجمالية لهذا البرنامج (21) مليون دينار، استفاد منه (111,632) مؤمناً عليه.

نظراً لما ذكرنا سابقاً، من أن قرارات الحماية والدعم كانت جزئية مرحلية وما آلت إليه الاوضاع المعيشية والمادية للمواطنين والمؤسسات على حد سواء، اضطرت الحكومة وبالتنسيق مع مؤسسة الضمان الاجتماعي لإطلاق عدة برامج -سالفة الذكر- للحد من آثار الجائحة، والناظر في مضامين هذه البرامج المتعددة يجد بوضوح أنها كذلك اتت لتستهف فئات قد تضررت ولم تنال نصيبها من المساعدة والدعم، كما وأنها لم تحقق الحد الادنى للمعيشة ولا تطال المتضررين كافة من الجائحة.

المرحلة الثالثة: مرحلة التعافي والمنعة

صدر أمر الدفاع (14) في السادس عشر من حزيران لعام 2020 والذي بموجبه أطلقت المؤسسة ثلاثة برامج إضافية في مرحلة التعافي الاقتصادي من أزمة كورونا، وهي[55]:

1. **برنامج حماية:** وذلك لدعم العاملين في قطاعي النقل بصفتهما الأكثر تأثراً خلال أزمة كورونا مع استثناء المنشآت المملوكة منها بالكامل للحكومة أو المؤسسات الرسمية العامة أو المؤسسات العامة أو البلديات، فطرحت المؤسسة إمكانية استفادة العامل في أحد هذين القطاعين من رواتب مؤقتة تساوي (50%) من رواتبهم الخاضعة وبحد أدنى (220) ديناراً، وبحد أعلى (400) دينار، (20%) منها مساهمة إلزامية على المنشأة وبما لا يتجاوز (200) دينار وأتاحت المؤسسة فرصة الاستفادة من هذا البرنامج لسبعة أشهر كحد أقصى تبدأ من شهر حزيران 2020 وتنتهي بنهاية السنة الحالية (2020)، دعماً لإبقاء العاملين في عملهم، وتقليلاً من ارتفاع معدلات البطالة، وبلغ عدد المستفيدين من هذا البرنامج (3,485) مؤمن عليه موزعين على (139) منشأة وبكلفة إجمالية بلغت (948) ألف دينار حيث بلغت مساهمة الضمان (593) ألف دينار.
2. **برنامج تمكين اقتصادي 1:** وفيه هدفت المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي إلى استهداف المنشآت الأكثر تضرراً بالأزمة، مع استثناء المنشآت المملوكة منها بالكامل للحكومة أو المؤسسات الرسمية العامة أو المؤسسات العامة أو البلديات أو المنشآت العاملة في قطاعات: (البنوك، التأمين، الكهرباء، المياه، الاتصالات، التعليم). متيحة لديهم إمكانية شمول العاملين لديهم بشكل جزئي في التأمين مع الإبقاء على تأدية اشتراكات تأمين الوفاة والعجز وإصابات العمل والتعطل عن العمل وتأمين الأمومة، ما نتج عنه انخفاض قيمة الاشتراكات المقتطعة عن المنشأة والمؤمن عليه من (21.75%) إلى (13.5%) حيث استفاد من البرنامج (7,596) منشأة، بحيث تم تخفيض اشتراكات تأمين الشيخوخة لما يقارب (151,555) مؤمن عليه.
3. **برنامج تمكين اقتصادي 2:** وفيه استهدفت المؤسسة زيادة السيولة المالية للعاملين في منشآت القطاع الخاص الأكثر تضرراً والذين لا يزيد أجرهم الخاضع للاقتطاع عن (700) دينار مع استثناء المنشآت المملوكة بالكامل للحكومة أو المؤسسات الرسمية العامة أو المؤسسات العامة أو البلديات أو المنشآت العاملة في قطاعات: (البنوك، التأمين، الكهرباء، المياه، الاتصالات، التعليم) لتوفير المؤسسة سلف على حساب الدفعة الواحدة وبحد أقصى (200) دينار، مستهدفة في هذا البرنامج ما يقارب (350) ألف مؤمن عليه، واستفاد من هذا البرنامج (163,426) مؤمن عليه بكلفة اجمالية بلغت(31) مليون دينار.

استمرت الحكومة وللأسباب السابقة نفسها في إطلاق مزيد من البرامج والقرارات محاولة بذلك الحد ما أمكن من التداعيات السلبية التي خلقتها جائحة كورونا، إلا أن جميع هذه القرارات لم تغط الاثار السلبية الناتجة؛ لأنها جزئية ومرحلية ولم تكن شمولية، وذلك يظهر جليا من خلال ما نراه ونسمعه في حياتنا اليومية من إغلاق للمحلات والمنشأت وضيق عيش المواطنين وفقدان للوظائف.

والجدول التالي يبين أعداد المستفيدين (منشآت وأفراد) من برامج أوامر الدفاع[56]:

البرنامج	أعداد المنشآت	أعداد المستفيدين	الكلفة الأجمالية /بالمليون	مساهمة الضمان/بالمليون
تضامن 1	7743	91963	32	20
تضامن 2	2834	14070	3	2
مساند 1	-	17919	4	4
مساند 2	-	143006	14	14
مساند 3	-	111632	21	21
تمكين1	7569	151555	7	-
تمكين2	-	163426	31	31
حماية	139	3485	1	5.
المجموع	18312	697056	114	93

المطلب الثاني: مقترحات لتحسين الاستفادة من تجربة مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني في تحقيق التكافل الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا

بالرغم من أن الدولة الأردنية قامت بمبادرات محمودة ومتميزة في مواجهة جائحة كورونا وآثارها الاقتصادية والاجتماعية ؛ سواء أكان بالتعاون من مؤسسة الضمان الاجتماعي متمثلة بالإجراءآت المذكورة سابقاً، أو بإنشاء صندوق همة وطن وصندوق المعونة الوطنية وصندوق الزكاة وغيرها من مبادرات التكافل الاجتماعي في ظل تفشي وباء كورونا، واستطاعت أن تدير المرحلة بنجاح ترك صدى طيبا في نفوس الأردنيين جميعا، إلا أن هذه الخطوة تبقى ظرفية ومرتبطة بالأزمة الوبائية التي تمر فيها البلاد، بينما الواقع الاجتماعي المعقد يفرض البحث عن بديل دائم للحد من مشكلة الفقر وما خلفته من مشاكل اجتماعية متفشية في المجتمع.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الاقتصاد الأردني المثقل بمشاكل الفقر والبطالة يعّاني من انكماش إضافي بسبب تداعيات جائحة كورونا، مما زاد من الضغوطات المالية على الحكومة، وبالتالي فإن الحكومة لجأت لزيادة الاقتراض من المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي، ليصل إجمالي دين الحكومة لصالح المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي حوالي 8.5 مليارات دولار، وهو ما يعادل تقريباً 50% من موجودات المؤسسة، وهذا ما أثار مخاوف الأردنيين من ضياع مدخراتهم في المؤسسة وعوائدها المالية وعدم مقدرتها

لاحقاً على دفع الرواتب التقاعدية والامتيازات للمؤمن عليهم من الموظفين والعمال خصوصا بعد قرارالحكومة الأردنية باستبعاد المبالغ التي اقترضتها من المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي من حجم المديونية العامة باعتبارها من المؤسسات التابعة للحكومة بناء على اتفاق مع صندوق النقد الدولي، وقد دعا اتحاد النقابات العمالية المستقلة الحكومة لعدم أخذ أموال إضافية من المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي، ما يعرض الملاءة المالية للمؤسسة للخطر[57] .

ومن هذا المنطلق، تأتي الحاجة الملحة لتبني الدولة أساليب جديدة كتطبيق فريضة الزكاة وتفعيل نظام الوقف اللذين من شأنهما أن يخففا من معاناة الفقراء وآثار المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، وتساعدهم على تجاوز ظروفهم المعيشية الصعبة في الأوقات الطبيعية وفي أوقات الأزمات من باب أولى، وخصوصاً أن تطبيق تجربتي الزكاة والوقف قد أثبتتا نجاحهما في الحد من مشكلات الفقر والبطالة، كما هو الحال في بلدان الخليج العربي وفي بلاد إسلامية أخرى، وفي هذا المقام لا بُد من الإشارة إلى دور كل من نظام الزكاة ونظام الوقف في التخفيف من الآثار الاقتصادية والاجتماعية للأزمات بشكل مختصر:

الفرع الأول: الاستفادة من الزكاة ودورها في دعم الضمان الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا

ترسخ الزكاة في المجتمع الإسلامي مبادئ الأخوة الإسلامية والتضامن والتراحم والتكافل الحقيقي، المادي والمعنوي، وتنشىء مجتمعاً متماسكا منتمياً إلى وطنه، يسود فيه الإحساس بالأمن والاطمئنان.

كيف لا! والزكاة من أكثر الوسائل الفعالة لتحقيق الضمان الاجتماعي وتساعد على الحد من آثار الأزمات الاقتصادية والاجتماعية خلال فترات انتشار الأوبئة، والتخفيف من حدة الفقر.

فنظام الزكاة يتميز بصفات لم تجتمع في غيره من الأنظمة الاقتصادية الوضعية، حيث إنها فريضة مالية إلزامية تقوم الدولة بجمعها من جميع الأموال القابلة للنماء، وتوزعها على مصارفها المحددة.

والتاريخ الإسلامي حافل بالنماذج الناجحة التي أظهرت قدرة فريضة الزكاة على احتواء الأزمات الاجتماعية من خلال تطبيق نظامها، ويؤكد هذا ما حدث في خلافة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، حيث لم يجد عامله في اليمن - معاذ بن جبل- شخصا فقيرا واحدا في البلاد ليعطيه من أموال الزكاة، وهذا الموقف تكرر في عهد عمر بن عبد العزيز، حيث لم يجد أغنياء المسلمين فقيراً ليعطوه من زكاة أموالهم، وعمَّ الرخاء البلاد، وانتشر العدل والأمن الاجتماعي [58].

ومع اشتداد الأزمة الوبائية وما خلفته من آثار اقتصادية مدمرة على العالم بشكل عام وعلى العالم الإسلامي بشكل خاص، ظهرت آراء فقهية تدعو إلى ضرورة تقديم إخراج الزكاة قبل حلول وقتها المقرر شرعا، نظرا لحاجة الفقراء والمساكين للمال في مختلف البلاد الإسلامية ومنها دائرة الإفتاء العام الأردني حيث دعت أصحاب الأموال إلى المبادرة إلى إخراج زكاة

أموالهم، وإن لم يحلْ الحول عليها، وعدم تأخيرها لرمضان، بسبب الظروف الاستثنائية التي نعيشها هذه الأيام؛ لأن فريقا من الناس من دون عمل أو مال، ولا قدرة لهم على تحقيق احتياجاتهم الأساسية [59].

الفرع الثاني: الاستفادة من الوقف ودوره في دعم الضمان الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا

يعد نظام الوقف محور العملية التنموية بما يملكه من إمكانيات تمويلية، ولما له من دور ريادي في تحقيق مفاهيم التكافل والتضامن والتعاون في حياة الناس الاقتصادية والاجتماعية في مواجهة التحديات والأزمات التي تواجه أي بلد إسلامي ولعل وباء كورونا وما خلفه من عواقب على حياة الناس يعد من هذه الأزمات والتحديات، فالوقف يساهم في دعم الميزانية العامة للدول وتخفيف الإنفاق الرأسمالي لها، ويعمل الوقف على دعم الدولة في الأوقات العادية وهو كذلك بالأوقات الطارئة من باب أولى [60].

والأصل في الوقف أنه من القُرب المندوب إليها ويدخل في إطار الصدقات الجارية التي حض عليها الإسلام؛ لتوفير مصدر ثابت ومستمر لتمويل الحاجات العامة، ورعاية الفقراء [61]. ولكنه صدقة جارية ذات طبيعة اقتصادية، ودور اجتماعي، ويشمل جانبي التمويل والاستثمار؛ لتحقيق منافع عامة، وهو مصدر تمويلي من جانبين: الجانب الأول هو أصل الوقف ذاته، والجانب الثاني: ما يدره ذلك الأصل من إيرادات توجه إلى أعمال الخير، أما الوقف كاستثمار فظاهر في كون صاحبه يسعى من خلاله إلى المحافظة على الأصل الموقوف ونمائه، وأن ما يستهلك هو الإيراد [62].

كيف لا! والوقف من أكثر الوسائل الفعالة لتحقيق الضمان الاجتماعي إلى جانب الزكاة حيث يتعاضدان على الحد من آثار الازمات الاقتصادية والاجتماعية خلال فترات انتشار الأوبئة، والتخفيف من حدة الفقر؛ إذ إن من أهم أهداف الوقف التقرب إلى الله تعالى، وتحصيل ثواب الآخرة، واستمرار الأجر إلى ما بعد الوفاة، بالإضافة الى القيام بواجب التكافل الاجتماعي، وتحقيق التنمية الشاملة، فالوقف يمثل البديل لسد عجز الميزانية الرسمية عند قلتها ويحارب الفقر، ما يجعل العدالة الاجتماعية عملية مستدامة تضمن توزيع الثروة للمحتاجين [63] [64].

بناءً على ما سبق، أرى أن الدولة وفي ظل جائحة كورونا التي لا نعلم نهايتها وما خلفته من آثار اقتصادية يجب عليها تفعيل دور الوقف والاستفادة منه مما سيسهم في تخفيف الضغط المالي عن ميزانية الدولة العامة، فهو رديف للدولة ومعين لها ومكمل لدورها بحيث تعم الفائدة على المجتمع بأكمله، من خلال التخفيف أو الحد من الآثار الاقتصادية التي خلفتها هذه الجائحة.

ومن الجدير بالذكر أن هناك دعوات مجتمعية يتبناها أهل الخبرة والاختصاص تنادي بالاستفادة من مشاريع الوقف الاستثمارية وأنها ضرورة ملحّة لمواجهة تداعيات كورونا الاقتصادية [65].

الخاتمة:

خلص البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، ومن أهمها:

1. الموارد المالية التي تعتمد عليها مؤسسة الضمان الاجتماعي موارد غير ثابتة وغير كافية لتحقيق التكافل الاجتماعي، ومواجهة آثار الأزمة الاقتصادية، فهي تعتمد على فرض الضرائب بمختلف أنواعها (الدخل والمبيعات) بشكل أساسي.
2. توجد علاقة بين الضمان الاجتماعي والتكافل الاجتماعي الضمان، حيث يتشابهان في أن كلاً منهما شامل لجميع أفراد المجتمع وأنهما يؤديان إلى معالجة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لأفراد المجتمع مما ينعكس إيجاباً على تحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، بينما يختلفان عن بعضهما البعض، بأن الضمان الاجتماعي يعني أن الدولة تقوم بمعونة المحتاجين ويشمل الأمور المادية فقط، وأما التكافل الاجتماعي هو الذي يقوم به أفراد المجتمع، و يشمل الحاجات المادية والمعنوية ليشمل سائر المناحي الأدبية والروحية.
3. يوجد اختلاف واضح ما بين موارد الضمان العامة في الفقه الإسلامي والموارد العامة لمؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني؛ فالفقه الإسلامي عَدَّ الزكاة المورد الأساسي والأهم لتمويل الضمان الاجتماعي في الدولة الإسلامية، في حين نجد أن مؤسسة الضمان تعتمد على الاشتراكات الشهرية التي تؤديها المنشآت والمؤمن عليهم وعلى فرض الضرائب بمختلف أنواعها.
4. اتخذت الحكومة ومؤسسة الضمان الاجتماعي عدد من الإجراءت لتحقيق التكافل الاجتماعي أثناء مواجهة هذه الأزمة عبر ثلاثة مراحل انتقالية: الأولى الاستجابة الفورية الصحية والاقتصادية والاجتماعية، ثم المرحلة الثانية التي تشمل التكيف والتكافل، التكيف مع المعطيات الجديدة اجتماعيا واقتصاديا وصحيا، وأيضا أنظمة التكافل الاجتماعي للمرضى والمصابين والذين فقدوا وظائفهم ومصدر دخلهم، وبدأت الحكومة بالمرحلة الثالثة وهي مرحلة التعافي والمنعة. ما هي المقترحات التي من شأنها تعظيم الاستفادة من تجربة مؤسسة الضمان الاجتماعي الأردني في تحقيق التكافل الاجتماعي لمواجهة أزمة كورونا.

وختاماً، يوصي الباحث بـ:

أولاً: أن تتبنى الحكومة الأردنية تطبيق فريضة الزكاة وتفعيل نظام الوقف اللذين من شأنهما أن يخففا من معاناة الفقراء وآثار المشاكل الاقتصادية والاجتماعية في الأوقات الطبيعية وفي أوقات الأزمات من باب أولى، وخصوصاً أن تطبيق تجربتي الزكاة والوقف قد أثبتتا نجاحهما في الحد من مشكلات الفقر والبطالة.

ثانياً: ضرورة تبني الحكومة الأردنية ومؤسسة الضمان برامج توعوية تبين لإفراد المجتمع أهمية الدعم المالي لمؤسسة الضمان وتوسيع مواردها، وتشجعهم على وقف شيء من أموالهم في وجوه البر وما لهذا الأمر من آثار إيجابية على الفرد المجتمع.

الهوامش:

(1) محمد بن مكرم بن علي ابن منظور (توفي 711هـ/1311م)، **لسان العرب**، تحقيق: أمين محمد عبد الوهاب و محمد الصادق العبيدي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1997م (ط2)، ج11، ص589.

(2) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (توفى: 666هـ/1268م)، **مختار الصحاح**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994 (ط1)، ص680.

(3) أحمد العايد، أحمد مختار عمر، الجيلالي بن الحاج يحيى، داود عبده، صالح جواد طعمه، نديم مرعشلي، **المعجم العربي الأساسي**، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، منظمة الدول العربية، لاروس 1989، ص 1047.

(4) العايد، **المعجم العربي الأساسي**، ص 1047.

(5) عبدالله ناصح علوان، **التكافل في الإسلام**، القاهرة، دار السلام للطباعة والنشر، 2007م (ط7)، ص10.

(6) محمد أبو زهرة، **التكافل الاجتماعي في الإسلام**، القاهرة، دار الفكر العربي، 1991م (ط1)، ص7.

(7) الإمام محمد بن إسماعيل البخاري، **صحيح البخاري**، اعتنى به أبو صهيب الكرمي، عمان، بيت الأفكار الدولية ، 1998م، حديث رقم 6026.

(8) مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (توفى 817 ه)، **القاموس المحيط** ، بيروت، دار الفكر، 1978م، جـ4، ص 243.

(9) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (توفى 666هـ)، **مختار الصحاح**، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م (ط1)، ص180.

(10) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، **المعجم الوسيط**، مجمع اللغة العربية، القاهرة، دار الدعوة، ط4، جـ1 ، ص 545).

(11) العايد، **المعجم العربي الأساسي**، ص 261.

(12) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهيل (توفى 483هـ)، **المبسوط** ، بيروت، دار المعرفة، 1993م، ط3، ج 19، ص160.

(13) الدردير، أبي البركات أحمد الدردير، **الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي**، بيروت، مطبعة دار الفكر، ج 3، ص296.

(14) الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع بهامش حاشية البيجيرمي**، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1951م، ج3، ص95.

(15) الهوتي، منصور بن يونس، **كشاف القناع**، بيروت، عالم الكتب للطباعة والنشر، ط1، 1997م، ج3 ص78.

(16) محمد مبارك حجير، **الضمان الاجتماعي دراسة مُقارنة**، القاهرة، مطبعة دار الهنا، 1956م، ص12.

(17) عيسى بيرم، **الحربات العامة وحقوق الإنسان بين النص والواقع**، بيروت، دار المنهل اللبناني، 1998م (ط1)، ص146.

(18) محمد شوقي الفنجري، **الإسلام والضمان الاجتماعي**، القاهرة، الهيئة العامة المصرية للكتب، 1990م، ص32.

(19) عبدالله بن محمد أبا الخيل، **أحكام الضمان الاجتماعي دراسة تأصيلية وتطبيقية**، رسالة دكتوراة مقدمة لقسم السياسة الشرعية، الرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 2004م، ص29.

(20) أحمد عقله محمد البقاعي ، **نماذج من عقود التكافل الاجتماعي المعاصرة: التأمين الصحي، الضمان الاجتماعي، التقاعد**،عمان، جامعة العلوم الإسلامية، رسالة دكتوراة، 2013م، ص78.

(21) عبدالله بن عمر بن محمد البيضاوي، **أنوار التنزيل وأسرار التأويل المعروف بتفسير البيضاوي**، تحقيق عبد الرحمن مرعشلي، بيروت، دار احياء التراث العربي، 1998م (ط1)، ج1، ص455.

(22) البخاري، **صحيح البخاري**، حديث رقم 2337.

(23) البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 6011 ، الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **صحيح مسلم**، اعتنى به أبو صهيب الكرمي، طبعة بيت الأفكار الدولية ، 1998م، حديث رقم 2586 واللفظ له.

(24) (صحيح مسلم،حديث رقم 26).

(25) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته، حديث رقم 1619، ص660، البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الاستقراض، باب من ترك ديناً، حديث رقم 2398، ص449.

(26) البخاري، **صحيح البخاري**، حديث رقم 25827.

(27) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الآداب، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضا، حديث رقم 5680، ص464.

(28) أبي الفراج عبد الرحمن بن علي ابن الجوزي، **مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب**، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 87.

(29) السيد حجازي المرسي، **دور الوقف في تحقيق التكافل الاجتماعي في البيئة الإسلامية**، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد الإسلامي، م١٩ ،ع٢ ، ٢٠٠٦م، ص 64، محمد بن أحمد الصالح، **التكافل الاجتماعي في الشريعة الإسلامية**، الرياض، جامعة الإمام محمد، المملكة العربية السعودية، 1993م (ط2)، ص37.

(30) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد(المتوفى 861هـ)، **فتح القدير**،بيروت، دار الفكر، ج2، ص154،ابن رشد الحفيد، أبي الوليد أحمد بن محمد،**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، مصر، مكتبة ابن تيمية،ط1، ج2، ص55 النووي، أبو زكريا محيي الدين زكريا، **المجموع شرح المهذب**، بيروت، دار الفكر، ج5، ص326، ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد، **المغني**، القاهرة، مكتبة القاهرة، ط1968، ج3، ص5..

(31) الصالح، **التكافل الاجتماعي في الشريعة الإسلامية**، ط 2، ص97.

(32) يوسف القرضاوي، **فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة**، عمان، مؤسسة الرسالة، ط2، ص84.

(33) البخـاري، **صـحيح البخـاري**،حـديث، ج13، ص111، مسـلم، صحيح مسلم، ج3، ص 1459.

(34) المرسي، **دور الوقف في تحقيق التكافل الاجتماعي**، ص65.

(35) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بـن قدامـة المقدسـي، **المغني**، بيروت، دار الفكـر للنشـر، ط1، ج5، ص348

(36) البخاري، **صحيح البخاري**، حديث رقم 2613.

(37) وهبـة بـن مصـطفى الزحيلي، **الفقـه الإسـلامي وأدلتـه**، دمشـق، دارالفكر، ط4، ج10، ص7607.

(38) قـذافي عـزات الغنـانيم، **التـأمين التعـاوني – مفهومـه وتأصـيله الشـرعي وضـوابطه**، بحـث مقـدم لملتقى التـأمين التعـاوني، 20 ينـاير، 2009م، م 46، عدد 1، ص 48.

(39) ابن قدامة، **المقنع**، ج17، ص 191.

(40) المرغيناني، علي بن أبي بكر عبد الجليل الفرغاني، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج3، ص 220.

(41) ابن قدامة، **المغني**، ج8، ص 239.

(42) الإمـام مالـك، مالـك بـن أنـس بـن مالـك الأصـبحي الحميري، **موطأ مالك**، تحقيق فـؤاد عبـد البـاقي، دار إحيـاء التراث العربي1986، بـاب مـا جاء في المهاجرة، حديث رقم 1413.

(43) المرسي، **دور الوقف في تحقيق التكافل الاجتماعي**، ص66.

(44) انظر المرجع السابق، ص66.

(45) المرسي، **دور الوقف في تحقيق التكافل الاجتماعي**، ص67.

(46) حسـين عبـد اللطيـف حمـدان، **الضـمان الاجتمـاعي أحكامـه وتطبيقاتـه-دراسـة تحليليـة شـاملة**، بيروت، دار الحلبي للمنشـورات، 2007م (ط1)، ص39.

(47) أبـا الخيـل، **أحكـام الضـمان الاجتمـاعي دراسـة تأصـيلية وتطبيقية**، ص448.

(48) انظر: المرجع السابق، ص448.

(49) انظر: ص 16-17.

(50) انظـر: موقـع المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي الأردني، نبـذة تعريفية، ص4.

(51) انظر: موقـع المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي الأردني، قـانون الضمان الاجتماعي رقم (1) لسنة 2014، المادة 19، ص30.
https://www.ssc.gov.jo/arabic/wp-content/uploads/2019/10/Social-Security-Law-2014.pdf

(52) وحكـم هـذه الفوائـد هـذه الفوائـد عـدم جـواز هـذه الفوائـد والغرامات باعتبارها تمثل زيادة في الدين بغير مقابل فهي من الربا المتفق على تحريمه لقوله تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا" وقد أفتى بذلك مجلس مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في جلسته المنعقـده بمكـة المكرمـة الـدورة11 في 19 شـباط لعـام 1989، انظـر: https://www.aleqt.com/2009/12/19/article_318734.html

(53) انظر: موقـع المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي الأردني، تقريـر اسـتجابة المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي لأزمـة 19 – COVID، تقرير استجابة المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي لأزمة - covid-19 المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي ، ص6.

(54) انظر: موقـع المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي الأردني، تقريـر اسـتجابة المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي لأزمـة 19 – COVID، تقرير استجابة المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي لأزمة - covid-19 المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي ، ص7.

(55) انظر: موقـع المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي الأردني، تقريـر اسـتجابة المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي لأزمـة 19 – COVID، تقرير إستجابة المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي لأزمة - covid-19 المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي ، ص9.

(56) انظر: موقـع المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي الأردني، تقريـر اسـتجابة المؤسسـة العامـة للضـمان الاجتمـاعي لأزمـة 19 – COVID، تقرير إستجابة المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي لأزمة - covid-19 المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي ، ص14.

(57) انظر: موقـع العربي الجديـد، الأردن: مقـال زيـد الدبيسـية، أمـوال "الضـمان الاجتمـاعي" في خطـر، الأردن: أمـوال "الضـمان الاجتمـاعي "في خطر(alaraby.co.uk) .

(58) علوان، التكافل في الإسلام، ص86.

(59) موقع دائرة الإفتاء العام الأردني، الفتوى رقم 2974، يجوز تعجيل الزكـــاة بشـــروط، مســـائل معاصـــرة فـــي الزكـــاة، https://www.aliftaa.jo/Question2.aspx?QuestionId=2974#.Y%D9%85Bp_mugzZEY

(60) خيرة وبفى وسـعاد نهيجـه، دور التمويل الـوقفي في تحقيق التنميـة المسـتدامة: دراسـة في الـدور الاقتصـادي والاجتمـاعي للقطـاع الـوقفي، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 29، 2019م، ص31.

(61) محمـد عبـد الحليم عمـر، سـندات الوقـف: مقترح دور الوقـف في المجتمع الإسلامي المعاصر، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، العدد 12، 2000م، ص373.

(62) خيرة دور التمويل الـوقفي في تحقيق التنميـة المسـتدامة: دراسـة في الدور الاقتصادي والاجتماعي للقطاع الوقفي، ص27.

(63) نور الدين مختار الخادمي، إسهام نظام الوقف في تحقيق المقاصد العامـة للشـريعة الإسـلامية، الكويـت، المكتبـة الوقفيـة، الأمانـة العامـة للأوقاف، 2019م، ط2، ص62.

(64) محمـد جمـال عبيـدات، الوقـف الإسـلامي ودوره في تمويـل الرعايـة الصحية، رسـالة ماجسـتير، جامعـة آل البيـت، المعهـد العـالي للدراسـات الإسلامية ، الأردن، 2019م، ص11.

(65) https://petra.gov.jo/Include/InnerPage.jsp?ID=150875&lang=ar&name=news

" المحاكمة السِّرية في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني "
" دراسة فقهية قانونية "

دعاء محمود أبو سليم* أ.د. إسماعيل البريشي**

تاريخ وصول البحث: 2020/12/21م تاريخ قبول البحث: 2021/2/21م

الملخص

تناولت هذه الدراسة مفهوم المحاكمة السرّيّة في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، وبينت مدى مشروعيتها من الناحية الفقهية الإسلامية والقانونية، كما وضحت المسوغات القانونية الاجتماعية والأخلاقيّة المبررة لها، وبينت صورها وضوابطها من الناحيتين الشرعية والقانونيّة، كما أشارت الدراسة إلى أهمية هذه الصورة في المحاكمة في أنواع الدعاوى التي تنظرها المحاكم الشرعية على وجه الخصوص لتعلق أغلبها بالأحوال الشخصية للأسر والعائلات، بهدف الحفاظ على أسرارها وخصوصياتها والأمن المجتمعي، ودرء الفتن والنزاعات المترتبة على علانية المحاكمة، وذلك في حالات استثنائية نص عليها القانون تستوجب سرية المحاكمة.

Secret Trial in the Jordanian Legal Procedure Law
Juristic Legal Study

Abstract

This study dealt with the concept of secret trial in the Jordanian legal procedure law, and showed the extent of its legitimacy in terms of Islamic jurisprudence and law. The study also clarified the social and ethical legal justifications for it. This is in addition to its forms and controls from the Sharia and legal points of view. The study also indicated the importance of this form in the trial in various types of lawsuits that the legal courts consider in particular, for they are related to the personal status issues of families.

* باحثة.

**أستاذ، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

This is done with the aim of preserving their secrets, privacy and societal security, and warding off strife and disputes resulting from the openness of the trial.

This is of course in exceptional cases stipulated by the law because they require the confidentiality of the trial.

المقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، وسيد الأولين والآخرين، سيدنا وقائدنا محمد بن عبدالله النبي العربي الأمين، وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين، وبعد،

الأصل في المحاكمات الوجاهية والغيابية الجارية أمام المحاكم المدنية والشرعية منها العلانية أمام جمهور الناس، ضماناً وتحقيقاً لسلامة وعدالة سير العملية القضائية وفقاً للأصول المعتبرة، وتتحقق العلانية بفتح أبواب قاعة المحاكمة للجمهور عامة على السواء بلا تمييز، على أنه يقصد بمبدأ علانية الجلسات أن تنعقد جلسة المحكمة التي تنظر في الدعوى في مكان يجوز لأي فرد أن يدخله ويشاهد المحاكمة بغير قيد.

ولما كان هدف المشرع من تقرير مبدأ علانية الجلسات هو ضمان سلامة إجراءات المحاكمة وانتظامها، وبث الطمأنينة في نفوس المتخاصمين، ونزاهة القضاء، أجاز بل أوجب القانون العدول إلى المحاكمة السريّة كاستثناء عن هذا الأصل العام؛ لتحقيق ذات الغايات المذكورة في حالات استثنائية حفظاً لمصالح الخصوم والنظام بمفهومه الواسع، ولبيان مفهوم المحاكمة السرية أمام المحاكم الشرعية ومسوغاتها القانونية في مرفق القضاء الشرعي الأردني، جاءت هذه الدراسة.

مشكلة الدراسة:

بيان مفهوم المحاكمة السرية ومشروعيتها شرعا وقانونا، وبيان مسوغاتها القانونية في المحاكم الشرعية، والآثار المترتبة على ذلك، من خلال الإجابة على الأسئلة التالية:

1. ما مفهوم المحاكمة السريّة ؟
2. ما مشروعيّة المحاكمة السريّة ؟
3. ما مسوغات المحاكمة السريّة ؟
4. ما صور المحاكمة السرية؟
5. ما هي ضوابط المحاكمة السرية ؟

أهمية الدراسة وأهدافها:

تكمن أهمية الدراسة ببيان مفهوم المحاكمة السرية، وبيان مسوغاتها القانونية في المحاكم الشرعية وفقا لقانون أصول المحاكمات الشرعية النافذ الناظم لأعمالها، وتوضيح ضوابط هذه المحاكمة وشروطها، بالإضافة لبيان أهمية اللجوء إلى هذه الصورة للمحاكمة في الدعاوى التي تنظرها، وخصوصا أنها تتعلق في أغلبها بالأحوال الشخصية للأسر والعائلات، بالإضافة لبيان ضوابط هذه المحاكمة وشروطها.

الدراسات السابقة:

لم نجد – بعد بذل الجهد -دراسة علمية متخصصة تناولت مفهوم المحاكمة السرية ومسوغاتها الشرعية والقانونية في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، وأهمية تطبيقاتها في المحاكم الشرعية، على النحو الذي تناوله هذا البحث، ومن البحوث والدراسات المنشورة حول هذا الموضوع:

1. التلهوني، بسام سمير، السريّة في الدعوى الجزائيّة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1991. عرضت هذه الدراسة حالات المحاكمة العلنيّة في أصول المرافعات الجزائيّة.
2. مشعشع، معتصم خميس، علانية المحاكمة الجزائية، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، الأردن، 2014م. عرضت هذه الدراسة أيضا حالات المحاكمة العلنيّة وبعض صور المرافعات السريّة في أصول المرافعات الجزائيّة.
3. شرقاوي، أحمد خليفة، قواعد القضاء العلني وحدوده في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مركز صالح عبدالله للاقتصاد الإسلامي، مصر، 2014م. وتناولت هذه الدراسة أيضا حالات المحاكمة العلنية في أصول المرافعات الجزائيّة.

منهج البحث:

اتبعنا في هذه الدراسة المنهج الوصفي القائم على الاستقراء والتحليل، وذلك باستقراء وتحليل النصوص الفقهية والقانونية ذات العلاقة.

خطّة الدراسة:

اقتضت طبيعة البحث جعله على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم المحاكمة السرية ومشروعيتها.

المطلب الأول: المفهوم.

المطلب الثاني: المشروعية.

المبحث الثاني: المسوغات القانونية للمحاكمة السرّية.

المطلب الأول: المحافظة على النظام.

المطلب الثاني: مراعاة الآداب العامّة.

المطلب الثالث: مراعاة حرمة الأسرة.

المبحث الثالث: صور المحاكمة السرية وضوابطها.

المطلب الأول: صور المحاكمة السرية.

المطلب الثاني: ضوابط المحاكمة السرية.

الخاتمة: وتتضمن أبرز النتائج والتوصيات

المبحث الأول:

مفهوم المحاكمة السرية ومشروعيتها

المطلب الأول: مفهوم المحاكمة السريّة

أولاً: المحاكمة السريّة في اللغة

المحاكمة في اللغة: الْمُخَاصَمَةُ إِلى الحاكِمِ[1]، وأما السريّة: فالسِّرُّ مَا يُكْتَمُ وَهُوَ خِلَافُ الْإِعْلَانِ، والسِّرُّ ضِدُّ الجَهْر[2].

ثانياً: المحاكمة السريّة في الاصطلاح:

تعرّف المحاكمة السرية في الاصطلاح المعاصر باعتبارها عدول عن الأصل العام للمحاكمة العلنية، بأنها: منع الجمهور من دخول قاعة المحكمة سواء من بداية المحاكمة حتى انتهائها، أو بعض جلسات المحاكمة[3].

ويمكننا تعريفها: بأنها منع الجمهور ممن ليس له علاقة بالدعوى من حضور جلسات المحاكمة كلها أو بعضها، لمسوغات استثنائية قانونية تقتنع المحكمة بتحققها.

حدود التعريف:

- منع الجمهور ممن ليس له علاقة بالدعوى: فلا يشمل المنع أطراف الدعوى، ومن يستدعى للشهادة، والخبراء، والمحكمين، وغيرهم ممن له علاقة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى.
- من حضور جلسات المحاكمة كلها أو بعضها: أي أن المحاكمة السرية قد تكون كلية حتى الجلسة النهائية قبل إصدار الحكم، وقد تكون جزئية لجلسات أو جلسة معينة تستوجب السرية.
- لمسوغات استثنائية قانونية: أي أن الأصل في المحاكمة أن تكون علانية، وأن الاستثناء من هذا الأصل العام أن تكون المحاكمة سرية.
- قانونية: أي أن المسوغات المستوجبة للمحاكمة السرية نص عليها القانون، فلا يجوز العدول إلى المحاكمة السرية بناء على مسوغات أخرى.
- تقتنع المحكمة بتحققها: أي أن على القاضي التحقق والقناعة من وجود أحد المسوغات القانونية في مجريات الدعوى المنظورة أمامه، وبناء على هذه القناعة يقرر أن تكون المحاكمة سرية.

فالمقصود بسرية المحاكمة أن تسمع الدعوى في جلسات سرية يمنع الجمهور من حضورها، إلا أن السرية تكون في بعض الأحيان جزئية تقتصر على إجراء واحد أو أكثر من إجراءات الدعوى كسماع شهادة شاهد مثلاً بشكل سري، أو تكون السرية مقتصرة على منع بعض الأفراد من دخول قاعة المحكمة كالقاصرين أو أصول أو فروع أطراف الدعوى، وبالطبع لا تنصرف سرية المحاكمة إلى أطراف الدعوى وممثليهم إذ يحق لهؤلاء أن يحضروا الجلسة السرية للمحكمة دون حاجة إلى قرار منها، علما بأن من أهم المسوغات المستوجبة للسرية الحفاظ على النظام العام بمفهومه الواسع، وسلامة إجراءات المحاكمة وسير العدالة، وعدم إفشاء أسرار الخصوم بدون مبرر قانوني، وخصوصا العائلية منها.

المطلب الثاني: مشروعيّة المحاكمة السرّية

انطلاقاً من الغاية من إقامة مرفق القضاء بتحقيق العدل وإنصاف المظلوم وإظهار الحق، ومنع التعدي على حقوق الخصوم دون تمييز بين مدع ومدعى عليه، حرص الفقه الإسلامي على أن يكون مجلس القضاء في المسجد وفي مكان واسع يتوسط العمران؛ لتيسير الحضور للكافة ودرء الإضرار بأصحاب الحقوق، وتسهيل سبل استيفائها، وهو ما يؤكد مدى احترامهم لعلانية المحاكمة، وإمكانية اطلاع الناس عموما على مجرياتها، وانسجاما مع سمو مرامي الشريعة في بلوغ العدالة.

ومن هنا حرص الفقهاء لتحقيق الغاية من علانية المحاكمة، على أهمية حضور أهل العلم مجالس القضاة للاستفادة من آرائهم عند الحاجة، وليكونوا شهودا ورقباء على حسن سير العدالة ولضمان استقامة مجرياتها[4].

ولما كانت مظاهر علانية الجلسات في الشريعة الإسلامية ضمانة للمحاكمة العادلة وحماية الخصوم من الظلم والتعدي والإضرار الذي قد يحصل حال كونها سرية لا يحضرها غيرهم، ومع ذلك فإنه من الممكن أن يقرر القاضي إجراء جلسات محاكمة ما بشكل سري في حالات خاصة تستدعي ذلك؛ ومثال ذلك ما جاء في قضاء شريح عندما تقدمت إليه امرأة فقالت: "أيها القاضي أني جئتك مخاصمة، فَقَالَ لَهَا: وأين خصمك؟ قالت: أنت خصمي، فأخلى المجلس، قَال: لها تكلمي، قالت: إني امرأة لي إحليل، ولي فرج، قال: قد كان لأمير المؤمنين في هَذَا قضية، ورث من حَيْثُ يجيء البول، قالت: إنه يجيء منهما جميعاً .."[5].

فالأصل والمبدأ العام في جلسات المحاكمة أن تكون علانية أما أعين الناس، إلا أن الاستثناء المخصوص والمبرر يسمح للقاضي بل يستوجب عليه في دعاوى وظروف مخصوصة عقد جلسات المحاكمة بصورة سرية، وذلك إذا تحقق من وجود الضرورة التي تستجوبها، وهذا أمر يرجع تقديره إلى التقدير الشخصي للقاضي يقرر فيه حسب الموضوع المعروض أمامه[6].

وقد قررت مجلة الأحكام العدلية هذا المبدأ في المادة (1815) من المجلة فنصت على أنه "يجري القاضي المحاكمة علنا ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم". وقال شارح المجلة: يجري القاضي المحاكمة بين الخصمين علنا أي أنه لا يمنع الأشخاص الذين يحضرون المحاكمة لسماعها من الحضور، ويثبت لزوم إجراء المحاكمة علنا بدليلين:

أولاً: أنه يجب عند الإيجاب إثبات حكم القاضي، فيجب على القاضي أن يوجد في مجلسه شهودا من أهل العدل ومن السامعين.

ثانياً: أن وجود القاضي في مجلس الحكم منفردا موجب للتهمة، ولكن لا يفشي الوجه الذي سيحكم به قبل الحكم لأنه إذا تمت المحاكمة ووجد سبب وشروط الحكم فالقاضي مجبور على إصدار الحكم فورا، أما إذا لم يكمل القاضي المحاكمة فيكون الشكل الذي يختم به المحاكمة غير معلوم كما أنه لا يعلم الحق في جانب أي منهما فإفشاء القاضي الحكم قبل إتمام المحاكمة هو تهمة في حق القاضي.

ثم قال شارح المجلة مقررا الاستثناء على علانية المحاكمة: "ومع أن المحاكمة تجرى علنا إلا أن المشاورة والمذاكرة في القضية تجرى خفية، فعليه إذا كانت الدعوى التي تجري فيها المحاكمة محتاجة للمشاورة ويحتاج القاضي إلى أن يتذاكر فيها مع أهل العلم فيذاكرهم خفية، ولا يذاكرهم علنا لأن المذاكرة العلنية تزيل مهابة المجلس، وتوجب اتهام الناس القاضي بالجهل، وتجري المذاكرة في ذلك إما في غرفة أخرى أو بإخراج الناس من غرفة المحاكمة"[7].

وتستند مشروعية المحاكمة السرية بهذا المفهوم العميق إلى أدلة شرعية من المنقول والمعقول، من أبرزها ما يلي:

1- قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ [النساء:58] ووجه الدلالة أن الله -تعالى- أمر ولاة الأمر بأداء الأمانة إلى الرعية في حقوقهم وما ائتمنوا عليه من أمورهم بالعدل بينهم في القضية والقَسْم بينهم بالسوية[8]، ومن إقامة العدل وأداء الأمانة ستر أعراض الناس وعدم إفشاء أسرارهم الخاصة وستر أعراضهم مما يستوجب المقام كتمه وعدم إذاعته على الملأ، وهذا يستدعي من ولاة الأمر والقضاة استحداث واتخاذ الوسائل الشرعية المناسبة لتحقيق هذه الغاية.

2- قوله – ﷺ-: (إنّ من شرّ الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه، ثم ينشر سرّها)[9]، ودلالة الحديث واضحة على حرمة إفشاء أسرار الزوجية خصوصاً وأسرار الناس يُستقبح نشرها على العلن عموما، لما فيه من ضرر عظيم[10]، وعلى القاضي وغيره ممن قد يضطر إلى الاطلاع على هذه الأسرار اتخاذ ما يمنع إفشاء هذه الأسرار إلا ما تستدعيه الضرورة الشرعية والقانونية.

3- أن الغاية من مشروعية القضاء إقامة العدل ونشر الأمن المجتمعي ومنع الاعتداء على الأموال والأعراض بالفعل أو بالقول، وأي طريق يستعان بها لإقامة هذه الغاية كما أراد الله هي من الدين، وليست مخالفة له[11].

4- للقاعدة الأصولية "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"[12]: ووجه الدلالة أن المصلحة المتحققة بالمحاكمة العلنية وهي ضمان سير العدالة وحرية التقاضي وسلامة إجراءات التقاضي، قد يعارضها مفسدة راجحة معتبرة شرعا، كتشويه سمعة الأسر والعائلات ونشر خصوصياتهم التي حرم الشرع المجاهرة بها، فعندئذ يتوجب درء تلك المفاسد واللجوء إلى صورة استثنائية أخرى للمحاكمة تتمثل بالمحاكمة السريّة.

5- النظر في مآل تطبيق المحاكمة العلنية فالغاية منها ضمان سير العدالة وسلامة الإجراءات القضائية، فإذا لم تؤد –في حالات معينة-إلى سلامة الإجراءات القضائية بمفهومها العام، فينبغي الالتفات عن التطبيق الآلي للمحاكمة بصورتها

العلنية، والعدول إلى صورة أخرى مناسبة لتحقيق الغاية المذكورة.

6- للقاعدة الأصولية: "الضرر يزال"[13]. لقول الرسول -صلى الله عليه وسلّم-: (لا ضرر ولا ضرار)[14]، ووجه الدلالة أنّ المحاكمة السرّية تتوجب كاستثناء عن الأصل العام للمحاكمة، لإزالة الضرر الحاصل أو المتوقع من إجراء المحاكمة علنية في حالات معينة من الدعاوى.

7- للقاعدة الأصولية: التصرّف على الرّعيّة منوط بالمصلحة[15]. وتعدّ هذه القاعدة من متعلّقات السياسة الشرعية في تنظيم شؤون الدولة والحكم فيها[16]، ووجه الدلالة أن على أولي الأمر والقضاة مراعاة مصلحة الناس المعتبرة شرعاً.

المبحث الثاني:

المسوغات القانونية للمحاكمة السرّية

قررت الشريعة الإسلامية مبدأ علانية المحاكمة، فكان القضاة يجلسون في المسجد الجامع –وهو مكان عام يحضره عموم الناس- للقيام بمهمة القضاء، وتتجسد أهمية العلانية في تأكيد نزاهة وحياد القضاء، إضافة لزجر من تحدثه نفسه ارتكاب المحظورات في مجلس القضاء وردعه، وفي ذلك أيضا تحقيق للطمأنينة لدى المتقاضين، إلا أن مبدأ العلانية ليس مطلقًا، فيمكن أن يقرر القاضي سرية المحاكمة إذا رأى من ظروف الدعوى أنه من الأفضل نظرها بوجود أطرافها ومن يتوجب حضوره فقط ممن له علاقة بالدعوى[17].

وقد أكد قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني هذه المبادئ الإجرائية أثناء سير المحاكمة، ضمانا لسير العدالة وحياد القضاء واستقرار العملية القضائية، فأكد مبدأ علانية المحاكمة كأصل عام يتعلق بالنظام العام الذي يترتب على مخالفته بدون مبرر قانوني بطلان المحاكمة، وحدد المسوغات القانونية المستوجبة للعدول عن المحاكمة العلنية في حال قنعت المحكمة بتحققها في وقائع الدعوى، فنصت المادة (46) منه: (تجري المحاكمة في المحاكم الشرعية بصورة علنية، إلا في الأحوال التي تقرر المحكمة إجراءها سرا، سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أم بناء على طلب أحد الخصوم، محافظة على النظام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة، وعلى دائرة الأمن أن تخصص أحد مأموري الضابطة لتنفيذ ما يأمر به القاضي لحفظ النظام بصورة دائمة أو مؤقتة عندما يطلب القاضي ذلك)[18]. على أنه يجب على القاضي أن يأمر بتدوين واقع المحاكمة في محضر الجلسة بكونها سرية، ويأمر بتدوين الأسباب القانونية المستوجبة لذلك.

فالأصل العام أن المحاكمات الوجاهية وحتى الغيابية تجري بصورة علنية، وبعكس ذلك تعدّ جميع الاجراءات باطلة، إلا أنه يجوز للقاضي أن يقرر إجراءها بالصورة السرية محافظة على النظام العام، أو مراعاة للآداب، أو لحرمة الأسرة، وله أن يخرج من قاعة الجلسة من يخلُّ بنظامها قولا أو فعلا أو إشارة أو يتسبب وجوده بذلك.

ولبيان المسوغات القانونية المستوجبة لسرية المحاكمة في قانون أصول المحاكمات الشرعية، تناول هذه المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول: المحافظة على النظام

يقصد بالمحافظة على النظام بمفهومه الواسع الأمن العام أو المصلحة العامة على المستوى الضيق والمستوى الواسع[19]، إلا أن مصطلح النظام العام يعدّ أكثر شمولية من مصطلح الأمن العام، فالنظام يشمل جميع عناصر الآداب التي يحترمها المجتمع الدستوري المنظم، ويتطور النظام العام بتطور العوامل الاجتماعية والسياسية والأخلاقية والهدف الأساسي من احترامه تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.[20] كما ويشمل مصطلح النظام كل ما له علاقة بنظام الجلسات وقاعات المحاكمة، بالإضافة الى نظام المجتمع والدولة على جميع المستويات.

الفرع الأول: النظام العام على مستوى المجتمع والدولة:

يعد مفهوم النظام من المفاهيم المرنة التي تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة وظروف القضية، فما تعارف عليه مجتمع ما بأنه نظام عام قد لا يتعارف عليه في مجتمع آخر، تبعا للعرف والعادات والتقاليد السائدة وأنماط الحياة المختلفة، وهذا يتمّ تقديره بناءً على نظرة القاضي من خلال سلطته التقديرية[21].

ومن أهم جوانب المحافظة على النظام هو الأمن العام للمجتمع والدولة ورموزهما، فإذا اقتضى الحفاظ على الأمن العام بهذا المعنى الحدّ من العلانية واللجوء إلى السرية، فإن ذلك يكون من واجبات المحكمة.[22]

فقد تتسبب المحاكمة العلنية إذا كانت تتعلق بأحد رموز الدولة أو المجتمع، بخطر يهدد الدولة والمجتمع وأمنهما، فيتوجب عندئذ إجراء المحاكمة بالصورة السرية[23]؛ فقد تؤدي علانية المحاكمة إلى التشهير والإساءة وترتب آثار سلبية على المجتمع والدولة[24]، ويعتبر المساس بالمركز الاجتماعي في مثل هذه الحالات سببا موجبا على المحكمة اعتباره من خلال المحاكمة بالصورة السرية وغيرها من الإجراءات القانونية المناسبة[25].

ويعدّ حظر وسائل النشر والإعلام من صور المحاكمة السرية للمحافظة على النظام العام، وأنّ أي مخالفة من جهة الصحافة لإفشاء أسرار المحاكمة السرية يترتب عليه عقوبات جزائية رادعة.[26]

ومن الشواهد الفقهية في هذا المجال مسألة تزكية الشهود، فقد أجاز الحنفية العلانية أو السرّية فيها، ثم قرروا أن التزكية سرّية، سترا للنّاس وتجنباً للمنازعات التي قد تحصل بين المزكين والشهود[27]. وقد أشار شارح المجلة في شرح الْمَادَّةُ (39) مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه "لَا يُنْكَرُ تَغَيُّرُ الْأَحْكَامِ بِتَغَيُّرِ الْأَزْمَانِ" إلى أن تزكية الشهود سرا وعلنا مبنيان على هذه القاعدة[28].

الفرع الثاني: النظام على مستوى قاعة المحاكمة، وسير إجراءات الجلسات القضائية:

من صور المحافظة على النظام في المحكمة منع إثارة الفتن داخل قاعة المحاكمة أو الفوضى لزعزعة نظام الجلسة، فقد يتسبب من له صلة بطرفي الخصومة بذلك، وقد يشكلون خطرا أو إخلالا بالأمن فيتم منعهم من دخول قاعة المحاكمة بأمر القاضي الذي يذكر سبب إبعادهم في محضر الجلسة[29]. والمحافظة على النظام في هذه الحالة يستلزم الإبقاء عليه مستقرا مما يعني اتخاذ إجراءات وقائية للمحافظة عليه، كما يشمل إعادة سير النظام في حالة المساس به فعلاً.

ومن الصور أيضا حماية الخصوم من الإساءة لهم بالفعل أو القول، وحماية الخصومة من تأثير النشر، فقد يتسبب الجمهور بنشر بعض التهويل والإثارة مما قد يؤثر على سير العدالة وتضليلها، وإخلال انتظام إجراءات الدعوى[30].

ومن صور اقتضاء السرية للمحافظة على النظام الداخلي منع الجمهور من الدخول إلى قاعة المحاكمة إذا كانت لا تتسع لغير الخصوم لتعددهم؛ مراعاة لسعة القاعة لمنع حصول الفوضى وللمحافظة على الانضباط والهدوء[31] حتى لا يشوش ذلك على الهيئة القضائية والخصوم كذلك.

كما وتُستوجب المحاكمة بالصورة السرية إذا خشي القاضي نشر أقوال الخصوم مما قد يؤثر على مصداقية الشهود قبل الإدلاء بشهادتهم أو نشر أقوال شاهد قبل الانتهاء من سماع باقي الشهود مما يعد تضليلاً للعدالة وإعاقة سيرها[32].

كما تستوجب المحاكمة السّرّيّة في حالات خاصة للابتعاد عن التّحيّز والتأثّر بالرأي العام[33]، ففيها تعزيز للاستقلال القضائي[34]، ليصدر القاضي حكمه بناء على ما يراه مناسبا في القضية وفق الأصول المعتبرة، دون الالتفات لرأي جمهور النّاس الّذين قد يؤثرون أو يشوشون على القاضي بتواجدهم، قال تعالى: "فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا" (سورة المائدة: 48).

المطلب الثاني: مراعاة الآداب العامّة

يقصد بها مجموعة العادات التي تواطئ عليها وارتضاها مجتمع ما[35]، أو مجموعة العادات التي تواضع عليها المجتمع حتى ولو كانت غير ملزمة ولكنها تتصل اتصالا وثيقا بحماية النظام الاجتماعي[36]، فهي مسألة نسبية تختلف من دولة لأخرى ومن عرف لآخر[37]، فكل ما يمسّ الآداب التي تعارف عليها المجتمع يعتبر مخلّا بالآداب والفضيلة.

إن الاعتداء على الآداب العامة في المجتمع يعدّ اعتداء على الأخلاق الاجتماعية، فالآداب العامة وطيدة الصلة بالشعور العام لجميع أفراد المجتمع، وللحفاظ على حياة مستقرة آمنة للمجتمع لا بدّ من الاهتمام بشعور أفرادها الأخلاقي الاجتماعي[38].

ومن هنا كانت مراعاة الآداب العامة بهذا المفهوم من أبرز وأهم المسوغات الموجبة لسريّة المحاكمة[39]، فإذا تبين للقاضي تحقق هذا

المسوغ يقرر عقد الجلسة سريّة ويدون في المحضر مباشرة المحاكمة السرية والأسباب التي استدعت هذا الإجراء وهو الحفاظ على الآداب العامّة والأخلاق التي يجب أن تراعى وتحترم حسب المصلحة المرجوّة.

ولتحقيق هذا المقصد قد يحظر القاضي وجود وسائل النشر والإعلام في الجلسات، على أن يكون ذلك الحظر معلنا للجمهور كي يتسنى للجميع العلم به.[40]

المطلب الثالث: مراعاة حرمة الأسرة

المحافظة على الأعراض من الابتذال والامتهان مقصد ضروري وأولي للشرع الحنيف، قال تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ وَيَحْفَظُواْ فُرُوجَهُمْۚ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْۗ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا يَصْنَعُونَ ٣٠ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَاۖ﴾ [النور:30-31].

فقد عنيت الشريعة كلّ العناية بضبط نظام العائلة، فشرعت الأحكام لحفظها وصونها للحفاظ على أعراض الناس وأنسابهم حتى تستقرّ وتستقيم حياة المجتمع[41]، فحفظت أعراض الناس من الابتذال والامتهان والمساس بها، وسدّت باب الشكّ في النسل والعرض.[42]

وعلى هذا الأساس نص الدستور الأردني على أن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي ويقوي أواصرها وقيمها، ويحمي الامومة والطفولة والشيخوخة ويرعى النشء[43]، ومن مقتضيات هذه المادة ألا تؤدي المحاكمات القضائية المتعلقة بالأسرة، إلى الإخلال بكيانها وتفكيك أواصرها وهدم قواعد الاحترام والتكافل بين أفرادها، وتشويه أو الجهر بخصوصياتها أمام المجتمع، مما يؤدي إلى تحطيم أفراد العائلة تبعا، وهنا تظهر مدى أهمية إجراء المحاكمة السرية في بعض أنواع الدعاوى ذات الخصوصية الأسرية والعائلية، لما قد يترتب على كشف بعض الأمور المتعلقة بتفاصيل الدعوى جلب ضرر يفوق الفائدة المتوخاة من تقرير علنية المحاكمة.

فالضرر المعنوي الذي قد يصيب الأسرة والعائلة والأقارب، مما يمسّ سمعتهم على نطاق المجتمع، يجب تفاديه، ومن شروط الضرر الذي ينظر إليه بعين الاعتبار على أنه ضرر أن يكون شخصيا أي أنه يصيب أحد الخصوم بشخصه ويتحقق ذلك بالنسبة لأي فرد من أفراد الأسرة ولو لم يكن خصما مباشرا فيها، وأن يكون الضرر محققاً أو شبه محقق ولا شك أن الإخلال بسمعة الأسرة ضرر ليس بعده ضرر، وأن يكون الضرر مستنداً إلى حق مشروع يحميه القانون، وهذا متحقق دستورياً وقانوناً.[44]

كما أن حماية سمعة الفرد الخاصة محمية بموجب الدستور، فقد نصت ذات المادة السادسة منه أنه تكفل الدولة تكفل الطمأنينة لجميع الأردنيين، ولا شك من صور الطمأنينة حماية حق الخصوصية التي يتمتع به كل شخص للحفاظ على سمعته وعدم التشهير به ولو كان أمام القضاء إلا ما تستدعيه الضرورة، فإذا أدت علانية المحاكمة في حالات خاصة إلى

الإضرار به وبسمعته أو كانت القضية من القضايا التي فيها مساس بكرامته أو عِرضه مما يتعدى أثره إلى الغير.[45]

وتظهر أيضا أهمية الحفاظ على خصوصيّة الأسرة بمنع وسائل الإعلام والاتصال الحديثة التي أصبحت بمتناول الجميع، فلا بدّ من الخصوصيّة والكتمان في بعض القضايا الّتي تمسّ أعراض النّاس وشرفهم، للحفاظ على سمعتهم والخصوصيّة في بيت الزوجية[46].

ومن صور هذه الدعاوى أمام المحاكم الشرعية مما يمسّ حرمة الأسرة وأسرارها العائلية والزوجية الخاصة، الادعاء بجريمة الزنا في دعوى التفريق بين الزوجين للعان، وفي دعوى نفي النسب أيضا، وذكر أسرار الزوجية في دعاوى إثبات الطلاق، والتفريق للعيوب الجنسية، والتفريق للشقاق والنزاع.

المبحث الثالث: صور وضوابط المحاكمة السرية

المطلب الأول: صور المحاكمة السرية

الفرع الأول: المحاكمة السرية الكليّة

المحاكمة السرية بشكل كلي تعني أن تكون جلسات المحاكمة بصورة سرية من بدايتها وحتى نهايتها وقبل النطق بالحكم النهائي، وغالباً ما تكون هذه المحاكمات سرية بشكل كلي بناءً على موضوع القضية الحساس والخطير المستوجب للسرية الكاملة، مثل الدعاوى المتعلقة بأعراض الناس وأسرارهم العائلية[47].

ويقصد من ورائها حماية الخصوم أو حماية النقاشات التي تدور بين القضاة وذلك حماية لحقوق الخصوم[48]، ويكون إجراء المحاكمة في جلسة سرية بقرار يصدر بهذا الغرض من القاضي مع ذكر وبيان أسباب السريّة في محضر الجلسة علنا[49]، وعلى دائرة الأمن أن تخصص أحد مأموري الضابطة لتنفيذ ما يأمر به القاضي بخصوص ذلك[50].

الفرع الثاني: المحاكمة السريّة الجزئية

وهي التي تكون من بدايتها علنية، إلاّ أنّ أموراً طرأت على القضية مما يستدعي صيرورتها سريّة، كأن يحظر النشر نسبياً عندما يكون مرتبطاً بموافقة ذوي الشأن أو موافقة السلطة المختصّة[51]، وقد تكون المحاكمة السرية جزئية بالنسبة إلى بعض الإجراءات دون غيرها كسماع شاهد معين أو جزء من شهادة واقعة معينة[52].

وقد تكون المحاكمة سرية بشكل جزئي إذا اقتصرت على فئات معينة وليس على جميع الجمهور[53]، أو أن تبدأ المحاكمة بشكل علني ثم يأتي دور سماع شاهد معيّن فتقرر المحكمة سماعه بشكل سري لتعود بعد ذلك الى العلانية[54]، وأمّا إذا كان الخبر المنشور لا يلحق الضرر بالسرية كنشر ميعاد الجلسات وأي خبر لا يؤثر على مسار المحاكمة أو على شخص الخصوم فإنه لا يستدعي السرية[55].

فالسرّيّة جزئيا قد لا تشمل جميع جلسات المحاكمة، فتكون في جلسة أو جلستين فقط نظراً للمصلحة المرجوّة، كما أنه يشار فيما بعد إلى ما جرى بالجلسات السرّيّة بالرموز دون تفصيلات أمام الجمهور، كقول القاضي الدليل الأول والثاني دون ذكره لتفصيلاته.[56]

والمحاكمة السرية الجزئية تتنوع إلى فرعين تبعاً للأشخاص أو لموضوع الدعوى:

أ) محاكمات سريّة تبعاً للأشخاص الذين تجري محاكمتهم، مثل قضايا الأحداث، وتسمّى بالمحاكمة السريّة الوجوبية[57]، أو أن تكون الدعوى متعلّقة بسرّ خاصّ يمسّ أمن الدولة أو أحد رموزها وفي إذاعته إفساد للدعوى أو إخلال بأمن الدولة واستقرارها[58]، أو منع شخص أو أشخاص من حضور المحاكمة خشية الإخلال بنظام العام أو الأمن للمحكمة نظراً لصلتهم بأطراف الخصومة[59].

ب) محاكمات سريّة تبعاً لموضوع الدعوى الذي يقتضي السريّة[60]، مثل قضايا الطلاق التي فيها مساس بالعِرض، أو منع صغار السنّ من حضور بعض المحاكمات التي فيها شهادات مخلّة بالآداب أو بالحياء[61] وتسمّى بالمحاكمة السرية الجوازية نظراً لترك موضوع تقديرها للقاضي حسب موضوع الدعوى[62].

المطلب الثاني: ضوابط المحاكمة السرّية

إنّ مقاصد الشريعة الإسلامية وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل معا[63]، ولتحقيق هذه المصالح في المحاكمة السرّيّة على أكمل وجه كان لا بدّ من ذكر ضوابط لتحقيقها في جملة من الضوابط الشرعيّة منها:

الفرع الأول: الضوابط الشرعية

أ) ضابط الضروريات

وهي التي تراعي مصالح الدنيا والآخرة، حيث إذا تغيّبت لم تقم مصالح الدنيا فيها وإذا وُجدت تحققت المصالح وسهلت الحياة، وهذا هو المقصد الكلّي الرابع الّذي أقرّه الإسلام في نصوصه وأحكامه، ولعلّ حفظ الأعراض من أبرز ضوابط الضروريّات الموجودة للمحاكمة السريّة، فإذا تحقق القاضي من وجود مصلحة في جعل المحاكمة سريّة حفاظاً على العِرض كان له أن يصدر قراراً بسريّتها تحقيقاً لهذا الضابط.

ب) ضابط الحاجيّات

وهو ما تحتاجه الأمّة لاستقامة أمرها ومصالحها وهو لا يبلغ مبلغ الضروري لكن بدونه صعبت الحياة وتعسّرت[64]، ومن الحاجيّات التي تقع بالمحاكمة وتستوجب بجعلها سرّية أمور انتساب النسل إلى أصله[65] في دعاوى إثبات النسب ونفيه.

ج) ضابط التحسينيّات

وهو الأخذ بمحاسن العادات وأطيبها، وتجنّب المفاسد من العادات، أي هي مكارم الأخلاق الفضلى،[66] قال تعالى: "إِنّ الله يَـأْمر بِالْعَـدْلِ وَالْإِحْسَان" (سورة النحل 16)، فإنّ الله -تعالى- كتب الإحسان على كلّ شيء، والإحسان في جلب المصالح ودرء المفاسد هو قمّة الإحسان[67] المأمور به الإنسان، ومن الإحسان الّذي يقوم به القاضي بقرار جعل المحاكمة السريّة لتفادي السيئ من القول، ودرء المفاسد المتوقعة من علانية المحاكمة في أحوال ومسوغات مخصوصة.

الفرع الثاني: الضوابط القانونية للمحاكمة السرّية

أ) ضابط استقلال القضاء

ويعدّ هذ الضابط من أوضح الضوابط وأبرزها في اتخاذ المحاكمة السرّيّة، ومن أوجه ضوابط الاستقلال القضائي ما يلي:

1) يجب أن يتمتع القاضي المشرف على القضية باستقلالية تامّة في وظيفته القضائية،[68] وذلك بإبعاده عن أي ضغوطات خارجية قد يسببها الجمهور أو سلطة أخرى، وهذا يعدّ سبباً في جعل المحاكمة السرّيّة[69].

2) يجب أن يتمتّع القاضي بصفة الحياد وعدم الانحياز وحفظ الأسرار وقوّة الملاحظة وسرعة التّصرّف واتّخاذ القرار، وكلّ هذه الصفات هي التي تخوّله لإجراء المحاكمة سريّة[70].

3) يجب أن يتمتع القاضي بصفة التخصص بأن يكون مؤهلاً ولديه من الخبرة ما يمكنه من كفاءة هذا المنصب[71].

ب) ضابط تحديد المحاكمة السرّيّة بإقرارخاص

وذلك لأنّ الأصل العام في المحاكمات هو العلنية أمّا السريّة فهي الاستثناء الذي يرد عليها كما جاء في مادة (46) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، ويستلزم هذا الضابط السرعة غي إجراءات المحاكمة السريّة وذلك حتى تعود إلى أصلها في العلنية بأقصى سرعة.

فيجب تدوين جميع إجراءات المرافعة وما يُطرح في المحاكمات[72]، ويعدّ التدوين شرطا جوهريا لوجود الإجراء قانونا، فتدوين إقرار جعل المحاكمة سرّيّة يعدّ نوعاً من إثباتها، وتبرز أهميّته في الإجراءات الخاصة كالمعاينة التي تقتضي السّرّيّة وذلك حتى يبقى على سرّيّته وحتى لا يضطر إلى إعادته مرّة أخرى[73].

ج) ضابط الجزاء التأديبي للمخلّ بالمحاكمة السريّة

وهذه الجزاء يعدّ قواعد أساسية لتوفير الاحترام اللائق بمجلس القضاء[74]، فللقاضي الحقّ بإيقاع الجزاء التأديبي المناسب للمخلّ بالمحاكمة السريّة، وهذا الضابط يعدّ مهمّاً لحماية أسرار المحاكمة السرية بالإضافة إلى حماية المتّهم من الإساءة التي قد تصيبه بفعل نشر وقائع محاكمته، كما أنّ الضابط لإيقاع هذه العقوبات هو التّدرج في إيقاع العقوبة المناسبة وذلك حسب كبر أو صغر إخلاله ونشره لوقائع المحاكمة[75].

د) ضابط النطق بالحكم

وضابط النطق بالحكم يجب أن يكون دائماً علنياً ولا تقبل فيه السريّة ولا بأي حال من الأحوال[76].

الخاتمة:

أولاً: النتائج

1. المحاكمة السريّة هي منع الجمهور ممن ليس له علاقة بالدعوى من حضور جلسات المحاكمة كلها أو بعضها، لمسوغات استثنائية قانونية تقتنع المحكمة بتحققها.
2. الأصل العام أن المحاكمات الوجاهية وحتى الغيابية منها أن تجري بصورة علنية، وبعكس ذلك تعدّ جميع الاجراءات باطلة، إلا أنه يجوز للقاضي أن يقرر إجراءها بالصورة السرية محافظة على النظام العام، أو مراعاة للآداب، أو لحرمة الأسرة.
3. أكد قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني مبدأ علانية المحاكمة كأصل عام يتعلق بالنظام العام الذي يترتب على

مخالفته دون مبرر قانوني بطلان المحاكمة، وحدد المسوغات القانونية المستوجبة للعدول عن المحاكمة العلنية في حال قنعت المحكمة بتحققها في وقائع الدعوى.

4. تبرز أهمية المحاكمة السرية بكونها إجراء قضائي يسلكه القاضي أثناء سير الدعوى، بغية الحفاظ على مصالح الخصوم والمجتمع المتمثل بالأمن الأسري والمجتمعي.
5. يترتب على الإخلال بالمحاكمة السرّية وإفشائها، عقوبات جزائية يخضع بعضها للسلطة التقديرية للقاضي، وبعضها نصّ عليه قانون العقوبات.
6. تخضع المحاكمة السرّية لطلبات الخصوم في الدعوى ورغبتهم أن تسير المحكمة بهذا النوع من المحاكمات، وبعضها الآخر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي رعاية للمصلحة العامة في المجتمع، وعدم إثارة ما يخدش الحياء أو الشرف.

ثانياً-التوصيات:

1. إيلاء المحاكمة السرية العناية اللازمة، والتوسع في هذا النوع من صور المحاكمات لما لها من أثر إيجابي على الخصوم والمجتمع في كثير من الدعاوى ذات الخصوصية، التي يترتب على الإفشاء بتفاصيلها عواقب وخيمة على الخصوم والمجتمع.
2. تحديث قوانين أصول المحاكمات الشرعية وتضمينها النصوص القانونية التي تحدد بدقة مفهوم هذه المحاكمة، وأنواعها وبيان حالاتها وضوابطها وغاياتها.
3. يوصي الباحثان إعادة النظر في مفهوم المحاكمة العلنية، وخصوصا في القضايا الأسرية والعائلية في مرفق القضاء الشرعي، بالنظر إلى الغاية التي شرعت من أجلها علانية المحاكمة والتي من أهمها منع التعدي على حقوق الناس، وحيث إننا في زمن ضعف فيه الوازع الديني فيوصي الباحثان بتضييق التوسع في إجراء المحاكمة علنا في الدعاوى الأسرية والعائلية، وقصر الحضور من الجمهور على أصحاب الصلاح والخبرة والفقه، ومنع من تسول له نفسه الاطلاع على خصوصيات الأسر المستورة، وفي ذلك رجوع إلى الغاية التي شرعت من أجلها علنية المحاكمة، وتطبيق فعلي لما جرى عليه سلفنا الصالح في فهمهم وتطبيقهم لعلنية المحاكمة حيث كانوا يحرصون على حضور أهل العلم والخبرة القضائية في مجالس القضاء بصفتهم شهود عدل على مجريات المحاكمات وكأعوان للقضاء.

الهوامش:

(1) انظر: ابن منظور، جمال الدين الأنصاري، لسان العرب، بيروت، دار صادر، 1414هـ، ط3، ج12، ص 142.

(2) انظر: الأزدي، علي بن حسن النهائي الملقب كراع النمل، المنجد في اللغة، تحقيق: أحمد مختار عمر وضاحي عبد الباقي، القاهرة، عالم الكتب، 1988م، ط2، ص225.

(3) انظر: المرصفاوي، حسن صادق، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1973م، ص30.

(4) انظر: محمد أحمد الرواشدة، ضمانات استقلال القضاء في الاسلام، دراسة مقارنة بالقانون الأردني، رند للنشر والتوزيع، ص337.

(5) انظر: وكيع، أبو بكر محمد (المتوفى: 306هـ)، أخبار القضاة، المحقق: صححه وعلق عليه وخرّج أحاديثه: عبد العزيز مصطفى المراغي، الرياض، مكتبة المدائن، 1366هـ=1947م، ط1، ج2، ص197.

(6) انظر: سلمان حمد محمد الهدية، ضمانات المتهم أثناء المحاكمة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، 2005، ص 62.

(7) انظر: حيدر، علي(ت1353ه)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (تعريب فهمي الحسيني)، دار الجيل، 1411هـ-1991م، ط1، ج4، ص587،624،623.

(8) انظر: الطبري، محمد بن جرير(ت310ه)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، عمان، مؤسسة الرسالة،1420ه، ط1، ج8، ص492.

(9) انظر: مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج(ت:261ه)، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، دار إحياء التراث العربي، كتاب: النكاح، باب: تحريم إفشاء سرّ المرأة، حديث(1437)، ج2، ص1060.

(10) انظر: هنان، ملكية محمد، مسؤولية الموظف العام في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه – الجامعة الأردنية، 2006م، ص178.

(11) انظر: ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر (ت 751ه)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، ص13-14.

(12) أنظر: السيوطي، جلال الدين، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، 1990م، ط1، ص90. وأنظر: شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، الأردن، دار النفائس، 2015م، ط4، ص182.

(13) انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص86. وأنظر: الزرقا، أحمد، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دمشق، دار القلم، 1989م، ط2، ص179. وانظر: شبير، القواعد الكليّة والضوابط الفقهية، ص163.

(14) انظر: ابن ماجه، محمد، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، حديث رقم (2340)، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ج2، ص784.

(15) انظر: شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص352. وانظر: الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص309. وانظر: الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، 2015م، ط13، ص317.

(16) انظر: شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ص352. وانظر، الندوي، القواعد الفقهية، ص317.

(17) انظر: علي فضل ابو العينين، ضمانات المتهم في مرحلة المحاكمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص64.

(18) انظر: المادة (46)، قانون رقم 31 لسنة 1959 (قانون أصول المحاكمات الشرعية لسنة 1959) وتعديلاته، المعدل آخر بقانون معدل رقم 11 لسنة 2016 (قانون معدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية لسنة 2016) المنشور في الجريدة الرسمية في العدد 5392 على الصفحة 2076 بتاريخ 2016/4/17م، والساري بتاريخ 2016/7/16م، والمشار إليه في هذه الدراسة بـ قانون أصول المحاكمات الشرعية.

(19) انظر: التلهوني، بسام سمير، السرية في الدعوى الجزائية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية،1991م، ص109. وانظر: عبيد، موفق علي، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، عمان، دار حامد للنشر، 2015م، ط1، ص192.

(20) انظر: عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، ص193.

(21) انظر: شرقاوي، أحمد خليفة، قواعد القضاء العلني وحدوده في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة مركز صالح عبدالله كامل للاقتصاد الإسلامي، مجلد 18، عدد 54، 2014م، ص199.

(22) انظر: عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، ص194. وانظر: رمدو، نورة، قيود النشر في قانون الإعلام لحماية سير القضاء، مجلة منازعات الأعمال، مجلد 21، 2017م، ص 82.

(23) انظر: الفاعوري، فتحي توفيق، علانية المحاكمات الجزائية في الأردن مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، أطروحة دكتوراة في القانون العام، عمان، 2006م، ص88.

(24) انظر: خوين، حسن بشيت، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، دار الثقافة-عمان، 1998م، ص88.

(25) انظر: الكيلاني، فاروق، محاضرات في أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، دار المروج، 1995م، ط3، ج1، ص414.

(26) انظر: بكار، حاتم، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، الإسكندرية، منشأة المعارف،1997م، ص198.

(27) انظر: السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1993م، ج16، ص91.

(28) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج1، ص48.

(29) انظر: القريش، مختار أحمد موسى، إجراءات المحاكمة الجنائية بين قانوني الإجراءات الجنائية لسنة 1991م وقانون القوات المسلحة لسنة 2007م، رسالة دكتوراه –جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2016م، ص31.

(30) انظر: القريش، إجراءات المحاكمة الجنائية، مرجع سابق، ص 35.

(31) انظر: خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ص87. وانظر: التلهوني، السرية في الدعوى الجزائية، ص86.

(32) انظر: أيهم حسن، الحماية الجنائية للخصومة من تأثير النشر، مجلة جامعة البعث، مجلد 38، العدد 3. 2016م، ص123.

(33) انظر: بكار، حاتم، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، ص559.
(34) انظر: الزعبي، عوض أحمد، أصول المحاكمات المدنية، عمان، دار وائل للنشر، 2006م، ط2، ج1، ص40.
(35) انظر: بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، ص197.
(36) انظر: التلهوني، السرية في الدعوى الجزائية، ص109.
(37) انظر: فودة، عبدالحكم، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، المجلة الكبرى، دار الكتب القانونية، 1994م، ص12. وانظر: بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، ص196.
(38) انظر: عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، ص195.
(39) انظر: خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ص99.
(40) انظر: بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، ص198 - ص199.
(41) انظر: ابن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، القاهرة، دار السلام، 2014م، ط6، ص173.
(42) انظر: ابن عاشور، المرجع السابق، ص182.
(43) انظر: انظر المادة السادسة، من دستور المملكة الاردنية الهاشمية، المنشور في العدد 1093 على الصفحة 3 بتاريخ 1952/1/8م، المعدل بتعديل الدستور الأردني لسنة 2016 المنشور في العدد 5396 على الصفحة 2573 بتاريخ 2016/5/5م، والساري بتاريخ 2016/5/5م.
(44) انظر: الكيلاني، محاضرات في أصول المحاكمات الجزائية، ج1، ص414.
(45) انظر: عبيد، سرية التحقيقات الجزائية وحقوق الدفاع، ص32.
(46) انظر: الربابعة، أسامة علي الفقير، أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، عمان، دار النفائس، 2005م، ط1، ص405.
(47) انظر: المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، ص29.
(48) انظر: الفاعوري، علانية المحاكمات الجزائية في الأردن مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، ص92.
(49) انظر: خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ص101.
(50) انظر: المادة (46)، قانون أصول المحاكمات الشرعية النافذ.
(51) انظر: رمدوم، نورة، قيود النشر في قانون الإعلام لحماية سير القضاء، مجلة منازعات الأعمال، مجلد 21،2017م، ص81.
(52) انظر: المرصفاوي، ضمانات المحاكمة في التشريعات العربية، ص31.
(53) انظر: الفاعوري، علانية المحاكمات الجزائية في الأردن مقارنة بالتشريعات الفرنسية والمصرية، ص91.
(54) انظر: التلهوني، السرية في الدعوى الجزائية، ص103.
(55) انظر: رمدوم، قيود النشر في قانون الإعلام لحماية سير القضاء، ص83.
(56) انظر: الربابعة، أصول المحاكمات الشرعية الجزائية، ص405.
(57) انظر: الهواري، شعبان محمود، مدى تأثير الإعلام على المحاكمات الجنائية، جامعة سرت، كلية القانون، بحث مقدم إلى المؤتمر الرابع لكلية الحقوق، جامعة طنطا، 2017، ص12.
(58) انظر: التلهوني، السرية في الدعوى الجزائية، ص84.
(59) انظر: القريش، إجراءات المحاكمة الجنائية بين قانوني الإجراءات الجنائية، ص31.
(60) انظر: أيهم حسن، الحماية الجنائية للخصومة من تأثير النشر، ص116.
(61) انظر: التلهوني، السرية في الدعوى الجزائية، ص84.
(62) انظر: الهواري، مدى تأثير الإعلام على المحاكمات الجنائية، ص12.
(63) انظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات، تحقيق: عبدالله دراز، القاهرة، دار الحديث، ج2، ص262.
(64) انظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص91.
(65) انظر: المرجع السابق، ص90.
(66) انظر: الشاطبي، الموافقات، ج2، ص267.
(67) انظر: العز بن عبدالسلام، عز الدين عبد العزيز، الفوائد في اختصار المقاصد، المحقق: إياد خالد الطباع، دمشق، دار الفكر المعاصر، 1416هـ، ط1، ص34.
(68) انظر: بوراس، نادية، ضمانات المتعلقة بالقواعد الأساسية للتحقيق الابتدائي، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر – كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلد ع (4)، 2005م، ص188.
(69) انظر: كامل، محمد عبيد، استقلال القضاء، القاهرة، منشورات نادي القضاة، 1991م، ط1، ص779.
(70) انظر: التلهوني، السرية في الدعوى الجزائية، ص99.
(71) انظر: الرواشدة، ضمانات استقلال القضاء، ص143.
(72) انظر: بكار، حماية حق المتهم في محاكمة عادلة، ص235.
(73) انظر: بوراس، ضمانات المتعلقة بالقواعد الأساسية للتحقيق الابتدائي، ص197.
(74) انظر: الرواشدة، ضمانات استقلال القضاء، ص165.
(75) انظر: سرية التحقيق الابتدائي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016م، ص689.
(76) انظر: شرقاوي، قواعد القضاء العلني، ص201.

" فَسْخُ النِّكَاحِ بِسَبَبِ الإِيْدِزبين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية اليمني رقم(20) لسنة 1992م "
" دراسة مقارنة "

د. مصطفى بن سميط*

تاريخ وصول البحث:2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2021/2/22م

الملخص

تتناول هذه الدراسة فَسْخ النِّكَاحِ بِسَبَبِ الإِيْدِز بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية اليمني رقم(20) لسنة 1992م، ويقصد بفَسْخ النِّكَاحِ بِسَبَبِ الإِيْدِز حلُّ عقد النكاح بنحو لفظ الفسخ؛ وذلك لوجود فيروس الإيدز: (HIV 1)، أو(HIV 2).

وتتجلى أهمية هذه الدراسة فيما تثيره من مسائل بالغة الأهمية كتحديد الحكم الشرعي الموجب لإمكان إعطاء حق فسخ النكاح للطرف المتضرر بسب وجود الإيدز في الطرف الآخر، وخاصة مع تعذر فراق الزوجة بالطلاق عند الجمهور.

وبناءً على ذلك قسمت الدراسة على أربعة مباحث تناولت ابتداء التعريف بالإيدز وفسخ النكاح، ثم كيفية الإصابة بالإيدز وخطورته، ثم العيوب المبيحة لفسخ النكاح، وقياس الإيدز عليها، ثم دوران فسخ النكاح مع العلاج.

وأنهيت بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات التي يرى الباحث أنها ذات قيمة في هذا مجال الدراسة.

Deductive Annulment of the Marriage Contract due to HIV/AIDS Comparative Study between Islamic Fiqh Schools and Yemeni Juristic Law

Abstract

The paper will clarify the meaning of annulment، its parameters and the differences between annulment and divorce. Secondly، it will elucidate the seven defects which establish the right of annulment according to the Shāfi'īs; their proofs; and show that they are not limited to these seven.

* أستاذ مساعد، كلية الشريعة، جامعة الأحقاف، اليمن.

Subsequently، in the chapter that deals with the legal causes set out by the Shāfi'īs، the paper will establish HIV/AIDS [as one of these defects] by way of *qiyās* (analogy) with either leprosy or impotence as well as the legal consequences of each analogy.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على الرسول الأمين سيدنا وحبيبنا محمد وعلى آله وصحبه أجمين وبعد:

فإن العلاقة الأسرية المتينة بين الزوجين تتسم بالرسوخ والثبات، ولا تنفك إلا بإرادة الزوج الانفصال عن زوجته بالطلاق، أو إرادة الزوجة وذلك عن طريق الخلع، وإرادة الزوج تشكل مفصلا أساسيًّا في الطلاق، وكذا في الخلع على خلاف فيه؛ سواء وجد سببًا يخول الفراق أو لم يجد.

وقد ينفصل الرابط الأسري بين الزوجين بغير الطلاق لأسباب يعدّ عدمُها أمرًا ضروريًّا لبقاء العلاقات الأسرية، ويتعسر معها المعاشرة الزوجية؛ كالجنون والجذام، وفي حصرها وحَدِّها تراثٌ فقهيٌّ مترامي الأطراف.

لكن ثمة أسبابًا حديثة قد توجب فسخ النكاح، وتحتاج هذه الأسباب إلى نظر واستنباط وفكر؛ لكي نهتدي إلى حكمها الشرعي المستنير بالكتاب والسنة وأقوال فقهاء ومحرري المذاهب المعتبرة.

ومن جملة تلكم المسائل هذه المسألة محل البحث، التي تبحث فسخ النكاح بسبب الإيدز.

مشكلة الدراسة:

إن أهم المشاكل التي تهدف الدراسة لمعالجتها هي:

- ما حكم فسخ النكاح بمرض الإيدز على مقتضى قواعد المذاهب الفقهية الأربعة وأصولها وفروعها وقانون الأحوال الشخصية اليمني؟
- ما هي الأصول والنظائر المناسبة لأن يقاس الإيدز عليها؟، مع تحقيق مناط علة القياس.
- هل يمكن أن يدار فسخ النكاح أو عدمه على إمكان العلاج، أو عدمه؟، أو على استعمال وسائل تقي من انتشاره؟
- ما حكم الفسخ بالإصابة بفيروس الإيدز إذا لم تتطور الإصابة إلى مرض الإيدز؟

- التعرف على مدى توافق المواد القانونية المتعلقة بفسخ النكاح في قانون الأحوال الشخصية اليمني للنصوص الشرعية وأقوال الفقهاء.

أهمية الدراسة:

ترتكز أهمية هذه الدراسة على النقاط الآتية:

- تحديد الحكم الشرعي -الظاهر، والمحتمل- الموجب لإمكان إعطاء حق فسخ النكاح للطرف المتضرر بسبب وجود الإيدز في الطرف الآخر، وهو أمر في غاية الأهمية؛ إذ يحمي الشرع حينئذٍ الطرف الآخر من عدوى الإيدز التي قد تنشأ من استمرار العلاقة الزوجية؛ خاصة إذا كان الطرف المصاب هو الزوج؛ إذ يتعذر على الزوجة عند الجمهور فراقُه بالطلاق.
- تسليط الضوء على أمور مهمة ينبغي للباحث والمفتي في مذهب ما اعتبارها؛ كالتصور الدقيق من أهل التخصص، وتحقيق مناط العلل، والتفريع على الحكم المتوصل إليه.

أهداف الدراسة:

أهم أهداف هذه الدراسة:

- بيان التصور العلمي لفيروس الإيدز، والتصور الفقهي لـ: "معنى فسخ النكاح".
- تحديد العيوب المبيحة لفسخ النكاح.
- قياس الفرع محلّ الدراسة على الأصول والنظائر المناسبة.
- التفريع على الحُكْم المستنبط من الدراسة.

منهج الدراسة:

تعتمد الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي في مباحثها المنقولة؛ كالتعريف بالإيدز، وفسخ النكاح، والعيوب المبيحة لذلك الفسخ، والتصورات المتخللة للدراسة، والأصول التي يمكن القياس عليها للوصول للحكم الشرعي.

كما ارتكزت الدراسة على المنهج الاستنباطي للتوصل للأحكام من خلال الأقيسة المستخدمة في البحث، وما يتفرع عليها.

الدراسات السابقة

من الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع بحث الدكتور عمر سليمان الأشقر-رحمه الله- الموسوم بـ" الأحكام الشرعية المتعلقة بمرضى الإيدز"، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2001م، المجلد الأول ص25-88، ونقطة التقاء ذلك البحث بالدراسة التي بين أيدينا ما ذكره الباحث في المطلب الثاني من المبحث الثاني، فقد تكلم فيه الأشقر عن إلحاق مرض الإيدز بالعيوب التي ينفسخ بها عقد الزواج؛ فقد ذكر أربعة أقوال في إمكان إلحاق عيوب جديدة؛ قول ابن القيم الحنبلي بإمكان ذلك، وقول الظاهرية بعدم إمكان الإلحاق، وظاهرُ قول الشافعية مع المالكية والحنابلة في تحديد العيوب، وخلاف أبي حنيفة وأبي يوسف مع محمد بن الحسن في حصر عيوب النكاح الموجبة للفسخ وعدمه، ورجح الأشقر قولَ ابن القيم.

وبالرغم من أن الأشقر ذكر أنه على أرباب المذاهب الثلاثة أن يعدوا الإيدز مرضًا موجبًا

للفسخ إلا أنه لم يستنبط ذلك من نفس تفريعات الفقهاء.

وعمومًا فما ذكره الأشقر هو جزءٌ يسير من هذه الدراسة الاستنباطية؛ فتختلف الدراسة التي بين أيدينا عن هذا البحث باتساعها في بحث فسخ النكاح بالخصوص، مع عرض الأقيسة، وتحليل عللها، والتفريع عليها، وبحث حكم دوران الفسخ مع العلاج، وغير ذلك.

ومن الدراسات السابقة كذلك بحث للباحث: عاطف محمد أبوهربيد مكون في إحدى وأربعين صفحة بعنوان: "أثر مرض الإيدز على الزوجين، وما يتعلق به من الأحكام" (الجامعة الإسلامية بغزة، كلية الشريعة والقانون، مؤتمر كلية الشريعة والقانون الدولي الأول، "التشريع الإسلامي ومتطلبات الواقع"، في الفترة: 13-14 صفر 1427هـ/ الموافق 13-14 مارس 2006م)، **وقد رتب الباحث بحثه على أربعة مباحث، وهي:**

1. حقيقة مرض الإيدز، ووسائل انتقال العدوى.
2. التكييف الشرعي لمرض الإيدز.
3. حقوق الزوجين عند مرض الإيدز.
4. حقوق الجنين عند مرض الإيدز.

لكن هذا البحث لم يأتِ بزيادة على ما قدمه الأشقر، بل أقر الباحث أبوهربيد نفسه أن بحثه ليس جديدًا، وأن الأشقر سبقه لذلك، وأن بحثه إخراج لنفس الموضوع في ثوب جديد.

ومن الدراسات السابقة كذلك بحث "إثبات عيوب النكاح بالوسائل الطبية المعاصرة، وأثره في عقد الزواج" للدكتور صلاح الدين طلب فرج، **وقد قسم بحثه إلى ثلاثة مباحث:**

المبحث الأول: حقيقة إثبات عيوب النكاح، وأثرها على عقد الزواج.

المبحث الثاني: ماهية الوسائل الطبية المعاصرة، وأهميتها، وما يثبت بها من عيوب النكاح.

المبحث الثالث: حجية إثبات عيوب النكاح بالوسائل الطبية المعاصرة، وأثره على عقد النكاح.

والبحث منصبٌّ على إثبات عيوب النكاح بالوسائل الطبية المعاصرة، وليس على الفسخ بالعيوب؛ وإن تعرض عرضًا في المطلب الثاني من المبحث الأول لأقسام عيوب النكاح وأثرها على عقد الزواج، ورجح ما رجح ابن القيم بدون تفصيل، نعم استحسن أن يضاف قيد للفسخ حينئذ، وهو: "كون العيب خفيًّا غيرَ واضح".

كما يوجد في الشبكة العنكبوتية بعض الفتاوى المختصرة تبحث موضوع فسخ النكاح بسبب الإيدز؛ ففي موقع "إسلام أون لاين" فتوى بعنوان: "مرض الإيدز، وأثره في فسخ النكاح"، في حدود صفحة تقريبًا، ورابطها هو: https: //fatwa.islamonline.net/9300

وأيضًا في موقع: " إسلام ويب "فتوى بعنوان: "حكم فسخ النكاح إذا أصيب الزوج بالإيدز"، في حدود صفحة كذلك، ورابطها هو:

https://www.islamweb.net/ar/fatwa//42739

خطة البحث

المبحث الأول: التعريف بالإيدز وفسخ النكاح.

المطلب الأول: التعريف بالإيدز.

المطلب الثاني: التعريف بفسخ النكاح.

المبحث الثاني: كيفية الإصابة بالإيدز وخطورته.

المطلب الأول: كيفية الإصابة بالإيدز.

المطلب الثاني: خطورة مرض الإيدز.

المبحث الثالث: العيوب المبيحة لفسخ النكاح، وقياس الإيدز عليها.

المطلب الأول: العيوب المبيحة لفسخ النكاح.

المطلب الثاني: قياس الإيدز على عيوب النكاح.

المبحث الرابع: دوران فسخ النكاح مع العلاج.

المطلب الأول: فسخ النكاح مع العلاج الكلي.

المطلب الثاني: فسخ النكاح مع وسائل الوقاية من انتشاره.

الخاتمة.

المبحث الأول

التعريف بالإيدز وفسخ النكاح

المطلب الأول: التعريف بالإيدز

فيروسُ الإيدز هو: فيروسٌ من فصيلةِ الفيروسات القهقرية (Retrovirus)، وحَجْمُهُ صغيرٌ جدًّا؛ أصغر من(1/1000ملم)[1]، ولا يستطيع أن يتكاثر، أو يعيش مدةً طويلةً؛ إلا داخل خلايا جسم الإنسان، ويغلِّف الفيروسَ غلافٌ خارجيٌّ يتألف من بروتينات خاصة به[2].

ويوجد نوعان من فيروس الإيدز، هما: (HIV 1)، و(HIV 2)[3]، ولكليهما فصائل.

المطلب الثاني: التعريف بفسخ النكاح

جعل الشرع الشريف العلاقة الزوجية من أهم الروابط التي تربط الأفراد لتكوين الأسرة التي تعتبر نواةً للمجتمعات.

وقد نفَّر الشرع من هدم الكيان الأسري، قال ﷺ ((أَبغَضُ الحَلاَلِ إلى اللهِ عزَّ وجلَّ الطَّلاَقُ))[4].

وبالرغم من ذلك فقد يحتاج الزوجان للفراق بفسخ أو طلاق، قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[البقرة: 229].

والفسخ لغة: النقض، يقال: فسَخَ الشيءَ يفسَخُه فَسْخاً فانْفَسَخَ: نَقَضَه[5].

والمعنى الشرعي لفسخ النكاح هو: حلُّ عقد النكاح بعيب، أو تغرير، أو عتق؛ بنحو لفظ الفسخ[6].

ومن أهم الفروق التي بين الفسخ والطلاق ما يأتي:

1. الطلاق لا يكون إلا من الزوج، بينما الفسخ ممكن أن يكون من الزوجة مطلقًا، أو الزوج[7] على خلاف فيه، كما سيأتي.
2. الفسخ لا يُنْقِصُ عددَ الطلقات، بخلاف الطلاق؛ فلو فسخ نكاحها في ثلاثة عقود حلت به قبل زوج، ولو طلقها في ثلاثة عقود لم تحل له إلا بعد زوج[8].
3. الفسخ بعيب الزوج أو عيب الزوجة قبل وطءٍ يسقط المهر، وبعده يوجب مهر المثل إن فسخ بمقارن أو بحادث بين العقد والوطء، وإلا فالمسمى[9].
4. لا بد في الفسخ بالعيوب من الرفع إلى الحاكم ليفسخ بحضرته بعد ثبوته[10].

5. والدليل الشرعي لاعتبار الفسخ ما رُوي عن عبد الله بن عمر قال: تزوج رسول الله ﷺ امرأةً من بني غِفَار، فلما أُدخِلَتْ رأى بكشحها[11] وضحًا؛ فردها إلى أهلها، وقال: ((دلَّسْتُم عليَّ))[12].

وقول عليٍّ ﷺ: ((أيّما رجل نكح امرأة وبها برص، أو جنون، أو جذام، أو قَرَن فزوجها بالخيار))[13]، وقيس الرتق على القَرَن[14].

وعنه أيضًا ﷺ قال: ((يؤجَّلُ العِنِّيْنُ سنة، فإن وصل، وإلَّا فُرِّق بينهما))[15].

والأصل في ذينك الأثرين أن يكونا عن توقيف[16].

وقد أوضح قانون الأحوال الشخصية اليمني فسخ النكاح في باب كامل عقده لذلك، وسنقتصر هنا على المواد القانونية ذات العلاقة بالموضوع، وهي:

مادة (43): ينتهي الزواج بالفسخ، أو بالطلاق، أو بالموت.

مادة (44): يشترط في الفسخ لفظه، أو ما يدل عليه.

مادة (45): لا يفسخ الزواج الا بحكم المحكمة، ولا يترتب على الفسخ شيء قبل الحكم به، وإذا كان سبب الفسخ مما يجعل المرأة غير حل للرجل امتنعت المعاشرة الزوجية، ووجب الحيلولة بينهما إلى حين الحكم بالفسخ، وفي جميع الأحوال إذا كان الفسخ بعد الدخول تجب العدة أو الاستبراء عند الحكم به.

مادة (56): الفسخ للأسباب المتقدمة والمبينة في هذا الباب يعتبر بينونة صغرى، ولا يهدم عدد الطلقات، ولا يعد طلقة[17].

المبحث الثاني

كيفية الإصابة بالإيدز وخطورته

المطلب الأول: كيفية الإصابة بالإيدز

لا يعدّ الفيروس كائنًا حيًّا إلا عندما يقتحم خلية العائل، ويتكاثر فيها؛ فيؤدي إلى موت الخلية التي تنفجر لتخرج الفيروسات حديثة الولادة التي تكونت داخل الخلية[18].

وينقسم هذا المطلب إلى هذين الفرعين:

الفرع الأول: مراحل تطور الإصابة بفيروس الإيدز.

تتطور الإصابة بفيروس الإيدز على ثلاث مراحل[19]، هي:

المرحلة الأولى: العدوى الحادَّة، وتسبب أعراضًا تشبه أعراض الإِنْفلوَنْزَا؛ من الحمى، وآلام المفاصل، والصداع، وتورم الغدد.

المرحلة الثانية: الكمون السريرية (clinicallatency)، وفيها يتواجد الفيروسُ، ويتطور، دون أيّ أعراض تشيرُ إلى الإصابة بالمرض.

المرحلة الثالثة: الإيدز، وهو ظاهرة مرضِيَّة مكتسبة يصاب بها المريض، يمكن تسميتها بالفشل المناعي، أي: الفشل في جهاز المناعة الطبيعية، ومن مكونات هذا الجهاز كرات الدم البيضاء والجهاز الليمفاوي.

واسم الإيدز لفظٌ مختصِر لكلمات أربع تُكَوِّنُ الاسمَ العلميَّ للمرض باللغة الإنجليزية، وهو:

(AcquiredImmunitydeficiencysyndrome)[20]

أي: نقص المناعة المكتسبة.

الفرع الثاني: طرق انتشار فيروس الإيدز

لفيروس الإيدز ثلاثُ طرق رئيسة ينتشر بها، وهي:

الطريقة الأولى: عن طريق الاتصال الجنسي إذا كان أحدُ الطرفين مصابًا، وأكثر من 80% من الحالات المصابة بالفيروس أصيبت عن طريق الاتصال الجنسي[21].

كما أن هناك ممارسات جنسية تزيد من خطر العدوى مثلُ اللواط[22].

الطريقة الثانية: من الأم المصابة الى جنينها أثناء فترة الحمل، أو الولادة، أو الرضاعة، ويتراوح خطرُ انتقال الفيروس من الأم الحاملة للفيروس إلى وليدها بين 25-50% بلا علاج، و5% معه[23].

الطريقة الثالثة: نقلُ الدم أو منتجاته الملوَّثة بالفيروس[24].

كما ينتقل أيضًا باستخدام ما كان ملوَّثًا بالفيروس من الإبر، أو أدوات ثقب الجلد والأغشية المخاطية[25].

والمخدراتُ شديدةُ الصِّلةِ بانتشار الإيدز عن طريق استعمال الإبر الملوَّثة.

وتصل نسبة انتقال فيروس الإيدز بالإبر في بعض البلدان إلى 30% [26].

المطلب الثاني: خطورة مرض الإيدز

نشأ فيروس في "كينشاسا"، عاصمة "الكونغو الديموقراطية"، حوالي عام 1920م. وتم التعرف عليه أول مرة في عام 1981م، وبحلول عام 2009 م كان قد تسبب فيما يقارب بـ30 مليون حالة وفاة.

ويعيش ما يقارب 35.3 مليون شخص مع فيروس نقص المناعة البشرية، وما يقارب 17.2 مليون منهم من الرجال، و16.8 مليون من النساء، و3.4 مليون أقل من 15 سنة[27].

وقد أودى بحياة 770 ألف شخص في عام 2018م[28].

ويمكن أن نلاحظ خطورة مرض الإيدز حسب المرحلة التي وصل إليها:

فالمرحلة الأولى: نادراً ما تظهر أيّ أعراض أو دلائل على الإصابة بالمرض، لكن قد يصاب المريض بأعراض الإنفلونزا العاديّة عند بداية إصابته بالمرض، ثم تختفي هذه الأعراض بعد أسبوعين على الأكثر، كما يلاحظ المريض حدوث انتفاخات في الغدد الليمفاويّة، وقد يصاب المريض بطفح جلدي[29].

المرحلة الثانية: هذه المرحلة غير محدّدة بوقت زمنيّ محدّد، فهي تختلف من شخص لآخر وتتراوح ما بين السنة إلى أكثر من تسع سنوات، لكن هذا الفيروس في هذه الفترة يكون قد تمكّن من جسم الإنسان ودمّر مناعته الجسديّة بشكل كبير، في هذه المرحلة، قد تظهر بعض الأعراض على المريض، فقد يصاب بالإسهال الشدّيد، وفقدان سريع للوزن، وارتفاع في درجة حرارة الجسم، ويشعر المريض كذلك بضيق في التّنفس[30].

المرحلة الثالثة: وهي المرحلة الأخيرة من الإصابة بهذا الفيروس، تبدأ الأعراض الأكثر خطورة بالظّهور على جسم الإنسان بشكل واضح، فيصبح أكثر عرضة للإصابة بالسّرطانات المختلفة، والالتهابات الرئويّة الحادّة، بينما

تكـون الأعـراض المزمنـة التي تـلازم المـريض تـتخلص في الآتي: الإسـهال المـزمن، والصّـداع الدائم، وفقدان كبير للوزن، وحدوث اضطراب في الرؤيـة، وظهـور نقـاط بيضـاء دائمـة وجـروح غريبـة في اللّسـان وجـوف الفـم، كمـا يعـاني المـريض مـن القشـعريرة الدائمـة أو الحمـى الدائمة وكذلك من التعرّق اللّيلي الزائد[31].

كما يتسبب مرض الإيدز في كثير من الأمراض الرئوية، والعصبية والنفسية، والأورام العادية والخبيثـة، بالإضـافة إلـى العـدوى الانتهازيـة الأخرى[32].

المبحث الثالث

العيـوب المبيحـة لفسـخ النكـاح وقيـاس الإيـدز عليها

المطلب الأول: العيوب المبيحة لفسخ النكاح

وينقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفـرع الأول: العيـوب المبيحـة لفسـخ النكـاح في الفقه الإسلامي.

اتفق الأئمة الأربعة على الفسخ بعيوب النكاح، وإنما اختلفوا في تعدادها كما يلي:

الحنفيـة: أجمـع الحنفيـة أنـه لا فسـخ بعيـوب المرأة، وأما عيوب الرجل فقال أبو حنيفة وأبو يوسـف بثبـوت الفسـخ في الجـب[33] والعنـة[34]، وتوسـع محمـد بـن الحسـن فأثبـت الفسـخ بكل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر.

قـال الزيلعي: " وقـال محمـد -رحمـه الله- تـرد المـرأة إذا كـان بالرجـل عيـب فـاحش بحيـث لا تطيق المقام معه"[35].

وقـال الكاسـاني: " خلـو الـزوج عمـا سـوى هـذه العيـوب الخمسـة مـن الجـب، والعنـة والتأخـذ والخصاء والخنوثة هل هو شرط لزوم النكاح؟ قـال أبـو حنيفـة، وأبـو يوسـف ليس بشـرط، ولا يفسـخ النكـاح بـه، وقـال محمـد: خلـوه مـن كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون[36] والجذام[37] والبرص[38] شـرط لـزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح"[39].

المالكيـة: ذكـر المالكيـة أن العيـوب في الرجـل والمـرأة ثلاثـة عشـر؛ أربعـة يشـتركان فيهـا، وهي: الجنون والجذام والبرص والعذيطة[40]، وأربعة خاصة بالرجل، وهي: الخصاء والجب والاعتراض والعنـة، وخمسـة خاصـة بـالمرأة، وهي: الرتـق[41] والقرن[42]والعفل[43] والإفضاء والبخر[44].

الشـافعية: أجـاز الشـافعية الخيـار في فسـخِ النِّكاح؛ فللـزوج أن يفسـخ عقـد النكاح إن وَجَـدَ في زوجته جنونًا، أو جذامًا، أو برصًا، أو رتقًا، أو قرنًا[45].

كمـا أن للزوجـة أن تفسـخ عقـد النكـاح إن وجدت في زوجها جنونًا، أو جذامًا، أو برصًا، أو جَبًّا لذكره، أو عُنَّة [46].

ونُقـل عـن القاضي حسـين[47]، والشـيخ زاهـد السرخسـي[48] إمكـان الفسـخ بكل عيـب يكسـر شهوة التوقان.

الحنابلـة: عيـوب النكـاح عنـد الحنابلـة ثمانيـة: ثلاثـة يشـترك فيهـا الزوجـان؛ وهـي: الجنـون، والجـذام، والبرص. واثنـان يختصـان بالرجـل؛ وهما الجب، والعنة. وثلاثة تختص بالمرأة؛ وهي الفتق، والقرن، والعفل[49].

ومال ابن القيم إلى أن كل عيب ينفر الزوج الآخـر منـه ولا يحصـل بـه مقصـود النكـاح مـن الرحمة والمودة يوجب الخيار[50].

وعلى الجانب الآخر فقد نص الظاهرية على عدم الفسخ بأي عيب[51].

الفرع الثاني: العيوب المبيحة لفسخ النكاح في قانون الأحوال الشخصية اليمني

أثبت القانون اليمني الفسخ بمرض الإيدز؛ لأنه اعتبر كلَّ مرض معدٍ مستعص علاجُهُ مرضًا يجوّز فسخ النكاح، ونصه في المادة (47): لكل من الزوجين طلب الفسخ إذا وجد بزوجه عيبًا منفردًا سواء كان العيب قائمًا قبل العقد أو طرأ بعده. ويعتبر عيبًا في الزوجين معًا: الجنون والجذام والبرص، ويعتبر عيبًا في الزوجة: القرن والرتق والعفل. ويسقط الحق في طلب الفسخ بالرضاء بالعيب صراحة أو ضمنًا إلا في الجنون والجذام والبرص وغيرها من الأمراض المعدية المستعصي علاجها فإنه يتجدد الخيار فيها وإن سبق الرضاء. ويثبت العيب إما بالإقرار ممن هو موجود به، أو بتقرير من طبيب مختص[52].

المطلب الثاني: قياس الإيدز على عيوب النكاح

يتبين مما تقدم من أقوال الأئمة أننا لا نحتاج لقياس فسخ النكاح بالإيدز على قول محمد بن الحسن وابن القيم والقاضي حسين، وزاهد السرخسي؛ إذ يدخل الفسخ به في عموم كلامهم.

وكذلك لا نحتاج للقياس في مذهب الظاهرية؛ فقد نصوا على عدم الفسخ بأي عيب مهما كان، كما سبق كذلك.

كذلك أغلق أبو حنيفة وأبويوسف باب القياس على العيبين الموجبين للفسخ عندهما، وهما الجب والعنة.

قال الزيلعي: " وفي الجب والعنة إجماع الصحابة، ولا يمكن القياس عليهما"[53].

وليس المراد من منع أبي حنيفة وأبي يوسف القياس المنع المطلق، بل الموجب للفسخ حسب الظاهر عندهم هو كل عيب يمنع من حقيقة الوطء.

ويدل على ما ذكرناه إلحاقهم الخصي بالعنين[54]، وإلحاقهم كذلك بالعيوب المذكورة التأخذ والخنوثة[55].

وأما المالكية والشافعية - غير القاضي حسين، والشيخ زاهد السرخسي- والحنابلة - غير ابن القيم- فظاهر كلامهم يوحي بحصر العيوب الموجبة لفسخ النكاح في تلك العيوب السبعة.

قال الكشناوي: "لا خيار بغير هذه العيوب أي: الثلاثة عشر المتقدم ذكرها، وأما غيرها من العيوب فلا رد بها"[56].

وقال الإمام النووي: ((ما سواها [أي: السبعة] من العيوب لا خيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور))[57].

وقال الشيخ زكريا: ((وخرج بها [أي بالعيوب السبعة] ما سواها؛ من: بَهَقٍ[58]، وَإِغْمَاءٍ، وَبَخَرٍ[59]، وَصُنَانٍ[60]، وَاسْتِحَاضَةٍ، وَعَمًى، وَزَمَانَةٍ[61]، وَبَلَهٍ، وَخِصَىً[62]، وَخُنُوثَةٍ وَاضِحَةٍ، وَإِفْضَاءٍ[63]، وَعَدْيَطَةٍ، وهي التغوط عند الجماع، وعيوبٍ تجتمعُ فتنفِّرُ تنفيرَ البرصِ، وتكسرُ شهوةَ التائق؛ كقروحٍ سَيَّالة فلا تُثْبِتُ الخيار))[64].

وقال ابن قدامة: " لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه"[65]، أي: من العيوب الثمانية.

لكنَّ ذلك الظاهرَ غيرُ مراد؛ إذ يُبْطِلُ حصرَ عيوبِ النكاح زيادتُهم على تلك العيوب فالشافعية مثلًا زادوا الإغماءَ الدائمَ الميؤوس من زواله[66].

وألحقوا المرأة ضيقة المنفذ بالرتقاء إن كان يحصل إفضاؤها بالوطء من كل واطئ كما أشار إليه الرافعي في الديات، كما قاسوا كبير الآلة بحيث لا تسع حشفته امرأة على العنين، وبه صرح الغزالي في الديات[67].

بل عدّ الخفاف في عيوب الرجل كونه مشعر الإحليل، قال الزركشي: وينبغي على قياسه كون المرأة خشنة المدخل بحيث يتأذى المدخِل[68].

كما نقل الشيخان[69] عن الماوردي ثبوت الفسخ فيما إذا وجدها مستأجرة العين وأقراه[70].

بل يفهم من قولهم في بعض العيوب التي لم يرتضوها: "إنها ليست في معنى ما ذكر"[71] -أي: ليست في معنى العيوب السبعة المذكورة-، يفهم من ذلك أنه لو وُجِد عيب في معنى العيوب التي نصوا عليها لجرى فيها حكمها.

وكذلك نص الحنابلة على مثل ذلك؛ فيما إذا كان أحد الزوجين لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار، كما ألحق بعضهم بذلك من به الباسور[72]، والناصور[73]، والقروح السيالة في الفرج، لأنها تثير نفرة، وتتعدى نجاستها، وقال أبوحفص العكبري: والخصاء عيب يرد به[74].

فيدل ذلك على أنهم لم يريدوا الحصر الحقيقيَّ، بل كلامهم لإخراج عيوب معينة نصُّوا عليها.

وعلى ذلك فحصر عيوب النكاح فيه نظر؟!!

وكسرُ موهمِ حصرِ العيوب يدعونا إلى ما هو أعمق من ذلك، وهو البحث عن العلل التي صارت بها تلك العيوبُ عيوبًا؛ لنعلم إمكانَ دخولِ الإصابة بالإيدز في معنى أحد هذه العيوب؛ لاشتراكه معه في علته من عدمِ ذلك.

وبالتأمل في علل العيوب التي ذكرها الفقهاء نرى أن الإصابة بالإيدز بالإمكان أن تُلحق بالجذام والبرص، كما بالإمكان أن تُلحق بالعنَّة.

نعم يعدُّ فيروس الإيدز(HIV) هو المسبب لمرض الايدز(AIDS)؛ فمرض الإيدز ناتجٌ عن مهاجمة فيروس الإيدز جهازَ المناعة في جسم الإنسان، وهو جهازُ دفاع الجسم ضد الأمراض[75].

وإذا تلف الجهاز المناعي للشخص عن طريق الفيروس تتطور الإصابة بالفيروس إلى مرض الإيدز، الذي يعني نقص المناعة المكتسبة: (AIDS: Acquired Immune Deficiency Syndrome).

وهذا يعني أنَّ الجسمَ غيرُ قادر على مكافحة الجراثيم، والأمراضِ العادِيَّة، ويصبح الشخص أكثرَ عرضةً للإصابة بالأمراض؛ فثمة فرق بين مرض الإيدز وفيروس الإيدز.

ويكفي لفسخ النكاح الإصابة بالفيروس؛ وإن لم تحدث إصابةٌ بالمرض الذي يفقد الإنسان جهاز المناعة؛ وذلك لأن الفقهاء أثبتوا الفسخَ عند استحكام الأمراض المبيحة للخيار في النكاح.

ومرادهم بالاستحكام عدمُ قبول العلاج، كما سبق.

قال الجملُ نقلًا عن الشوبري: ((جزم المصنف [أي: الشيخ زكريا] تبعًا لابن الرفعة؛

باعتبار الاستحكام في الجذام والبرص؛ حيث قال: (ومستحكِم)، وهو -بكسر الكاف- اسم فاعلٍ من استحكم الشيءُ، أي: صار محكمًا، قاله الجوهريُّ؛ فاستفعل بمعنى أفعل، وكأنهما لما بلغا مبلغًا لا يقبل العلاجَ، أو تعسر لزما محلَّهما))[76].

ولا يخفى أنه بمجرد إصابة الإنسان بفيروس الإيدز لا يمكنه الشفاء منه بعلاج إلى وقت كتابة البحث.

وتقدم أن الإصابة بالإيدز بالإمكان أن تُلحق بالجذام والبرص، كما بالإمكان أن تُلحق بالعنَّة: أولاً: قياس الإصابة بالإيدز على الجذام والبرص. إن علل الجذام والبرص الموجبة لجعلهما عيبين يُفسَخُ النكاح لأجلهما يظهر وجودها في مرض الإيدز للناظر بغير كبير تأمل.

قال الإمامُ الشافعيُّ: ((فإن قال قائل فهل فيه [أي: في فسخ النكاح بالعيب] من علة جعلتَ لها الخيار غير الأثر ؟، قيل: نعم؛ الجذام، والبرص فيما يزعم أهلُ العلمِ بالطب والتجارب تُعدِي الزوجَ كثيراً، وهو داء مانعٌ للجماع، لا تكاد نفس أحدٍ أن تطيبَ بأن يُجَامِع من هو به، ولا نفس امرأة أن يجامِعَها من هو به، فأما الولدُ فبَيِّنٌ -والله تعالى أعلم- أنه إذا وَلَدَهُ أجذمُ، أو أبرصُ، أو جذماءُ، أو برصاءُ قلما يسلم، وإن سلم أدرك نسله، ونسأل الله العافية))[77].

وقال عليش: " السابقة [أي: العيوب الموجبة للفسخ] تعافها النفوس وتُنقص الاستمتاعَ المقصود من النكاح، ومنها ما يسري في الولد مع شدته، وعدم استطاعة الصبر عليه كالجذام والجنون"[78].

وقال ابن قدامة: " لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه [أي: من العيوب الثمانية]؛ لأنه لا يمنع من الاستمتاع المعقود عليه، ولا يخشى تعديه، فلم يفسخ به النكاح، كالعمى والعرج"[79].

فالعلل الموجبة للفسخ -كما هو ظاهر في النصوص السابقة- ثلاثُ عللٍ، وهي:

1. تفويتُ التمتعِ المقصودِ من النكاح، أو الإخلالُ به[80].
2. عيافةُ النفسِ إتيانَ من به جذام، أو برص.
3. خوفُ انتقالِ عدوى الجذام والبرص للزوج، أو الزوجة، أو الولد[81].

وأجاب الماوردي عمَّا يقتضيه كلامُ الشافعي من مخالفةٍ لما ورد من نفي العدوى -كقوله ﷺ: ((لا عدوى ولا طيرة))[82] -بقوله: ((فإن قيل: فكيف جعل الشافعيُّ في الجذام والبرص عدوى، وهذا قول أصحاب الطبائع، وقد كذبه الشرع ومنع منه. قيل: إنما منع الشرعُ من أن الطبيعة هي التي تُحدِثُ العدوى، كما يزعم الطِّبُّ، ولا يمنع أن الله تعالى قد جعل فيها العدوى، كما جعل في النار الإحراق، وفي الطعام الشبع، وفي الماء الرِّي))[83].

ومن باب تحقيق مناطِ[84] عِلَّةِ العدوى بالفيروس إذا نظرنا إلى تعليل الفقهاء فيما يتعلق بعدوى الأمراض التي أثبتوا فيها فسخ النكاح نجدهم قد يعللون بـ((خوف العدوى))، وقد يعللون بـ((كثرة العدوى)).

قال الشربيني-معللًا لعبارة النووي: ((ويتخير بمقارنِ جنون، وكذا جذام، وبرص في الأصح))-((للعارِ، وخوفِ العدوى للنسل)) [85].

وقال ابن حجر: ((والجذام والبرص يعديان المعاشرَ، والولدَ، أو نسله كثيرًا)) [86]، وقال مثلُ ذلك الرمليُّ أيضًا[87].

والعبارة السابقة عن الشافعي تفيد كثرة العدوى، ولكن نقل العمراني عن الشافعي أيضًا التعبير بخوف العدوى[88].

ولا يخفى أن التعليلَ بـ((خوف العدوى)) أشملُ من التعليل بـ((كثرة العدوى))، فيظهر أن العدوى -وإن لم تكن أكثرية- كافيةٌ لإثبات الخيار؛ بدليل أن الجذامَ عَدُّوه مرضًا مثبتًا للخيار، بالرغم من أن ظهورَ المرضِ الناتج من العدوى أمرٌ نادرُ الحدوث نسبيًّا[89]، بينما يكون الباقون لديهم مناعةٌ ذاتيةٌ ضِد المرض.

وبالنسبة لفيروس الإيدز فقد تكون العدوى فيه أكثرية؛ كما لو انتقل بلواط، وكما لو جامع امرأة من دبرها، أو مع جُرحٍ في فرجها، أو في حالة الحيض، وكذلك العدوى كثيرة الانتقال إلى النسل؛ إذ يولد نحو ثلث الأطفال مصابين بفيروس الإيدز إذا كانت الأم مصابة بالفيروس[90].

ومن ناحية أخرى قد تكون العدوى قليلةَ الوقوع، وذلك في العلاقات الزوجية السَّوية؛ وإن كانت لا تخلو من خوف الانتقال.

ويبقى أن انتقال العدوى ليس حتميًّا، وبالرغم من ذلك يثبت خيار الفسخ بالإصابة بالإيدز مطلقًا؛ بناء على هذا القياس.

ويتحصل مما مر أن الإصابة بالإيدز تلحق بالجذام والبرص؛ لأنه يشاركهما في جميع علله السابقة، وهي الإخلالُ بمقصود النكاح، وعيافةُ النفس إتيانَ من أصيب بذلك، وانتقال العدوى.

ويضاف إلى ذلك أن مريض الإيدز يمكنه الوطء حسًّا كالمجذوم والأبرص، بخلاف العنين.

ويتفرع على إلحاق الإصابة بالإيدز بالجذام والبرص أمور، من أهمها:

أوَّلًا: إن المصاب بالإيدز ليس كفؤًا لسليمة منه، فلا يجوز لولي المرأة أن يزوجها بمن أصيب بالإيدز، وله أن يمنعها من أن تتزوج بمن به ذلك؛ لأن وليَّها يُعَيَّر بذلك، ولأن ذلك المرض قد يتعدى إليها وإلى نسلها[91].

بل يحرم على وليِّها أن يزوِّجها بمن تتضرر بمعاشرته؛ كأعمى، وشيخ هرم[92][93]؛ وإن كان كفؤًا لها.

ثانيًا: لولي الزوجة أن يفسخ النكاح إن تم، ثم علم أن الزوجَ كان حال عقد النكاح مصابًا بالإيدز [94].

ثالثًا: للزوج أن يفسخ عقد النكاح إن أصيبت زوجته بالإيدز كما أن للزوجة الفسخ إن أصيب زوجها به، ولكلٍّ منهما الفسخ بوجود فيروس الإيدز في الطرف الآخر وإن كان هو نفسه مصابًا[95].

رابعًا: لا فرق في فسخ الزوجة لعقد النكاح لفيروس الإيدز بين أن تكون الإصابة مقارنة لعقد النكاح، أو حادثة بعده، ولا بين أن تكون قبل الوطء أو بعده.

خامسًا: لا يُلغِي حقَّ الزوجة في الخيار تسبُّبُها في إصابة زوجها بالإيدز؛ كأن تكون هي التي أصيبت أوَّلاً، ثم انتقلت العدوى منها لزوجها[96].

سادسًا: إذا علمت المرأةُ إصابةَ زوجِها بالإيدز قبل الزواج فليس لها الفسخُ بعد الزواج؛ على تفصيل في ذلك[97]، وكذلك إن علمت بأنه مصابٌ بعد الزواج، واختارت البقاءَ معه[98].

سابعًا: في حالة ما لو تعذر فسخُ النكاح، ورضيت الزوجة بالبقاء مع زوجها المصاب يجوز لها الامتناع عنه، ولا تكونُ ناشزةً بذلك[99].

ويحرم عليها أن تمكنه من نفسها إذا تحققنا أنها لو مكَّنته من نفسها ستصاب بالإيدز، أو ظننا الإصابة[100].

ثانيًا: قياس الإصابة بالإيدز على العنَّة

إن العلة في جعل العنَّة مرضًا يحق للزوجة به الفسخ مركبةٌ من أمرين، هما:

الأول: أن العنة لا يمكن زوالها.

والثاني: عدم إمكان الجماع مع وجود العلة.

قال ابن حجر: ((سكوتهما [أي النووي الرافعي] في موضع على أن المرض المأيوس من زواله ولا يمكن معه الجماع في معنى العنَّة إنما هو؛ لكون ذلك من طُرُق العنَّة؛ فليس قسمًا خارجًا عنها))[101].

وهذه العلة بشِقَّيها موجودةٌ في الإصابة بالإيدز؛ فهو ميؤوس من زواله، ولا يمكن معه الجماع شرعًا؛ لأنه يؤدي إلى ضرر الزوجة؛ لأن الزوج سيعديها به.

ويدل على ذلك أيضًا أن إلحاق الفقهاء بالعنة مجموعةً من الأمراض التي تحمل هذا المعنى السابق كالشلل، والهرم، وكِبَر الذَّكَر[102].

وبالرغم من أن قياس الإصابة بالإيدز على الجذام والبرص أو على العنة يقتضي الخيارَ في فسخ النكاح، إلا أن التفريع على القياس الثاني يختلف عن التفريع على القياس الأول؛ فيتفرع على قياس الإصابة بالإيدز على العنة أمور أخرى وخاصة عند الشافعية، من أهمها:

أوَّلًا: لا خيار للزوج مطلقًا بإصابة الزوجة بالإيدز، ويمكنه أن يطلقها إن لم يردها[103].

ثانيًا: لا خيار لولي الزوجة مطلقًا[104].

ثالثًا: لا يثبت الخيار للزوجة إلا في حالة ما لو تزوجها وهو مصاب بالإيدز، أو أصيب بعد أن تزوجها وقبل أن يطأها.

أما إن أصيب الزوج بعد الوطء فلا خيار لها[105]، ولعل الأولى التفريق بين الإصابة بالإيدز والعنَّة في هذه الحالة الأخيرة؛ لأن المانعَ من الوطء في العنَّة ونحوِها طبعيٌّ، والمانعَ في الإصابة بالإيدز من الوطء شرعي.

وعليه فللزوجة الخيار بعد وطء زوجها وإصابته بالإيدز.

والذي ترجح للباحث أولوية قياس الإصابة بالإيدز على الجذام والبرص من قياسها على العنَّة لأمرين، هما:

الأول: وجود العدوى في الإصابة بالإيدز كالجذام والبرص، بخلاف العنَّة.

والثاني: يترتب على قياس الإصابة بالإيدز على العنَّة أنه لو أصيب الزوج بالإيدز بعد زواجه ووطئه زوجته فلا خيار لها عند الجمهور[106]؛ كما قالوا بذلك في العنة، وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى؛ لتعرض الزوجة للإصابة بالإيدز إذا وطئها زوجها.

المبحث الرابع

دوران فسخ النكاح مع العلاج

المطلب الأول: فسخ النكاح مع العلاج الكلي

إن أحكام فسخ النكاح بالمرض التي يثبُت بها فسخ النكاح –ماعدا الجنون والعنَّة- تدور مع إمكانية العلاج وجودًا وعدمًا.

ولهذا نصَّ الفقهاء على أن الرتقَ والبرصَ يُثبتان الخيارَ إن استحكما، وأن معنى الاستحكام عدمُ قابلية العلاج.

قال الجمل -نقلًا عن الشوبري-: ((جزم المصنف [أي: الشيخ زكريا] تبعا لابن الرفعة؛ باعتبار الاستحكام في الجذام والبرص؛ حيث قال: (ومستحكِم)، وهو -بكسر الكاف- اسم فاعل من استحكم الشيءُ، أي: صار محكمًا، قاله الجوهريُّ؛ فاستفعل بمعنى أفعل، وكأنهما لما بلغا مبلغًا لا يقبل العلاج، أو تعسر لزما محلهما))[107].

وقال البجيرمي: ((واستحكامه [أي: الجنون] بأن لا يقبل العلاجَ، وعدمُ استحكامه أن يقبل العلاج))[108].

وقال القليوبي: ((المراد به في البرص ألا يقبل العلاج، أو أن يزمن، أو يتزايد)) [109].

وقال إمام الحرمين: ((وإن استحكمت العلة، وقَطَع أهل البصائر بأنها لا تُدفع بعلاج))[110].

ويفسر قولَه هذا إناطتُه الحكمَ بالاسوداد في الجذام في موضع آخر؛ حيث قال: ((إذا اسودَّ العضوُ، وحَكَمَ أهل البصائر باستحكام العلة كفى ذلك في إثبات الفسخ))[111].

وهذا الفهم صرح به ابن الصلاح حيث قال: ((.ألحق صاحبُ (النهاية) ما إذا اسودَّ بحيث لا يقبل العلاج؛ وإن لم يأخذ في التقطيع))[112].

وعليه فمتى وُجد علاج للإيدز ارتفعت أحكام الفسخ، لكن يشترط أن يكون العلاج يسيرًا، كما قالوا في الرتق.

قال البغوي: ((فإذا أرتق منها محلُّ الجماع بعارضٍ يزول عن قريبٍ بغير علاجٍ يسير لا خيار له))[113].

وظاهرٌ أن معنى اليسر هنا أن لا تلحق المريضَ بالإيدز مشقةٌ شديدةٌ في تحصيله، أو العلاج به.

ولا علاج للإصابة بالإيدز في وقت كتابة البحث؛ حتى نرتبَ ارتفاعَ الخيار، كما قيل ذلك في الجذام (Leprosy) فهو الآن مرضٌ قابلٌ للشفاء[114].

وعلاجات فيروس الإيدز الموجودة تبطِّئ تقدُّم المرض، أو تضعه بحالة خمول يبقى خلالها المريض قادرًا على نشر العدوى، ونقلِ المرض إلى الآخرين، ويعود الفيروس إلى نشاطه الأول بعد إيقاف الدواء[115].

وإذا ثبت أن مناط الاستحكام عدمُ قبول العلاج؛ فمن الممكن أن يُقال أن ذلك الأمر يختلف من زمن إلى زمن؛ حتى أنه يمكن أن يكونَ مرضُ من تلك الأمراض غيرَ موجبٍ للخيار في زمن، وموجبًا له في زمن آخر.

ونلاحظ أن الجنون اعتبره الفقهاءُ مثبتًا للخيار؛ وإن أمكن علاجه؛ لأنه قد يفضي إلى إيذاء الطرف الأخر[116].

كما نلاحظ أن مرضَ العُنة له أسبابٌ كثيرة، منها: التقدم في العمر، وتصلب الشرايين، ومرض السكري، وارتفاع ضغط الدم، وأمراض الأوعية الدموية، وضمور الحبل الشوكي أو الأعصاب في الحوض، ونقص هرمون تستوستيرون، والاكتئاب، والأمراض أو العوامل النفسية[117].

وبعض أسباب العنة ممكن علاجها، وبعضها غيرُ ممكن العلاج، إلا أن مرض العنة لمَّا كان عدميًّا ولم يكن وجوديًّا أناط الفقهاء الحكمَ فيه على وجود الوطء، بل وسَّعوا المجالَ في حكمه، وأعطوا لمن أصيب بالعُنة سنةً كاملةً، ويمكنه في هذه السنة أن يعالجَ نفسه إن أمكن علاجُ السبب.

كما حددوا أحكامه بأمورٍ ظاهرة؛ نظرًا لتعسر إثبات العُنة، أو نفيُها.

قال الإمام النووي: ((وتثبت العنة بإقراره، أو ببينة على إقراره، وكذا بيمينها بعد نكوله في الأصح، وإذا ثبتت ضرب القاضي له سنة بطلبها، فإذا تمت رفعته إليه، فإن قال: (وطئت) حُلِّف، فإن نكل حلفت، فإن حلفت أو أقرَّ استقلت بالفسخ))[118].

المطلب الثاني: فسخ النكاح مع وسائل الوقاية من انتشاره

وقد ينشأ السؤالُ حول بقاء حقِّ الفسخ أو عدمه في حال ما لو أمكنت الوقايةُ من فيروس الإيدز سواء بالواقي الذكري، أو بالأدوية الوقائية؛ نحو المثبطات المنتسخة العكسية. (Reverse-transcriptase inhibitor)

والتي تقلل من مضاعفات المرض التي يتعرض لها، وكذلك تقلل معدل وجود فيروس(HIV) في الدم؛ بحيث يكون أقلَّ من الحدِّ الذي يمكن اكتشافه عنده[119]؟.

ولكي نجيب على هذا التساؤل يجب أن نعلم أن هذا العلاج لا يؤدي إلى شفاء المريض من الفيروس، ولا يمنع - بمجرد أن يتم وقفُه- عودةَ ارتفاع مستويات فيروس (HIV) في الدم، والذي يكون عادةً مقاومًا لهذا النوع من العلاجات، وعليه فلا يختلف الحكم الشرعي المثبِت للفسخ في حال ما لو استعملت تلك الوسائل للوقاية من الفيروس، أو لم تُستعمل، وذلك لأمرين:

الأمر الأول: أن الوقاية من المرض لا تُذهِب احتمالية الاصابة به، بل تقللها بنسبة 90-95% في الواقي[120]، ونسبة 96% في المضاد الدوائي[121].

والأمر الثاني: أنَّ العلة المثبتة للخيار علةٌ مركَّبة من ثلاث علل، هن:

1. تفويتُ التمتعِ المقصود من النكاح، أو الإخلالُ به.
2. عيافةُ النفسِ إتيانَ من به جذامٌ، أو برص.
3. خوفُ انتقالِ عدوى الجذام والبرص للزوج، أو الزوجة، أو الولد.

الخاتمة:

- إن قواعد المذاهب الفقهية الأربعة وأصولها وفروعها يصرح بعضها، ويشير بعضها الآخر إلى أن الإصابة بالإيدز تُعطِي الخيار للطرف المتضرر، وخاصة المرأة في مفارقة الزوج.

- إن النظير الـذي يناسـب أن يقـاس الإيـدز عليـه هـو الجـذام والبرص؛ فحكـم الإصـابة بالإيـدز عنـد من لـم يغلـق بـاب القيـاس من الفقهـاء في هـذه المسـألة -كمـا يظهـر مـن كلامهـم- هـو حكـم الجـذام والبرص، كمـا يحتمل كذلك أن يقاس الإيدز على العنَّة.
- للطرف المتضـرر الفسـخ بالإصـابة بفيروس الإيـدز؛ وإن لـم تتطـور الإصـابة إلى مـرض الإيدز.
- إن إعطاء قـانون الأحـوال الشخصـية اليمني حق فسخ النكاح بالإيدز يتوافق مع ما ذهب إليه محمد بن الحسن وابن القيم والقاضي حسين، وزاهد السرخسي، بل ومع ما ذهب إليه المالكية والشافعية على ما تم تقريره في البحث.

ويوصي الباحث في ختام هذه الدراسة بالآتي:

1. تخصـيص بقيـة الأمـراض الجنسـية وغيـر الجنســية بدراســات تهــدف لاســتنباط أحكامها الفقهية التي لم يتعرض لها الفقهاء السابقون، والمتعلقة بالأحوال الشخصية.
2. ينبغي أن تفرد أحكام الإيدز الأخرى بالبحث كـلًّا على حـدة، وخاصـة التي لـم تبحـث سابقًا[122].
3. أن يهتم فقهـاء القـانون اليمني بالتفريعـات التي تنشأ عن الحكم بالفسخ بالإيدز.

وأختم بحمد الله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الهوامش:

(1) Massimo et al. "Determination Of The Size ،Gentile Using Adenovirus Type 2 As An Internal Length Of HIV Marker". Journal of Virological Methods 48.1 (1994): 43-52.

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني Dr Khurram Hassan.

(2) Adler ،Michael W. ABC Of HIV And AIDS. Chichester ، 2012.،West Sussex [England]: Blackwell Pub.

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني Dr Khurram Hassan.

(3) Hawker ،Jeremy. Communicable Disease Control 2005.. Mass.: Blackwell Pub.،Handbook. Malden

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني Dr Khurram Hassan.

(4) أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، بابٌ في كراهية الطلاق، حديث رقم(2178)، ج3، ص505، وهذا الحديث مداره على الراوي الثقة: " معرف بن واصل"، عن الإمام الثقة " محارب بن دثار"، وجاء عن " معرف " على وجهين: الأول: مسندا متصلا عن معرف بن واصل، عن محارب، عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺرواه محمد بن خالد الوهبي عن معرف، هكذا مسندا، كما عند أبي داود (2178)، والبيهقي في " السنن الكبرى"، ج7 ص322، وابن عدي في "الكامل" ج6ص2453. الثاني: مرسلاً عن معرف بن واصل، عن محارب بن دثار، عن النبي ﷺ، بدون ذكر ابن عمر، ورواه هكذا أحمد بن يونس، ويحيى بن بكير، ووكيع بن الجراح. كما عند أبي داود في "السنن" (2177)، والبيهقي في "السنن الكبرى" ج7ص322، وابن أبي شيبة في "المصنف" ج5ص253، والدارقطني في "العلل" ج13ص225. ورجح المحدِّثون إرساله، ونصوا على أن من رواه متصلا عن ابن عمر عن النبي ﷺإنما أخطأ ووهم. قال البيهقي رحمه الله: " هو مرسل، وفي رواية ابن أبي شيبة عن عبد الله بن عمر موصولا، ولا أراه حفظه " انتهى. "السنن الكبرى" ج7ص322.

(5) أبو الفضل؛ ابن منظور؛ محمد بن مكرم بن على الأنصاري الرويفعي الإفريقي، (توفي 711 هـ/ 1311 م)، **لسان العرب**، مادة [ف س خ]، تحقيق: ، بيروت-لبنان، دار صادر، 1993 م(ط3)، ج3، ص 44.

(6) النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، (توفي 676هـ/ 1277 م)، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، بيروت-لبنان، دار الفكر، 2005م (ط1)، ص 215-216.

(7) النووي، **منهاج الطالبين**، ص 215.

(8) الماوردي؛ أبو الحسن؛ علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (توفي 450 هـ/ 1058 م)، **الحاوي الكبير**، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1999م (ط1)، ج10، ص 10.

(9) النووي؛ أبو زكريا؛ محيي الدين يحيى بن شرف، (توفي 676هـ/ 1277 م)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، دمشق -سوريا، المكتب الإسلامي، 1991م (ط3)، ج7، ص 180-181.

(10) الرملي؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، (توفي 1004هـ/ 1596م)، **غاية البيان شرح زبد ابن رسلان**، بيروت-لبنان، دار المعرفة، ص 254.

(11) الكَشْحُ: مَا بَيْنَ الْخَاصِرَةِ إِلى الضِّلَعِ الخَلف، وَهُوَ مِنْ لَدُن السُّرَّةِ إِلى المَتْن. ابن منظور، **لسان العرب**، مادة [ك ش ح]، ج2، ص 571.

(12) البيهقي؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبوبكر، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، بيروت – لبنان، دار الكتب العلمية، 2003م، (ط3)، باب ما يُرَدُّ به النكاح من العيوب، حديث رقم(14219)، ج7، ص348. وفي إسناده جميل بن زيد، وقد اضطرب فيه، وهو ضعيف، فقيل: عنه هكذا، وقيل: عن ابن عمر. وقيل: عن زيد بن كعب أو كعب بن زيد. ابن حجر، التلخيص الحبير ج5ص2219.

(13) البيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب النكاح، باب ما يُرَدُّ به النكاح من العيوب، حديث رقم(14229)، ج7، ص350. وإسناده ضعيف؛ لانقطاعه بين الشعبي وعلي. الفحل، الجامع في العلل والفوائد، ج4ص182.

(14) السنيكي؛ أبو يحيى؛ زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، (توفي 926هـ/ 1520م)، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، تحقيق: ، القاهرة-مصر، المطبعة الميمنية، ج 4، ص 162.

(15) البيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب النكاح، باب أجل العنين، حديث رقم(14300) ج7، ص370. رجاله رجال الصحيح خلا "حصين بن قبيصة"، وهو ثقة. الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4ص301.

(16) الشربيني؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (توفي 977هـ/ 1570م)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1994م(ط1)، ج2، ص 421.

(17) **موقع مكتب النائب العام الجمهورية اليمنية** :https =420//agoye.net/page.php?lng=arabic&id.

(18) مراحل الإيدز من العدوى وحتى المرض، موقع طب ويب :https ///.www.webteb.com/multimedia/slideshows

(19) المرجع السابق.

(20) فاروق مصطفى خميس، **قاموس الإيدز الطبي**، تحقيق، بيروت-لبنان، دار ومكتبة هلال، 1987م(ط1)، ص 7-8.

(21) موقع مجمع الأمل للصحة النفسية بالرياض، وزارة الصحة، **http: //www.eradah.med.sa/med_articles/med_article20.htm**.

(22) المرجع السابق.

(23) المرجع السابق.

(24) المرجع السابق.

(25) **Thomas C. Global epidemiology of HIV infection.** MA.. Waltham.In: UpToDate

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(26) **Joint United Nations Programme on HIV/AIDS. The Gap Report. September 2014**.

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(27) https: //ar.wikipedia.org/wiki/.

(28) موقع أطباء بلا حدود https: //www.msf.org/ar/.

(29) https: //ar.wikipedia.org/wiki/.

(30) المرجع السابق.

(31) المرجع السابق.

(32) المرجع السابق.

(33) أي: قطع الذكر. العيني أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين (توفي 855هـ)، **البناية شرح الهداية**، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1420 هـ - 2000 م (ط1) ج11ص 117.

(34) أي: عدم قيام الآلة لعلة، أو لسحر. المرجع السابق، ج11ص 117.

(35) الزيلعي؛ فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي، الحنفي (توفي 743 هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، 1313 هـ -1895م، (ط1)، ج3، ص25.

(36) ويعرفه الفقهاء بأنه: "**مرض يزيل الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء**". الجمل؛ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، (توفي 1204هـ/ 1790 م)، **حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب**، المسماة: ((فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب))، بيروت-لبنان، دار الفكر، ج1، ص68.

(37) وهو: علة يحمَرُّ منها العضو، ثم يسودُّ، ثم يتقطع ويتناثر، ويغلب كونه في الوجه. السنيكي؛ أبو يحيى؛ زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (توفي 926هـ/ 1520م)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، بيروت-لبنان، دار الكتاب الإسلامي، ج3، ص 175.

(38) وهو: بياضٌ شديدٌ يبقِّع الجلدَ ويُذْهِبُ دموِيَّته. زكريا، **أسنى المطالب**، ج3، ص 175.

(39) الكاساني؛ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، (توفي 587هـ/ 1182م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، (ط2)، ج2، 327.

(40) وهي: التغوط عند الجماع، زكريا، **الغرر**، ج14، ص 470.

(41) انسداد فرج الزوجة بلحم. العمراني؛ أبو الحسين؛ يحيى بن أبي الخير بن سالم اليمني الشافعي، (توفي 558هـ/ 1163م)، **البيان في مذهب الإمام الشافعي**، تحقيق: قاسم محمد النوري، جدة-السعودية، دار المنهاج، 2000م (ط1)، ج9، ص 290-291.

(42) وهو: انسداد فرجها بعظم. المرجع السابق، ج9، ص 290-291.

(43) هو: لحم يبرز في قبلها ولا يسلم غالبًا من رشح يشبه إدرة الرجل. أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن شهاب الدين بن محمد الزرقاني المالكي (توفي1122هـ/1710م)، شرح الزرقاني على المواهب اللدنية بالمنح المحمدية، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1417هـ-1996م (ط1)، ج3/، ص421.

(44) الزرقاني، **شرحه على المواهب اللدنية**، ج3، ص419.

(45) العمراني، البيان، ج9، ص290.

(46) المرجع السابق، ج9، ص290.

(47) النووي، **روضة الطالبين**، ج7، ص 177.

(48) الغزالي أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، (توفي450هـ/ 1111 م)، **الوسيط في المذهب**، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ، ومحمد محمد تامر، القاهرة-مصر، دار السلام، 1997م (ط1)، ج5، ص 161.

(49) ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (توفي 620هـ/1223م)، **المغني**، القاهرة، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ج 7، ص 185.

(50) ابن قيم الجوزية؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (توفي751هـ/ 1350م)، زاد المعاد في هدي خير العباد،، بيروت، مؤسسة الرسالة، الكويت، مكتبة المنار الإسلامية، 1994م (ط27)، ج5، ص166.

(51) ابن حزم؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (توفي 456هـ/ 1063م)، المحلى بالآثار، دار الفكر، ج9،ص273.

(52) **موقع مكتب النائب العام الجمهورية اليمنية** https: //agoye.net/page.php?lng=arabic&id=420.

(53) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج3، ص25.

(54) ابن الشِّحْنَة؛ أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين الثقفي الحلبي (توفي 882هـ/ 1477م)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، القاهرة، 1393 هـ - 1973 م،(ط2)، البابي الحلبي، ص331.

(55) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 327.

(56) الكشناوي؛ أبو بكر بن حسن بن عبد الله (توفي1397 هـ/1976م)، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، بيروت - لبنان، (ط2)، دار الفكر، ج2، ص99.

(57) النووي، روضة الطالبين، ج7، ص 177.

(58) المرجع السابق، ج3ص 462.

(59) وهو تغير في رائحة الفم ناشئة من تغير المعدة. الشربيني؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي، (توفي 977هـ/ 1570م)، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1994م (ط1)، ج4، ص 341-342، ج2، ص 426.

(60) وهو تغير مستحكم لرائحة الإبط، دون ما يكون لعارض عرق أو حركة ونحو ذلك. المرجع السابق، ج2، ص 426.

(61) أي: مبتلى بآفة تمنعه عن العمل. الشرواني؛ عبد الحميد بن الحسين الداغستاني، (توفي 1301 هـ/ 1884 م)، **حاشية الشرواني على التحفة**، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1984م (ط2)، ج، 8، ص 191.

(62) **والخصي هو: الذي قُطعت أنثياه مع الوعاء**. الروياني؛ أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، (توفي 5.2هـ/ 1108 م)، **بحر المذهب**، تحقيق: طارق فتحي السيد، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 2009م (ط1)، ج9، ص359.

ومما يلاحظ أن الفقهاء فرقوا بين الخِصى والعنَّة، وسبب ذلك أن الخصيَّ يقدر على الوطء. القليوبي؛ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، (توفي 1069هـ/ 1659 م)، **حاشية قليوبي على المحلي**، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1995م، ج3، ص263.

وقدرة الخصي على ذلك ثابتةٌ طبًّا، يُنظر:

Sturup، G. K. 1971. Treatment of the sex offender. Castration: The total treatment. International Psychiatry Clin.، 8: 175-196. .

(63) وهو رفع الحاجز بين مدخل ذكر ودبر. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج5، ص 327.

(64) زكريا، **الغرر**، ج14، ص 470.

(65) ابن قدامة، المغني، ج7، ص186.

(66) زكريا، **أسنى المطالب**، ج3، ص 176.

(67) المرجع السابق، ج3، ص 176.

(68) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص 341-342.

(69) أي: النووي والرافعي. البكري؛ أبوبكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (توفي 1310هـ)، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين**،، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1418 هـ - 1997 م،(ط)، ج4، ص 267.

(70) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص 341-342.

(71) السنيكي؛ أبو يحيى؛ زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (توفي 926هـ/ 1520م)، **شرح منهج الطلاب**، بيروت-لبنان، دار الفكر، ج4، ص215.

(72) وهي: علة في مقعدة الإنسان. النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، **المجموع شرح المهذب**، (توفى 676هـ)، بيروت-لبنان، دار الفكر المجموع شرح المهذب، ج2 ص90.

(73) لغةٌ في الباسور. المرجع السابق، ج2 ص90.

(74) ابن قدامة، المغني، ج 7، ص186.

(75) **Adler، Michael W. ABC Of HIV And AIDS. West Sussex [England]: Blackwell Pub.،Chichester ، 2012.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(76) الجمل، **حاشيته على شرح المنهج**، ج4، ص213.

(77) الإمام الشافعي؛ أبو عبد الله؛ محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي،

(تـوفي 204هـ/ 820م)، **الأم**، تحقيـق: محمـد زهـري النجـار، بيروت-لبنان، دار المعرفة، 1990م، ج6، ص 219.

(78) عليش؛ محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (توفي 1299هـ/ 1881م)، مـنح الجليـل شـرح مختصـر خليـل، بيـروت، 1409هـ/1989م، دار الفكر، ج3، ص386.

(79) ابن قدامة، المغني، ج 7، ص186.

(80) زكريا، **أسنى المطالب**، ج3، ص 176.

(81) قليوبي، **حاشيته على المحلي**، ج3، ص 262.

(82) البخاري، **الصحيح**، كتاب الطب، باب الفأل، حديث رقم(5756)، ج7، ص135.

(83) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج9، ص 342-343.

(84) أي: إثبات العلة في صورة. السنيكي؛ زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى، (توفي926هـ)، **غاية الوصول في شرح لب الأصول**، مصر، دار الكتب العربية الكبرى، **ص 133.**

(85) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص342.

(86) الهيتمي؛ أبوالعباس؛ أحمد بن محمد بن محمد ابن حجر، (توفي 974هـ/ 1566م)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1984م (ط2)، ج7، ص347.

(87) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، (توفي 1004هـ/ 1596م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1984م، ج6، ص310.

(88) العمراني، **البيان**، ج9، ص291.

(89) **WHO. Leprosy medical factsheet. Sept 2009.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(90)، **UNAIDS Report on the Global AIDS Epidemic 2013.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(91) كما قيل بنظير ذلك في الجذام والبرص. الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج9، ص 349.

(92) العمراني، **البيان**، ج9، ص 217.

(93) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص246.

(94) كما قيل بنظير ذلك في الجذام والبرص. النووي، **منهاج الطالبين**، ص 215.

(95) كما قيل بنظير ذلك في الجذام والبرص. زكريا، **أسنى المطالب**، ج3، ص 137.

(96) كما قيل بنظير ذلك في الجذام والبرص. **المرجع السابق**، ج3ص 176.

(97) إذ يستثنى من ذلك أنها لو علمت بعُنته قبل العقد فلها الخيار بعده على المذهب؛ لأن العُنة تحصل في حق امرأة دون أخرى، وفي نكاح دون نكاح. الشربيني، **مغني المحتاج**، ج4، ص341.

(98) المرجع السابق، ج4، ص 347.

(99) كما قيل بنظير ذلك في الجذام. الشبراملسي؛ أبو الضياء نور الدين بن علي الأقهري، (توفي 1087 هـ/ 1676 م)، **حاشية الشبراملسي على النهاية**، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1984م، ج6، ص380.

(100) كما قيل بنظير ذلك في الماء المشمَّس. البُجَيْرَمِيّ؛ سليمان بن محمد بن عمر المصري الشافعي، (توفي 1221هـ/ 1806م)، **حاشية البجيرمي على الخطيب**، المسماة: ((تحفة الحبيب على شرح الخطيب))، بيروت-لبنان، دار الفكر، 1995م، ج1، ص 80. وغسل باطن العين. **المرجع السابق**، ج1، ص142.

(101) ابن حجر، **تحفة المحتاج**، ج 7، ص 347.

(102) الشرواني، **حاشيته على التحفة**، ج، 7، ص 347.

(103) كما قيل بنظير ذلك في العنة. النووي، **منهاج الطالبين**، ص 215.

(104) كما قيل بنظير ذلك في العنة. **المرجع السابق**، ص 215.

(105) كما قيل بنظير ذلك في العنة. **المرجع السابق**، ص 215.

(106) أي: من المذاهب الأربعة خلافا للظاهرية. الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج2، 327. الزرقاني، **شرحه على المواهب اللدنية**، ج3، ص419. العمراني، **البيان**، ج9، ص290. ابن قدامة، **المغني**، ج 7، ص 185. ابن حزم، **المحلى بالآثار**، دار الفكر، ج9،ص273.

(107) الجمل، **حاشيته على شرح المنهج**، ج4، ص213.

(108) البجيرمي، **حاشيته على الخطيب**، ج3، ص429.

(109) قليوبي، **حاشيته على المحلي**، ج3، ص 263.

(110) الجويني؛ أبو المعالي، ركن الدين؛ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، الملقب بإمام الحرمين، (توفي 478هـ/ 1085م)، **نهاية المطلب في دراية المذهب**، تحقيق: أ. د/ عبد العظيم محمود الدّيب، جدة-السعودية، دار المنهاج، 2007م (ط1)، ج16، ص261.

(111) المرجع السابق، ج12، ص408.

(112) ابن الصلاح؛ عثمان بن عبد الرحمن، أبو عمرو، تقي الدين، (توفي 643 هـ/ 1245 م)، **شَرحُ مشكِل الوَسِيطِ**، تحقيق: د. عبد المنعم خليفة أحمد بلال، المملكة العربية السعودية، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، 2011م (ط1)، ج3، ص603.

(113) البغوي؛ محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء الشافعي، (توفي 510هـ/ 1116م)، **التهذيب**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، بيروت-لبنان، دار الكتب العلمية، 1997م (ط1)، ج5، ص457.

(114)،**Scollard D. & Stryjewska B. Treatment and Prevention of Leprosy. In: UpToDate Waltham، MA.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(115)، **Holkmann Olsen C et al. "Interruption Of Antiretroviral Therapy And Risk Of Clinical Disease Progression To AIDS Or Death". HIV Medicine 8.2 (2007): 96-104.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(116) الرَّمْلي: شهاب الدين أحمد بن حمزة، (توفي957هـ/ 1550م)، **حاشية الرملي على أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، بيروت-لبنان، دار الكتاب الإسلامي، ج3، ص 175.

(117) **Glenn R Cunningham. Overview of male sexual dysfunction. In UpToDate، Waltham، MA.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني .**Dr Khurram Hassan**

(118) النووي، **منهاج الطالبين**، ص 215.

(119) **Sax P. Acute and early HIV infection: Treatment. In: UpToDate، Waltham، MA.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني .**Dr Khurram Hassan**

(120)، **Pinkerton SD Abramson PR. Effectiveness of condoms in preventing HIV transmission. Social Science & Medicine 1997; 44: 1303.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني .**Dr Khurram Hassan**

(121) **Ping LH، Jabara CB، Rodrigo AG، et al. HIV-1 transmission during early antiretroviral therapy: evaluation of two HIV-1 transmission events in the HPTN 052 prevention study. PLoS One 2013; 8: e71557.**

ترجم النص طبيب الأسرة البريطاني **Dr Khurram Hassan**.

(122) كحكم نفقة الزوجة في حال عدم فسخها فلم أر من تعرض لبحثها.

" دور التربية الإسلامية في إرشاد المقبلين على الزواج "

د. فكري عايض الدويري* **د.فتحي محمد طعامنة****

تاريخ وصول البحث: 2020/11/1 م تاريخ قبول البحث: 2021/2/25م

الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى الكشف عن دور التربية الإسلامية في إرشاد المقبلين على الزواج، ولتحقيق هذا الهدف تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي حيث تضمنت الدراسة التعريف بالزواج وأهميته ومقاصده، ودور التربية الإسلامية في تهيئة المقبلين على الزواج تربويا ونفسيا، وأخيرا ألقت الدراسة على طبيعة برامج إرشاد المقبلين على الزواج في الأردن، وخلصت الدراسة إلى أن التربية الإسلامية تحرص وفي سباق بث الوعي بين المقبلين على الزواج على أهمية معرفة كل من الزوجين بحقوق الآخر؛ لأن من شأن ذلك بناء أسرة مستقرة لا يطغى فيها طرف على آخر، كما أظهرت النتائج أنه بالرغم من وجود برامج لتوعية المقبلين على الزواج في الأردن إلا أن تلك البرامج تتميز باقتصارها على من هم دون سن الثامنة عشر، وكأن المقصود من تلك البرامج هو الحد من الزواج المبكر وليس التهيئة للزواج. وفي ضوء تلك النتائج أوصت الدراسة نشر التوعية بمتطلبات الزواج لدى المقبلين عليه من خلال الدورات والمحاضرات والندوات ذات العلاقة.

الكلمات المفتاحية: التربية الإسلامية، البرامج الإرشادية، الزواج.

* أستاذ مشارك، قسم معلم الصف، كلية العلوم التربوية، جامعة إربد الأهلية.

**أستاذ مساعد، كلية الآداب واللغات، جامعة جدارا.

The Role of Islamic Education in Guiding to get Married

Abstract

This study aimed to uncover the role of Islamic education in guiding those who are about to get married، and to achieve this goal، the descriptive analytical approach was used، where the study included introducing marriage، its importance and purposes، and the role of Islamic education in preparing those who are about to marry educationally and psychologically، and finally the study was conducted on the nature of the future guidance programs.

On marriage in Jordan، the study concluded that Islamic education is keen، in the race to spread awareness among those who are about to get married، on the importance of knowing each spouse about the rights of the other because this would build a stable family in which one party does not dominate the other.

The results also showed that despite the existence of programs To educate those about to marry in Jordan، however، these programs are distinguished by being limited to those under the age of eighteen، as if the purpose of these programs is to limit early marriage and not prepare for marriage.

In light of these results، the study recommended spreading awareness of the requirements of marriage among those who are coming to it، through relevant courses، lectures and seminars.

Key words: Islamic education، counseling programs، marriage.

المقدمة:

أنزل الله -تبارك وتعالى- هذا الدين الحنيف كاملا شاملا لجميع نواحي الحياة، وجعله منهج حياة لكل مسلم، إذ إن حياة المسلم ومماته تكون لله وحده، لا تنفصل عنه في جميع أحواله وأموره. وبالتالي أصبح هذا الدين مرجعية المسلم في كل شؤون حياته. وقد حرص الإسلام على بناء الأسرة التي تعد الوحدة الأساسية للمجتمع، وشرع من الأحكام ما يحفظ لها كيانها وتماسكها لتحقيق الأهداف المرجوة لها. " والأسرة كما أرادها الحق -جلّ وعلا- كفيلة بأن تخرّج إلى الحياة أجيالا صالحة قوية، في إيمانها وأجسامها وعقولها ونفوسها، وبمثل هذه الأجيال تصبح مرهوبة الجانب، محصنة الداخل، ممنعة السياج"[1]. قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[2].

وتعد العائلة النواة الأولى لبناء المجتمع، ولكن هذه الأهمية أخذت تتقلص شيئاً فشيئاً ومع تفكك العائلة أخذت ترتفع نسبة الطلاق، وهنا يأتي دور التربية الإسلامية في إعداد الفرد رجلا كان أم امرأة لضمان بناء الأسرة على أسس متينة تسمح لهذا البناء الاجتماعي بأن يأتي أكله، من هنا جاءت هذه الدراسة للبحث في دور التربية الإسلامية في إرشاد المقبلين على الزواج.

مشكلة الدراسة:

شهدت الآونة الأخيرة ازدياد ملحوظ في عدد حالات الطلاق في البيئة الاردنية حيث تفيد البيانات الرسمية الصادرة عن الإحصاءات العامة والمحاكم الرسمية أن نسبة الطلاق وصلت الى (11%) من حالات الزواج، وأن أغلب حالات الطلاق كانت تصنف على أنها شقاق ونزاع، وهنا يأتي دور التربية الإسلامية في إعداده وتهيئته للزواج حيث يسهم ذلك في بناء الأسرة على أسس سليمة يضمن تماسكها واستمراريتها، وبناء على ذلك تحددت مشكلة هذه الدراسة بالإجابة عن التساؤل الرئيس الآتي: ما دور التربية الإسلامية في إرشاد المقبلين على الزواج؟ وينبثق عن هذا السؤال التساؤلات الفرعية الآتية:

-ما دور التربية الإسلامية في التهيئة التربوية والنفسية للمقبلين على الزواج ؟

-ما هي أسس اختيار الزوج والزوجة؟

- أثر البرامج الإرشادية في نجاح الحياة الزوجية؟

أهداف الدراسة:

تسعى الدراسة الحالية الى تحقيق الأهداف الآتية:

1-التعرف على دور التربية الإسلامية في التهيئة التربوية والنفسية للمقبلين على الزواج.

2- الكشف عن أسس اختيار الزوج والزوجة.

3-الوقوف على أثر البرامج الإرشادية في نجاح الحياة الزوجية.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة في بيان دور التربية الإسلامية في تطوير أهداف الإرشاد الزواجي ومحتواه ووسائله، وإعداد المقبلين على الزواج على المهارات اللازمة لتكوين أسرا تكون لبنة صالحة في بناء المجتمع وتوجيه أفراده، فالزواج

ليس قضية سهلة، ونسب الطلاق عالية وخاصة في السنوات الأولى من الزواج، وهذا يتطلب توعية المقبلين على الزواج بعناصر التخطيط السليم قبل الإقدام على هذه الخطوة، وعدم الوقوع في سوء الاختيار من الزوج أو الزوجة. ويشمل إعدادهم لمشروع الزواج على فهم توقعات الحياة الزوجية، والتكيف مع ما يحدثه الانتقال لبيت الزوجية من تغيرات في نمط الحياة، وتحمل المسؤوليات بما تشمله من الحقوق والواجبات بين الزوجين والتعامل مع المواقف المختلفة التي تحدث بينهما بطريقة صحيحة، وغيرها من التوجيهات التربوية التي تجعل من الرؤية واضحة لدى المقبلين على الزواج للتكيف مع ما تحمله المرحلة القادمة من تغيرات. كما أن نشر الثقافة الزوجية عن طريق الدورات التدريبية ضمن برنامج إرشادي متكامل من شأنه تغيير اتجاهات المقبلين على الزواج، وآرائهم، وأفكارهم نحو مسؤولية الزواج والأسرة، ومساعدتهم على التعامل مع الضغوط بمستوى من الوعي والإدراك الذي يدعم بناء الأسرة وسبل نجاحها.

وتظهر أهمية إرشاد المقبلين على الزواج وتثقيفهم بهدف إيصالهم إلى زواج ناجح وسعيد وآمن قابل للاستمرارية، ويشترك فيه الزوجان بالحفاظ على الأسرة وقبول كل منهما لمسؤولياته وواجباته، واتخاذ القرار، وتقسيم الأدوار، والاتفاق حول تربية الأطفال وتنشئتهم، وتحمل أعبائهم المادية والنفسية والاجتماعية مما يسهم في بناء أسرة سوية منضبطة قابلة للاستمرارية.

منهج الدراسة:

استخدم الباحثان في دراستهم المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال:

- جمع نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية.
- الرجوع إلى كتب التفسير وشروح الحديث لبيان معاني النصوص ودلالتها.
- الرجوع إلى كتب التراث الإسلامي وانتقاء بعض النصوص ذات العلاقة وتوظيفها.
- الرجوع الى المؤلفات المعاصرة ونشاط المؤسسات والجهات ذات العلاقة.

التعريفات الإجرائية لمصطلحات الدراسة:

- التربية الإسلامية: عملية تفاعل بين الفرد والبيئة الاجتماعية المحيطة به مستهديًا بنور الشريعة الإسلامية بهدف تكوين الإنسان المسلم المتكامل في جوانبه كلها وبطريقة متوازنة.
- الإرشاد الزواجي في الإسلام: هي عملية مخططة ومقصودة تهدف إلى مساعدة الزوجين في تكوين أسرة مستقرة وآمنة تكون لبنة صالحة في بناء المجتمع.
- المقبلون على الزواج: الخاطب والمخطوبة الراغبان بالارتباط ببعضهما في علاقة شرعية لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما.

الدراسات السابقة:

من خلال مراجعة قواعد البيانات المحلية والعالمية تبين وجود بعض الدراسات ذات العلاقة بموضوع الدراسة الحالية، ومن تلك الدراسات:

- دراسة عمر الراشدي(2017) (3) دور الأسرة في تهيئة الفتاة لمواجهة التحديات بعد الزواج من منظور التربية الإسلامية، هدفت إلى التعرف على دور التربية الأسرية في إعداد الفتاة للزواج من وجهة نظر التربية الإسلامية، ولتحقيق هذه الهدف استخدمت الدراسة منهج تحليل الوثائق والسجلات الرسمية الخاصة بسجلات الطلاق في السعودية، وقد أظهرت النتائج أن تربية الفترة مسبقا على تحديات تقلل من حلات الطلاق وتجعل الفتاة أكثر قدرة على تحمل مشاق الزواج.

- دراسة نورية الخرافي (2016) (4)وهي بعنوان" آراء طلبة التعليم العالي في الكويت حول حاجة الكويتيين المقبلين على الزواج إلى إرشاد زواجي: دراسة استطلاعية: هدفت هذه الدراسة إلى استطلاع آراء طلبة التعليم العالي بالكويت حول حاجة الكويتيين المقبلين على الزواج إلى إرشاد. بلغت العينة 395 من طلبة جامعة الكويت والهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب (ذكور 127/ إناث 268). وزعت عليهم استبانة من إعداد الباحثة تضمنت بيانات شخصية وأربعة محاور تستفسر عما يلي: إسهامات الإرشاد قبل الزواج في إنجاح العلاقة الزوجية، وموضوعات لبرامج الإرشاد قبل الزواج من شأنها أن تساعد على إنجاح العلاقة الزوجية، وأخرى تتعلق بالخلافات وإنهاء العلاقة، وأخيراً أهم السبل لتنفيذ هذه البرامج. إضافة إلى مقابلات شخصية أجريت مع عشرة من قضاة الأحوال الشخصية واثنين من ضباط الدعاوى. أشارت نتائج الدراسة إلى وجود حاجة كبيرة للإرشاد قبل الزواج.

- دراسة عبيد آل مظف وغيداء الجويسر (2013) (5) وهي بعنوان" دور برامج التأهيل في التوعية بالتخطيط للزواج وبناء الأسرة "دراسة وصفية تحليلية لبرامج التأهيل للزواج والمستفيدين منها بمدينة جدة هدفت التعرف على دور برامج التأهيل للزواج في التوعية بالتخطيط للزواج وبناء الأسرة وذلك من خلال التعرف على: محتواها، ووسيلة تقديمها، ومدة الوقت الذي تقدم فيه، اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي وتم جمع البيانات باستخدام أداتين : استمارة وصف برنامج والمقابلة الشخصية وذلك من خلال عينة عمدية شملت: أربعة برامج للتأهيل للزواج تقدمها ثلاثة مراكز في مدينة جدة، وأظهرت نتائج الدراسة أن هناك رضا بدرجة عالية من قبل المستفيدين من برامج التوعية.

- دراسة عائشة عدوي(2010) (6) وهي بعنوان اتجاهات الموظفات نحو الإرشاد الزواجي وعلاقتها ببعض المتغيرات: دراسة حالة جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، هدفت إلى التعرف على اتجاهات موظفي جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا نحو الإرشّاد الزواجي، كما هدفت إلى التّعرف على الفروق في الاتجاهات الموظفين بجامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا نحو الإرشاد الزواجي تبعاً للمتغيرات الديموغرافية، استخدم الباحث المنهج الوصفي الارتباطي وصمم استبانة من

إعداده لمعرفة الاتجاهات نحو الإرشاد الزواجي تم تطبيقها على 113 من موظفي جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا بولاية الخرطوم للعام 2010 م الذين تم اختيارهم عن طريق العينة العشوائية المنتظمة، وتم استخدام عدد من الأساليب الإحصائية منها المتوسطات الحسابية والانحراف المعياري واختبار (ت) واختبار مربع كآي. وتوصل إلى أن اتجاهات الموظفين بجامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا تتميز بالإيجابية نحو الإرشاد الزواجي.

ومن العرض السابق لبعض الدراسات ذات العلاقة يظهر أن تلك الدراسات ركزت على الجانب الميداني في تناولها لموضوع تهيئة الأفراد للزواج في حين تتميز الدراسة الحالية باستخدامها المنهج النوعي في تحليل دور التربية الإسلامية في تهيئة المقلبين للزواج من خلال تحليل البرامج الإرشادية الهادفة إلى نجاح الحياة الزوجية.

خطة الدراسة:

خطة الدراسة: المقدمة والمشكلة والأهداف والاهمية والمنهجية والدراسات ذات العلاقة.

المبحث الأول: رسالة الزواج في الإسلام.

المطلب الأول: مفهوم الزواج.

المطلب الثاني: أهمية الزواج ومقاصده.

المبحث الثاني: التهيئة التربوية والنفسية ودور التربية الإسلامية في إرشاد المقبلين على الزواج.

المطلب الأول : التهيئة التربوية.

المطلب الثاني: التهيئة النفسية.

المطلب الثالث: مضمون البرامج الإرشادية للمقبلين على الزواج في التربية الإسلامية.

المطلب الرابع: طبيعة البرامج الإرشادية للمقبلين على الزواج في الأردن.

الخاتمة : الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول: رسالة الزواج في الإسلام

الزواج سنة من سنن الله في الخلق والتكوين، وهو الأسلوب الذي اختاره الله للتوالد والتكاثر، واستمرار الحياة، لذا فقد أحاط الإسلام الحياة الأسرية بكنفه ورعايته، واهتم باستقرارها وسعادتها، أيما اهتمام، وأقامها على ميثاق غليظ، قوامُه الرحمة والمودة، وعدّ أنّ كلا من الزوجين سكن للآخر، لا غنى له عن شراكته، والأنس به، فهما كنفس واحدة.

المطلب الأول: مفهوم الزواج

تدور أغلب التعريفات الفقهية للزواج على أنه: عقد يفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر وفق شروط وضوابط حددها الشارع الحكيم، وفي هذا السياق عرُف الحنفية الزواج على أنه عقد يفيد ملك المتعة أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي [7].وعرفه المالكية بأنه: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها، إن حرمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر[8] وعرفه الشافعية بأنه: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج ونحوه [9] وعرفه الحنابلة بأنه :عقد التزويج[10]. وعرفة قانون الأحوال الشخصية الاردني في المادة (5) على أنه عقد بين

رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل" وبناء على تلك التعريفات يُلاحظ أن الزواج يفيد حل الاستماع بين الزوجين وأن الغاية الأسمى للزواج هي تكوين الأسرة وإيجاد النسل.

المطلب الثاني : أهميه الزواج ومقاصده

اهتمت الشريعة الإسلامية بالزواج، واعتبرته السبيل الوحيد لتكوين الأسر التي هي بمثابة النواة التي تكوّن جسم المجتمعات الإنسانية، وهي التي تقيم الروابط والعلائق بين أبناء المجتمع الواحد، قال تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [11] وقد عدّ الإسلام أن للزواج مقاصد يتوقف على تحقيقها بناء الأسرة والمجتمع ، ومن ذلك ما يأتي:

أولاً: أن الزواج يؤسس لحياة مشتركة يقدم فيها كل من الزوجين نصيباً وافراً من العطاء لياخذ نصيباً أوفر من المودة والمحبة والرضا والطمأنينة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[12] وكلمة (تسكنوا) تعني حاجة فطرية عميقة في النفس الإنسانية، وإذا لم تلب هذه الحاجة الفطرية فإن البديل هو القلق النفسي، والتوتر، والاضطراب.

ثانياً : الزواج سبيل التناسل وحفظ النوع الإنساني، وفي هذا إشباع الرغبة الفطرية، والميل الغريزي لدى الإنسان في أن يكون له نسل وذرية وبالتالي فإن للزواج وظيفة لا تقلّ عن وظيفة الوجود الإنساني برمته، فليس الغرض من الزواج الناحية الجنسية فقط، بل الزواج أسمى من ذلك، يكفي أن نقول: إن الحقوق والواجبات في الزواج محصنة برباط مقدس، يحفظ الحقوق والواجبات بين الطرفين، ويؤسس لأسرة سليمة، ويؤسس للبناء الإنساني السليم على أساس التراحم والترابط بين البشرية، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً﴾ [13]

وبناءً على ذلك فإن الزواج يحمي المجتمع - ولا شك - من الجرائم الأخلاقية ويحقق الأمن والاستقرار النفسي، حيث إن الزواج إشباع للغريزة، وتنفيس للشهوة، ووضع لها في مجراها الطبيعي، وبذلك تزول الاضطرابات النفسية التي تنشأ من الشعور بالإثم والخطيئة، وقد بين النبي ﷺ هذه الحقيقة بقوله: (إذا أحدكم أعجبته المرأة فوقعت في قلبه فليعمد إلى امرأته فليواقعها فإن ذلك يرد ما في نفسه)[14] قال الإمام النووي - رحمه الله - : (ومعنى الحديث أنه يستحب لمن رأى امرأة فتحركت شهوته أن يأتي امرأته أو جاريته إن كانت له فليواقعها؛ ليدفع شهوته، وتسكن نفسه، ويجمع قلبه على ما هو بصدده)[15].

المبحث الثاني: التهيئة التربوية والنفسية ودور التربية الإسلامية في إرشاد المقبلين على الزواج

تمثل التربية الإسلامية عملية تفاعل بين الفرد والبيئة الاجتماعية المحيطة به مستضيئة بنور الشريعة الإسلامية، بهدف بناء الشخصية

الإنسانية المسلمة المتكاملة في جوانبها كلها، وبطريقة متوازنة [16]. لذا يمكن القول بأن التربية الإسلامية تسهم في تهيئة الفرد وتوجيهه وفق المنطلقات الآتية[17]:

- التوجيه والإرشاد الديني: بحيث لا تستقل عملية التربية عن التوجيه والإرشاد المجتمعي والفكري.
- الضبط الديني: فهي عملية بناء للسلوك الإنساني المضبوطة بمقاصد الشريعة كما يتفق عليها مفكرو الأمة.
- التواصل الاجتماعي: حيث تبلور ما تتفق عليه الجماعة من القيم والمعايير والمثل العليا في بناء الشخصية الاجتماعية الإسلامية.
- التنشئة الاجتماعية: حيث تقوم التربية الإسلامية برعاية جوانب الشخصية المختلفة، ومن بينها الجانب السلوكي الاجتماعي.

وفي ضوء المنطلقات السابقة يمكن القول إن أهمية التربية الإسلامية في كونها الوسيلة الأمثل لإعداد الفرد لمواجهة الحياة وذلك من خلال إعداد على المستوى النفسي والعملي للقيام بدوره في الحياة بإيجابية وفاعلية عالية [18].

المطلب الأول: التهيئة التربوية

يُقصد بالتهيئة التربوية: " عملية غرس الوعي في نفس الفرد للقيام بعمل معين باستخدام وسائل التربية المناسبة مع مراعاة التدرج للوصول الى المستوى الذي يمكن الفرد من القيان بالمهمة على أكمل وجه"[19] والتربية الإسلامية في سياق إعدادها للفرد للحياة الزوجية تتبع عدة وسائل من أبرزها:

أولاً: تكوين اتجاهات ايجابية نحو الزواج والتنفير من العزوف: يعرف الاتجاه بأنه حالة عاطفية إيجابية أو سلبية تتشكل لدى الفرد اتجاه موضع معين، وتتجلى على شكل سلوك عملي مؤيد أو معارض نحو ذلك الموضوع [20] ويتكون الاتجاه من جانبين معرفي ويعكس المتعقدات التي يحملها الفرد عن موضوع معين، والآخر سلوكي حيث يعكس هذا الجانب موقف الفرد من حدث معين سلباً كان أم إيجاباً[21]

والتربية الإسلامية في سياق توجيه الفرد نحو الزواج تسعى إلى تكوين اتجاه إيجابية نحو الظاهرة على الصعيدين المعرفي والسلوكي؛ فعلى المستوى المعرفي تغرس التربية الإسلامية في نفوس أن الزواج سنة المرسلين الذين هداهم الله وأمرنا أن نقتدي بهداهم، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ [22] قال القرطبي: "هذه الآية تدل على الترغيب في النكاح والحث عليه وتنهى عن التبتل وهو ترك النكاح وهذه سنة المرسلين كما نصت عليه هذه الآية"[23]. وقوله ﷺ في سياق الحث على النكاح في عدة أحاديث منها قوله: "يا معشر الشباب، من استطاع الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"[24]. والمراد بالباءة: القدرة على مؤن النكاح والوطء، و(الوِجَاء) بكسر الواو: مأخوذ من (وَجَأَ) بمعنى: قطع،

والمعنى: أن الصوم قاطع للشهوة لمن لم يستطع الزواج[25].وقوله -ﷺ- : "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم[26]. وفي المقابل نفر الإسلام من الرهبانية فعن أنس بن مالك ﷺ قال: "جاء ثلاثة رهط إلى بيوت النبي يسألون عن عبادة النبي فلما أخبروا كأنهم تقالوها، فقالوا: وأين نحن من النبي ﷺ ؟ قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، قال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل أبدا، وقال آخر: أنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال آخر: أنا اعتزل النساء فلا أتزوج أبداً. فجاء رسول الله ﷺ فقال: أنتم الذين قلتم كذا وكذا؟ أما والله إني لأخشاكم لله وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني"[27].

الهيئة المادية: اهتمت التربية الإسلامية على المستوى السلوكي في توجيه سلوك أولياء الأمور الى تخفيف تكلفة الزواج أمر الزواج، وألا يقحموا أمره في مضمار السباق المادي المحموم الذي لا يتناسب مع علاقة أساسها السكن والمودة والرحمة[28]، فالزواج من منظور التربية الإسلامية ليس نتيجة للغنى بل إن الزواج في حد ذاته سبب للغنى قال تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغۡنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضۡلِهِۦۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ﴾ [29]، وقد روي عن عبد الله ابن مسعود ﷺ أنه قال : "التمسوا الغنى في النكاح"[30] .

المطلب الثاني: التهيئة النفسية

تمثل التهيئة من منظور علم النفس زيادة الاستعداد المبني على الوعي للفرد عند قيامه بعمل معين بحيث يقبل على ذلك العمل وهو على وعي تام بإبعاده ومتطلباته[31]. وتمثل التهيئة النفسية مبدأ من مبادئ التربية الإسلامية حيث تتضمن التهيئة إثارة استعداد الفرد بمتطلبات الزواج وما يترتب على ذلك من مسؤوليات كبيرة تقع على الزوجين، وعند مراجعة طبيعة التربية الإسلامية نجد أن التهيئة النفسية للمقبلين على الزواج تتضمن:

أولاً: الزواج مسؤولية: ولذلك ينبغي للمقبل على الزواج أن يعلم بأن أعباءً جديدة ستلقى على عاتقه فيصبح مسؤولاً عن أسرة تتكون من زوجة وأولاد وبيت وغير ذلك، فالحالة العاطفية وحدها لا تكفي، بل لا بدّ أن يكون قادراً على تحمل المسؤولية، قال -عليه السلام-: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته" [32] فمن مسؤولية الرجل مثلاً القوامة والنفقة، والتربية، ومن مسؤولية المرأة مثلاً: أن تحفظ حق زوجها، وتطيعه وتحفظ بيت زوجها وعرضه وأن تعتني بالأولاد، وتساعد زوجها على تربيتهم التربية الصالحة، ولذلك فإن تحمل المسؤولية لدى المقبلين على الزواج هو مفتاح النجاح في الحياة الزوجية فهي مهارة وقيمة سلوكية إنسانية يجب أن تزرع كالمبادئ منذ الصغر لتتحول بعد ذلك إلى سلوك وإلى طبع في الشخص.

ثانياً: الزواج قبول للاختلاف: الاختلاف سنة من سنن الله تعالى في الأرض ولا تقوم الحياة من دون اختلاف، ومن غير الممكن اتحاد الناس في

أحوالهم كلها، قال تعالى: " ولو شاء ربك لجعل الناس أمةً واحدةً ولا يزالون مختلفين "[33] ولهذا لا بدّ للمقبلين على الزواج التهيؤ نفسياً ليتقبل كل منهما الآخر على حاله ثم يسعيان إلى التقارب مع مرور الأيام. والقبول هو اللبنة الأولى في بناء الأسرة، ويعد من أهم مقومات النجاح في الحياة الزوجية؛ لأنه ينشأ من فهم كل طرف لطبيعة الآخر فينتج عنه ترابط متين في الأسرة وعامل مساعد للاستمرار والانسجام بين الزوجين. ولذلك فإنه يجب على الزوجين اعتماد مبدأ الصراحة والمكاشفة والشفافية التي تؤدي إلى الوضوح بينهما في أثناء التفاهم وحل النزاعات والمشاكل بالتوافق والقبول والحوار، والتعامل بمرونة مع المشكلات وتبادل الآراء الجادة مع تقديم كل ما يستطلعه أحدهما من تنازلات تساعد على حل الخلاف بينهما والتوافق الزواجي، وهذا يتطلب أن يتغاضى كل واحد منهما عن أخطاء الطرف الآخر والتركيز على الإيجابيات دون السلبيات.

المطلب الثالث: مضمون البرامج الإرشادية للمقبلين على الزواج في التربية الإسلامية

من منظور التربية الإسلامية فإن برامج إرشاد المقبلين على الزواج تتضمن العناصر الاتية:

أولاً: أسس اختيار الزوج والزوجة: حسن الاختيار من الأسباب الوقائية لصلاح الأسرة، وضمان استقرارها وعدم وقوع الزوجين في خلافات زوجية تؤدي إلى الطلاق. ولما كانت للأسرة أهمية عالية في نظر الإسلام، كان لا بدّ أن تكون بداية تكوينها وتأسيسها بداية صحيحة وهادفة، تهتم باستقرار الإنسان العاطفي والنفسي لدوام حياة متزنة ومصانة، تضمن الاطمئنان وحسن الأداء لتحقيق أهداف الزواج وغاياته وحكمه، ومن هنا تأتي أهمية إرشاد المقبلين على الزواج فالحرص على سلامة الاختيار، وتحري الأسس السليمة التي يتم بواسطتها اختيار الزوج والزوجة، ومن تلك الأسس:

الدين والخلق : الأساس في الاختيار السليم هو الدين قال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ [34] وقال ﷺ " تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك "[35] قال القرطبي : معنى الحديث، أن هذه الخصال الأربعة هي التي يرغب في نكاح المرأة لأجلها ... بل ظاهره إباحة النكاح لقصد كل من ذلك، لكن قصد الدين أولى، قال: ولا يظن من هذا الحديث أن هذه الأربع تؤخذ منها الكفاءة أي _ تنحصر فيها _ فإن ذلك لم يقل به أحد مما علمت [36] ومن الجوانب التي يستحسن مراعاتها عند اختيار الزوجة، أن تكون جميلة؛ لأن الجمال تستريح له النفس وتتحقق به نعمة الاستمتاع وهي من غايات الزواج، وجمال المرأة يؤدي غالباً الى الألفة والمودة بين الزوجين، وقد ندب الشرع الى مراعات أسباب الألفة ودوام العشرة[37]

2- أن تكون بكراً: يفضل في المرأة التي يراد الزواج بها أن تكون بكرا لم تتزوج سابقاً؛ لأن الرسول -صلى الله عليه وسلم- فضّل ذوات

الإبكار فعن جابر بن عبدالله ﷺ قال : أن عبدالله هلك، وترك تسع بنات، أو قال سبع، فتزوجت امرأة ثيبا، فقال لي رسول الله ﷺ، يا جابر : تزوجت؟ قال: قلت نعم (فبكر أم ثيب) قال: قلت بل ثيب يا رسول الله، قال: فهلا جارية تلاعبها وتلاعبك؟ أو قال تضاحكها وتضحكك قال: قلت له أن عبد الله هلك وترك تسع بنات أو سبع وإني كرهت أن أتيهن أو (أجيئهن) بمثلهن فأحببت أن أجيء بامرأة تقوم عليهن وتصلحهن قال فبارك الله لك أو قال لي خيراً [38]

وفي المقابل ينبغي على المرأة أو وليها اختيار الزوج الصالح لقوله ﷺ " اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد، قالوا: يا رسول الله وإن كان فيه: قال إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه... ثلاث مرات[39]

ولا بدّ من أن يكون للفتاة دور في اختيار الزوج؛ فبعض أولياء الأمور يرون أن لهم مطلق الحرية في اختيار أزواج بناتهم أو أخواتهم دون أخذ رأي الفتاة أو الرجوع إليها وإعطائها الوقت الكافي لإبداء الموافقة من عدمها لورود أحاديث عن الرسول -عليه الصلاة والسلام- تبين أن ولي الأمر عليه أن يستشير ابنته بكراً كانت أم ثيباً، فعن أبي هريرة ﷺ أن النبيﷺ قال" : لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها قال أن تسكت[40]

ثانياً: التوعية بالحقوق والواجبات

وهنا لا بد من التمييز بين الحقوق المشتركة والحقوق الخاصة بكل من الزوج والزوجة وذلك على الحنو الآتي:

الحقوق المشتركة	الحقوق الخاصة بكل طرف	
	الزوج	الزوجة
حسن المعاشرة والمعاملة	الطاعة بالمعروف	النفقة
حق استمتاع كل منهما بالآخر	حفظ غيبته	السكن الشرعي
الرعاية والشعور بالمسؤولية المشتركة	وعدم إدخال بيته من يكره	العدل بين الزوجات
حق الإنجاب		

المطلب الرابع : طبيعة البرامج الإرشادية للمقبلين على الزواج في الاردن

يمثل الإرشاد عموماً مجموعة الجهود المقدمة للأشخاص بهدف زيادة وعيهم بالصعوبات التي قد تواجههم أثناء قيامهم بعمل ما، وتعوق توافقهم وإنتاجيتهم، وبالتالي يهدف الإرشاد النفسي إلى الوصول بالمسترشد إلى حالة من الوعي والفهم، والاستبصار بمشاكله، وصراعاته وتوتراته وأسباب قلقه، وإلى مساعدة المسترشد على تغير مفهوم الذات لديه بما يتطابق مع الواقع، إضافة إلى مساعدة المسترشد على أن ينمو نمواً سليماً حتى يستطيع التغلب على مشكلته بطريقة أفضل[41] وتهتم الدول على اختلاف أنواعها بوضع البرامج الإرشادية لمقبلين على الزواج بهدف تهيئتهم لهذا

الأمر سواء على الصعيد النفسي أو السلوكي وذلك بهدف الحد من المشكلات التي تنشأ عن بناء الأسرة[42]، لذا أصبح قيام الدورات التدريبية للمتزوجين أو المقبلين على الزواج عملاً إجبارياً في بعض الدول، فنجد أن ماليزيا قد وضعت برنامج خاص للمتزوجين، حيث تمنحهم إجازة عن العمل تصل إلى شهرين، وفي تايوان يُجبر الزوجان على حضور دورة تدريبية عن الزواج، وفي الأردن أُقِر مؤخرا نظام لتدريب المقبلين على الزواج لمن كان عمره أقل من ثمانية عشر عاماً.

وتتضمن تلك البرامج تلك البرامج توعية عامة بشؤون الزواج في المجالات القانونية والنفسية والاجتماعية والمالية. وتأخذ تلك البرامج شكل دورات تدريبية في مجال التوعية بمنظومة الحقوق والواجبات الزوجية، وإكساب المشتركين بالبرنامج مهارات التواصل الأسري الفعّال داخل الأسرة، وتعريف المشاركين بمبادئ ووسائل تحقيق المودة والرحمة بين الزوجين التي تعد أساسا في العلاقة الأسرية، كما تقوم بعض مؤسسات المجتمع المدني وشؤون الأسرة في عقد الدورات التدريبة في مجال الصحة الإنجابية للحد من مسألة الزواج المبكر.

لكن عند مراجعة تلك الجهود في مجال إرشاد المقبلين على الزواج يظهر بوضوح أن تلك البرامج ما زالت دون المستوى المطلوب، وذلك للأسباب الآتية:

1. إن برامج الإرشاد تكون إجبارية لمن هم دون سن الثامن عشر فقط وهذا يتطلب بالضرورة استبعاد شريحة من هم فوق سن الثامنة عشر من برامج الإرشاد، بمعنى أن تلك البرامج إلزامية لمن هم دون الثامنة عشر واختيارية لمن هو أعلى من هذا السن، وفي تقديرنا أن الارشاد يكون لجميع المقبلين على الزواج.
2. إن تلك البرامج تأخذ شكل دورات تدريبة تعقد في يوم واحد من كل أسبوع لمدة معينة ومن ثم يحصل المتدرب على شهادة، والأصل أن الإرشاد يكون مستمرا ولا ينتهي بفترة محددة.
3. إن تلك البرامج تأخذ شكل تدريب روتني أكثر من كونها تهيئة للزواج، لأن تلك البرامج بالأساس موجهة لمن هم دون سن الثامنة عشر، ولعل هذا قصور واضح في تلك البرامج، فالأصل أن يكون الإرشاد موجها لكل مقبل على الزواج دون التقييد بسن معينة.

الخاتمة :النتائج والتوصيات

أولاً: نتائج الدراسة

1. الاهتمام ببناء الأسرة التي هي اللبنة الأولى في البناء الإنساني، وهي الركن الرئيس في بناء المجتمع، بين أحضانها ينشأ الأفراد وفيها تتكون شخصياتهم الخاصة، فهي المركز الرئيس للتدريب على العلاقات الاجتماعية، والنقل الثقافي، وتوريث القيم، وهي مصدر النمو، والتنمية، والتربية، فمنها ينمو الفرد ويمتد، وفيها تنمى الخصائص الفردية، وتحدد سمات الشخصية الإنسانية، وتزرع البذور الأولى لمستقبل الحياة السلوكية.

2. يتميز منهج التربية الإسلامية في تهيئة المقلبين على الزواج بالواقعية والشمول من خلال التهيئة التربوية والنفسية لهم لضمان بناء الآسرة على أسس سليمة.
3. تحرص التربية الإسلامية على توعية القبلين على الزواج بأهمية الاختيار السليم لشريك الحياة من خلال إرساء أسس الاختيار السليم وفي مقدمتها الدين والخلق فما الأساس في الزواج السليم والصمان الأكيد للحد من المشكلات الزوجية مستقبلا.
4. تحرص التربية الإسلامية وفي سباق بث الوعي بين المقبلين على الزواج على أهمية معرفة كل من الزوجين بحقوق الآخر؛ لأن من شأن ذلك بناء أسرة مستقرة لا يطغى فيها طرف على آخر.
5. بالرغم من وجود برامج لتوعية المقبلين على الزواج في الأردن إلا أن تلك البرامج تتميز باقتصارها على من هم دون سن الثامنة عشر، وكأن المقصود من تلك البرامج هو الحد من الزواج المبكر وليس التهيئة للزواج.

التوصيات:

في ضوء النتائج السابقة توصي الدراسة بالآتي:

1. نشر التوعية بمتطلبات الزواج لدى المقبلين عليه من خلال الدورات والمحاضرات والندوات ذات العلاقة.
2. إجراء دراسة ميدانية للوقوف على أهم المشكلات التي تواجه المقبلين على الزواج، وتقديم الحلول الناجعة لها.

الهوامش:

(1) عقلة، محمد، نظام الأسرة في الإسلام، عمان، مكتبة الرسالة الحديثة، ط1989،2، ج1، ص6.

(2) سورة الروم، آية، 21.

(3)الخرافي، نورية(2016) آراء طلبة التعليم العالي في الكويت حول حاجة الكويتيين المقبلين على الزواج الى إرشاد زواجي: دراسة استطلاعية، المجلة التربوية. مج. 30، ع. 119، ج. 1، ص17- 69.

(4)عدوي، عائشة(2010) اتجاهات الموظفين نحو الإرشاد الزواجي وعلاقتها ببعض المتغيرات : دراسة حالة جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا.

(5)آل مظف، عبيد والجويسر، غيداء (2013) دور برامج التأهيل في التوعية بالتخطيط للزواج وبناء الأسرة "دراسة وصفية تحليلية لبرامج التأهيل للزواج والمستفيدين منها بمدينة جدة ، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز :الآداب والعلوم الانسانية،/ (21) 127- 162

(6)الراشدي، عمر (2017) دور الأسرة في تهيئة الفتاة لمواجهة التحديات بعد الزواج من منظور التربية الإسلامية، هدفت الى التعرف على دور التربية الأسرية في إعداد الفتاة للزواج من وجهة نظر التربية الإسلامية، المجلة الدولة المتخصصة،6(3)341-358

(7) الحصكفي، محمد علاء الدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت: دار الفكر، ط٢، ج٣/ص٣-٤.

(8) المغربي، محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨، ج٣/ص٤٠٣

(9) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج، بيروت: دار الفكر، ج٣/ص١٢٣.

(10) المقدسي، عبد الله بن أحمد، المغني، بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤٠٥، ج٧/ص٣

(11) سورة الفرقان : اية 54

(12) سورة الروم : اية 21

(13)سورة النساء : اية 1

(14) القشيري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب (النكاح) باب (ندب من رأى امرأة فوقعت في نفسه إلى أن يأتي امرأته) حديث رقم (1403).

(15) النووي، ابو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة الطبعة الثانية، 1392 178/9.

(16) المعايطة، عبد العزيز، المدخل إلى أصول التربية الإسلامية، دار الثقافة، عمان2006، ص22.

(17) على، سعيد إسماعيل، أصول التربية الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 245.

(18)الحازمي، خالد حامد، أصول التربية الإسلامية، الرياض: دار عالم الكتب، 1420هـ ص34.

(19) الحارثي، دولة(2010) دور التربية الإسلامية في تهيئة البنات للحياة الزوجية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة أم القرى، ص178.

(20)أبو علام، رجاء. (1993). **علم النفس التربوي**. الكويت: دار القلم للنشر والتوزيع، ص52.

(21)الغرباوي، حمدي. (2007) **الاتجاهات النفسية**. عمان: مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع.

(22) سورة الرعد، الآية 38.

(23) القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق (146/5).

(24) البخاري، أبوعبدالله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، كتاب (النكاح) باب (من لم يستطع الباءة فليصم) حديث رقم (5066).

(25) العسقلاني، أحمد بن حجر العسقلاني،***فتح الباري*** شرح صحيح البخاري، ضبط: محمد فؤاد عبد الباقي، تحقيق: محي الدين الخطيب، دار المعرفة، ***بيروت*** 9 / 134 – 13.

(26) السجستاني، أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد بالنساء، رقم الحديث ٢٠٥٠.

(27) رواه البخاري في صحيحه في كتاب (النكاح) باب (الترغيب في النكاح) حديث رقم (5063) (الفتح 129/9).

(28) العرفج، محمد بن علي، النكاح " ثمراته وفوائده" الرياض،، ص16.

(29) سورة النور، الآية رقم 32، والأيامى: جمع أيِّم، وهو الذي لا زوجة له أو التي لا زوج لها، انظر ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن ***كثير***، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق ج3،ص 295.

(30) ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن ***كثير***، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج3،ص295.

(31) الجلاد، ماجد (2003)**دراسات في التربية الإسلامية**، دار الرازي، عمان، ص69.

(32)صحيح البخاري (مفتح الباري)، كتاب النكاح " باب المرأة راعية في بيت زوجها " رقم 5200، ج 374/9

(33)سورة يوسف : اية 118

(34)سوره البقرة ايه 221

(35)صحيح البخاري (مع فتح الباري) كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين رقم 5090 ج163/9

(36)الجامع لأحكام القران ح69/3-70

(37)الغزالي، أبو حامد، إحياء علوم الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، 39/2

(38)صحيح البخاري (مع فتح الباري)، كتاب الدعوات، باب الدعاء للمتزوج رقم الحديث 6387، ج227/11

(39)اخرجه الترمذي، كتاب النكاح، " باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه " 305/4

(40)صحيح البخاري (مع فتح الباري) كتاب النكاح باب "لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها" 5136 ج 239/9

(41)السفاسفة، محمد. (2010). أساسيات في الإرشاد والتوجيه النفسي والتربوي. ط.2 ، الكويت: مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع.

(42)آل مظف، عبيد والجويسر، غيداء (2013) دور برامج التأهيل في التوعية بالتخطيط للزواج وبناء الأسرة "دراسة وصفية تحليلية لبرامج التأهيل للزواج والمستفيدين منها بمدينة جدة ، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز :الآداب والعلوم الانسانية،/ (21) 127- 162

" الاستحسان في الزكاة و أثره في التجديد الفقهي والأصولي "

حنين محمد منصور* **أ.د. خلوق ضيف الله آغا****

تاريخ وصول البحث: 2021/1/2م تاريخ قبول البحث: 2021/3/5م

الملخص

تناول البحث موضوع الاستحسان في الزكاة وأثره في التجديد الفقهي والأصولي حيث تحددت مشكلة الدراسة في بيان ما المقصود بالاستحسان في الزكاة؟ وما تأصيله الشرعي؟ وما هي ضوابط الاستحسان في الزكاة بين الأصوليين والفقهاء؟ وما أثر الاستحسان في الزكاة في التجديد الفقهي والأصولي؟

وستقوم هذه الدراسة على المنهج العلمي القائم على استقراء النصوص الشرعية في موضوعات الاستحسان في الزكاة، والدراسات الشرعية في القضايا الاجتهادية المعاصرة للزكاة وتحليل النصوص الفقهية والشرعية الفقهية والأصولية والدراسات المعاصرة في الزكاة والمقارنة بين المذاهب الفقهية القديمة والمعاصرة في مسائل الزكاة القديمة والمعاصرة، ومن ثم استنتاج معنى الاستحسان في الزكاة، وضوابطه بين الفقهاء والأصوليين، واستنتاج علاقته بالتجديد الفقهي والأصوليين.

وقد توصلت الدراسة الى تعريف شامل لمصطلح الاستحسان في الزكاة وتأصيله الشرعي، وأنه يوجد مجموعة من الضوابط الاستنتاجية الخاصة في الاستحسان في الزكاة عند الأصوليين والفقهاء، وتشكل هذه الضوابط الضمانة الأصولية والفقهية التي تضبط العمل بمنهج الاستحسان في مسائل الزكاة، وأن الاستحسان في الزكاة يفتح باب التجديد الفقهي الحقيقي القائم على توسيع دوائر المصلحة الشرعية للاستفادة من أثر هذه الأداة الشرعية في التيسير مع الانضباط الذي يتطلبه التجديد الفقهي المعاصر، وأيضاً أن الاستحسان في الزكاة له علاقة وثيقة بتحقيق جوانب التجديد الأصولي من خلال إحياء المقاصد الشرعية تأصيلاً وتطبيقاً.

* باحثة.

**أستاذ، قسم الفقه وأصوله، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

Satisfaction "Istihsan" on the Ruling of Zakat and its Effect on Jurisprudential and Fundamentalist Renewal

Abstract

The research dealt with the topic the satisfaction on the ruling of zakat and its effect on jurisprudential and fundamentalist renewal.

The problem of the research determined on the what is the meaning of the satisfaction on the ruling of zakat what is its legal basis, what are the rules of satisfaction in zakat , among fundamentalists and jurists, and what is the effect of satisfaction in zakat in the jurisprudential and fundamentalist renewal.

This study will be based on the scientific method based on extrapolation of Shari'a texts on issues of satisfaction in zakat , Shari'a studies on contemporary jurisprudence issues of Zakat, analysis of jurisprudential texts, fundamentalism, contemporary studies on zakat, contemporary studies on zakat, comparison between ancient and contemporary jurisprudential schools of old and contemporary matters of Zakat, and then the conclusion The meaning of satisfaction in zakat, its rules among jurists and fundamentalists, and the conclusion of its relationship to jurisprudential renewal and fundamentalists.

The study has reached a comprehensive definition of the term satisfaction in zakat satisfaction in zakat , its legal basis, and that there is a set of deductive rules concerning satisfaction in zakat among fundamentalists and jurists. The one based on expanding the circles of the legitimate interest to benefit from the effect of this legitimate tool in facilitating with the discipline required by contemporary jurisprudential renewal, and also that satisfaction in Zakat has a close relationship with the realization of the aspects of fundamental renewal through the revival of the Shari'a objectives rooted and applied.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد،،

فإن من أهم ما يتطلبه الفقه المعاصر الربط بين علم الأصول وتطبيقاته الفقهية من خلال ربط المناهج الأصولية بتطبيقاتها الفقهية الأصيلة والمعاصرة.

وإن من الأدلة المهمة، والمناهج الأصولية المستقرة منهج الاستحسان عند الأصوليين باعتباره طريقا مهما من طرق استنباط الحكم الشرعي، حيث يتم من خلاله تقديم قياس خفيّ على قياس جليّ، أو استثناء جزئية من قاعدة عامة لمصلحة راجحة، ويعبر عنه بتقديم أقوى الدليلين.

وإن مما يمكن تطبيق منهج الاستحسان الأصولي عليه باب الزكاة بمسائله القديمة والقضايا الاجتهادية المعاصرة، ومعلوم أن الزكاة في العنوان تتضمن زكاة المال، وزكاة الفطر، على اعتبار أن الأولى: زكاة مالية، وأن الثانية: زكاة شخصية، وذلك وفق الآتي:

مشكلة الدراسة:

1. ما المقصود بالاستحسان في الزكاة وما تأصيله الشرعي.
2. ما ضوابط الاستحسان في الزكاة بين الأصوليين والفقهاء.
3. ما أثر الاستحسان في الزكاة في التجديد الفقهي والأصولي.

ثانياً: أهداف الدراسة

1. استنتاج معنى الاستحسان في الزكاة والتأصيل الشرعي له.
2. استنتاج ضوابط الاستحسان في الزكاة بين الأصوليين والفقهاء.
3. بيان أثر الاستحسان في الزكاة في التجديد الفقهي والأصولي.

ثالثاً: أهمية الدراسة

1. حاجة الفقه الاسلامي لاستقراء ظاهرة الاستحسان الأصولي في الزكاة وبيان معناه وتأصيله الشرعي.
2. حاجة البحث الفقهي لبيان ضوابط الاستحسان في الزكاة بين الأصوليين والفقهاء.
3. حاجة البحث الفقهي المعاصر لإظهار العلاقة بين الاستحسان في الزكاة والتجديد الفقهي والأصولي.

رابعاً: الدراسات السابقة

لم تجد الباحثة دراسة متخصصة أفردت موضوع الاستحسان في الزكاة إلا دراسة واحدة تطرقت إلى موضوع الاستحسان في الزكاة وهي الاستدلال بالاستحسان في مسائل العبادات عند الحنفية لمحمد علي محمد الصليهم جامعة الملك سعود، وقد ذكر الباحث مسألة واحدة في الاستحسان بالزكاة وهي حكم ما إذا تصدق المسلم بماله كله فهل يجزئه عن الزكاة، وإنما عند البحث والاستقراء في مسائل الزكاة في كتب الفقهاء نجد أنه تم تقديم قياس خفيّ على قياس جليّ، أو الاستثناء من القاعدة العامة

استحساناً في كثير من المسائل دون أن يتم التصريح بذلك مباشرة.

أما في موضوع الزكاة فيوجد مجموعة دراسات معاصرة أهمها:

1. الاجتهاد المقاصدي في الزكاة، للدكتور عبد الله العازمي.
2. أثر الترجيح بالمصلحة في مصارف الزكاة، للدكتور عبد الله العازمي.
3. كتاب نوازل الزكاة: دراسة فقهية تأصيلية لمستجدات الزكاة للدكتورعبدالله منصور الغفيلي
4. ندوات الزكاة المعاصرة من الندوة الأولى إلى الندوة السابعة والعشرين، وفيها عدد كبير من الأبحاث يمكن استقراؤها، واستخراج القضايا الاجتهادية المعاصرة في الاستحسان .

وأما في موضوع الاستحسان خاصة:

1. الاستحسان: حقيقته، وأنواعه، حجيته، وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور يعقوب عبد الوهاب الباحسين
2. بحث الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة للدكتور عبد الرحمن الكيلاني.

ستضيف هذه الدراسة الآتي:

1. البيان لمعنى الاستحسان في الزكاة، والتأصيل الشرعي له .
2. استنتاج الضوابط الشرعية للاستحسان في الزكاة عند الأصوليين والفقهاء.
3. بيان العلاقة بين الاستحسان في الزكاة والتجديد الفقهي والأصولي وتأصيلها.

منهجية البحث وإجراءاته:

أولاً: منهج البحث

ستقوم هذه الدراسة على المنهج العلمي القائم على استقراء النصوص الشرعية في موضوعات الاستحسان في الزكاة، والدراسات الشرعية في القضايا الاجتهادية المعاصرة للزكاة، وتحليل النصوص الفقهية والشرعية الفقهية والأصولية والدراسات المعاصرة في الزكاة والمقارنة بين المذاهب الفقهية القديمة والمعاصرة في مسائل الزكاة القديمة والمعاصرة، ومن ثم استنتاج معنى الاستحسان في الزكاة، وضوابطه بين الفقهاء والأصوليين، واستنتاج علاقته بالتجديد الفقهي والأصولي.

ثانياً: إجراءات البحث

1. عزو الآيات الكريمة إلى مواضعها من السور القرآنية الكريمة.
2. تخريج الأحاديث النبوية الشريفة؛ فإن كانت في الصحيحين يكتفى بهما، وإن كانت في غيرهما فيكتفى بالكتب الستة، والتنصيص على غيرها إذا لم يكن فيها، مع الحكم على الحديث صحة وضعفا.
3. تفسير المصطلحات الفقهية والأصولية حيث لزم الأمر.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف الاستحسان في الزكاة وتأصيله الشرعي.

المطلب الأول: تعريف الاستحسان في الزكاة بمعناه التفكيكي.

المطلب الثاني: تعريف الاستحسان في الزكاة بمعناه التركيبي.
المطلب الثالث: التأصيل الشرعي الخاص للاستحسان في الزكاة.
المبحث الثاني: الضوابط الشرعية للاستحسان في الزكاة عند الأصوليين والفقهاء.
المطلب الأول: ضوابط الاستحسان الخاصة في الزكاة عند الأصوليين.
المطلب الثاني: ضوابط الاستحسان الخاصة في الزكاة عند الفقهاء.
المبحث الثالث: العلاقة بين الاستحسان في الزكاة والتجديد الفقهي والأصولي.
المطلب الأول: علاقة الاستحسان في الزكاة في تحقيق التجديد الأصولي وتنميته.
المطلب الثاني: علاقة الاستحسان في الزكاة في تحقيق التجديد الفقهي وتنميته.

المبحث الأول: تعريف الاستحسان في الزكاة وتأصيله الشرعي

المطلب الأول: تعريف الاستحسان في الزكاة بمعناه التفكيكي

يتضمن هذا الفرع التعريف بالاستحسان أصولياً أولاً، ثم التعريف بالزكاة عند الفقهاء، وذلك على النحو الآتي:

أما الاستحسان فقد عرفه الأصوليون على ثلاثة اتجاهات مختلفة:

الاتجاه الأول: الاتجاه العام لتعريف الاستحسان، وحقيقته تقديم أقوى الدليلين بقرائن دلت عليه، ومن التعريفات التي دلت على هذا الاتجاه:

ما عرفه ابن السمعاني بقوله: " العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه: وهذا مما لا ينكره أحد"[1].

وقال الباجي - من المالكية -: الاستحسان: " هو القول بأقوى الدليلين "[2]، وعرفه الطوفي بأنه: " ما قام رجحانه شرعا " [3]. وقال القاضي والحلواني من الحنابلة أنه: " القول بأقوى الدليلين "[4].

الاتجاه الثاني: الاتجاه الخاص لتعريف الاستحسان، وحقيقته تخصيص العام، واستثناء جزئية من قاعدة عامة، أو تقديم الجزئي على الكلي، لدليل اقتضى هذا التخصيص والاستثناء، وهذا أشهر اتجاه نشأ عند الأصوليين، ومن التعريفات الي دلت على هذا الاتجاه:

قال الكرخي: " الاستحسان: قطع المسألة عن نظائرها، أي: أن المجتهد يعدل عن الحكم في مسألة بما حكم به في نظائرها إلى الحكم بخلافه لوجه أقوى من الأول يقتضي العدول عنه "[5]، والعدول هو الاستثناء من القاعدة العامة، ويلزم عليه أن يكون العدول عن العموم إلى التخصيص [6]، وهو تخصيص العام [7].

وعرف الإمام مالك الاستحسان بأنه: " الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي "[8]

وعرفه الآمدي بقوله أنه: " العدول في مسالة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه، لوجه هو أقوى"، وعبر عنه أنه: " العدول إلى النص أو العادة، وأنه يرجع إلى تخصيص العلة "[9]

الاتجاه الثالث: الاتجاه الأخص، وهو تقديم أقوى الدليلين الخاصين، وكونهما قياسين،

أحدهما خفي والآخر جلي، فيقدم القياس الخفي على القياس الجلي، وهو اتجاه اشتهر عند الحنفية، ومن تعريفاتهم:

ما عرفه الحنفية بأنه: " العدول عن موجب قياس الى قياس أقوى منه " [10].

وعرفه الجصاص بقوله: " بأنه ترك القياس الى ما هو أولى منه "[11]

وعرفه ابن الحاجب بقوله: " العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه، أو أنه العدول إلى خلاف النظير لدليل أقوى منه "[12].

وهناك من المعاصرين من عرفه تعريفاً شاملاً منهم الدكتور يعقوب الباحسين بقوله: " هو 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"[13]

وعرفه الدكتور الطالب ولد المجتبى الشنقيطي بمعناه الشامل بقوله: " استثناء حكم خاص من قاعدة عامة كلية مضطردة بدليل أقوى أوجب العدول عن القياس، وهذا الدليل إما: مصلحة راجحة أو عرف صحيح أو دفع المشقة والحرج المرفوعين شرعاً عن المكلفين "[14].

وبعد استعراض التعريفات باتجاهاتها المختلفة، فإنه يمكن تعريف الاستحسان بتعريف شامل لمعانيه الصحيحة المحتملة **بأنه: " أداة منهجية شرعية أصولية استدلالية تعتمد على ترجيح أقوى الدليلين عند تعارضهما استثناء من قاعدة عامة، أو جزئي من كلي، أو ترجيح قياس خفي على قياس جلي تحقيقاً لمصلحة راجحة ترخيصاً؛ ليترتب مآل صحيح أراده الشارع الحكيم "**

أما الزكاة لغة، فهي: البركة والنماء والطهارة والصلاح [15].

وأما الزكاة فقها، فقد عرفت بتعريفات كثيرة لدى الفقهاء، من أهمها ما يلي:

1-" القدر المخرج من النصاب الحولي إلى الفقير" [16].

وواضح أن هذا التعريف عرف الزكاة بحقيقة الزكاة وركنها الأساسي، وهو الحق الواجب إخراجه للفقير بشروطه، ونص هذا التعريف على النصاب الحولي، تاركاً زكاة الأموال التي لا تتطلب نصابا كالزروع والثمار والركاز، وغيرهما، تاركاً أيضاً التفصيلات الأخرى المتعلقة بسائر الأركان والشروط والتنصيص على النية التي يجب أن تصاحب إخراج الزكاة الشرعية.

2-"اسم لقدر مخصوص من مال مخصوص يجب صرفه لأصناف مخصوصة بشرائط مخصوصة " [17].

وهذا التعريف ينص على القدر الواجب إخراجه كسابقه، وسماه مخصوصا، ونص على المصارف المخصوصة شرعاً، ونص على الشرائط، وهو أشمل من سابقه، وإن كان يعيبه الإبهام في القدر والمصارف حيث وصفهما بمخصوص، وكذلك الشرائط مخصوصة، ولكنه يفتقر إلى التنصيص على النية أيضاً.

من خلال التعريفات السابقة يمكن تحديد أركان الزكاة الشرعية بالآتي:

أولاً: القدر المخرج من الأموال الزكوية المنصوص على أنصبتها شرعاً.

ثانياً: المزكي، وهو المسلم الواجب الزكاة في ماله، وهو مطلق المسلم بقطع النظر عن كونه مكلفاً أو لا، وهذا على مذهب الجمهور خلافاً للحنفية الذين يشترطون التكليف للمزكي.

ثالثاً: مصارف الزكاة، وهم الأصناف الثمانية المنصوص عليهم شرعاً بتفصيلاتهم.

رابعاً: النية التي هي أساس للزكاة الشرعية.

مع ما يتصل بكل ركن من الأركان من الشروط المعروفة في كتب الفقهاء المتقدمين والمعاصرين، وليس المجال يسمح بالتفصيل فيها.

من خلال السابق، وتحقيقاً لغرض تحديد أركان الزكاة الشرعية فإن البحث يقترح **تعريف الزكاة بأنها:** " حق شرعي معلوم محدد، يخرجه المسلم مطلقا؛ عن أموال نامية مملوكة زائدة عن حاجاته الأصلية بنصاب محدد؛ لأصناف ثمانية مخصوصة، بنية التقرب لله عز وجل ".

المطلب الثاني: تعريف الاستحسان في الزكاة بمعناه التركيبي

يقصد بالمعنى التركيبي للاستحسان في الزكاة معناه الذي يجمع بين مصطلحي الاستحسان والزكاة، على نحو يظهر فيه أثر الاستحسان في مسائل الزكاة.

يمكننا القول إنه بعد الاستقراء المطول أن البحث لم يجد من نص من الأصوليين القدامى أو المعاصرين على مصطلح الاستحسان في الزكاة إلا في موضع واحد حين ذكر الحنفية تصريحاً كون أبي حنيفة استحسن في استحسان سنده النص [18]، حيث مثلوا له ما لو قال قائل: " مالي صدقة في سبيل الله، وقد دلت عموم أدلة وجوب الوفاء بالنذر يقتضي أن تكون أمواله كلها داخلة في ذلك، فيلزمه التصدق بها كلها، واستحسن أبو حنيفة أن يخصص ذلك بالأموال الزكوية فقط تخفيفاً وترخيصا ورفعا للحرج عن المكلف بقوله تعالى: " خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً " [19]، والصدقة تطلق في القرآن على الصدقة الواجبة التي لا تكون إلا في الأموال الزكوية، فتحمل عليها [20]، فالآية الكريمة دليل غير مباشر في استثناء إطلاق لفظ الصدقة على الأموال الزكوية تخفيفاً عن المكلف حتى لا يقع في العوز إذا نذر أن يتصدق بماله كله [21].

ويبدو أن الأصوليين لم ينصوا على الزكاة في موضوعات الاستحسان لكونه مجالاً تطبيقياً ليس هو عمل الأصوليين، وإن كانت مصادر الأصوليين ذكرت الفرع السابق دليلاً لأبي حنيفة في الاستثناء بالنص من القرآن الكريم من القاعدة العامة.

وأما عند استقراء مواضع استخدام الفقهاء القدامى للاستحسان في التفريع الفقهي عموماً؛ فإنه يتضح أنها قليلة بالنسبة لسائر الأدلة، غير أن الاستقراء بين أن أكثر من استعمل الاستحسان هم الحنفية، فقد أظهرت نتائج الاستقراء أن الحنفية لهم أكثر من ثلاثة آلاف وخمسمائة موضعاً فقهياً نصوا فيه على نوع الاستحسان من أصل ستة آلاف، وغالب هذه المواضع هي في الحاجة والضرورة والعرف وعبروا عنه كثيرا " بالتعامل "، وأحيانا بالنص.

وغريب أن البحث الفقهي الفرعي لم يجد كثيرا من تقديم القياس الخفي على القياس

الجلي، وقد تميز الحنفية بالنص الدقيق على دليل الاستحسان، وهو نوعه، وثبت اجتماع أكثر من دليل للاستحسان، وكانت النتائج واضحة في: أن الحنفية قد توسعوا جداً في استخدام الاستحسان، وبيان وجهه تفصيلاً [22]؛ فعند الحنفية نصوا على الاستحسان في مسائل الطهارة والغسل [23]، والصلاة [24]، وغيرها.

وأما عند المالكية فقد وجد البحث أن عدد مواضع الاستحسان لا تزيد عن المئة وخمسين موضعا فقط في عينة البحث السابقة، ولم يجد في الزكاة إلا موضعين على ما سيأتي، ولقد ظهر جليا أن أشهب نقل عنه كثيرا من هذه الاستحسانات، كما أن المالكية قلما يعللوا للاستحسان في كتب التفريع الفقهي خلافاً للحنفية، كما أن كتب التفريع الفقهي وقفت على نوع جديد من أنواع الاستحسان، وهو استحسان عمل المدينة، وهو دليل خاص بالمالكية كما هو معلوم، ومن المواضع التي نص فيها المالكية على الاستحسان الكفارة [25]، وفي وقت صلاة الفجر [26].

وأما عند الشافعية فقد استقرأ البحث مواضع الاستحسان عند الشافعية فوجد أن عدد المواضع التي ذكر فيها الاستحسان في العينة محل البحث هي: خمسين موضعاً، والملاحظ أن أكثرها حكاية للاستحسان عن الحنفية إما موافقة لرأي الشافعي أو في أدلة مخالفيه [27].

ومن المواضع التي نص فيها على الاستحسان عند الشافعية، وهي نادرة: الإحلاف بالمصحف [28]، وذكرها النووي في المجموع شرح المهذب استدلالا منه [29].

وعند استقراء المصادر الفقهية المتقدمة الأصيلة للبحث عمن نص من الفقهاء على الاستحسان في مسائل الزكاة، فقد وجدها البحث قليلة؛ ولأن البحث متوجه ومتخصص في الاستحسان في الزكاة ومسائلها، فكان مناسباً قبل بناء المعنى التركيبي للاستحسان في الزكاة أن يتم استعراضها من مواضعها في المصادر الفقهية لبيان حجم استخدام الفقهاء للفظ الاستحسان نصاً، وذلك كالآتي:

أولاً: المذهب الحنفي:

وقد ورد عند الحنفية في مواضع منها:

1. ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة **سقط فرضها عنه استحساناً**، لأن الواجب جزء منه فكان متعيناً فيه فلا حاجة إلى التعيين [30].

وواضح أن دليل الاستحسان هنا: أن الوقوع بدفع المال كله دليل على عدم وجود المزاحمة بين المال المؤدى زكاة، وبين سائر المال، وقد انتفت هذه المزاحمة؛ فصح أداء الكل زكاة عنه، ولكن بشرط ألا ينوي بها واجبا آخر من نذر أو غيره كما نص على ذلك الحنفية.

ووجه الاستحسان: أن النية وجدت دلالة؛ لأن الظاهر أن من عليه الزكاة لا يتصدق بجميع ماله ويغفل عن نية الزكاة فكانت النية موجودة دلالة، وعلى هذا إذا وهب جميع النصاب من الفقير أو نوى تطوعاً.

2. وورد عنهم في باب زكاة الفطر أنهم نصوا: "ولا عن أولاد الكبار وإن كانوا في عياله؛ لانعدام الولاية؛ ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم **أجزأه استحساناً** لثبوت الإذن عادة "[31].

وتفسير الاستحسان: وهو رواية عن أبي يوسف لأنه العادة؛ والثابت عادة كالثابت بالنص فيما فيه معنى المؤنة [32].

3. وورد في باب زكاة الفطر أيضاً: وإذا كان للولد الصغير مال أدى عنه أبوه من مال الصغير في قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله تعالى-، وكذلك يضحي عنه **من ماله استحساناً في قول أبي حنيفة** - رحمه الله تعالى - [33].

4. نص الحنفية على أن تعجيل الزكاة استحسان، وهو على خلاف القياس، وهو ضرورة حولان الحول مع بلوغ النصاب [34].

5. وورد أن رجلاً التقط ألف درهم وعرفها سنة ثم تصدق بها وله ألف درهم ثم تم الحول على ألفه زكاها استحساناً؛ لأن الألف المتصدق بها لم تصر ديناً عليه في الحال لجواز أن يجيز صاحبها التصدق [35].

ثانياً: المذهب المالكي

فقد ورد في المذهب المالكي في موضعين فقط، هما:

1. " قال عبد الملك: فإن كان العامل عبدا ورب المال حراً، فليزك العامل حصته. قال عبد الملك: وهذا الصواب، وما أسقط أنا الزكاة عن العامل بدين عليه إلا استحساناً "[36].

2. جاء في المقدمات الممهدات: " أن الزكاة لا تجب على العامل في حظه من الربح إلا بأن يكون فيه ما تجب فيه الزكاة، وبأن يكون أيضا في رأس مال رب المال وربحه ما تجب فيه الزكاة. وهذا القول تأوله محمد بن المواز عن ابن القاسم ولا يوجد له نصاً ولو وجد لكان أيضا استحساناً على غير قياس ولا أصل "[37].

ثالثاً: المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي: ولم يجد فيهما البحث من نص على مسائل الاستحسان في الزكاة مباشرة وصراحة.

وعليه: فإن عدد المسائل التي الذين نص فيها الفقهاء على الاستحسان بصورة مباشرة قليلة نسبيا، وهي أقل من المواضع في الموضوعات الفقهية الأخرى.

وتبين من خلال الاستقراء أن غالب استخدام الفقهاء للاستحسان في الزكاة كان بصورة غير مباشرة عن طريق الاستثناء، وتخصيص العام ترخيصاً، وإن لم ينصوا على أنه استحسان، وهو الأكثر؛ على اعتبار أن منهج الاستحسان معروف عندهم.

وأما الذين نصوا على الاستحسان في الزكاة كمصطلح مصرح به من المعاصرين، فهم قلة أيضاً، ويمكن أن يكون كلامهم أساساً لفتح باب استخدام هذا المصطلح في موضوعات الزكاة ومسائلها المعاصرة، وممن نص على مصطلح الاستحسان في الزكاة ما يأتي:

أولاً: الأستاذ الدكتور محمد خالد منصور في "تعجيل الزكاة" صورها [38]، وتأخيرها [39]، وكذلك تعجيل زكاة الفطر [40]، وتأخيرها

وحالات ذلك [41]، وفي شروط العامل على الزكاة، وخاصة القول بجواز أن يتولى تنفيذ بعض مهام الزكاة للضرورة القصوى المقتضية ذلك [42].

ثانياً: الباحث عثمان العوضي في رسالته الماجستير بعنوان: " أسباب اختلاف هيئات الفتوى المعاصرة، بسطر واحد أن من أدلة القائلين بجواز استثمار الزكاة، دليل الاستحسان، وبين وجهه للحاجة باختصار مقتضب شديد دون التعرض لتحليل الدليل[43].

وبعد هذا العرض المفصل للسيرة العلمية لمصطلح: " الاستحسان في الزكاة " عند الأصوليين والفقهاء من القدامى والمعاصرين؛ فإنه يتبين أن أحدا لم يتعرض لتعريف هذا المركب؛ وذلك لعدم بروزه مصطلحاً خاصاً في الزكاة؛ ولأن العناية بمنهج الاستحسان عند المتقدمين في التفريع الفقهي كان يأتي تبعاً، وبدون التوسع في الاستدلال به نصا وتصريحاً.

ولذلك فإن البحث يقترح من خلال ما سبق تعريفا تركيبيا للاستحسان في الزكاة بأنه: **" استخدام منهج الاستحسان الشرعي الأصولي بأنواعه لتحقيق الترخص وتحقيق المقصد الأرجح في مسائل زكاة المال في أركانها وشروطها، والأموال التي تجب فيها، ومصارفها، وكيفية احتسابها وإخراجها؛ وزكاة الفطر؛ وأحكامها؛ بضوابط أصولية وفقهية خاصة، ووضع قواعد للتعامل مع المستجدات الفقهية الاجتهادية المعاصرة بما يراعي فيه طبيعة التغير في الزمان والمكان، وتبدل المصالح واختلافها، وإعادة ترتيبها وفق الاجتهاد المقاصدي فيها وفق أدلة قوية معتبرة"**

المطلب الثالث: التأصيل الشرعي الخاص للاستحسان في الزكاة

يقصد بالتأصيل الشرعي الخاص للاستحسان في الزكاة، المؤيدات والأدلة الخاصة التي تدل على المشروعية للمعنى الخاص الذي سبق بيانه لطبيعة الاستحسان في موضوعات الزكاة، والذي له خصوصية تنبع من طبيعة الزكاة بكونها فريضة عالمية لها أثر كبير على المجتمع المسلم وبناء أسسه الاقتصادية والاجتماعية والتكافلية، وهو أداة مهمة في ترسيخ مبادئ العدالة في توزيع الثروة وتوجيه الدولة نحو تغطية جيوب الفقر والحاجة بأشكالها المختلفة [44]، والتي من أجل ذلك كانت زائدة عن الأدلة العامة لمشروعية الاستحسان الأصولي، إذ هناك ملاحظ شرعية خاصة تمنح الزكاة قدراً زائداً من النظرة المصلحية والمقاصدية عن طريق الاستحسان.

ومن خلال الاستقراء لحقيقتي الاستحسان والزكاة الشرعية بقسميها: زكاة المال وزكاة الفطر؛ فإنه تظهر جملة من الأدلة الخاصة للمشروعية الخاصة [45]، وهي مؤيدات خاصة للاستحسان في الزكاة، التي سيكون لها أثر في البناء الدلالي والمقاصدي للتعامل مع قواعد الاستحسان في الزكاة، وكذا المسائل الفرعية التفصيلية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، والتي وردت في استثناء بعض الصور من

القواعد العامة في موضوعات الزكاة، كإقرار النبي ﷺ تعجيل الزكاة للعباس رضي الله عنه[46]، وكتقديم الصحابة رضي الله عنهم زكاة الفطر بيوم أو يومين [47]، وهذا مما له حكم الرفع [48]، وهو من جملة الوحي التأسيسي الابتدائي لحكم جديد على ما سيأتي بيانه في موضعه [49].

ثانياً: اعتماد الزكاة الشرعية وتفصيلاتها القديمة والمعاصرة على أصل رفع الحرج والمشقة في الشريعة الإسلامية، وهو أصل متفق على مشروعيته، وهو أصل كلي مقطوع به كما نص على ذلك الإمام الشاطبي [50]، حيث إن الشريعة تقوم في أصلها على رفع الحرج، لقوله تعالى " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " [51]، وقوله ﷺ :" بعثت بالحنيفية السمحة " [52]، وغيرها الكثير من النصوص الشرعية التي تدل على أن هذا الأصل [53].

ففي الاستحسان متى علم اطراد القياس أو تعميم العام، أو تطبيق للحكم الكلي مفوت لمصلحة ضرورية أو حاجية أو يوقع في حرج شديد؛ فإنه يعدل عن مقتضى القياس الظاهر؛ إلى حكم آخر محقق للمصلحة أو يدفع مفسدة، وهذا العدول هو حقيقة الاستحسان؛ فهو يرجع بوجه عام إلى ترك العمل بالدليل في بعض جزئياته؛ بدليل يرفع المشقة والحرج ويحقق المصلحة [54].

والزكاة الشرعية تتضمن جملة من الأحكام العملية التي لها خاصية إنسانية شرعية تتصل بحاجة الإنسان للمال، وإنقاذه من الفقر والعوز، وإخراجه من دائرة الهلاك والاحتياج، وكذا سائر المصارف الشرعية تحمل معان تخفيفية في أصلها: فالغارم وابن السبيل وفي سبيل الله كل هذه المصارف وما يكتنفها من معان تخفيفية عن المكلفين المسلمين، وغير المسلمين في حالات خاصة ومحدودة كالمؤلفة قلوبهم وابن السبيل غير المسلم [55]، كل هذه الحالات في أصلها تخفيف عن المسلم، ورفع الحرج عنه؛ فجاء منهج الاستحسان فيه للإيغال في الرفق والتوسع فيه حيث تطلب الأمر ذلك، حيث إن النظرة الإرفاقية التخفيفية واضحة في أحكام الزكاة الشرعية، وكذلك استخدام منهج الاستحسان في الزكاة يؤدي إلى تلمس مواضع التخفيف التي تتطلبها طبيعة بعض أحكام الزكاة كما سيأتي في العديد من التطبيقات لتعجيل الزكاة، وتأخيرها في حالات مخصوصة وبشرائط محددة [56]، واستثمار أموال الزكاة عند الحاجة لذلك وكفاية موارد الزكاة للمصارف الأساسية [57]، مما سيظهر جليا في أثناء عرض مسائل الاستحسان في الزكاة مما يجعل المشروعية في هذا الأصل معززه له، وموسعة له في الناحية التطبيقية التي تتضمنها أحكام الزكاة الشرعية لتحقق أغراضها ومقاصدها [58].

ثالثاً: النصوص الشرعية العامة والقواعد الشرعية الكلية والفرعية التي تدل على اعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات [59]، وأن الضرورة تقدر بقدرها [60]، وأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت الحاجة أم خاصة [61]، حيث إن هذه كلها تصب في دائرة التخفيف عن المكلف [62] عن طريق هذه الأدوات الخاصة التي مقصودها تحقيق الغرض العام

للاستحسان عموماً، وكذلك هي أدوات استثنائية تخفيفية عن المكلف في مسائل الزكاة، فيكون لها حكم أصلها [63]، فاستخدام هذه الأدوات في مسائل الزكاة من باب أولى.

خاصة أن الزكاة الشرعية في أحكامها تعود إلى مصالح مرنة تتصل بالمكلف المزكي وتخفف عنه، وتخرجه من مضايق أساس إزالتها إعمال قواعد الضرورة والحاجة على ما سيأتي في التطبيقات الفقهية للاستحسان في الزكاة، وكذلك الحال بالنسبة لمراعاة حال المستفيد من الزكاة؛ فالاستحسان جاء للتخفيف عند الضرورة والحاجة، فيكون الاستحسان طريقاً مشروعا لتحقيق هذا الغرض؛ فإن حقيقتها الترخصات التي ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح ودرء المفاسد على الخصوص؛ لأنا لو بقينا على الأصل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه الدليل العام [64].

رابعاً: الأصول التشريعية الشرعية العامة الاجتهادية التي استقرت عليها النظر الشرعي الاجتهادي القديم والمعاصر كأصل النظر في مآلات الأفعال [65]، والذي له دور في انتظام عملية الاجتهاد الشرعي العام في الزكاة بشقيه الاجتهاد الاستنباطي الأصلي، والاجتهاد التنزيلي الواقعي واللذان يتطلبان في الزكاة الاعتماد على هذه الأصول التشريعية العامة [66]، والتعامل معها بدقة وعمق مما يتطلب ذلك إعمال الاستحسان الأصولي كمنهج، فتحقيق استخدام هذا المنهج الاستحساني في الزكاة يؤدي إلى الإعمال التأصيلي والتطبيقي لهذه الأصول التشريعية العامة [67]، فيكون هذا الإعمال الجزئي في الزكاة إعمالا للأصل العام، فيحقق المشروعية لإعمال النظر الكلي لهذه الأصول في الزكاة، ويكون سبباً للمشروعية أيضا؛ إذ يمثل صورة من صور المشروعية للأصل العام.

خامساً: التعليل في النصوص الشرعية أصل مستقر إذ هذه النصوص تقوم على فكرة التعليل في فروع العبادات ووسائلها [68]، وأحكام الزكاة الشرعية بتفصيلاتها تتميز كما نص على ذلك كبار الفقهاء قديما وحديثا على الكثير من الأحكام التعليلية، وهناك فواصل مهمة بين ما يدخله التعليل في الزكاة، وبين ما لا يدخله التعليل، مما يدل على أن الزكاة نطاق من النطاقات المهمة للتعليل الشرعي [69].

والاستحسان يعتمد في بعض أنواعه على التعليل، وما يتبعه من تعليل بالمصالح؛ إذ المصلحة هي لب العلة، والعلة وعاؤها، وهناك الكثير من المسائل الاستحسانية في الزكاة تقوم على أساس المصلحة والتعليل بها [70].

وكذا التعامل مع منهج الاستحسان في التعارض بين الأقيسة في الزكاة [71]، والذي تميزت به الحنفية في تقديم القياس الخفي على القياس الجلي، وهو نوع دفع للتعارض باعتبار العلة، وتحقيقها للمناط بصورة أدق في القياس الخفي منه في القياس الجلي، وهو من أهم أنواع الاستحسان الشرعي [72].

وعليه: فإنه لما كان التعليل ومشروعيته، أصل أصيل في التشريع الإسلامي، ومثبت لأحكامه عموما؛ فإن التعليل في مسائل الزكاة، واستعمال أقيسة العلة، ودفع التعارض بينها

على نحو يحقق مقصود الشارع؛ هو دليل على مشروعية الاستحسان في فروع الزكاة عن طريق ما يسعفه منهج الاستحسان أن يكون طريقاً لإثبات حكمه [73].

المبحث الثاني: ضوابط الاستحسان الخاصة في الزكاة بين الأصوليين والفقهاء

سيتضمن هذا المطلب الضمانة الأصولية والفقهية التي تضبط العمل بمنهج الاستحسان في مسائل الزكاة بشكل خاص، وهو استنتاجي، ويتطلب استقراء دقيقا لعملية الاستحسان في صنيع الأصوليين والفقهاء لاستنتاج جملة من الضوابط الخاصة التي تسدد عمل الاستحسان، وتجعله يحقق غرضه دون إفراط ولا تفريط وفق منهج شرعي وسط يحافظ على مكانة النص الشرعي، وأصالته، ويعمل القواعد الشرعية العامة التي تسهم في تلبية حاجة الزمان والمكان لاستنباط شرعي يلائمهما، ويحقق مقصود الشريعة فيهما، وذلك ضمن الفرعين الآتيين:

المطلب الأول: ضوابط الاستحسان الخاصة في الزكاة عند الأصوليين

وهي الضوابط التطبيقية الخاصة في الزكاة والمستفادة من نظرية الاستحسان وضوابطه عند الأصوليين، وذلك وفق الآتي:

الضابط الأول: أن يكون في المسألة الزكاتية قاعدة عامة، أو حكم كلي، أو قياس جلي في مقابلة القاعدة العامة، فإن ركنية الاستحسان تبدأ من وجود هذه القاعدة العامة أو ما في معناها؛ ذلك أن نصوص الزكاة الشرعية الأصل فيها العموم والكلية، كالقاعدة العامة في تحريم تأخير الزكاة عن وقتها [74]، وكالقاعدة العامة في تحريم حبس أموال الزكاة عن المصارف الزكاة مما يعني تحريم استثمار أموال الزكاة [75]، وغيرها من القواعد المهمة في مسائل الزكاة الشرعية، ويلحق بها القواعد العامة المتعلقة بزكاة الفطر تعجيلا وتأخيرا [76]، فالقاعدة العامة إخراج زكاة الفطر في موعدها الشرعي، ولا يجوز تعجيلها ولا تأخيرها [77].

وعليه: فلا بد من التحقق من حصول التعارض بشروطه المعروفة عند الأصوليين على ما سيأتي في تفصيلات المسائل الفقهية، وكيفية التعامل معها أصولياً.

الضابط الثاني: وجود مناط الاستحسان وهو دفع التعارض بين القاعدة العامة، والدليل الخاص أو الجزئي عن طريق الاستثناء، والعدول بالمسألة عن حكم نظائرها، وتقديم الخاص على العام، والجزئي على الكلي، والقياس الخفي على الجلي [78].

الضابط الثالث: ألا تكون القاعدة العامة أو الكلي من التعبديات المحضة في الزكاة التي لا يدخلها الاستثناء، لكونها مقصودة لذاتها؛ إذ العموم حينئذ مقصود للشارع الحكيم؛ ولا يجوز الاستثناء بدون دليل معتبر [79].

الضابط الرابع: أن يكون مقصود دفع التعارض في مسائل الزكاة حصول الترخيص والتخفيف عن المزكي أو أهل الزكاة، أو المجتمع أو المؤسسات الزكوية العاملة في حقل العمل الخيري، والتخفيف يتطلب موجباً شرعياً، بحيث يكون التخفيف مرادا للشارع بتحقيق مقصود الشارع من شرع الحكم؛ وإلا لا يمكن

القول بالترخص المطلق، فهو خروج من ربعة التشريع، بل الترخيص المدعم بالأدلة التي تحيل الترخيص والتخفيف راجحاً في حالة الاستحسان في الزكاة [80].

الضابط الخامس: أن يكون المآل الناتج عن العملية الاستحسانية الزكوية يرضاه الشارع، وضمن ضوابط اعتبار المآل التي سيأتي بيانها في موضعه، ويحقق مراضيه ضمن السنن التشريعي المستقر في نصوص الكتاب والسنة[81]، وأن يؤول الاستثناء إلى مقصود يرضاه الشارع؛ وأن يكون مقصود المكلف وأهل الزكاة، والمؤسسات الزكوية موافقا لمقصد الشارع الحكيم، إذ لو كان مقصود هؤلاء جميعا مخالفا لمقصود الشارع لعاد عليه بالبطلان ضرورة [82]، وسيأتي مزيد تفصيل في ضوابط المآل الصحيح عند الأصوليين وعلاقته بمسائل الزكاة الشرعية في موضعه.

المطلب الثاني: ضوابط الاستحسان الخاصة في الزكاة عند الفقهاء

المقصود بالضوابط هنا: الضوابط الفقهية، هي القواعد الفقهية الجزئية الخاصة التي يمكن استنتاجها من خلال استقراء موضوعات الزكاة، ومسائلها التفصيلية، ومواضع الاستحسان فيها، لكي تضع الدراسة محددات فقهية للتعامل الفقهي مع منهج الاستحسان في مسائل الزكاة، لتكون معيارا ضابطا لإعمال الاستحسان في التفصيلات الفقهية في الزكاة.

وهذه الضوابط هي استنتاجية وهدفها سلامة القيام باستخدام منهج الاستحسان في مسائل الزكاة، وضبط النتائج الفقهية الناتجة عن طريق هذا المنهج؛ وحتى لا يكون هناك تساهل في إهدار القواعد العامة، والأصول العامة في مسائل الزكاة إلا بمقتضيات فقهية واضحة وقابلة للتطبيق، ويمكن استعراض هذه الضوابط على النحو الآتي:

الضابط الأول: أن الاستحسان يدخل في الأحكام العملية التفصيلية في موضوعات الزكاة، ولا يدخل في القواعد الكلية المستقرة التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وهي تلكم الأحكام الثابتة التي لا تعتمد على مصالح متغيرة، بل تعتمد على مصالح ثابتة، ومن أبرزها المقادير والأنصبة المنصوص عليها [83]، وهذا يجعل استخدام منهج الاستحسان عند الفقهاء هو على خلاف الأصل، وهو يستخدم في نطاق ضيق، وحيث كانت هناك حاجة لتحقيق الترخيص فحسب، ومن هنا فيمكن للباحثة استنتاج الضابط الآتي: لا عبرة بالاستحسان في الأحكام الثابتة؛ وإنما يعتبر الاستحسان في الأحكام التي تتغير بتغير الزمان والمكان، فلا استحسان في القطعيات في الزكاة.

الضابط الثاني: أن يحتف حكم الاستثناء في الحكم الفقهي في الاستحسان بجملة من القرائن والشروط الفقهية الكافية والتي يمكن من خلالها المحافظة على الأصل [84]، وتحقيق الاستثناء المراد، وهذا سيكون واضحا في بعض المسائل التفصيلية في الزكاة، كالقرائن والشروط الفقهية لجواز استثمار أموال الزكاة استحساناً[85]، أو جعل زكاة القرض الحسن على المدين لا الدائن بشروط خاصة [86]، فكل حكم ينتج عن طريق الاستحسان يتطلب من

الفقيه وضع جملة من الشروط والقرائن التي تضمن تحقيق الاستثناء غرضه ومقصوده؛ وإلا لأدى إلى حصول مفسدة تربو على المصلحة المراد تحقيقها من الاستحسان.

الضابط الثالث: أن يكون تطبيق العمل بالاستحسان عن طريق رقابة شرعية، ومرجعية فقهية معتبرة، وذات اجتهاد جماعي [87]، ويكون التطبيق لأثر الاستحسان يكون عن طريق المؤسسات الزكوية التي تكون قادرة على ضمان سلامة التطبيق لها على نحو يحقق الاستثناء غرضه ومقصوده [88].

الضابط الرابع: أن تكون الضرورة والحاجة الفقهية التي يتم من خلالها الاستثناء حقيقة، ومثاله: إخراج قيمة عين المنصوص عليه، وفيه ضوابط فقهية متقابلة بين أصحاب المذاهب الذين اختلفت آراؤهم في حكم إخراج القيمة في الزكاة، وكاستحسان الحنفية جواز إخراج قيمة زكاة الفطر نقوداً خلافاً لرأي الجمهور بإخراج الزكاة من الطعام المنصوص عليه في السنة النبوية الشريفة.

الضابط الخامس: أن يتم الترجيح الفقهي في المسائل التي فيها خلاف في العمل بالاستحسان بناء على تحقق الشروط والضوابط السابقة، مما يؤدي ظهور استحسانات متفق عليها فقها، واستحسانات مختلف فيها، بعضها قديم وبعضها معاصر.

الضابط السادس: يراعى عند النظر في الاستحسان يستأنس بالفقه المعاصر للزكاة وقرارات المجامع الفقهية والندوات الفقهية المتخصصة بالزكاة[89].

الفرع الثاني: علاقة الاستحسان في الزكاة في تحقيق التجديد الفقهي والأصولي

هذا الفرع سيتخصص في تعميق فكرة الاستحسان في الزكاة عن طريق بيان أهميتها في تحقيق مصطلحين مهمين في الاجتهاد المعاصر، وهما التجديد الفقهي، والتجديد الأصولي، وذلك ضمن الآتي:

أولا: علاقة الاستحسان في الزكاة في تحقيق التجديد الفقهي وتنميته

يمكن للباحثة تعريف التجديد في الفقه الإسلامي: " بأنه إحياء ممنهج لشكل الفقه الإسلامي ومضمونه على مستوى الفقه نفسه ومؤسساته العلمية؛ بما ينظم ويحقق الموروث الفقهي القديم، ويقدم أدوات معاصرة لعلاج المستجدات المعاصرة وفق الثوابت الشرعية مع مراعاة المتغيرات باعتبار الزمان والمكان؛ بما يحقق نهضة الفقه الإسلامي وتلبيته لحاجات العصر، ومتطلباته ضمن قواعد أصول الفقه المستقرة " [90].

وهناك تعريفات متعددة لتجديد الفقه الإسلامي ليس مقصود البحث التوسع فيها [91].

والتجديد الفقهي يعتمد على قيام المجتهد بالكشف عن الحكم الشرعي للمستجدات من النصوص صراحة أو دلالة وذلك ضمن المتغيرات في هذه النصوص وابتعادا عن الثوابت التي لا يطالها التغير بتغير الزمان والمكان، والتجديد في الفقه يطال الشكل كما يطال المضمون [92]، والتجديد في الفقه الإسلامي له ملامح عامة.

وهناك ملامح خاصة في الزكاة، من أهمها:

1- تقديم اجتهادات جديدة في مسائل قديمة، ومنها انبثاق مؤسسات اجتماعية للزكاة، والنظر في تحويل زكاة الركاز إلى صندوق لتنمية العالم الإسلامي، وتقديم إجابات لمسائل مستحدثة مستجدة، وهناك العديد من المستجدات في فقه الزكاة كزكاة الأسهم والسندات وغيرها، وربط الأحكام بعضها ببعض، وربط الأحكام الجزئية بالأحكام الكلية، وهذا واضح في قضايا مصارف الزكاة، وتوسيعها، وربط علم الفقه الإسلامي بسائر العلوم الإنسانية والعلوم الطبيعية المعاصرة، كالاجتماع والتربية والإعلام، والعلوم البحتة، وخاصة فيما يتعلق بالزكاة والاقتصاد الإسلامي، والمقاصد الاقتصادية للزكاة [93].

2- الاستفادة من الفقه الإسلامي لتوسيع دائرة التقنين الفقهي المعاصر، وهناك العديد من التجارب على مستوى الزكاة، فقانون الزكاة النموذجي الكويتي، وقانون الزكاة السوداني، وغيرها من قوانين الزكاة التي تسهل التطبيق العملي لفريضة الزكاة الشرعية [94].

3- الاستفادة من الفقه الإسلامي في تنمية التجارب المؤسسية للزكاة في العالم الإسلامي[95].

وأما علاقة الاستحسان في مسائل الزكاة في تحقيق التجديد في الفقه الإسلامي ومنطلقاته وتطلعاته، فيمكن للباحثة استنتاج النقاط الخاصة الآتية:

1- أن الاستحسان في الزكاة طريق مهم لتحقيق النظر المعاصر للعديد من المسائل المستجدة في موضوعات الزكاة الشرعية، فعن طريقه يتم الاستجابة لكثير من المستجدات التي تحتاج إلى جواب كاستثمار أموال الزكاة [96]، وتنميتها اقتصادياً ومحاسبياً.

2-الاستحسان في مسائل الزكاة يجعل الزكاة أكثر واقعية وملامسة لواقع الحياة المعاشة خاصة مع الكم الهائل من المستجدات التي تتطلب نظرا خاصا يراعى فيه حاجة المكلف والمستفيدين من الزكاة مما يحقق لهم التخفيف، والاستفادة المثلى من الزكاة في واقع الحال ومآله.

3- الاستحسان في الزكاة يفتح باب التجديد الفقهي الحقيقي القائم على توسيع دوائر المصلحة الشرعية بضوابطها [97]، وما يتعلق بها من مراعاة الضرورة الشرعية والحاجة الشرعية وبضوابطهما الشرعية المحققة للاستفادة من أثر هذه الأداة الشرعية في التيسير مع الانضباط الذي يتطلبه التجديد الفقهي المعاصر.

4- إعمال الاستحسان في مسائل الزكاة طريق مهم من طرق التعرف على المقاصد الشرعية للزكاة العامة، والمقاصد الخاصة وتحديدها، وسبيل مهم في تحقيق المقاصد الزكوية المالية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية عن طريق الاستثناء بطريق الترخيص على ما استقر في البحث في منهج الاستحسان.

ثانياً: علاقة الاستحسان في الزكاة في تحقيق التجديد الأصولي وتنميته:

فكرة تجديد علم أصول الفقه الإسلامي أخذت حيزا كبيرا من البحث والدراسة لدى المعاصرين، وهناك دراسات كثيرة ومتعددة في هذه الموضوع [98]، وليس موضوع البحث في التجديد في أصول الفقه ولا تفصيلاته، ولكن المقصود الاستفادة مما استقر عليه المعاصرون في تجديد أصول الفقه عن طريق منهج الاستحسان الأصولي، وهذا المنحى اقتضى التعريف المختصر بتجديد علم أصول الفقه، ثم الدخول مباشرة في مظاهر التجديد في أصول الفقه من خلال الاستحسان في الزكاة بشكل خاص وفق اتجاهات التجديد التي نص عليها المعاصرون.

ويعرف التجديد في أصول الفقه الإسلامي بأنه: " إعادة إحياء مباحث علم أصول الفقه من الناحية الشكلية والموضوعية تحقيقاً لمقاصد هذا العلم في تسهيل عمل المجتهد في الاستنباط الشرعي على نحو متكامل يحقق جانبي النظرية والتطبيق ويربط بين منهج المتقدمين والمتأخرين تلبية لواقع الاجتهاد المعاصر "[99].

هذا، وإن التجديد في أصول الفقه الإسلامي يعتمد على جوانب [100] سيبين البحث أثر منهج الاستحسان في الزكاة في تحقيقها، وذلك على النحو الآتي:

1- إضافة جانب مكمل لعلم أصول الفقه الإسلامي، وهو علم المقاصد الشرعية وموقعه من الاستنباط الأصولي تأصيلاً وتطبيقاً من خلال تلمس المقاصد الكلية والجزئية وعلاقة بعضها ببعض [101].

والاستحسان في الزكاة له علاقة وثيقة بتحقيق هذا الجانب من جوانب التجديد في إحياء المقاصد الشرعية تأصيلا وتطبيقا، وأما تأصيلا فهو وضع إطار تأصيلي لمعنى الاستحسان في الزكاة، ووفق محددات أصولية واضحة من خلال ربطه بمضمون الاستحسان وهو الترخص والتيسير، وهو من أهم قضايا المقاصد الشرعية.

والاستحسان في الزكاة له علاقة بإبراز مقاصد الزكاة العامة الفقهية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وغيرها، كما أنه يركز على المقاصد الجزئية للأحكام الشرعية التفصيلية في مسائل الزكاة على اختلاف موضوعاتها، ويلزم حينئذ التدقيق في كل مقصد جزئي من هذه المقاصد، وربطها بالمقصد الكلي؛ فمثلا ربط المقصد الجزئي بمصرف العاملين على الزكاة، وكون غير المسلم عاملا عليها أو لا، فذلك مرتبط بالمقصد العام لمصارف الزكاة، وهو إيصالها لمستحقها وفق ضوابط محددة، فجاء الحكم الاستحساني بجواز كون غير المسلم عاملاً تنفيذياً عند الضرورة القصوى محققاً للمقصد الخاص للعاملين على الزكاة، كما أنه متوافق مع المقصد العام لمصارف الزكاة[102].

والاستحسان له دور في خاصية التمدد والوجود، وخاصية التشبيك والربط بين الأدلة الشرعية بما يجعل المستنبط يشتغل ضمن منظومة أصولية مترابطة، وهو يربط بمكوناته

الأدلة الشرعية بمقاصد الشريعة ويمثل الاستحسان روح أصول الفقه اقتباساً وتشبيهاً بما اصطلح عليه بروح القانون، وهو منهج وأداة أصولية قادرة على توجيه دقة القياس، والحد من الغلو في الحكم [103].

2- تحقيق القول في مسائل أصول الفقه الإسلامي [104]، وهذا الجانب من الجوانب التجديدية في علم أصول الفقه الإسلامي تجلى فيه الاستحسان في عموما، وفي الاستحسان في الزكاة خصوصا في النقاط الآتية:

1- تحقيق القول في كون الاستحسان عند الأصوليين ليس دليلا مستقلا بل هو منهج شرعي أصولي استخدمه الشارع الحكيم، واستخدمه النبي ﷺ مما يبين حقيقة موقع الاستحسان من الأدلة الشرعية بكونه أداة منجية، وهذا تحقيق مهم في سياق تصنيف الاستحسان الأصولي.

2- تحقيق القول في كون الاستحسان ليس أمراً خلافياً تأصيلاً، فاستحسان النص والإجماع ليس محل خلاف عند الأصوليين؛ ويبقى الاستحسان بالعرف والمصلحة وعموم البلوى ورفع الحرج من باب تحقيق المناط الخاص في كون هذه الأمور تتضمن دليلا قويا يقوى على الاستثناء من القاعدة العامة.

3- تحقيق القول بأن الاستحسان كما اتضح في تعريفه التفكيكي والتركيبي أنه يتضمن استثناء للترخيص، وهذا حقيقة الاستحسان الأصولي، وهو مرتكزه، وهذا ذهب إليه طائفة من المحققين المتقدمين [105]، والمعاصرين [106].

4- الاستحسان في الزكاة مناط محدد اتضح في التعريف التركيبي للاستحسان في الزكاة بحيث يعتبر تجديدا في محاولة التعريف بالاستحسان الخاص بموضوع معين، وهذا يفتح الباب للتحقيق في طبيعة كل استحسان متعلق بباب من الأبواب الفقهية.

5- المنحى التطبيقي لموضوعات علم أصول الفقه إبان التعليل الفقهي، والتفريع الفقهي، والترجيح الفقهي [107]، حيث إن العلاقة بين الفقه والأصول علاقة تلازمية تكاملية حيث إنه لا يمكن ممارسة الفقه بدون الأصول، ولا الاستفادة من الأصول بدون استخدامه في التفريع الفقهي، والمنحى التطبيقي للأصول يعني: تحويل قواعد علم الأصول من كونها قواعد نظرية إلى كونها أداة ذات غاية عملية تطبيقية يتأسس عليه عمل المجتهد ويتحقق الاستنباط والاجتهاد، حيث يتعامل الفقيه مع الأدلة الشرعية والدلالات وقواعد الاجتهاد وإعمال المقاصد الشرعية وتطبيق قواعد الحكم الشرعي التكليفي والوضعي وفق منهج يستخدم فيه هذه الموضوعات الأصولية وتوظيفها في استنباط الحكم الشرعي، وأن الإحكام في الجانب التجريدي لأصول الفقه لا يكفي بل لابد له التوظيف التفريعي للقواعد وقرن الفرع الفقهي بدليله تأصيلاً كحكم أصولي وأثراً كحكم فقهي [108]

والمنحى [109] التطبيقي [110] للاستحسان الأصولي هو موضوع التجديد في أصول الفقه في مسائل الزكاة، والتي يظهر أثره في **النقاط الآتية:**

1- أن المقصود بالمنحى التطبيقي للاستحسان الأصولي في الزكاة: هو الطريق الذي يسلكه الأصوليون والفقهاء في تطبيق الاستحسان في الفروع الفقهية في مسائل الزكاة في موضوعاته المختلفة وفق الشروط التي وضعها الأصوليون، والتأكد من تحققها في الفروع الفقهية، وهو نوع تحقيق مناط خاص لهذا المنهج الأصولي.

فالمنحى التطبيقي للاستحسان الأصولي في الزكاة، هو بيان مدى التزام الفقهاء بقواعد الأصوليين في الاستحسان وأركانه وشروطه، في مسائل الزكاة القديمة والمعاصرة.

2- أن المنحى التطبيقي للاستحسان في الزكاة عند الفقهاء يعني: استعمال الفقهاء على اختلاف مناهجهم أداة الاستحسان الأصولي سواء أكان في الفقه المذهبي أم الفقه المقارن أم الفقه المعاصر ضمن قواعده المستقرة عند الأصوليين.

3- الاستحسان التطبيقي في مسائل الزكاة أداة عملية لتوسيع نطاق النصوص الشرعية، وتوسيع احتمال قواعد الضرورة والحاجة لمتطلبات العصر في مسائل الزكاة المختلفة.

4- من خلال الاستحسان التطبيقي في الزكاة يظهر مدى فاعلية هذه الأداة في معالجة قضايا الزكاة الاجتهادية، مع إمكانية استنتاج ضوابط تطبيقية له من خلال الاستقراء للمسائل الفقهية التي يدخلها الاستحسان في الزكاة.

5- المنحى التطبيقي للاستحسان في الزكاة يبين ما حجم التطبيقات العملية له مقارنة بالأدلة الأخرى كالقياس والعرف وسد الذريعة الاستصحاب.

6- من خلال المنحى التطبيقي للاستحسان يتبين ما درجة قوة الاستحسان في مقابلة الأدلة والمناهج الأخرى، ويتبين التميز بين الاستحسانات الصحيحة والاستحسانات الضعيفة، وموقع الاستحسان عموماً من منظومة الاستدلال الفقهي في الزكاة.

الخاتمة:

وفي ختام البحث فقد توصلت الدراسة الى النتائج الآتية:

1 - أنه يمكن التوصل الى تعريف تركيبي شامل لمصطلح الاستحسان في الزكاة وهو استخدام منهج الاستحسان الشرعي الأصولي بأنواعه لتحقيق الترخص وتحقيق المقصد الأرجح في مسائل زكاة المال.

2 - تبين بأن هناك مؤيدات وأدلة خاصة تدل على المشروعية للمعنى الخاص لطبيعة الاستحسان في موضوعات الزكاة.

3- أنه يوجد مجموعة من الضوابط الاستنتاجية الخاصة في الاستحسان في الزكاة عند الأصوليين والفقهاء وتشكل هذه الضوابط الضمانة الأصولية والفقهية التي تضبط العمل بمنهج الاستحسان في مسائل الزكاة..

4- الاستحسان في الزكاة يفتح باب التجديد الفقهي الحقيقي والقائم على توسيع دوائر المصلحة الشرعية بضوابطها وما يتعلق بها من

مراعاة الضرورة الشرعية والحاجة الشرعية وبضوابطهما الشرعية المحققة للاستفادة من أثر هذه الأداة الشرعية في التيسير مع الانضباط الذي يتطلبه التجديد الفقهي المعاصر.

5 - الاستحسان في الزكاة له علاقة وثيقة بتحقيق جوانب التجديد الأصولي من خلال إحياء المقاصد الشرعية تأصيلاً وتطبيقاً، وأما تأصيلاً فهو وضع إطار تأصيلي لمعنى الاستحسان في الزكاة، ووفق محددات أصولية واضحة من خلال ربطه بمضمون الاستحسان وهو الترخص والتيسير.

الهوامش:

1 الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله (1994 م)، البحر المحيط في أصول الفقه، الطبعة الأولى، ج8، ص 99، دار الكتبي للنشر والتوزيع. الزركشي، البحر المحيط، مصدر سابق، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (1999م)، إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول، الطبعة الاولى، دار الكتاب العربي، دمشق، ص: 241.

2 القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن ادريس المالكي (1973م)، شرح تنقيح الفصول، الطبعة الأولى، ص: 452، شركة الطباعة الفنية المتحدة.

3 الطوفي، سليمان بن عبد القوي (1987م)، شرح مختصر الروضة، الطبعة الأولى، ج3، ص 190، مؤسسة الرسالة، بيروت.

4 المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (2000م)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، الطبعة الأولى، ج3، ص 827، مكتبة الرشد، الرياض – السعودية.

5 البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (1997م)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، الطبعة الأولى، ج 4/ص 3، دار الكتب العلمية، بيروت. وانظر: الشاطبي، الاعتصام، مصدر سابق، 47/3، الزركشي، البحر المحيط، 8 / 69.

6 البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، مصدر سابق، 3/4.

7 الطوفي، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، 197/3.

8 الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (1997م)، الموافقات، الطبعة الأولى، ج 5،ص 194، دار ابن عفان، الرياض – السعودية.

9 الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي (2003م)، الإحكام في أصول الأحكام، الطبعة الأولى، ج4، ص 157، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض.

10 البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، مصدر سابق، 3/4.

11 الجصاص، أحمد بن علي الرازي (1994م)، الفصول في الأصول، الطبعة الثانية، ج 4، ص 234، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، وعبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، مصدر سابق، 3/4.

12 العضد الإيجي، عثمان بن عمر بن أبي بكر جمال الدين (2000م)، شرح المختصر، الطبعة الأولى، ج2، ص288، دار الكتب العلمية، بيروت.

13 الدكتور يعقوب الباحسين، الاستحسان حقيقته، أنواعه حجيته تطبيقاته المعاصرة، مصدر سابق، ص: 41.

14 الشنقيطي، الدكتور وليد مجتبى (2020م)، أثر مراعاة المقاصد الشرعية في أصول المذهب المالكي، دراسة تأصيلية تطبيقية، الطبعة الأولى، ص 282، دار الظاهرة، الكويت، وأصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه مقدمة لبرنامج دكتوراه الفقه المقارن وأصول الفقه بجامعة الكويت إشراف: الأستاذ الدكتور محمد خالد منصور، ص: 282.

15 ابن منظور، محمد بن مكرم بن على(1414هـ)، لسان العرب، الطبعة الرابعة، مادة "زكا"، ج13، ص358-359، دار صادر، بيروت، وانظر: الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (2005 م)، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، ص: 1667، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان.

16 القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي(2004 م)، أنيس الفقهاء، الطبعة الأولى، ص: 131 دار الكتب العلمية، بيروت.

17 الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب (1994م)، مغني المحتاج، الطبعة الاولى، ج 1، ص 368، دار الكتب العلمية، بيروت.

18 السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (1993م)، المبسوط، الطبعة الأولى، ج4، ص134، دار المعرفة، بيروت.

19 سورة التوبة، الآية: 103.

20 الأشقر، محمد سليمان (2019م)، الواضح في أصول الفقه، الطبعة الثامنة، ص: 146، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

21 الأشقر، الواضح في أصول الفقه، مصدر سابق، ص: 146.

22 من خلال البحث في الموسوعات الإلكترونية اتضح أن مواضع الاستحسان عموما في المصادر كلها تزيد عن ستة آلاف موضعا، وفي كتب التفريع الفقهي تقارب الألف موضع، وفي الزكاة فتقارب ثمانية مواضع في المذهب الحنفي منصوصا عليها.

23 السرخسي، المبسوط، 52/1، وانظر في الوضوء والغسل مسائل أخرى أيضا، السرخسي، المبسوط، 68/1، 79/1.

24 وذلك في مواضع تزيد عن عشرة مواضع، السرخسي، المبسوط، 162/1، وهناك مواضع أخرى مثل: صلاة المريض: السرخسي، المبسوط 1/ 212.

25 القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري (2006 م)، الجامع لأحكام القرآن، الطبعة الأولى، ج2 ص 328، مؤسسة الرسالة، بيروت. وانظر أمثلة أخرى نص فيها فقهاء المالكية على الاستحسان: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 203/5.

26 ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد(2000م)، الاستذكار، الطبعة الأولى ج1/ص 406، دار الكتب العلمية، بيروت، وانظر استحسانات كثيرة، مثل: النفري القيرواني، أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) (1999م)، النوادر والزيادات على المدونة، الطبعة الاولى، ج1/ص 53، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

27 وهي كثيرة ومنها: الرافعي، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز للغزالي، الطبعة الأولى، ج11/ص258، دار الفكر، بيروت.

28 الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البغدادي (1999م)، الحاوي الكبير، الطبعة الاولى، ج17، ص113، دار الكتب العلمية، بيروت.، والغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (1414ه)، الوسيط في المذهب، الطبعة الأولى، ج 6، ص 354، دار السلام، القاهرة.

29 النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، الطبعة الأولى، ج1، ص491، دار الفكر، بيروت.

30 ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي،فتح القدير، ج2،ص170، دار الفكر، بيروت. المرغناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل،الهداية في شرح بداية المبتدي، 1ج، ص 32،دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي(1313ه)، تبيين الحقائق، الطبعة الأولى، ج،1، ص 257، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة.

31 ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 286/2، البابرتي، محمد أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين، العناية على الهداية، الطبعة الأولى، ج 2، ص266، دار الفكر، بيروت.. الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد(1322ه)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ج1، ص 133، العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بدر الدين (2000 م)، البناية شرح النهاية، الطبعة الأولى، ج3، ص 489، دار الكتب، بيروت، لبنان، الطحطاوي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، الطبعة الأولى.

ج 1، ص 724، دار الكتب العلمي، بيروت، نظام الدين البلخي (1310ه)، الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية، ج1، ص 193، دار الفكر، بيروت.

32 ابن الهمام، فتح القدير، مصدر سابق، 286/2-287.

33 السرخسي، المبسوط، 104/3، داما أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج 1، ص 227، دار إحياء التراث.

34 ابن مازة البخاري، أبو المعالي برهان الدين محمود (2004م)، المحيط البرهاني، ج 2، ص268، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

35 ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، ج2، ص222، دار الكتاب الإسلامي.

36 النفري، النوادر والزيادات على المدونة، مصدر سابق، 182/2.

37 القرطبي ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد (1988م)، المقدمات الممهدات، الطبعة الأولى، ج 1، ص 319، دار الغرب الإسلامي.

38 منصور، الدكتور محمد خالد (2019م)، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الاولى، ج 3، ص 465، دار عمار، عمان – الأردن.

39 الدكتور محمد خالد منصور، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، 3 / 501.

40 الدكتور محمد خالد منصور، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، 3 / 484.

41 الدكتور محمد خالد منصور، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، 3 / 505.

42 الأستاذ الدكتور محمد منصور، بحث المستجدات الفقهية في مصرف العاملين على الزكاة، بحث مقدم للندوة السابعة والعشرين لقضايا الزكاة المعاصرة، بيت الزكاة 2020 م.

43 العوضي، عثمان شريف، أسباب اختلاف هيئات الفتوى المعاصرة (العبادات أنموذجا) دراسة فقهية معاصرة، وهي رسالة ماجستير، بجامعة الكويت، يناير، 2020، ص 75.

44 الدكتور رفعت العوضي، الزكاة وإعادة توزيع الدخل والثروة، أبحاث وأعمال المؤتمر العالمي السادس للزكاة، تحت شعار المستجدات الدولية وانعكاساتها على مؤسسات الزكاة، قطر، 2003م، بيت الزكاة الكويتي، وبيت الزكاة القطري، ص: 245-246.

45 وقد ذكر الدكتور يعقوب الباحسين في كتاب الاستحسان جملة من الأدلة العامة لحجية الاستحسان غير تلكم التي يذكرها الأصوليون، ومنها: إعمال الترجيح بين الأدلة، وسمو دليل الترجيح وجه الاستحسان، وأصل التيسير ورفع الحرج والتخفيف، وهو مما أجمعت عليه الأمة، وشهد له عشرات الأدلة من الكتاب والسنة، وقد ذكرها مختصرة جدا، مما حاول البحث هنا التوسع فيها،

الاستحسان: حقيقته، وأنواعه، حجيته، تطبيقاته المعاصرة، مصدر سابق، ص: 153-155.

46رواه أبو داود، سنن أبي داود كتاب الزكاة، باب تعجيل الزكاة، 376/1، حديث (1624)، والترمذي، كتاب الزكاة، باب ما جاء في تعجيل الزكاة،، 54/3، حديث رقم 679 (قال عنه الألباني بانه حديث حسن)

47 بفعل ابن عمر – رضي الله عنهما -: " كانوا يعطونها قبل الفطر بيوم أو يومين "أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب: فرض صدقة الفطر، 182/2-183

48 الدكتور شعبان محمد إسماعيل (1988م)، قول الصحابي وأثره في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ص: 55، دار السلام، مصر.

49 قول الصحابي فيما لا مجال للرأي فيه، رسالة ماجستير في الجامعة الأردنية، ياسمين محمد منصور، 2020 م، ص: 61.

50 الإمام الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 210/2.

51 سورة الحج، الآية: 78.

52 رواه أحمد في مسنده، 116/6، 233 عن عائشة – رضي الله عنها - ، وسنده حسن، وحسنه ابن حجر في تغليق التعليق، 43/1.

53 وانظر هذا الأصل العظيم، وأن الشارع الحكيم لم يقصد إلى التكاليف بالمشاق الإعنات فيه، وإنما هو ابتلاء، ويأتي أصل رفع الحرج في الشريعة ليعالجه ويخفف عن المكلف آثاره التي فوق طاقته، وانظر: الإمام الشاطبي، الموافقات، 210/2.

54 أم نائل محمد العيد بركاني، نظرية الوسائل في الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص: 384.

55 الدكتور يوسف القرضاوي، كلمته في مؤتمر المستجدات الدولية وانعكاساتها على مؤسسات الزكاة، أبحاث وأعمال المؤتمر العالمي السادس للزكاة، طبع بيت الزكاة الكويتي، الدوحة قطر، 2003 م، ص: 16-17،

56 وانظر: الدكتور محمد خالد منصور، تعجيل الزكاة وتأجيلها المسوغات والآثار، ضمن أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله، مصدر سابق، 499/3، وما بعدها.

57 تفصيل ذلك: أبحاث الندوة الثالثة لقضايا الزكاة المعاصرة، والمنعقدة في الكويت سنة 1992م، وجاء في البيان الختامي التأكيد على قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن توظيف أموال الزكاة في مشاريع ذات ريع، وأنه جائز من حيث المبدأ بضوابط، وقد خلصت الندوة إلى الجواز بضوابط سيأتي التفصيل فيها في موضعها في الفصل الثالث من الرسالة، وانظر: بيت الزكاة الكويتي، فتاوى وتوصيات ندوات قضايا الزكاة المعاصرة، ص: 50-51.

58 وانظر: علي سعود الكليب، مؤسسات الزكاة ودورها في استقرار المجتمعات، وقد فصل في هذا البحث دور الزكاة ومؤسسات في محاربة الظواهر التي تؤثر على مقاصد الزكاة العملية في المجتمع، المؤتمر العالمي السادس، بيت الزكاة الكويتي، ص: 43.

59 وانظر القاعدة الكبرى، وما تفرع عنها، السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص: 106.

60 الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد(1989 م)، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، ج1، ص 163، دار القلم، دمشق، سوريا

61 ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (1999 م)، الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، ج 1،ص 78، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

62 وانظر تفصيلات التخفيف وأسبابه الشرعية: السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص: 108 -109.

63 فإن الوسائل لها أحكام المقاصد، وتأخذ حكمها، وانظر: الدكتورة أم نائل محمد العيد بركاني، نظرية الوسائل في الشريعة الإسلامية، ص: 169.

64 أم نائل محمد العيد بركاني، نظرية الوسائل في الشريعة الإسلامية، ص: 384.

65 الشاطبي، الموافقات، 177/5.

66 وانظر: بشير بن مولود جحيش، الاجتهاد التنزيلي، كتاب الأمة رقم (93)، وزارة الأوقاف القطرية، ط1، 2003، ص: 5، وما بعدها.

67 وانظر: الأستاذة جميلة حسن تلوت، فقه التنزيل عن الإمام ابن تيمية، كتاب الأمة، العدد 146، السنة الحادية والثلاثون وزارة الأوقاف، قطر، ص: 50.

68 الدكتور نور الدين الخادمي، بحث فقه الزكاة بين التوقيف ومراعاة المقاصد 2017 م، الندوة الخامسة والعشرين لقضايا الزكاة المعاصرة، ص: 4.

69 الدكتور عبد الرحمن الكيلاني، بحث فقه الزكاة بين التوقيف ومراعاة المقاصد، 2017 م، الندوة الخامسة والعشرين لقضايا الزكاة المعاصرة، ص: 18.

70 وانظر فريضة الزكاة ومدى قابليتها لتعليل أحكامها، الدكتور عبد الرحمن الكيلاني، بحث فقه الزكاة بين التوقيف ومراعاة المقاصد، ص: 16.

71 وانظر فكرة تعارض الأقيسة، وحقيقتها: الدكتور علي جمعة (2004م)، تعارض الأقيسة عند الأصوليين، الطبعة الأولى، ص32، دار الرسالة، القاهرة.

72 البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، مصدر سابق، 3/4.

73 الدكتور نور الدين الخادمي، بحث فقه الزكاة بين التوقيف ومراعاة المقاصد، مصدر سابق، ص: 19.

74 الدردير، أبو العباس أحمد بن محمد، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ج1، ص670،دار المعارف، بيروت.، ابن قاضي شهبة، محمد بن أبي بكر الأسدي(2011م)، بداية المحتاج في شرح المنهاج، الطبعة الأولى، ج2، ص 220، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي، الإنصاف في معرفة الراجح من مذهب الإمام أحمد، الطبعة الثانية، ج3، ص186، دار احياء التراث العربي، بيروت، ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد (1968م) المغني، ج 4، ص 147، مكتبة القاهرة.

75 المجمع الفقهي الاسلامي برابطة العالم الإسلامي، الدورة الخامسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة المنعقدة 11 رجب / 1419هـ، القرار السادس، ص 323.

76 من الذين قالو بعدم جواز تأخير زكاة الفطر انظر: المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من مذهب الإمام أحمد، 179/3، من الذين قالو بعدم جواز تعجيل زكاة الفطر انظر: ا بن ضويان

الحنبلي، إبراهيم بن محمد بن سالم (1989م)، منار السبيل في شرح الدليل، الطبعة السابعة، المكتب الاسلامي، ص:186

77 الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد (2000م)، الإقناع في الفقه الشافعي، الطبعة الأولى، ج 1، ص 69، دار احسان للنشر والتوزيع، ايران، النووي، المجموع شرح المهذب، 6 / 126

78 وهذا النظر الاستثنائي هو عينه معنى الاستحسان للتوصل لغائية التشريع، وهو ما يمكن تسميته باجتهاد الاستثناء، وانظر: السنوسي، عبد الرحمن معمر (1424ه)، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، الطبعة الأولى، ص: 315، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية.

79 الدكتور نور الدين الخادمي، بحث فقه الزكاة بين التوقيف ومراعاة المقاصد، مصدر سابق، ص: 19.

80 وانظر الرخصة وضابطها: القرافي، شرح تنقيح الفصول، مصدر سابق، ص: 161، الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 144/4، وما ذكره الطوفي من أن الرخصة: " ما ثبت على خلاف دليل شرعي لمعارض راجح "، شرح مختصر الروضة، مصدر سابق، 459/1.

81 وانظر: أثر الاستحسان في الاجتهاد المآلي، الدكتور عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص: 311-314.

82 الأستاذة جميلة حسن تلوت، كتاب الأمة، فقه التنزيل عند ابن تيمية (1432 ه)، سلسلة دورية تصدر عن إدارة البحوث والدراسات الاسلامية – قطر، العدد 146، في حديثها في اعتبار المآل، ص: 107.

83 الدكتور عبد الرحمن الكيلاني، بحث فقه الزكاة بين التوقيف ومراعاة المقاصد، مصدر سابق، ص: 22.

84 وقد قام الدكتور يعقوب الباحسين باستحضار هذه القرائن من خلال الشروط التي تضعها المجامع الفقهية لجواز الاستثناء كما فعل في جواز السلم في صور معاصرة، والتبرع بالأعضاء، والتصوير الفوتوغرافي، ونظرية الظروف الطارئة التي هي استثناء من قوة العقد الأصلية والوفاء به، وتطبيقاتها الفقهية في وضع الجوائح في الثمار وتغير قيمة النقود ونظرية العذر عند الحنفية، لرفع الحرج وتحقيق العدل بين العاقدين، وإجراء العمليات الجراحية الضرورية والحاجية، وكشف العورة للضرورة الطبية، غيرها من الصور المعاصرة، التي ستقوم الباحثة باستحضار هذه القرائن الخاصة بالاستحسان في مسائل الزكاة القديمة والمعاصرة، انظر: الاستحسان حقيقته، أنواعه حجيته تطبيقاته المعاصرة، مصدر سابق، ص: 167، 173، 178، 180، وانظر: الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الكيلاني، الاستحسان وتطبيقاته في بعض القضايا الطبية المعاصرة، مصدر سابق ومن هذه النوازل زراعة الأعضاء، والتشريح الجثماني، والتلقيح الاصطناعي، والاستفادة من الأجنة، ص: 157-171، وهناك تفصيلات حسنة في بيان الوجه الاستحساني لهذه المسائل مع شروط الاستحسان الخاصة بكل مسألة، وقد استخدم الاستحسان في مسائل الوقف المعاصرة الدكتور محمد الكليب العازمي في بحثه بعنوان: " تطبيقات الاستحسان في بعض مسائل الوقف المعاصرة "، مصدر سابق.

85 وانظر هذه القرائن والشروط: بيت الزكاة الكويتي، الندوة الثالثة، الكويت، 1992، فتاوى وتوصيات ندوات قضايا الزكاة المعاصرة، ص: 51.

86 وانظر هذه القرائن والشروط: بيت الزكاة الكويتي، أحكام وفتاوى الزكاة والصدقات والنذور والكفارات، الطبعة الثالثة عشرة، 2019 م، الندوة الثالثة والعشرون، تركيا، 2014م، ص: 45.

87 وانظر: الأشقر، عمر (2005م)، المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان الأردن، وقد ذكر الهيئة الشرعية العالمية للزكاة، وندواتها، ص: 366، وانظر: سانو، قطب مصطفى (2000م)، أدوات النظر الاجتهادي المنشود في ضوء الواقع المعاصر، الطبعة الاولى، ص: 17، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا.

88 وانظر: بيت الزكاة الكويتي، فتاوى وتوصيات ندوات الزكاة المعاصرة، كلمة الدكتور عجيل النشمي، ص: 7.

89 وانظر: الدكتور يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، 24/1، بيت الزكاة الكويتي، فتاوى وتوصيات ندوات الزكاة المعاصرة، كلمة الدكتور عجيل النشمي، ص: 7.

90 وهذا التعريف مستفاد من الملامح العامة التي ذكرها الدكتور جمال عطية والدكتور وهبة الزحيلي (2000م)، تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق – بيروت، ص: 18-55،ص 189-196، وقد تحدث عن ما يقبل التجديد وما لا يقبله، وضوابطه العامة.

91 ومنها: التجديد الفقهي: " مراجعة التراث ال فقهي مراجعة استفادة ٍوتمحيص، وبيان مدى مناسبة الحكم الفقهي الذي بني على أدلة ظنية للواقع المعاصر" .، وانظر: الدكتور جعفر محمد المسير، القضايا الفقهية بين الموروث والواقع المعاصر (نظرة في التجديد الفقهي،ص:689،مجلة الأزهر، العددالخامس والثلاثون، https://mksq.journals.ekb.eg/article_78411_689b2e4ba5f7 6350e4597c74c3da138f.pdf.

92 لمياء بشير عثمان عرض كتاب تجديد الفقه للدكتور جمال عطية والدكتور وهبة الزحيلي، https://www.islamweb.net/media/print.php?id=4349،

وانظر: عطاء الرحمن الندوي، بحث "الاجتهاد ودوره في تجديد الفقه الإسلامي"، مجلة دراسات، الجامعة الإسلامية العالمية شيتاغونغ، المجلد الثالث, ديسمبر 2006م (ص79-90).

93 وانظر: رسالة الماجستير بعنوان: " التجديد في تنمية أموال الزكاة ودورها في الحد من ظاهرة الفقر، دراسة تحليلية لآراء الدكتور القرضاوي، للطالب: محمد أبو الأسعاد الطيب حسن، جامعة مولانا مالك إبراهيم، 2018 م، ورابط الرسالة: http://etheses.uin-malang.ac.id/10086/1/14801019.pdf.

94 وقد أصدر بيت الزكاة الكويتي قانون الزكاة النموذجي، والذي يعدّ خلاصة أكثر ثلاثين سنة من ندوات الزكاة العالمية المتخصصة في الزكاة، وانظر: مشروع القانون النموذجي للزكاة، ومذكرته التفسيرية واللائحة التنفيذية، الطبعة الأولى، 2013م.

95 وانظر: الأبحاث في التجارب المؤسسية: بيت الزكاة الكويتي، ضمن المؤتمر العالمي العاشر للزكاة، تحت شعار:" دور الزكاة ومؤسساتها في المسؤولية المجتمعية وأثر التخطيط الاستراتيجي عليها "، الكويت، 2016م، الطبعة الأولى، ص: 134، وما بعدها.

96 الدكتور عثمان شبير، بحث استثمار الزكاة، بحث استثمار اموال الزكاة، الندوة الثالثة لقضايا الزكاة المعاصرة 1992م، ص20.

97 وانظر البوطي، محمد رمضان(1973م)، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، الطبعة الثانية، ص: 119، مؤسسة الرسالة، دمشق

98 من أبرزها: رسالة دكتوراه بعنوان: " التجديد والمجددون في أصول الفقه " لأبي الفضل عبد السلام بن محمد بن عبد الكريم (2007م)، الطبعة الثالثة، المكتبة الاسلامية، القاهرة، مصر، وقد توسع الباحث كثيرا في استقراء مناهج التجديد في أصول الفقه. انظر هذه الدراسات ونقدها: عبد السلام بن عبد الكريم، التجديد والمجددون في أصول الفقه، ص: 381، وما بعدها، واستعرضها أيضا: الدكتور محمد خالد منصور، تجديد علم أصول الفقه وملامحه عند ابن تيمية، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله دراسات معاصرة، مصدر سابق، 370/2—382.

99 الدكتور محمد خالد منصور، المنحى التطبيقي للقياس الأصولي، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله، مصدر سابق، 324/2.

100 استقرأ هذه الجوانب التجديدية الأربعة الدكتور محمد خالد منصور من خلال مناهج الأصوليين القدامى والمعاصرون في تجديد أصول الفقه الإسلامي، وانظر: تجديد علم أصول الفقه وملامحه عند ابن تيمية، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله، 361/2، وقد عدها الباحث في أربعة جوانب سيأتي عرضها، 391/2، وما بعدها.

101 الدكتور محمد خالد منصور، تجديد علم أصول الفقه وملامحه عند ابن تيمية، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله دراسات معاصرة، 393/2.

102 الدكتور محمد خالد منصور، بحث "المستجدات الفقهية لمصرف العاملين على الزكاة"، بحث مقدم للندوة السابعة والعشرين لقضايا الزكاة المعاصرة، ص 56، وما بعدها.

103 الدكتور كمال القصير، وظيفة الاستحسان في الفكر الأصولي، مقال في شبكة الألوكة، قسم آفاق الشريعة، cp.ulukah.net.

104 الدكتور محمد خالد منصور، تجديد علم أصول الفقه وملامحه عند ابن تيمية، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله دراسات معاصرة مصدر سابق، 402/2،

105105 وانظر الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، 195/5

106 مثل الدكتور يعقوب باحسين في النتيجة التي وصل إليها في حقيقة الاستحسان عند الأصوليين، انظر: الاستحسان حقيقته، أنواعه حجيته تطبيقاته المعاصرة، ص:41.

107 الدكتور محمد خالد منصور، تجديد علم أصول الفقه وملامحه عند ابن تيمية، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله دراسات معاصرة، 404/2، وينظر: الدكتور محمد خالد منصور، المنحى التطبيقي للقياس الأصولي، وهي محاولة لبيان جوانب التطبيق التي تحول القياس الأصولي من نظرية إلى واقع تطبيقي ملموس مدرك، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله دراسات مقارنة، 320/2.

108 الدكتور محمد خالد منصور، تجديد علم أصول الفقه وملامحه عند ابن تيمية، أبحاث معاصرة في الفقه الإسلامي وأصوله دراسات معاصرة، 404/2،

109 مأخوذ من نحا ينحو نحوا، وهو الطريق، والجهة والقصد، الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مصدر سابق، مادة: " نحو " ص: 1724.

110 مأخوذ من التطبيق، وأصله الطبق: وهو غطاء كل شيء، والطبق من كل شيء ما ساواه، والمطابقة الموافقة، الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مادة: " طبق " ص: 1165-1166، واصطلاحا: التطبيق: " مقابلة الفعل بالفعل والاسم بالاسم "، الجرجاني، علي بن محمد بن علي(1983م)، التعريفات، الطبعة الأولى، ص: 61، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

" موقف الحداثيّين من التّعليل بالمصلحة و أثره في دلالة النّصّ "
" دراسة تأصيليّة تطبيقيّة "

إياد محمد أبوربيع* أ.د. منصورراجح مقدادي**

تاريخ وصول البحث:: 2020/12/21م تاريخ قبول البحث: 2021/3/13م

الملخص

يبرز في الوقت المعاصر خطاب حداثيّ ينادي بضرورة مراجعة التّراث، ويطالب بتغيير الأحكام الشّرعيّة، متدثِّرًا بأدوات أصوليّة، منها التّعليل بالمصلحة لإضفاء الشّرعيّة على أطروحاته، ولمّا كان لهذا الخطاب مجال في السّاحة الفكريّة وانتشار بين فئات المجتمع ولا سيّما الشّباب، كان لا بدّ من تناول دعوى هذا الخطاب الحداثيّ بدراسة علميّة متخصّصة، من خلال التّأصيل وذلك بعرض حقيقة مفهوم المصلحة وبيان ضوابطها عند الأصوليّين وموقف الحداثيّين من ذلك، ومن خلال التّطبيق، وذلك ببيان أثر هذه الدّعوى في بعض الأحكام الشّرعيّة، حيث تبيّن أنّ غرض الحداثيّين هو تعطيل الأحكام الشّرعيّة والافتئات على الشّرع، ويوصي البحث ببذل المزيد من الجهود العلميّة لكشف دعاوى الحداثيّين في توظيفهم للسّياق المقامي؛ كالنّسخ، وأسباب النّزول، والأعراف.

كلمات مفتاحيّة: التّعليل، المصلحة، الحداثة، الحداثيّون، دلالة النّصّ، تأويل النّصوص، تعليل النّصوص.

Position Modernists of Interest Justification and its Impact on the Indication of the Text
An Applied Foundation Study

Abstract

In the contemporary times, a modernist discourse is emerging calling for the necessity of revising the heritage, and demanding the change of the legal rulings, invoking fundamentalist tools, including the explanation of interest to legitimize its theses, Whereas this discourse had a field in

* باحث.
* أستاذ ، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

the intellectual arena and spread among the factions of society, especially the youth, It was imperative to address the claim of this modernist discourse with a specialized scientific study, through rooting by presenting the truth of the concept of interest and clarifying its controls for the fundamentalists and the position of the modernists thereof.And through implementation, by showing the effect of this claim on some of the Sharia rulings, as it has been shown that the purpose of the modernists is to disrupt the Sharia rulings.

The research recommends that more scientific efforts be made to uncover the claims of modernists in their employment of context such as Abrogation, Reasons for descent, and Norms.

المقدمة:

الحمد لله الّذي أنزل الكتاب بالحقّ، وجعل الشّرائع لمصالح الخلق، والصّلاة والسّلام على المبعوث رحمةً للعالمين، أرفق الخلق بالخلق، وبعد؛

فإنّ الله تعالى قد خلق الخليقة لا لعبًا ولا لهوًا، ولم يترك الخلق هملًا، فشرع الشّرائع، ووضع الأحكام لغايات ومقاصد لا عبثًا، مقاصد في التّكوين والتّكليف، علِمها من علِمها، وجهِلها من جهِلها، على أنّه في كتابه المجيد قد صرّح تارةً ببعضها، إذ علّل بعض الأحكام وربطها بحِكمها، وألمح تارةً أخرى إلى بعضها، وقد بلّغ نبيّه -عليه الصّلاة والسّلام- القرآن الكريم، وتفاعل معه في واقعه، منبّهًا على غايات الأحكام، وسار على نهجه كبار فقهاء الصّحابة، والخلفاء الرّاشدون ومن أبرزهم الفاروق عمر ﷺ، ومن اتّبعهم بإحسان من التّابعين وتابعي التّابعين -رضوان الله عنهم أجمعين-.

وما زال الفقهاء يُحيلون إلى معاني الأحكام الشّرعيّة ومصالحها، في ثنايا فتاويهم، وكتاباتهم، وتدوينات أصحاب المذاهب الفقهيّة، إلى أن ظهرت مصنّفات خاصّة بالمصالح، مثل كتاب أبي زيد البلخي[1](ت:322هـ) مصالح الأبدان والأنفس[2]، وكتاب العزّ بن عبد السّلام (ت:660هـ) قواعد الأحكام في مصالح الأنام[3]، وكتاب القرافي (ت:684هـ) الفروق، ومثّل كتاب الموافقات للإمام الشّاطبي (ت: 790هـ) مرحلة النّضوج، واستمر التّصنيف في المصالح إلى وقتنا المعاصر حيث قدّمت رسائل علميّة عديدة.

في الآونة الأخيرة انتشرت دعاوى للحداثيّين، تنادي بتجديد التّراث، متوسِّلة بالأدوات الأصوليّة، منها التّعليل المصلحيّ، وقد تلقّى بالقَبول هذه الدّعاوى فئات من الشّباب غير المحصّنين فكريًّا، فجاء هذا البحث لكشف اللّثام عن موضع الخلل المعرفيّ والمنهجيّ الّذي يمارسه هذا التّيار الحداثيّ، وبيان أهدافه الّتي تظهر في تطبيقاتهم، والسّعي إلى توعية الشّباب والنّاس عمومًا بطبيعة هذا الخطاب.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أهمّيّة التّعليل بالمصلحة، وأثره في الأحكام، وخطورة توظيف الخطاب الحداثيّ للتّعليل بالمصلحة، وما ينتج من هذا الخطاب من تطبيقات وأطروحات.

وسيحاول البحث الإجابة على الأسئلة الآتية:

1. ما هي حقيقة تعليل الأحكام بالمصلحة عند الأصوليّين؟
2. ما هي ضوابط المصلحة المعتبرة عند الأصوليّين؟
3. ما هي حقيقة توظيف الحداثيّين للتّعليل بالمصلحة؟
4. ما هو الأثر العملي للموقف الحداثيّ على الأحكام الشّرعيّة المعلّلة بالمصلحة؟

أهمّيّة البحث:

تكمن أهمّيّة البحث في الآتي:

1. الكشف عن المزالق المنهجيّة في الخطاب الحداثيّ العربيّ، وتفنيد دعواه.
2. بيان خطورة الأثر العملي للخطاب الحداثيّ في الأحكام الشّرعيّة.
3. توفير الحصانة الفكريّة للشّباب، وتوعيتهم في كيفيّة التّعامل مع الخطاب الحداثيّ.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى الآتي:

1. نقد الخطاب الحداثيّ العربيّ وتفنيده.
2. كشف خطّة الخطاب الحداثيّ في استغلاله للأدوات الأصوليّة، ومن أهمّها التّعليل بالمصلحة.
3. تبصير النّاشئة وعموم المسلمين بمنهج الأصوليّين وضوابطهم.

الدّراسات السّابقة:

لم يقف الباحثان على دراسات سابقة تتناول بالإفراد والخصوص موضوع توظيف الحداثيّين للتّعليل بالمصلحة لتمرير أطروحاتهم، وجُلّ الدّراسات السّابقة كانت حول التعليل بالمصلحة، وضوابطها، من مثل:

- شلبي، محمد مصطفى (ت: 1418هـ)، تعليل الأحكام، عرض وتحليل لطريقة التّعليل وتطوّراتها في عصور الاجتهاد والتّقليد، القاهرة: مطبعة الأزهر، 1947م. وهي رسالة علميّة قدّمت بجامعة الأزهر، عام 1943م، استعرض فيها الباحث مسالك التّعليل في القرآن والسّنّة النّبويّة، وعرض لتطبيقات الصّحابة والتّابعين، وبيّن مذاهب المتكلّمين في التّعليل، وذكر شروط العلّة، وجاء بما يتصّل بموضوع البحث وهو التّعليل بالمصلحة، حيث عالج قضية تبدّل الأحكام بتبدّل المصالح، وسيتناول هذا البحث هذه

القضيّة الّتي طالما يستغلّها الحداثيّون لتعطيل الأحكام باسم المصالح.

- مصطفى زيد (ت: 1398هـ)، المصلحة في التّشريع الإسلامي ونجم الدّين الطّوفي، مصر: دار الفكر العربي، 1384هـ، (ط2). وأصل كتابه رسالة علميّة قدّمت بجامعة العلوم بالقاهرة، عام 1954م، وتناولت بالخصوص المصلحة عند الإمام الطّوفيّ، وناقش دعوى الطّوفيّ في تقديم المصلحة على النصّ والإجماع، وسيكشف هذا البحث اعتماد الحداثيّين على دعوى الإمام الطّوفيّ.
- محمّد سعيد البوطي (ت: 2013م)، **ضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلاميّة**، بيروت: مؤسسة الرّسالة، 1973م، (ط1). وأصله كتابه رسالةٌ علميّة قدّمت بجامعة الأزهر عام 1965م، وأهمّ ما في الكتاب هو ضوابط المصلحة المعتبرة، وهذه الضّوابط تشكّل معيارًا يميّز بها بين العاملين بها من الأصوليّين، وبين من يتجاوزها من الحداثيّين.
- رمضان عبد الودود اللّخمي، **التّعليل بالمصلحة عند الأصوليّين**، القاهرة: دار الهدى للطّباعة، 1987م. حيث بيّنت الدّراسة حقيقة المصلحة، وأدلّتها، وناقشت آراء القائلين بجواز التّعليل بالمصلحة والنّافين، ورجّحت بينها، وبيّنت أقسام المصالح، وشروطها، وأخيرًا أظهرت الفروقات بين المصلحة والقياس والاستحسان. غير أنّ الدّراسة لم تأتِ على مدخل الحداثيّين وتوظيفهم التّعليل بالمصلحة لتمرير أطروحاتهم، وهذا ما سيتكفّل به البحث.
- أحمد الرّيسوني، **الاجتهاد النص الواقع المصلحة**، دمشق: دار الفكر، 2000م، (ط1). حيث استعرض الرّيسوني وناقش بعض أطروحات الحداثيّين ومطالبتهم بتغيير الأحكام الشّرعيّة، من مثل دعوى تغيير العقوبات. وسيتعمّق هذا البحث في تفنيد مثل هذه الأطروحات الحداثيّة.

منهج البحث:

أوّلًا: المنهج الوصفي: من خلال إبراز دعاوى الحداثيّين من مصادرهم، وبيان أهدافهم فيما يطرحونه من أفكار.

ثانيًا: المنهج النّقدي: من خلال إجراء نقد على أطروحات الحداثيّين، ومناقشتها وتفنيدها، وكشف مدى التزامهم بضوابط الأصوليّين.

خطّة البحث:

وقد اقتضت طبيعة هذا البحث تقسيمه إلى أربعة مباحث على النّحو الآتي:

المبحث الأوّل: الحداثة: مفهومها ونشأتها

المطلب الأوّل: حقيقة الحداثة في اللّغة.

المطلب الثّاني: حقيقة الحداثة في الاصطلاح.

المطلب الثّالث: نشأة الحداثة في السّياق الغربيّ والعربيّ.

المبحث الثّاني: التّعليل بالمصلحة: مفهومه وضوابطه

المطلب الأوّل: حقيقة التّعليل في اللّغة وفي الاصطلاح.

المطلب الثّاني: حقيقة المصلحة في اللّغة وفي الاصطلاح.

المطلب الثّالث: حقيقة تعليل الأحكام بالمصلحة.

المطلب الرّابع: ضوابط المصلحة الشّرعيّة عند الأصوليّين.

المبحث الثّالث: موقف الحداثيّين من التّعليل بالمصلحة وضوابطها

المطلب الأوّل: موقف الحداثيّين من تعليل الأحكام بالمصلحة.

المطلب الثّاني: موقف الحداثيّين من ضوابط المصلحة الشّرعيّة.

المبحث الرّابع: تطبيقات الحداثيّين للتّعليل بالمصلحة

المطلب الأوّل: لباس المسلمة.

المطلب الثّاني: الرّبا.

المطلب الثّالث: عقوبة السّرقة.

والخاتمة تضمّنت أهمّ النّتائج والتّوصيات.

المبحث الأوّل: الحداثة: مفهومها ونشأتها

تشهد السّاحة الفكريّة في الآونة الأخيرة تداولًا لمصطلحات جديدة ذات أبعاد وتأثير، منها مصطلح الحداثة، الّذي يوحي بالجديد والمفيد، فما هي حقيقة مفهوم الحداثة؟

المطلب الأوّل: حقيقة الحداثة في اللّغة

يرجع لفظ الحداثة من حيث الاشتقاق إلى أصل (الحاء والدّال والثّاء)؛ وهو يدلّ على كوْن الشّيء بعد أن لم يكن، يُقال: "حدث أمرٌ بعد أن لم يكن"[4]. والحديث من الإحداث؛ الإنشاء أو الجِدّة[5]، وكلّ ما كان وجوده طارئًا على عدمه، أَو عدمه طارئًا على وجوده فَهُوَ حَادث[6]؛ كقوله تعالى: ﴿مَا يَأْتِيهِم مِّن ذِكْرٍ مِّن رَّبِّهِم مُّحْدَثٍ إِلَّا ٱسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ﴾. [الأنبياء:7].

ويستعمل لفظ الحداثة كناية عن الشّباب أوّل العمر فيقال: شاب حدَث: فتيّ السّنّ[7]، أو يقال: حداثة السّنّ[8]. كما يستعمل الحدَث في الأمر المنكر الّذي ليس بمعتاد، ولا معروف في السُّنّة[9]، ويرادف الابتداع؛ أي ظهور شيء مستجد وغير مألوف لم يكن للأوائل عهد به، ممّا لا أصل له في الشّريعة يدلّ عليه[10]، كما جاء في الحديث الشّريف: "إيّاكم ومُحدَثات الأمور، فكلّ مُحدَثة بدعة، وكلّ بدعة ضلالة"[11].

يظهر لنا ممّا سبق أنّ لفظ الحداثة يفيد معنى كون الشّيء بعد أن لم يكن، ومعنى المواكب للزّمن الحاضر، في مقابل القديم والماضي.

المطلب الثّاني: مفهوم الحداثة في الاصطلاح

يتحدّد مفهوم الحداثة بالنّظر إلى السّياق التّاريخيّ والحقل المعرفيّ الّذي يتناوله، والحداثة تتجاوز التّاريخ والحقول، كونها رؤية فلسفيّة، تعكس نظر الفيلسوف، وعليه فإنّها حداثات لا حداثة واحدة، ومواقف لا موقف واحد، لكونها متعلّقة بتطوّرات العصر فهي متجدّدة ومتعدّدة إلى حدّ التّناقض.

ونظـرًا لنشـأة الحداثـة في الوسـط الغربـيّ الأوروبيّ اقتضت طبيعة البحث البدء ببعض تعريفـات الغـربيّين للحداثـة، ثـمّ تـأتي الكـرّة لاستعراض بعض تعريفات الحداثيّين العرب.

تُعرّف الحداثة بأنّها: "عمليّة ثوريّة تحدِث تغييرًا كلّيًّا وجذريًّا في أنماط الحياة البشريّة"[12]. ويرى ألان تورين -أحد أبرز نقّاد الحداثة- أنّ الحداثة هي فلسـفة نظام يجمع الفكر اليونانيّ بالفكر المسيحيّ، وفيها قطيعة مع التّراث فكرًا للعلْمنة، ولتـدمير العـالم المقـدَّس[13]، لكـن لـيس القضـاء على المقدَّس[14]، وتحلّ الحداثة فكرة العلم محلّ فكـرة الله في قلب المجتمع، وتقصـر الاعتقـادات الدّينيّة على الحياة الخاصّة بكلّ فرد[15]، إذ يحلّ المجتمـع محـلّ الله كأسـاس للحُكـم الأخلاقي، ويصبح مبدأ التّفسير وتقييم السّلوك أكثر من كونه موضوع دراسة[16]، واستبعاد الوحي الإلهيّ كأساس لتنظيم المجتمع واستبدال العقل به[17]، وهـذا الاسـتبعاد يخلـق فراغًـا يـتمّ ملـؤه بفكـرة المجتمع النّفعيّة الاجتماعيّة[18].

وفي السّـياق العربـي قـدّم بعـض البـاحثين تعريفًـا للحداثـة مـن منظـور فلسـفي، فالباحـث عبـد الغني بـارة يعرّفهـا بأنّهـا: "صـيغة مميّـزة للحضارة تعارض صيغة التّقليد، ومع ذلك تظلّ الحداثة موضوعًا عامًّا يتضمّن في دلالته إجمالًا الإشـارة إلى التّطـوّر التّـاريخيّ بأكملـه وإلى التّبـدّل في الذّهنيّة"[19]. فالحداثة رؤية فلسـفيّة وثقافيّة جديـدة للعـالم[20]، وهي: "موقـف ونظـرة قبـل أن تكـون نتاجًـا، تتبنّى الشّـيء المحـدَث، ولا تتبنّى العقل أو المنهج الّذي أحدثه"[21].

والحقّ أنّ الحداثة مذهب فكريّ جديد يحمل جـذوره وأصـوله الغربيّـة، بعيـدًا عـن حيـاة المسلمين وحقيقة دينهم ونهج حياتهم[22]. كما أنّ الحداثيّين العرب يقومون على القراءة الهدّامة للمـوروث الـدّينيّ[23]. يقـول النّاقـد عبـد العزيـز حمّـودة في إحـدى ثلاثيّاتـه[24]المرايا المحدّبـة: "إنّ الحداثـة بمعناهـا العربـيّ والغربـيّ على السّـواء تتّجه إلى تدمير عمد النّظام القديم"[25].

المطلـب الثّـاني: نشـأة الحداثـة في السّـياق الغربيّ والعربيّ

تباينـت الآراء حـول نشـأة الحداثـة، مـن حيـث الزّمـان، والمفكّـرين الأعـلام، لكنّهـا اتّفقـت على ارتباطهـا بالتّـاريخ الأوروبـيّ في نشـأتها وتطوّرهـا، ومثّلـت نمطًـا حضـاريًّا يـتمّ فيـه الانفصـال والقطيعة مع الماضي[26].

بـدأت الحداثـة الغربيّـة بـالظّهور في الحقـل الأدبـيّ مـع بـودلير[27]Boudelaire الأب الروّحي للحداثـة[28]، وكان ذلـك مـع بدايـة الرّمزيّـة ونهايـة الرّومانسـيّة بباريس عـام 1830م[29]، لكنّهـا كانـت قبـل هـذا قـد امتدّت إلى كلّ الحقـول وبـالأخصّ المجـال الـدّينيّ وإن لـم تتّخـذ مسـمّى الحداثـة، فقد كان الغرب الأوروبيّ تحت سلطة الكنيسة التّقليديّـة لعصـور طويلـة، ثـم قـام التّيـار اللّوثريّ[30] بثورة ضدّ سلطة الكنيسة التّقليديّة عـام 1520م وصكوك الغفران، وعمله هذا عدّ حداثةً من حيث المضمون والسّياق.

أمّا واقع الحداثة العربيّة المعاصرة فقد تأكّد أنّهـا وفـدت مـن الحداثـة الغربيّـة، وبـدأت في الحقـل الأدبـيّ، مـع الشّـاعر يوسـف الخـالّ[31] باعتباره رائد الحداثة الشّعريّة، فالحداثة عنده:

"إبداع وخروج على ما سلف، وهي لا ترتبط بزمن، فما نعتبره اليوم حديثًا يصبح في يوم من الأيام قديمًا"[32].

وعلى هذا فإنّ الحداثة العربيّة المعاصرة وافدة، و"هي صدى لتصوّارت ومفاهيم نقديّة أوروبّيّة، ووراء هذه التّيّارات مفاهيم ابستمولوجيّة معرفيّة- وأيدولوجيّة"[33]. وفدت في مجالنا العربيّ عبر بوّابة الأدب، وساهم في انتشارها الزّحف السّياسيّ العسكريّ الأوروبّيّ الّذي امتدّ زمانًا منذ غزو نابيلون لمصر عام 1897م، مع انهيار الدّولة العثمانيّة وميلاد تركيا الحديثة بعد الحرب العالميّة الأولى، فالحداثة في مجالنا العربيّ لم تنشأ في سياق ثورة على الكهنوت، إذ أنّ دين الإسلام الّذي تكفّل الله تعالى بحفظ أصوله، واجتهد العلماء على مرّ العصور في دائرة الأصول، يغاير تمامًا واقع الموروث الدّيني الكنسيّ الأوروبّي، فلا يصحّ منهجيًا ترويج الحداثة الأوروبّيّة في الوسط الإسلامي كما ينشد الحداثيّون.

وقد تصدّر المشهد المعرفيّ إزاء الحداثة المعاصرة الوافدة ثلاثة اتّجاهات:

الاتّجاه الأوّل: خطاب الممانعة أو الأصالة والمحافظة، والمحافظة الّذي تبنّى مقولة: إنّ الغرب الّذي يقابل الشّرق، هو الصّليبيّ الّذي يقابل الإسلام.

والاتّجاه الثّاني: خطاب يدعو إلى إصلاح التّراث ونقده من جهة، والاستفادة من أسباب القيام والنّهوض.

والاتّجاه الثّالث: خطاب حداثيّ يرى أنّ الغرب هو المدنيّة المتحضّرة الّتي تفضح ما دونها، وهو فكر الأنوار ومبادئ الثّورة الفرنسيّة، وهو العقل والعلم والقوّة والتّنظيم، وهو الصّناعة والإنتاج، وهو الحرّيّة والتّسامح، وهو الدّولة الوطنيّة، وهو الفرد المتحرّر من الخوف والخرافة والتّقليد وثقل القيَم البائدة والمواريث، وهو كلّ ما يرمز إلى التّفوّق والشّفوف واقتحام الآفاق، إنّه العالم المثال الّذي ينبغي أن يُقتدى[34].

وسيكون الاتّجاه الثّالث -وهو الخطاب الحداثيّ- محور البحث، إذ سيتناول بعض تطبيقات هذا التيّار بالعرض والتّحليل والمناقشة.

المبحث الثّاني: التّعليل بالمصلحة: مفهومه وضوابطه

يعدّ التّعليل أساسًا للتّفكير التّشريعيّ؛ لأنّه في الحقيقة استجلاء لمراد الشّارع من الحُكم، أو بحسب تعبير الإمام الشّاطبيّ تقصيد من المجتهد، بأن ينسب القصد إلى الشّارع، "فيقول بلسان بيانه: هذا مراد الله من هذا الكلام"[35]، ويخلع التّعليل طابع المعقوليّة على الأحكام من قِبل أنّ العلّة أو السّبب الموجب للحُكم يمثّل منطقيّة النّصّ ومعقوليّته لا لغويّته فحسب[36].

المطلب الأوّل: حقيقة التّعليل في اللّغة وفي الاصطلاح

التّعليل في **اللّغة** مصدر عَلَّ، والفعل علّل يُعلِّلُ تعليلًا، ومنه العِلّة وهي؛ معنى يحُلّ بالمحلّ فيتغيّر به حال المحلّ، ومنه أُخذ اسم العلّة للمرض، إذ يتغيّر الجسم من حالة القوّة إلى الضّعف[37]. ومن معاني الّتي يدور عليها الجذر: التّكرُّرِ أو التِّكريرِ، ومنه العَلَل؛ وهي الشّربة

الثّانية[38]. ومنه كذلك التّعليل: وهو سقيٌ بعد سقي، وجَنْيُ الثّمرة مرّة بعد أخرى[39].

أمّا في **الاصطلاح** فيعدّ التّعليل أساس القياس[40]، وهو يفيد السّببيّة والتّأثير، قال الجُرجاني: "التّعليل تقرير ثبوت المؤثّر لإثبات الأثر"[41]. وقد تعدّد العلّة تعريفها تبعًا لتعدّد مسالك الأصوليّين وتنوّع مشاربهم الكلاميّة[42]، فاختلفوا في كون العلّة هي المعرِّف للحُكم، أو الباعث عليه، أو المؤثّر فيه، أو الغرض منه، والخلاف عند التّحقيق لفظيّ[43].ومن التّعريفات المعاصرة للعلّة أنّها: "وصف ظاهر منضبط جعله الشّارع موجبًا للحكم ومعرِّفًا له"[44].

يظهر ممّا سبق العلاقة الوطيدة بين المعاني المعجميّة وما استقرّ عليه مفهوم العلّة بالمعنى الاصطلاحيّ، فعِلّة القياس إذ تؤثّر في الحُكم كتأثير العلّة بالمريض[45]، مرتبطة بمعنى التّغيير والتّأثير، وإن كان التّأثير في المريض ينقل صاحبه من القوّة إلى الضّعف، فإنّ العلّة في القياس تؤثّر في الحكم فتنقله من الخصوص إلى العموم[46]. والعلّة معاودة القائس النّظر فيها مرّةً بعد مرّة، أو أنّ الحُكم يتكرّر بتكرّر العلّة مرّةً بعد مرّةٍ والعلّة، متعلّقة بمعنى التّكرّر والتّكرير[47].

المطلب الثّاني: حقيقة المصلحة في اللّغة وفي الاصطلاح

تعرّف المصلحة عند أهل اللّغة من الصّلاح؛ بنقيض الفساد[48] والسّيّئة[49]، وتأتي بمعنى الخير والصّواب[50]، والإحسان[51]، والمصلحة كالمنفعة وزنًا ومعنى[52]. كما يظهر فإن أصحاب المعاجم عرّفوا المصلحة بنقيضها، وهي المفسدة، فالمصلحة على هذا ترادف الخير والصّواب والحسن والنّفع، وهي نقيض الشّر والضّرر والسّيّئة.

والمصلحة في **اصطلاح الأصوليّين**؛ هي المنفعة المعتبرة شرعًا بحيث تصلح أن تكون مستندًا في بناء الأحكام الشّرعيّة. فقد عرّف الإمام الغزّاليّ المصلحة بأنّها هي: "المحافظة على مقصود الشّارع، وكلّ ما يتضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة: الدّين، والنّفس، والعقل، والنّسل، والمال، فهو مصلحة، وكلّ ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[53].

أمّا الرّازيّ فجاء على ذكر ما يتوسّل إلى المصلحة -من جانب الوجود- باعتباره مصلحة فقال: "المصلحة: هي اللّذّة أو ما يكون وسيلة إليها"[54]. ووافقه العزّ بن عبد السّلام وأضاف إلى ذلك جانب السّلب فقال: "المصالح أربعة أنواع: اللّذّات وأسبابها، والأفراح وأسبابها. **والمفاسد أربعة أنواع:**

الآلام وأسبابها، والغموم وأسبابها[55]. وعرّف الإمام الطّوفيّ المصلحة بأسبابها الشّرعيّة فقال: "السّبب المؤدّي إلى الصّلاح والنّفع، وبحسب الشّرع هي السّبب المؤدّي إلى مقصود الشّارع"[56].

ومن أبرز التّعريفات المعاصرة تعريف البوطيّ وهو قريب من تعريف الإمام الغزّاليّ: "المنفعة الّتي قصدها الشّارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طِبق ترتيب معيّن فيما بينها"[57].

ممّا سبق يتبيّن أنّ المصلحة تطلق في اللّغة على مطلق الخير والصّواب والحسن، أمّا عند الأصوليّين فهي المنفعة المعتبرة شرعًا بحيث

تصلح أن تكون مستندًا في بناء الأحكام الشّرعيّة.

المطلب الثّالث: حقيقة تعليل الأحكام بالمصلحة

تعتبر المصلحة[58] أخصب الطّرق التّشريعيّة لاستنباط الأحكام الّتي تقتضيها التّطوّرات، ما دامت ملائمة لمقاصد الشّارع[59]، ولمّا كانت النّصوص متناهية **محدودة** فقد فصّلت ما لا يتغيّر وأجملت ما يتغيّر[60]، ولمّا كانت النّوازل متجدّدة ممدودة[61]، فقد دعت الحاجة إلى اعتبار المصالح بأن تُعلَّل الأحكام بها، وهو ما يُعرف بالتّعليل بالمصلحة، ويعدّ الإمام الشّاطبيّ من أبرز من فعّل التّعليل بالمصالح، إذ ربط مفهوم العلّة بالمصلحة والمفسدة وزاوج بينهما، فقال: "العلّة متعلّقة بالحِكم والمصالح الّتي تعلّقت بها الأوامر أو الإباحة، أو المفاسد الّتي تعلّقت بها النّواهي، فالمشقّة علّة في إباحة القَصر والفِطر في السّفر، والسّفر هو السّبب الموضوع سببًا للإباحة؛ فعلى الجملة؛ العلّة هي المصلحة نفسها أو المفسدة لا مظنّتها، كانت ظاهرة أو غير ظاهرة، منضبطة أو غير منضبطة"[62].

وصنيع الإمام الشّاطبيّ من المزاوجة بين العلّة والمصلحة والمفسدة المقصودة بالحُكم، بغضّ النّظر عن كونها ظاهرة أو خفيّة، منضبطة أو متفلّتة عن الانضباط، هو بحث في العِلل الحقيقيّة، الّتي هي مقاصد الأحكام، وأمّا الظّهور والانضباط، فيحتاج إليهما عند إجراء الأقيسة الجزئيّة، وعند تقديم الأحكام لعموم المكلّفين[63]. وقد شكّل هذا النّوع من التّعليل الّذي نادى به الإمام الشّاطبي مدخلًا للحداثيّين، بغية تجاوز الأحكام الشّرعيّة بل تعطيلها كما سيظهر قريبًا.

لم يكن التّعليل باعتباره أحد طرق استثمار نصوص الشّارع وأحكامه محلّ اتّفاق مطلق عند الأصوليّين، بل كان فيه من الخلاف ما يعكس توجّهاتهم[64]. والخلاف الّذي حصل في التّعليل بالمصالح متّصل بالتّعليل في علم الكلام[65]، وأخذت مسألة تعليل الأحكام بالحِكم والمصالح والأوصاف قسطًا كبيرًا من الجدل بين المتكلّمين، وظهر تأثيرها في علم أصول الفقه في مبحث القياس ومسالك العلّة.

وممّا يجدر التّنبيه إليه أنّه يمنع التّعليل بالمصلحة في الغالب الأعمّ في أبواب العبادات والمقدّرات، فالتّحكّمات فيها غالبة، واتّباع المعنى نادر[66].

وقد بلغ نضوج التّعليل عند الأصوليّين في إعمالهم مبدأ سدّ الذريعة وفتحها، وذلك بالنّظر في الوسائل وبما ينتج عنها من مآلات، فأباحوا وسيلة ظاهرها التّحريم إن دفعت مفسدة أكبر، ومنعوا وسيلة ظاهرها الإباحة إن أدّت إلى مشقّة متحقّقة أو متوقّعة[67]، وكلّ ذلك عملًا بمقصود الشّارع لا مناقضةً له. كما أنّ الأصوليّين وضعوا ضوابط للاعتبار المصلحة كما سيأتي تباعًا.

المطلب الرّابع: ضوابط المصلحة الشّرعيّة عند الأصوليّين

ولمّا كان تحقيق المصالح العاجلة والآجلة من مقاصد الشّرع، فقد اهتمّ الأصوليّون بالمصلحة، فبيّنوا الطّرق الّتي تثبت بها المصالح،

ووضعوا للمصلحة ضوابط للاعتبار، وأرسوْا معايير تُعرف بها، ووضعوا ضوابط لتخصيص النّصّ بالمصلحة.

أمّا **الطّرق الّتي تثبت بها المصالح القطعيّة** فتكون بأحد الطّرق الآتيّة[68]:

1. النّصّ الّذي لا يحتمل التّأويل.
2. استقراء أدلّة كثيرة من الشّريعة.
3. ما دلّ العقل على أنّ في تحصيله صلاحًا عظيمًا، وفي تفويته ضررًا جسميًا.

وتكون المصلحة قطعيّة إذا توفّرت فيها شروطٌ وهي[69]:

الثّبوت، والظّهور، والانضباط، والاطّراد، فإذا توفّرت هذه الشّروط في معنى من المعاني الحقيقيّة أو العرفيّة العامّة حصل اليقين بكونها مصلحةً شرعيّةً.

وأمّا **ضوابط المصلحة المعتبرة**:

1. أن يكون مجالها فيما عُقل معناه، فلا مدخل لها في التّعبّدات[70]. وهذا لا يعني أنّها لا تدخل باب العبادات بالكلّيّة بل هي جارية فيما عُقل معناه منها[71].
2. عدم معارضة النّصوص القطعيّة: "وضع الشّريعة إذا سُلّم أنّها لمصالح العباد، فهي عائدة عليهم بحسب أمر الشّارع، وعلى الحدّ الّذي حدّه لا على مقتضى أهوائهم وشهواتهم"[72]. "فالمصلحة ثابتة حيث وجد النّصّ، فلا يمكن أن تكون هناك مصلحة كلّيّة أو غالبة، والنّصّ القاطع يعارضها، إنّما هو ضلال الفكر أو نزهة الهوى أو غلبة شهوة"[73].
3. أن ترجع إلى حفظ أمر ضروريّ، أو رفع حرج لازم في الدّين. وهذا إمّا لاحق بالضّروريّ، وإمّا من الحاجيّ الّذي مردّه إلى التّخفيف والتّيسير[74]. وهذا لا يعني أنّها لا تدخل في باب التّحسينيّات.
4. منع عود المصلحة على النّصّ بالإبطال[75].
5. أن تكون المصلحة داخلة في مقاصد الشّرع، وملاءمة لها بحيث لا تنافي أصلًا من أصوله ولا دليلًا من دلائله[76].
6. ألّا تعارض القياس، إذ القياس أعلى مرتبة ممّا خُيّل كونه مصلحة مرسلة[77].
7. أن يغلب على الظّنّ تحصيلها، فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة فهي المقصودة شرعًا[78].
8. أن تكون عامّة لا شخصيّة لأغلب النّاس، لا لأفرادهم أو لخاصّتهم[79]. ولا يمنع أن تكون المصلحة لأفراد خاصّة إذا اقتضى ذلك، وإنّما التّقديم للعامّة أو الأغلبيّة على الخاصّة والأفراد عند التّزاحم. فالشّريعة إنّما جاءت لتحقيق مصالح الخاصّة والعامّة.

وأمّا **ضوابط تخصيص النّصّ بالمصلحة** فهي كالآتي[80]:

1. ألّا تعارض نصًّا قاطعًا أو أصلًا مقطوعًا به في الشّريعة.
2. أن تحافظ على مقاصد الشّريعة.
3. أن يكون الأخذ بها رفعًا للضّرر أو الحرج الّذي يصعب الانفكاك عنه.
4. ألّا تدخل في أصول العبادات المحضة.

5. أن تصدر عن أهل العلم الشّرعيّ لا من العوامّ أو غيرهم.
6. أن تكون حقيقيّة لا موهومة. ومن أمثلة المصالح الموهومة مصلحة التّعامل بالرّبا الّذي حرّمه الله، ومصلحة التّسوية بين الذّكر والأنثى في الميراث.
7. ألّا يترتّب على العمل بها مفسدة أعظم منها أو تفويت مصلحة أهمّ منها[81].
8. أن تستند إلى أصول قطعيّة عامّة، تشهد لها بالاعتبار كأصل رفع الحرج، وأصل مآلات الأفعال وأصل نفي الضّرر[82].

المبحث الثّالث: موقف الحداثيّين من التّعليل بالمصلحة وضوابطها

حينما نستقرئ الخطاب الحداثيّ لا نجد فيه إلّا التّكرار لأهمّيّة المصلحة، والمطالبة بتحكيمها على النّصوص الشّرعيّة وتقديمها عليها، ولكنّه لم يتوجّه إلى بناء منظومة معرفيّة متكاملة يكشف من خلالها عن ماهيّة المصلحة الّتي ينادي بها، ويبيّن فيها هويّتها ويوضّح معالمها، ويبيّن حدودها وضوابطها، ويشرح أسسها ومبادئها، ويزيل اللّبس والغموض عن أقسامها وأصنافها، ويبيّن المعيار الحقيقيّ في اعتبارها، فما المصلحة الّتي تُقدَّم وما شروطها؟ وما ضوابطها؟ وما حدودها؟ ومن يمكنه أن يفعل ذلك؟ وكيف الجواب عمّا يعارض تلك الفكرة؟ كلّ هذه الأسئلة المنهجيّة لا نجد لها جوابًا في الخطاب الحداثيّ!![83]، في حين نجد إجابات لكلّ هذه الأسئلة وغيرها عند الفكر الأصوليّ المقاصديّ المنضبط.

المطلب الأوّل: موقف الحداثيّين من تعليل الأحكام بالمصلحة

يمكن استعراض موقف الحداثيّين من التّعليل بالمصلحة وفق النّقاط الآتية:

أوّلًا: جعَل الحداثيّون الشّريعة دائرة مع المصلحة؛ لأنَّ الشّريعة –عندهم- مجرّد روح يجب المحافظة عليها برعاية مصالحها؛ ولذلك فالشّريعة دائمًا في تطوّر؛"لأنّها منهاج وطريق مستقبل، وكمال المنهج تطبيقه تطبيقًا سديدًا دائمًا يواكب ركب الحياة"[84]. يقول محمّد الجابري: "أمّا دوران الأحكام مع المصالح، فشيء يفرض نفسه ما دمنا نقرّر أنّ **المصلحة هي الأصل في التّشريع**"[85]،"وأصل الأصول كلّها"[86].

وعدّوا المصلحة دليلًا مستقلًّا يصلح لمعارضة دليل النّقل، بل يترجّح عليه. فهذا حسن حنفي يصرّح بأنّ: "مصادر التّشريع كلّها تقوم على مصدر واحد، وهو المصلحة باعتبارها المصدر الأوّل للتّشريع، فالكتاب يقوم على المصلحة، والسّنّة أيضًا تقوم على المصلحة"[87].وبلغ الشّطط فيهم أن اعتبروا المصلحة لا تتغيّر بتغيّر الأزمان فيما لا نصّ فيه فقط، وإنّما قد تتغيّر أيضًا فيما نصّ فيه[88].

والحقّ أنّ المصلحة المعتبرة شرعًا هي أساس التّشريع وغايته[89]، فالمصالح هي ثمرة النّصوص، والأصل صيانةالمصالح كصيانة النّصوص، فهي مبعثها الشّرع كما أنّ النّصّ من الشّرع، والشّرع لا ينهدم من الشّرع[90]. والشّارع قصد ربط الأحكام بجليّات الأوصاف المنضبطة دون خفيّاتها النّسبيّة، حتّى غدا هذا عرفًا مطّردًا له، أمّا نوْط الأحكام بجنس المصلحة

كيفما تحصّلت فهو خلاف عُرف الشّارع في ضبط الأحكام[91].

ثانيًا: انطلق الفكر الحداثيّ من المصلحة بوصفها هي الحاكمة على النّصّ[92]، ويرى ضرورة تقديم المصالح على النّصوص باعتبار أنّها الغاية منها. فإذا تعارضت المصلحة مع النّصّ في حالة من الحالات، اعتبروا المصلحة وحكموا بما تقتضيه، وأجّلوا العمل بمنطوق النّصّ فيها[93]. وإذا حدث التّعارض بين النّصوص وبين أيّ من مصالح النّاس المتغيّرة، فلا محلّ لتطبيق الأولى، وتغلَّب المصلحة على النّصّ في الثّانية[94]. حتّى وصل الأمر بحسن حنفي أن يصرّح بهدم الإجماع في سبيل تحقيق المصلحة فيقول: "وتقدّم المصلحة على النّصّ والإجماع عند التّعارض؛ لأنّ إنكار الإجماع ممكن، وإنكار المصلحة مستحيل"[95]. وبلغ بهم الشّطط إلى اعتبار الاستمساك بالنّصّ في أيّ ظرف وثنيّة جديدة[96].

وقد استغلّ الحداثيّون ما قرّره الإمام الطّوفيّ من تقديم المصلحة على النّصّ حينما قال: "قد قرّرنا أنّ رعاية المصلحة من أدلّة الشّرع، وهي أقواها وأَخَصُّها، فلنقدّمها في تحصيل المصالح"[97]. فاعتبروا دعوة الطّوفيّ إلى تقديم المصلحة على النّصّ فتحًا عقليًّا عظيمًا[98]، وتتويجًا لموقع المصلحة وسلطتها. وبلغ بالحداثيّين الشّطط بادّعاء أنّ الطّوفيّ تجاوز بالمصلحة طاعة الإرادة الإلهيّة، يقول حسن حنفي: "وقد جعل الطّوفيّ في الأندلس أصل المصلحة أساس التّشريع، وتتمّ صياغة الأوامر والنّواهي بناء على القدرة والأهليّة، وليس فقط على طاعة الإرادة الإلهيّة"[99].

والتّحقيق أنّ مراد الطّوفيّ بالنّصّ هو الظّنّي الّذي يتطرّق إليه الاحتمال من جهة العموم والإطلاق، بيان ذلك قوله: "فإن فرض عدم احتماله من جهة العموم والإطلاق ونحوه، وحصلت فيه القطعيّة من كلّ جهة بحيث لا يتطرّق إليه احتمال بوجه، منعنا أنّ مثل هذا يخالف المصلحة فنعود إلى الوفاق"[100]. فلا يؤخذ من إطلاقه القول بوجوب تقديم رعاية المصلحة على النّصّ، دون تفريق بين النّصّ القاطع وغير القاطع[101]. كما أنّ الطّوفيّ يقدّم المصلحة في حال التّعارض مع النّصّ والإجماع بطريق التّخصيص والبيان لا بطريق الافتئات والتّعطيل كما صرّح بقوله: "وجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التّخصيص والبيان لهما، لا بطريق الافتيات عليهما والتّعطيل لهما، كما تقدّم السّنّة على القرآن بطريق البيان"[102]. فبينما جعل الطّوفيّ علاقة المصلحة بالنّصوص علاقة بيان، كعلاقة السّنّة بالقرآن، فاستثنى منها المقدّرات والعبادات، جعلها الحداثيّون علاقة افتئات على النّصوص حتّى القطعيّة منها، وفي أبواب العبادات والمقدّرات.

ثالثًا: استغلّ الحداثيّون التّعليل بالمصالح إلى درجة اعتبارأحكام الشّريعة ليست ملزمة؛ لأنّها أغراضها تحقّقت في زمن الرّسالة، وهذا يعني أنّها غير مقصودة بالتّشريع إلّا على جهة الوسيلة فقط[103]. والمقاصد المراد تحقيقها هي ترقية الرّوح وتحقيق العدالة بأشكال أخرى فهم ليسوا ملزمين بتفاصيلها التّشريعيّة[104]. ولمّا

كانت هذه الأحكام ليست مقصودة لذاتها فلا يمكن أن تفرَض بحرفيّتها على الأجيال المقبلة[105]. فالشّريعة عندهم ليست حُكمًا وإنّما هي رحمة، وليست نصًّا، بل هي الرّوح، وليست قواعد جامدة بل هي تقدّم وحياة[106]. وأنّها جاءت لتحقيق المقاصد العامّة، ولم تهتمّ بالأشكال والوسائل الموصلة إلى هذه المقاصد؛ لأنّ هذه الوسائل متغيّرة لا يمكن حصرها[107]. وعلى هذا فالثّابت عندهم هو مبدأ العقوبة أو الجزاء، أمّا الأشكال التّطبيقيّة لهذا المبدأ فموكولة إلى كلّ عصر حسب أوضاعه وأعرافه وقيمه، وتظلّ التّشريعات تفاصيل تطبيقيّة مشدودة إلى كلّيّة المنهج[108]. لذلك يُخطِئ النّاس -في نظرهم- حينما يظنّون أنّ تطبيق الشّريعة يعني تطبيق أحكامها، والحقّ أنّه تطبيق روحها[109].

إنّ ما يدّعيه الحداثيّون من أنّ الدّين جوهرٌ لا شكلٌ، وحقيقةٌ لا صورةٌ، تعطيلٌ النّصوص باسم مراعاة مصالح الخلق، وكأنّ شرع الله جاء ليناقض مصالح الناس، وما يزعمون أنّهم بذلك لم يخرجوا من الشّرع بل راعوا مقاصده وحافظوا على روحه وجوهره، وإن لم يحافظوا على شكله وصورته، وهؤلاء يريدون تحت ستار المصلحة إلغاء الفقه الإسلاميّ كلّه، وإلغاء علم أصول الفقه كلّه، والاكتفاء بالمصالح كما يفسّرونها تفسيرهم الفضفاض؛ لإعطاء المشروعيّة لكلّ ما تريده تيّارات التّغريب اللّيبراليّ أو التّغريب الماركسيّ، أو تيّارات الحداثة وما بعد الحداثة[110]. وهؤلاء هم أدعياء التّجديد، وهم في الواقع دعاة التّغريب والتّبديد[111].

رابعًا: استثمر الحداثيّون عبارة اشتهرت وهي: [حيثما وجدت المصلحة فثمّ شرع الله][112]، ومقتضاها عندهم تقييد النّصوص أو تخصيصها أو توقيفها أو إلغائها، كلّما تراءت لهم المصلحة في غير الطّريق الّذي تخْتَطّه تلك النّصوص، فإنّ سير المصالح في الشّريعة محكوم بالنّصوص لا العكس[113].

وقد أقرّ القرضاوي بهذه المقولة لكن فيما لا نصّ فيه، أو فيما فيه نصّ ظنّي يحتمل أكثر من وجه، أمّا غير ذلك فالصّواب أن يقال: [**حيث يوجد شرع الله فثمّ مصلحة العباد**][114]، وزاوج الرّيسوني وجمال باروت بينهما فقالا: "**الشّريعة مصلحة، والمصلحة شريعة**"[115] والمقصود المصلحة الحقيقيّة لا الإقناعيّة.

خامسًا: دعا بعض الحداثيّين إلى تجاوز القياس بدعوى أنّه فاقد للبُعد الحركي، فقد نادى محمّد الطّالبي بقراءة مقاصديّة للنّصّ حيث تتجاوز القياس، فهو –عنده- غير صالح وغير قادر على حلّ مشاكل الحداثة، وكلّ قضايا حياتنا المعاصرة، وهو فاقد البعد الحركيّ، إذ يقيس الحاضر على الماضي، فهو فهم ماضويّ للنّصّ، يفرّغ تعسّفًا الحاضر في قوالب الماضي، ويسعى أن يرغمه على التّقولب في قوالبه، ممّا يؤدّي إلى سدّ أفق التّطوّر ورفض الحداثة[116].

والواقع أنّ التّعليل بالمصلحة المعتبرة عند الأصوليّين يعدّ قياسًا كلّيًّا يتعاضد ويتكامل مع القياس الجزئيّ[117]. ويرى ابن عاشور أنّ حجيّة المصلحة أولى وأجدر بالقياس وأدخل في الاحتجاج، ذلك على اعتبار أنّ القياس إلحاق جزئيّ حادث لا يعرف له حكم في الشّرع، بجزئيّ

ثابت حكمه في الشّريعة، وهي مصلحة جزئيّة ظنّيّة غالبًا، أمّا قياس مصلحة كلّيّة في الأمّة لا يعرف لها حُكم على كلّيّة ثابت اعتبارها في الشّريعة باستقراء أدلّة الشّريعة، الّذي هو قطعيّ أو ظنّيّ قريب من القطعي[118]. ويرى مصطفى الزّرقا أنّ المصالح والمفاسد مقياس للأوامر والنّواهي في الشّريعة الإسلاميّة، وهي الّتي تتّفق أو تتنافى مع مقاصد الشّريعة الإسلاميّة[119].

سادسًا: بلغ الحال ببعض الحداثيّين كجمال البنّا إلى مرحلة المطالبة بتعديل النّصّ: "عندما وضعت أحكام الشّريعة كانت تحقّق أهداف الشّريعة وهي العدل والمصلحة، ولكنّ التّطوّر غيّر الحال وغيّر الأوضاع فجعل النّصّ لا يحقّق الهدف منه وهو العدل، لذا كان لا بدّ من تعديل النّصّ"[120].

والحقّ أنّه لا يسلّم وقوع تعارض النّصّ مع المصلحة وإنّما هو مجرد افتراض، ولا بإمكان وقوعه، ثمّ هو متناقض مع القول بأنّ الشّريعة مصلحة، فكيف تتناقض المصلحة مع ذاتها؟! فالتّعارض صوريّ ظاهريّ، ومردّه إلى أحد أمرين: إمّا إلى خلل في فهم المصلحة وتقديرها، وإمّا خلل في فهم النّصوص وتطبيقها[121].

سابعًا: اعتبر الحداثيّون العقل حاكمًا، على اعتبار أن لا تعارض بين العقل والمصلحة، نظرًا للوحدة المبدئيّة بين العقل والواقع[122]. كما أعملوا التّعليل العقلي لإلغاء العبادات وتعطيلها. إذ يرون أنّ ربط الحُكم بالعلّة في الشّريعة لا يقصد لذاته، وإنّما يرمي الشّارع من ورائه إلى تحقيق مقاصده، فالتّعبّد إذًا في الشّريعة هو السّعي الحثيث لتحقيق مقاصدها العليا[123]. وأنّ العبادات من صلاة وصيام وحجّ إنّما جيء بها لمصلحة عصر التّنزيل، فإذا تحقّقت مقاصدها في ترقية الرّوح، فلسنا ملزمين بتفاصيلها[124]. إذ قد يكون في تطبيق بعضها -كالصّوم- في زماننا تعطيلًا للطّاقات وتقليلًا للإنتاج[125].

والحقّ أنّ النّظر العقلي في إثبات المقاصد أصلًا، راجعٌ إلى تحكيم العقول في الأحكام الشّرعيّة، وهذا غير صحيح فضلًا عن أن يكون حاكمًا عليها[126].وقد عدّ الإمام الشّاطبي الفهم بحسب العقل دون الوضع خروجًا عن مقصود الشّارع، وفي ذلك فساد كبير[127]. وقد سطّر منهجيّة في هذا الباب بقوله: "كلّ من ابتغى في تكاليف الشّريعة غيرَ ما شُرعت له؛ فقد ناقض الشّريعة، وكلّما ناقضها؛ فعمله في المناقضة باطل؛ فمن ابتغى في التّكاليف ما لم تُشرع له؛ فعمله باطل"[128].

ثامنًا: صرّح بعض الحداثيّين باستغلال نظريّة المقاصد الّتي تقوم على التّعليل بالمصالح: "فنظريّة المقاصد يحتفظ بها لا محالة من حيث المبدأ، ولكن لا بالمعنى الّذي ورد عند الشّاطبي، ولا حتّى بالمعنى الّذي ورد عن علّال الفاسي وابن عاشور، بل بما هي إمكانيّة تجاوز الفهم الحرفي للنّصوص والنّظر إلى ما وراء هذه النّصوص من حكمة ومقاصد"[129].

والحقّ أنّهم بتجاوزهم لتأصيلات الإمام الشّاطبيّ ومن سبقه من الأصوليّين الأعلام ومن لحِقه يكشف لنا بوضوح هدفهم؛ وهو تعطيل الأحكام الشّرعيّة، وتفريغ الشّريعة من أحكامها.

ممّا سبق يظهر اتّفاق الأصوليّين والحداثيّين على أنّ تعليل الأحكام الشّرعيّة يرجع إلى تحقيق مصالح المكلّفين، بيْد أنّ الحداثيّين يرون أنّ غاية التّعليل هي المقاصد العامّة دون وسائلها، فحكم الوسائل عندهم متغيّر بحسب الأوضاع والأعراف، وأنّ التّعليل يدخل في كلّ المجالات ومنها العبادات والمقدّرات، وجعلوا التّشريع في دائرة المصلحة المجرّدة عن ضوابطها الّتي وضعها الأصوليّون، ونصّبوا العقل حاكمًا على النّصوص الشّرعيّة بإطلاق، وقد كشف محمّد الطّالبي آخر عهده حقيقة الحداثيّين بعد انخراط طويل في صفوفهم في أحد مراحله الفكريّة بقوله: "الانسلاخ سلاميّة اختيار لتأسيس الحداثة على أساس الانسلاخ من الإسلام، تارةً بطريقة صريحة مكشوفة من طرف البعض، وتارةً أخرى بطريقة مقنّعة بهتانيّة خفيّة من طرف البعض الآخر"[130]. أمّا الأصوليّون فيُعملون التّعليل بالمصلحة – باعتبارها أحد المصادر المرعيّة- وفق معايير مضبوطة، ويمنعون التّعليل في العبادات المحضة والمقدّرات، ويضبطون العقل بمحدّدات النّصوص الشّرعيّة، وبات واضحًا لا اتّهامًا أنّ الحداثيّين يستغلّون التّعليل بالمصلحة للافتئات على النّصوص الشّرعيّة، وتعطيل الأحكام الشّرعيّة.

المطلب الثّاني: موقف الحداثيّين من ضوابط المصلحة الشّرعيّة

عندما نطالع الخطاب الحداثيّ نجد أنّ الحداثيّين يوظّفون المصلحة ويكثرون من الاعتماد عليها بشكل فضفاض عامّ، دون أن يبيّنوا معالم المصلحة وضوابطها، على خلاف موقف الأصوليّين الّذين وضعوا ضوابط منهجيّة في اعتبار المصلحة، ويمكن استخلاص موقف الحداثيّين من ضوابط المصلحة باستقراء آرائهم كالآتي:

1. الأحكام الشّرعيّة مركّبة من نصّ وروح، وأنّ التّطبيق عندهم يكون للرّوح لا للنّصّ[131].
2. تقوم مصادر التّشريع كلّها على مصدر واحد، وهو المصلحة باعتبارها المصدر الأوّل للتّشريع، وأصل الأصول كلّها[132].
3. تُقدّم المصلحة على النّصّ والإجماع عند التّعارض[133].
4. تتغيّر المصلحة حتّى فيما نصّ فيه وإجماع[134].
5. المصلحة حاكمة على النّصّ[135].

لاحظنا فيما مضى اهتمام الأصوليّين البالغ بتأصيل المصالح، من بيان طرق الكشف عنها، وضوابط التّعامل معها، حيث قرّروا أنّ المصالح المعتبرة تكتسب شرعيّتها بمحافظتها على الكلّيّات، وأنّ المصلحة ليست دليلًا قائمًا بذاته، وأنّ النّصوص الشّرعيّة هي الّتي تضبط حقيقة المصالح، وليس اسم المصالح هو الّذي يتحكّم في تفسير أو تقييد النّصوص[136]، فهم أصحاب منهج وهدى. أمّا الحداثيّون فقد جعلوا المصلحة دليلًا مستقلًّا حاكمًا على النّصوص الشّرعيّة، فهم أصحاب التّشهّي والهوى. والحقّ أنّ وضع الشّريعة وإن كان لمصالح العباد؛ "فهي عائدة عليهم بحسب أمر الشّارع، وعلى الحدّ الّذي حدّه، لا على مقتضى أهوائهم

وشهواتهم"[137]. إذ "المقصود من وضع الشّريعة إخراج المكلَّف عن داعية هواه"[138].

وممّا يجدر التّأكيد عليه أنّ التّوسّع بالنّظر المصلحيّ دون ضوابط منهجيّة وثوابت شرعيّة، يشكّل منزلقًا خطيرًا ينتهي بصاحبه إلى التّحلّل من أحكام الشّريعة، أو تعطيل أحكامها، ومحاصرة النّصوص باسم المصالح، واختلاط مفهوم المصالح بمفهوم الضّرورة، في محاولة لإباحة المحظورات، فتُوقف الأحكام الشّرعيّة تارةً باسم الضّرورة، وتارةً باسم تحقيق المصلحة، وتارةً أخرى تحت النّزوع إلى تطبيق روح الشّريعة لتحقيق المصلحة، فيستباح الحرام، وتوهن القيَم، وتُلغى الأحكام وتعطّل[139]. وقد اتّضح أنّ الحداثيّين يقدّمون المصلحة على كلّ النّصوص وحتّى الإجماع بما يعود عليها بالنّقض والإبطال كما سيتأكّد من تطبيقاتهم في المبحث التّالي.

المبحث الثّالث: تطبيقات الحداثيّين للتّعليل بالمصلحة

تتأكّد حقيقة دعوى الحداثيّين في مراجعة التّراث بتوسّل التّعليل المصلحي من خلال أطروحاتهم وتطبيقاتهم، وسنعالج ثلاثة تطبيقات تكشف هدف خطاب التّيّار الحداثيّ، وتبيّن عدم التزامهم بالضّوابط الأصوليّة للتّعليل المصلحيّ في مطالب ثلاثة كالآتي:

المطلب الأوّل: لباس المسلمة

في ظلّ الهيمنة الواقعيّة وانتشار أزياء النّمط الغربيّ، وتأثّر كثير من المجتمعات العربيّة بها، برزت إشكاليّة اللّباس الشّرعيّ للمرأة المسلمة، حيث شكّل سفور المرأة عند الحداثيّين رمزًا معاصرًا لأسلوب المجتمع المتحضّر، ومثّل الحجاب دلالة على التّخلّف، على اعتبار أنّ الحجاب ينظر إليه بوصفه من الأفكار الظّلاميّة، ومطابقته مع خنوع المرأة، وتحدٍّ للحداثة المنشودة[140].

وقد وظّف الحداثيّون التّعليل كمدخل لإلغاء الجلباب، فحملوا قوله تعالى: "ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا". [الأحزاب: 59]. أنّ على المؤمنة أن تغطّي من جسدها الأجزاء الّتي إذا ظهرت تسبّب لها الأذى[141]. فلباس المسلمة –عندهم- متوقّف على أعراف المكان الّتي تتواجد فيه، ويجوز لها أن تكشف من جسدها إذا لم يتسبّب لها بالأذى!

إنّ حقيقة هذا الخطاب دعوة إلى الانحلال الأخلاقيّ وتزيين الفواحش، ومخالفة الأحكام الشّرعيّة القطعيّة من ستر العورة أمام الأجانب، والحقّ أنّ العلّة في فرض الجلباب على المؤمنات الحرائر أن يُعرفنَ بالعفّة، فتحفظ إحداهنّ نفسها من التّعرّض لأذى الفسّاق بالطّرقات في النّهار، أو تعرّض الفتيان لها إذا خرجت باللّيل إلى مقاضي حوائجها[142]، وقد كانت ظاهرة الإيذاء في حقّ المؤمنين بشكل عامّ كما يظهر في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُؤْذُونَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ بِغَيْرِ مَا ٱكْتَسَبُوا۟ فَقَدِ ٱحْتَمَلُوا۟ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾. [الأحزاب: 58]، والنّاظر في آية الجلباب: "يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِن جَلَٰبِيبِهِنَّ". يلحظ أنّ الحرائر كنّ يلبسنَ الجلابيب عرفًا وعادةً، وجاء الشّرع بمزيد تحوّط وهو الأمر بالإدناء من

تلك الجلابيب عليهنّ، على أنّه كانت بعض الحرائر يلبسنَ لباس الأمَة، فنهى الله الحرائر أن يتشبّهنَ بالإماء[143]. وكانت الإماء بحكم طبيعة منزلتهنّ الاجتماعيّة أكثر عرضةً لتعرّض الفسّاق، وقد نُقل أنّه كان رجل من المنافقين يتعرّض لنساء المؤمنين يؤذيهنّ، فإذا قيل له قال: كنت أحسبها أمَة[144]. لذا فالتّمييز بين الإماء والحرائر حاصلٌ قبل الآيات وبعدها، وليس في الآية إلّا دعوة لحرائر المؤمنين بمزيد تحوّط حصانةً من أذى الفسّاق.

وقد أباح الشّرع النّظر إلى ما يظهر من الأمَة غالبًا، كالوجه، والرأس، واليديْن، والسّاقيْن. وقد سوّى بعض الحنابلة بين الحرّة والأمَة لقوله تعالى: "وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ". [النّور: 31]؛ ولأنّ العلّة في تحريم النّظر هي الخوف من الفتنة، "والفتنة المخوفة تستوي فيها الحرّة والأمَة، فإنّ الحرّيّة حكم لا يؤثّر في الأمر الطّبيعي"[145].

كما فهم الحداثيّون قوله تعالى: "يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ وَبَنَاتِكَوَنِسَآءِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ يُدۡنِينَ عَلَيۡهِنَّ مِن جَلَٰبِيبِهِنَّ". [الأحزاب: 59]. على أنّها آية تعليميّة لا تشريعيّة[146]. وأنّ الجلباب اتّخِذ كإجراء وتدبير لمعالجة حالة استثنائيّة دخلت على مجتمع المدينة، وربطوا بين الجلباب والوضع الاجتماعيّ الأخلاقيّ في المدينة[147]. ويرى الشّرْفي أنّ المرأة المعنيّة بالحجاب هي المرأة الحضريّة الّتي تعيش في المدن والحواضر، لا المرأة الّتي تعمل جنبًا إلى جنب مع الرّجل[148].

ويرى الحداثيّون أنّ الحجاب لم يعد اليوم ملائمًا للعصر، ولا لمكانة المرأة وتحرّرها ودخولها مجالات الحياة العامّة كافّة، وأنّ هذا الحجاب يعوّق المرأة ويعرقل مصالحها. فهذا قاسم أمين يقول: "إنّ الحجاب على ما ألفناه مانع عظيم يَحول بين المرأة وارتقائها؛ وبذلك يَحول بين الأمّة وتقدّمها"[149].

والواقع أنّ الحجاب ليس قرينًا للجهل والخنوع والتّخلّف، بل أصبح في حدّ ذاته رمزًا للتّحرّر والتّمسّك بالحقوق والمبادئ، ورمزًا للصّمود والمعاناة في سبيلها، كما أنّ ذوات الحجاب يوجدنَ اليوم بجدارة وكفاءة في كلّ موقع من مواقع العلم والعمل الرّاقيّة المتقدّمة، ولا يختفينَ إلّا من المواقع الّتي يُمنعنَ منها، أو لا تليق بكرامتهنّ وخُلُقهنّ[150]. والحقيقة أنّ الّذي أصبح يعوّق المرأة اليوم عن رقيّها وتحرّرها وعن دراستها وعن عملها، ليس هو الحجاب، بل الانغماس في التّبرّج والتّزيّن والهواجس الاستعراضيّة[151].

ممّا سبق نجد أنّ الفقهاء والأصوليّين يؤكّدون فرضيّة الحجاب والجلباب، وأن لا مدخل للاجتهاد في القطعيّات، ويقرّون بأنّ لباس الحرائر كان من عادات العرب قبل الإسلام، وجاء الشّرع بمزيد تحوّط في لباسهنّ منعًا للأذى، وترسيخًا للعفّة، كما يؤكّدون أنّ الشّرع أمر كلا الجنسيْن بالغضّ من البصر. أمّا الحداثيّون فقد وظّفوا التّعليل بالمصلحة فربطوا لباس الجلباب بالأذى الحاصل في الدائرة الاجتماعيّة، فتكشف المرأة عندهم بالقدر الّذي لا يلحقها أذى في مجتمعها، ورأوا أنّ الجلباب ليس مناسبًا لعصرنا، وثبت لكلّ ذي عينيْن أنّ هذه الدّعوى لا تقوم على ساق.

المطلب الثّاني: الرّبا

يقوم عصب الحياة المعاصرة على الاقتصاد، الّذي يعتمد على الفوائد الرّبويّة، وقد أثار التّطوّر الحاصل في الاستثمارات الماليّة والعمليّات المصرفيّة المزيد من الأسئلة، الّتي دارت جلّها حول إمكانيّة تقديم قراءة جديدة للنّصوص الرّبويّة تسمح بتحريك المدّخرات الكبيرة[152]، وذلك بدعوى أنّ الحياة المعاصرة أصبحت لا تستغني عن الفوائد، فقد غدت ضرورة اقتصاديّة.

وظّف الحداثيّون مدخل التّعليل لتسويغ الرّبا المحرّم، فقال العشماوي: "إنّ علّة تحريم الرّبا هي منع استغلال فرد لفرد، بمضاعفة الدّيْن عليه أضعافًا مضاعفةً، فإذا لم تكن العلاقة بين أفراد، أو كانت بينهم ولكن الدّيْن لا يُضاعف فيها أضعافًا مضاعفةً في آجال قريبة، تزيد عليه نسبة طفيفة حدّدها القانون، فإنّه لا يكون ثَمّ ربا"[153]. وقال نصر حامد أبو زيد: "فالرّبا المحرّم هو ما يؤدّي إلى إفقار المحتاجين، واستغلال عوزهم، واضطرارهم للاقتراض، وتحقيق مكاسب عالية، والعلّة نفسها غير متوفّرة في فوائد البنوك"[154].والمحصّلة عندهم أنّ الرّبا حُرِّم لأجل الظلم والاستغلال، فأيّ صيغة لا تؤدّي للظّلم تكون مشروعة[155].

والحقّ أنّ الرّبا مآله الظّلم والضّرر[156]، وإن كان ظاهره وعاجله فيه منفعة. ودرء المفاسد في هذه الحالة أوْلى من جلب المنافع[157].

كما اتّكأ الاتّجاه الحداثيّ على المصلحة، بدعوى رفع الحرج عن المواطنين، وعدّ أنّ التّعامل المصرفي ليس من باب الرّبويّات، وجملة القول عندهم أن التّعامل بالفائدة البنكيّة إمّا أنّها من الضّرورات المبيحة، وإمّا أنّها شكل من القِراض[158]، وهما سيّان في الإفضاء إلى النّتيجة الواحدة، فما يأخذه البنك من فائدة هو مقابل الخدمة الّتي يقدّمها[159].

والحقّ أنّ الضّرورة تقدّر بقدرها[160]، ولا يصار إلى المحرّم إلّا عند تحقّق الضّرورة، وانعدام الوسائل المباحة، والواقع أنّ الوسائل المباحة متاحة، وليس ثمّ ضرورة للتّعامل بالرّبا المحرّم، وعلى المسلمين إيجاد بدائل شرعيّة للتيسير على النّاس. كما لا يصحّ للخبرات أو الموازين العقليّة والتّجريبيّة أن تستقلّ وحدها بفهم مصالح العباد أو تنسيقها، فلا يجوز الاعتماد على ما قد يراه علماء الاقتصاد وخبراء التّجارة من أنّ الرّبا لا بدّ منه لتنشيط الحركة التّجاريّة والنّهوض بها[161]. ولا أن يقال إنّ مشقة التّحرّز عن الرّبا في هذا العصر تقتضي جواز التّعامل به[162]. أو يقال لقد كان تحريم الرّبا يوم لم تكن شؤون المال، والإنتاج معقّدة بالشّكل الّذي نراه اليوم[163].

وقد ثبت أنّ الرّبا محرّم بنصّ قطعيّ الثّبوت والدّلالة، وأجمع العلماء على تحريمه، وتحقّقت واقعيًّا أضرار الرّبا المحرّم الجسيمة على الاقتصاد في المدى البعيد، وما يلحقه من ظلم واستغلال للعباد والبلاد. أمّا الحداثيّون فأعملوا التّعليل بالمصلحة لإباحة الرّبا بدعوى أنّ الواقع المعاصر يقوم على النّظام الرّبويّ الّذي يقدّم خِدْمات ويأخذ مقابلها فائدة يحدّدها القانون، وقد فُنّدت دعواهم، وسُدّت كلّ مداخلهم.

المطلب الثّالث: عقوبة السّرقة

يرى الحداثيّون أنّ الحدود ليست غاية في ذاتها، وإنّما هي وسيلة لردع وزجر النّوازع الذّاتيّة الفرديّة الهدّامة الّتي تمسّ مصلحة الجماعة؛ مصلحة الأمّة[164]، فاعتبروا العقوبة في حكم الوسيلة الّتي لها حقّ التّغيّر، إذ مقصد الشّارع ليس تطبيق الحدود، وإنّما أن تكون التّقوى والفضل هي الأساس في الحكم والتّطبيق. وقد صرّح عبد الله العلايلي بأنّ الحدود الشّريعة العمليّة ليست مقصودة بأعيانها بل بغاياتها، ولا يلجأ إليها إلّا عند اليأس ممّا عداها[165]. وأنّ "إنزال الحدّ لا يتّفق مع روح القرآن الّذي جعل القصاص صيانة للحياة وإشاعة للأمن العامّ، وليس بجعل المجتمع مجموعة مشوّهين هذا مقطوع اليد، والآخر مقطوع الرِّجل، والآخر مفقوء العين أو مصلوم الأُذن أو مجذوع الأنف"[166].

وقد وظّف الحداثيّون مدخل التّعليل بالمصلحة، فرأوا أنّ تحريم السّرقة تفرضه المصلحة، وهي معلّلة بها، وقد تساءل الجابري لماذا جاء حدّ السّرقة بـ قطع يد السّارق؟ وليس بسجنه أو جلده مثلًا؟ فإنّ أصحاب طريقة القياس والتّعليل –برأيه- لا يجدون جوابًا، وإذا حاولوا تاهوا في افتراضات قد تجرّ إلى تخرّصات وإلى إلغاء المعقوليّة تمامًا. من ذلك مثلًا أنّ قطع اليد يمكن أن يعلّل على سبيل الفرض فقط بأنّ السّرقة قد تمّت بها، فوجب قطعها، وبما أنّ هذه الطّريقة تعتمد القياس فمن الممكن أن يعترض معترض تحكمه آليّة القياس بالقول مثلًا ولماذا لا يكون حدّ الزنى بقطع العضو الّذي يتمّ به؟ أو على الأقلّ باللّجوء إلى الإخصاء قياسًا على حدّ السّارق؟ وهكذا يدخل صاحب القياس في عالم الافتراضات ويبعد أكثر فأكثر عن المعقوليّة؛ معقوليّة الأحكام الشّرعيّة[167].

وقد ردّ أحمد الرّيسوني[168] ضمن ردوده بأنّ العقوبات المنصوصة في الإسلام تتّسم بقوّة الزّجر وسهولة التّنفيذ، فهي زاجرة إلى أقصى الحدود للجناة ولغيرهم، ومن حيث التّنفيذ لا تكلّف ميزانيّةً ضخمةً ولا جهازًا بشريًّا واسعًا، ولا وقتًا طويلًا كما هو الشّأن في عقوبة السّجن، فإذا جئنا إلى حدّ السّرقة وهو القطع وجدناه محقّقًا مقصوده ومصلحته بدرجة عالية، فإقرار عقوبة القطع والشّروع في العمل بها يمكن أن يخفّض جرائم السّرقة إلى العُشر أو أقلّ، وهذا هو عين المصلحة وأقصى درجاتها.

ومن ناحية أخرى إذا كان قطع بعض الأيدي يُسبّب تعطيلًا جزئيًّا لأصحابها في عملهم وإنتاجهم، فإنّ في سجن الألوف من السّرّاق لشهور وسنوات تعطيلًا أكبر لهم، يضاف إلى ذلك أنّ السّجن يشكّل في كثير من الحالات مدرسة ممتازة لتعليم الإجرام، وربط العلاقات بين المجرمين، فهاتان مفسدتان لا بدّ من وضعها في الميزان.

ويرى الرّيسوني أنّ الإشكال الحقيقيّ عند الّذين لا يروقهم قطع يد السّارق، هو أنّ هذه العقوبة وما شابهها من العقوبات البدنيّة المعمول بها في الشّريعة الإسلاميّة ليست معتمدة لدى الدّول الغربيّة المتقدّمة، بل أصبحت في نظر أهلها عقوبات مستهجنة ومستنكرة إلى درجة أصبح معها عسيرًا على كثير

من المسلمين ومن مثقّفيهم خاصّة استساغة هذه العقوبات والنّظر إليها بتجرّد وعقلانيّة. وأنّ الضّغط الجاثم على النّفوس والعقول له دور حاسم في تكييف النّظرة وتوجيهها إلى كثير من القضايا الّتي استقرت عند العالم الغربي النّموذجيعلى نحو مخالف لما في شريعتنا[169].

ممّا سبق يظهر لنا قطعيّة عقوبة السّارق، بعد ثبوتها، وهي عقوبة رادعة زاجرة، وهذا ما اتّفق عليه الفقهاء والأصوليّون، أمّا الحداثيّون فقد سلكوا مدخل التّعليل بالمصلحة، لتعطيل الحكم الشّرعيّ القطعيّ، بل عدّها بعضهم عقوبة همجيّة لا تناسب هذا العصر.

الخاتمة:

يروّج الحداثيّون أفكارهم من خلال استغلال تعليل الأحكام بالمصلحة، على أساس أنّ دائرة التّشريع تدور عليها، فهي عندهم أصل الأصول، وظهر من خلال البحث أنّهم لم يفرّقوا بين المصالح المعتبرة والملغاة، فهم يأخذون بالمصلحة مطلقًا ولو كانت مصلحة هلاميّة، ويقدّمون المصلحة على النّصوص القطعيّة كالمقدّرات، واتّضح جليًّا أنّهم لم يجيبوا على الأسئلة المنهجيّة حول التّعليل بالمصلحة، من حيث الضّوابط المعتبرة للمصلحة، على خلاف الأصوليّين الّذين أصّلوا للمصلحة ووضعوا لها ضوابط الاعتبار، فانطبق على الفكر الحداثيّ قول الإمام الشّاطبيّ: "إنّ المتعدِّي على طريق المصلحة المشروع، ساعٍ في ضدّ تلك المصلحة"[170].

وقد خلص الباحثان إلى أهمّ النّتائج وهي كالآتي:

1. التّعليل بالمصلحة مسلكٌ معتبر عند جُلّ الأصوليّين.
2. تتوقّف مشروعيّة التّعليل بالمصلحة على الضّوابط الّتي وضعها الأصوليّون.
3. تدثّر الحداثيّون بأداة التّعليل بالمصلحة، ووظّفوا المصلحة كشعار لتمرير أطروحاتهم.
4. لم يلتزم الحداثيّون في أطروحاتهم بضوابط التّعليل بالمصلحة الّتي قرّرها الأصوليّون.
5. ظهر من أطروحات الحداثيّين في موضوعات لباس المسلمة، والرّبا، وعقوبة السّرقة، أنّهم قصدوا تعطيل الأحكام الشّرعيّة بدعوى المصلحة.
6. تظهر خطورة الخطاب الحداثيّ على المجتمع المسلم بدعوته إلى الانحلال الأخلاقيّ، ومخالفة الأحكام الشّرعيّة القطعيّة، ويغدو أتباعه أصحاب هوى وشهوة، لا أصحاب خُلُق ودين.

أمّا **التّوصيات** فيمكن إجمالها كالآتي:

1. بثّ التّوعية بين عموم النّاس، وذلك بكشف مزالق الحداثيّين عبر وسائل الإعلام.
2. بذل المزيد من الجهود العلميّة لرصد خطابات الحداثيّين، وتفنيد دعاويهم وكشف مداخلهم، من مثل اتّكائهم على السّياقات المقاميّة؛ كالنسّخ وأسباب النّزول والعُرف.

الهوامش:

[1] أبو زيد البلخي: (322 - 235هـ): أحمد بن سهل، أحد الكبار الأفذاذ من علماء الإسلام. جمع بين الشّريعة والفلسفة والأدب والفنون. ولد في إحدى قرى بلخ، وساح سياحة طويلة، ثمّ عاد وقد علت شهرته، فعرض عليه حاكم تخوم بلخ وزارته فأباها، وذكر له الكتابة فرضيَها، فكان يعيش منها إلى أن مات في بلخ. وقد سبق علماء البلدان في الإسلام كافّة إلى استعمال رسم الأرض في كتابه "صور الأقاليم الإسلاميّة". انظر ترجمته: الزركلي، خير الدين، **الأعلام**، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، 1997م، (ط1)، ج6، ص272.

[2] أحمد بن سهل البلخي (ت:322هـ)، **مصالح الأبدان والأنفس**، تقديم ودراسة: مالك بدري ومصطفى عشوي، الرياض: مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، 1424هـ.

[3] العز بن عبد السلام (ت: 660هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، راجعه وعلّق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، بيروت: دار الكتب العلمية، 1991م.

[4] أحمد بن فارس القزويني (ت: 395هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، القاهرة: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1979م، (ط1)، ج2، ص36.

[5] محمد حسن جبل (ت: 2015م)، **المعجم الاشتقاقي المؤصل لألفاظ القرآن الكريم**، القاهرة: مكتبة الآداب، 2010م، (ط1)، ج1، ص390-391.

[6] أبو البقاء أيوب بن موسى الكفوي (ت: 1095هـ)، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، بيروت: مؤسسة الرسالة، ص359.

[7] محمد بن أحمد الأزهري (ت: 370هـ)، **تهذيب اللغة**، تحقيق: محمد عوض مرعب، بيروت: دار إحياء التراث العربي، (ط1)، ج4، ص234.

[8] محمد بن مكرم بن منظور (ت: 711هـ)، **لسان العرب**، بيروت: دار صادر، 1414هـ، (ط3)، ج2، ص132.

[9] ابن منظور، **لسان العرب**، ج2، ص131.

[10] عبد الرحمن بن أحمد ابن رجب الحنبلي (ت:795هـ)، **جامع العلوم والحكم**، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وإبراهيم باجس، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001م، (ط7)، ج2، ص127.

[11] سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني (ت: 275هـ)، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، صيدا: المكتبة العصرية، كتاب السنة، باب لزوم السنة، حديث رقم: 4607، ج4، ص200.

[12] روبيرتس، ج. تيمونز، وهايت، أيمي، **من الحداثة إلى العولمة: رؤى ووجهات نظر في قضية التطور والتغير الاجتماعي**، ترجمة: سمر الشيشكلي، مراجعة: محمود ماجد عمر، الكويت: عالم المعرفة المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد 309، 2004م، (ط1)، ج1، ص225.

[13] ألان، تورين، **نقد الحداثة**، ترجمة: أنور مغيث، المجلس الأعلى للثقافة، 1997م، ص46. العالم المقدّس يقصد به مجموعة المعتقدات والممارسات الّتي تجمع كلّ المؤمنين بها في جماعة أخلاقيّة واحدة، بحيث يحرم مخالفتها والخروج عنها. انظر: إلياد، مرسيا، **المقدَّس والمدنّس**، ترجمة: عبد الهادي عباس، دمشق: دار دمشق للطباعة والنشر والتوزيع، 1988م، (ط1)، ص27.

[14] ألان، **نقد الحداثة**، ص59.

[15] ألان، **نقد الحداثة**، ص29.

[16] ألان، **نقد الحداثة**، ص37.

[17] ألان، **نقد الحداثة**، ص39.

[18] ألان، **نقد الحداثة**، ص54.

[19] عبد الغني بارة، **إشكالية تأصيل الحداثة في الخطاب النقدي المعاصر، مقاربة حوارية في الأصول المعرفة**، الهيئة المصرية العامة، 2005م، ص15.

[20] زعربان علي النحوي، **تقويم نظرية الحداثة**، الرياض: دار النحوي للنشر والتوزيع، 1992م، (ط1)، ص178-179.

[21] علي أدونيس، **الثابت والمتحوّل بحث في الاتباع والإبداع عند العرب، صدمة الحداثة**، بيروت: دار العودة، ج3، ص19.

[22] النحوي، **الحداثة من منظور إسلامي**، ص31.

[23] محمد خلف العطوي، **المدرسة الحداثية وموقفها من مقاصد الشريعة، دراسة تحليلة نقدية**، الجامعة الأردنية، أطروحة دكتوراة، 2018م، ص16.

[24] له ثلاثة كتب حول الحداثة: المرايا المحدّبة، والمرايا المقعّرة، والخروج من التّيه.

[25] عبد العزيز حمودة (ت: 2006م)، **المرايا المحدبة من البنيوية إلى التفكيك**، الكويت: سلسلة عالم المعرفة، 1998م، ص25.

[26] عادل عبد المهدي، **قضايا إسلامية معاصرة، إشكالية الإسلام والحداثة**، بيروت: دار الهادي، 2001م، (ط1)، ص5.

[27] شارل بودلير (1867-1821م): شاعر وناقد فرنسي، يعتبر من أبرز شعراء القرن التاسع عشر، ومن رموز الحداثة في العالم، لم يفهم شعره جيدًا إلّا بعد وفاته فقد كان متقدِّمًا عن شعر زمانه. انظر: ويكيبيديا.

[28] خيرة حمر العين، **جدل الحداثة في نقد الشعر العربي**، دمشق: اتحاد الكتاب العرب، 1996م، ص31.

[29] النحوي، **تقويم نظرية الحداثة**، ص56.

[30] مارتن لوثر: (1483 – 1546م): راهب ألماني، وقسّيس، وأستاذ اللّاهوت، ومُطلق عصر الإصلاح في أوروبا، اعترض على صكوك الغفران، نشر في عام 1517م رسالته الشّهيرة المؤلّفة من خمس وتسعين بندًا، تتعلق أغلبها بلاهوت التّحرير وسلطة البابا في الحلّ من "العقاب الزمني للخطيئة". للمزيد انظر: عبد الرحمن البدوي

(2002م)، **موسوعة الفلسفة**، بيروت: المؤسسة العربية للطباعة والنشر، 1996م، (ط1)، ج2، ص364.

[31] يوسف الخال (1916-1987م): شاعر وصحفي، ولد في عمار الحصن في سوريا، درس الفلسفة، وأنشأ في بيروت دار الكتاب، ثم سافر إلى الولايات المتّحدّة الأمريكيّة للعمل في الأمانة العامة للأمم المتحدة في دائرة الصّحافة والنشر، أنشأ مجلة "شعر" مع أدونيس. للمزيد انظر: ويكيبيديا.

[32] يوسف الخال (ت:1987م)، **الحداثة في الشعر**، بيروت: دار الطليعة للطباعة والنشر، 1978م، (ط1)، ص15.

[33] إبراهيم عبد الله، **الثقافات العربية والمرجعيات المستعارة تداخل الأنساق والمفاهيم ورهانات العولمة**، الدار البيضاء: المركز الثقافي العربي، 1999م، (ط1)، ص13.

[34] عبد الإله بلقزيز، **العرب والحداثة دراسة في مقالات الحداثيين**، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، 2007م، (ط1)، ص49.

[35] إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: 790هـ)، **الموافقات**، تحقيق وتعليق: الحسين أيت سعيد، المغرب: منشورات البشير بنعطية، 2017م، (ط1)، مج4، ص858.

[36] انظر: إسماعيل الحسني، **نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور**، هرندن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1995م، (ط1)، ص306.

[37] انظر: الكفوي، **الكليات**، ص620. محمد بن محمد الزبيدي (ت: 1205هـ)، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار الهداية، ج30، ص47.

[38] انظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج4، ص12.

[39] انظر: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت: 393هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار الناشر: بيروت: دار العلم للملايين، 1987م، (ط4)، ج5، ص1773. ابن منظور، **لسان العرب**، ج11، ص468.

[40] "القياس مُظهر لا مُثبت"، فلا يثبت ولا يضع حكمًا في الفرع من عنده، وإنّما يظهر أنّ حكم الأصل الّذي ورد فيه النّصّ ليس قاصرًا على واقعة النّصّ، وإنّما هو حكم فيها وفي كلّ واقعة تحقّقت فيها علّته. انظر: عبد الوهاب خلّاف (1956م)، **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**، مصر: مطابع دار الكتاب العربي، 1955م، ص18.

[41] علي بن محمد الجُرجاني (ت: 471هـ)، **التعريفات**، بيروت: دار الكتب العلمية، 1983م، (ط1)، ص61.

[42] انظر للتّوسّع: منصور محمود مقدادي، **العلل الطردية حجيتها وقوادحها**، عمّان: الجامعة الأردنية، 2005م، ص35-44.

[43] انظر: محمد الطاهر ابن عاشور (ت: 1868هـ)، **التحرير والتنوير**، تونس: الدار التونسية للنشر، 1984م، ج1، ص879-880. ومقدادي، **العلل الطردية حجيتها وقوادحها**، ص43.

[44] رائد سبتي يوسف سليمان، **التعليل بالحكمة**، نابلس: جامعة النجاح الوطنية، 2003م، ص42.

[45] الكفوي، **الكليات**، ص621.

[46] انظر: أبو بكر محمد بن أحمد السمرقندي (ت: 539 هـ)، **ميزان الأصول في نتائج العقول**، تحقيق: محمد زكي عبد البر، قطر: مطابع الدوحة، 1984م، (ط1)، ج1، ص578.

[47] انظر: السمرقندي، **ميزان الأصول**، ج1، ص578.

[48] انظر: ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج3، ص303. ابن منظور، **لسان العرب**، ج2، ص516.

[49] "خَلَطُواْ عَمَلًا صَٰلِحًا وَءَاخَرَ سَيِّئًا". [التّوبة: 102].

[50] أحمد بن محمد الفيومي (ت: 770هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، بيروت: المكتبة العلمية، ج1، ص345.

[51] الأزهري، **تهذيب اللغة**، ج4، ص142.

[52] محمد سعيد البوطي (ت: 2013م)، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1973م، (ط1)، ص23.

[53] محمد بن محمد الغزالي (ت: 505هـ)، **المستصفى من علم الأصول**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، 1993م، (ط1)، ص174.

[54] محمد بن عمر الرازي (ت:606)، **المحصول في علم الأصول**، تحقيق: طه جابر العلواني، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1997م، (ط3)، ج6، ص179.

[55] ابن عبد السلام، **قواعد الأحكام**، ج1، ص11-12.

[56] سليمان الطوفي (ت: 716هـ)، **رسالة في رعاية المصلحة**، تحقيق: أحمد السايح، القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، 1993م، (ط1)، ص25.

[57] البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص37. وانظر تفصيل اللّذات وأسبابها عند العزّ بن عبد السلام: ابن عبد السلام، **قواعد الأحكام**، ج1، ص12.

[58] للتّوسّع في حجيّة المصلحة انظر: أحمد الريسوني، **التجديد الأصولي نحو صياغة تجديدية لعلم أصول الفقه**، هرندن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2014م، (ط1)، ص424-434.

[59] مصطفى زيد (ت: 1398هـ)، **المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي**، مصر: دار الفكر العربي، 1384هـ، (ط2)، ص156-157.

[60] انظر: تعليق مصطفى الرافعي: هنري ماسيّه (ت: 1969م)، **الإسلام**، ترجمة: بهيج شعبان، بيروت: منشورات عويدات، 1988م، (ط1)، ص17. وللتّوسّع انظر مقالة: عبد الرحمن الكيلاني، **كيف تحدّد الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية؟**، 21 نوفمبر، 2014م. إسماعيل كوكسال، **تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية**، بيروت، مؤسسة الرسالة، 2000م، (ط1)، ص132. سيّد قطب (ت: 1966م)، **في ظلال القرآن**، القاهرة: دار الشروق، 2003م، (ط32)، ج6، ص842-843.

[61] انظر: محمد بن أحمد السرخسي (ت: 490هـ)، **المبسوط**، بيروت: دار المعرفة، 1993م، ج16، ص62.

[62] الشاطبي، **الموافقات**، مج2، ص614.

[63] أحمد الريسوني، **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي**، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، 1992م، (ط2)، ص12.

[64] رائد نصري أبو مؤنس، **منهج التعليل بالحكمة و أثره في التشريع الإسلامي، دراسة أصولية تحليلية**، هرندن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2007م، (ط1)، ص48.

[65] انظر للتّوسّع في بيان مذاهب المتكلّمين وأدلتّهم وردودهم: محمد مصطفى شلبي (ت: 1418هـ)، **تعليل الأحكام، عرض وتحليل لطريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد**، مطبعة الأزهر، 1947م، ص97-110. عبد القادر حرز الله، **التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان في التصرفات الشرعية و أثره الفقهي**، الرياض: مكتبة الرشد، 2005م، (ط1)، ص27.

[66] محمّد بن محمّد الغزالي (ت:505هـ)، **شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل**، تحقيق: حمد الكبيسي، بغداد: مطبعة الإرشاد، 1971م، (ط1)، ص203.

[67] انظر: أحمد بن إدريس القرافي (ت:684هـ)، **أنوار البروق في أنواء الفروق**، بيروت: عالم الكتب، ج2، ص33.

[68] انظر: نعمان جغيم، **طرق الكشف عن مقاصد الشارع**، عمان: دار النفائس، 2020م، (ط1)، ص31.

[69] ابن عاشور، **مقاصد الشريعة**، مج3، ص166.

[70] إبراهيم بن موسى الشاطبي (790هـ)، **الاعتصام**، تحقيق: سليم الهلالي، السعودية: دار ابن عفان، 1992م، ج2، ص328.

[71] يوسف القرضاوي، **فقه الزكاة**، موسسة الرسالة، 1973م، (ط3)، ج1، ص28-29.

[72] الشاطبي، **الموافقات**، مج3، ص402.

[73] أبو زهرة، **أصول الفقه**، ص394. انظر: البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص132.

[74] انظر: الغزالي، **المستصفى**، ص179. الشاطبي، **الاعتصام**، ج2، ص632.

[75] انظر: علي بن محمد الآمدي (ت: 631هـ)، **الإحكام في أصول الأحكام**، تحقيق: الشيخ عبد الرزاق العفيفي، بيروت: المكتب الإسلامي، ج3، ص244. أحمد بن عبد الله الزركشي (ت: 794هـ)، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، 1994م. (ط1)، **البحر المحيط**، ج7، ص193.

[76] الشاطبي، **الاعتصام**، ج2، ص627. انظر: البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص119.

[77] انظر: البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص232.

[78] الشاطبي، **الموافقات**، مج3، ص59.

[79] عبد العزيز الربيعة، **أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها**، 1986م، ص228.

[80] نور الدين الخادمي، **سلسلة المقاصد الشرعية**، السعودية: كنوز إشبيليا، 2007م، (ط1)، ج1، ص118.

[81] انظر: البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص248.

[82] فتحي الدريني (ت:2013م)، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، ط3، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2013م، ص473.

[83] سلطان العميري، التداول الحداثي لنظرية المقاصد، **مجلة البيان**، العدد293، ص38.

[84] محمد سعيد العشماوي (ت: 2013م)، **جوهر الإسلام**، مكتبة مدبولي الصغير، 1996م، (ط4)، ص24.

[85] محمد عابد الجابري (ت: 2010م)، **الدين والدولة وتطبيق الشريعة**، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2004م، (ط2)، ص182.

[86] محمد عابد الجابري (ت: 2015م)، **وجهة نظر نحو إعادة بناء قضايا الفكر العربي المعاصر**، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 1992م، (ط1)، ص58.

[87] حسن حنفي، **من النص إلى الواقع، محاولة لإعادة بناء علم أصول الفقه**، القاهرة: مركز الكتاب للنشر، 2005م، (ط1)، ج2، ص488-489.

[88] انظر: جمال سلطان، **تجديد الفكر الإسلامي**، الرياض: دار الوطن، 1412هـ، ص54.

[89] انظر: الدريني، **المناهج الأصولية**، ص31.

[90] انظر: الريسوني، **التجديد الأصولي**، ص441-442.

[91] انظر: عبد الجليل ضمرة، **الحكم الشرعي بين أصالة الثبات والصلاحية**، عمان: دار النفائس، 2006م، (ط1)، ص172.

[92] محمد صديق فضل كريم، **مقاصد الشريعة بين الفكر الأصولي والفكر الحداثي**، ص8.

[93] الجابري، **الدين والدولة وتطبيق الشريعة**، ص42.

[94] انظر: فهمي هويدي، **التدين المنقوص**، القاهرة: دار الشروق، 1994م، (ط1)، ص167.

[95] حنفي، **من النص إلى الواقع**، ج2، ص491.

[96] فهمي هويدي، وثنيون هم عبدة النصوص، **مجلة العربي**، ع235، 1978م ص34.

[97] سليمان بن عبد القوي الطوفي (ت: 716هـ)، **التعيين في شرح الأربعين**، تحقيق: أحمد حاج محمد عثمان، بيروت: مؤسسة الريّان، 1998م، (ط1)، ص280.

[98] محمد سعيد العشماوي (ت: 2013م)، **الإسلام السياسي**، دار سينا للنشر، 1988م، (ط1)، ص191.

[99] حسن حنفي، **هموم الفكر والوطن**، القاهرة: دار قباء، 1998م، ج1، ص251.

[100] الطوفي، **التعيين في شرح الأربعين**، ص252.

[101] انظر: يوسف القرضاوي، **السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها**، القاهرة: مكتبة وهبة، 1998م، (ط1)، ص267. حسين حامد حسان (ت:2020م)، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، ص539.

[102] الطوفي، **التعيين في شرح الأربعين**، ص238.

[103] عبد المجيد النجار، **القراءة الجديدة للنص الديني**، دمشق: مركز الراية للتنمية الفكرية، 2006م، (ط1)، ص69.

[104] عبد المجيد الشرفي، **الإسلام بين الرسالة والتاريخ**، بيروت: دار الطليعة للطباعة والنشر، 2001م، (ط1)، ص59.

[105] محمد إقبال (ت: 1938م)، **تجديد التفكير الديني في الإسلام**، القاهرة: 1955م، ص197.

[106] العشماوي، **جوهر الإسلام**، ص30.

[107] محسن الميلي، **ظاهرة اليسار الإسلامي**، الرياض: دار النشر الدولي، 1993م، (ط1)، ص64.

[108] انظر: محمد الطالبي (ت: 2017م)، **عيال الله، أفكار جديدة في علاقة المسلم بنفسه وبالآخرين**، تونس: دار سراس للنشر، 2006م، (ط3)، ص74. محمد أبو القاسم حاج حمد (ت:2004م)، **جدلية الغيب والإنسان والطبيعة العالمية الإسلامية الثانية**، بيروت: دار الهادي، 2004م، (ط1)، ص646-647. فهمي هويدي، **تزييف الوعي**، القاهرة: دار الشروق، 1999م، (ط3)، 25-26.

[109] انظر: العشماوي، **جوهر الإسلام**، ص37.

[110] يوسف القرضاوي، **دراسة في مقاصد الشريعة بين المقاصد الكلية والنصوص الجزئية**، دار الشروق، 2007م، (ط2)، ص86.

[111] انظر: القرضاوي، **دراسة في مقاصد الشريعة**، ص40.

[112] أصل العبارة لابن القيّم: "فإذا ظهرت إمارات العدل، وأسفر وجهه بأيّ طريق كان، فثمّ شرع الله ودينه". محمد بن أبي بكر ابن القيّم (ت: 751هـ)، **الطرق الحكمية**، مكتبة دار البيان، ص13.

[113] انظر: محمد سعيد البوطي (ت: 2013م)، **من الفكر إلى القلب**، دمشق: مكتبة الفارابي، 1972م، (ط2)، ص103.

[114] انظر: القرضاوي، **السياسة الشرعية**، ص167.

[115] انظر: الريسوني، **الاجتهاد النص الواقع المصلحة**، دمشق: دار الفكر، 2000م، (ط1)، ص29، ص152.بـاروت، **الاجتهاد: النص الواقع المصلحة**، ص111-113.

[116] انظر: الطالبي، **عيال الله**، ص143. وقد تراجع الطّالبي عن كثير من آرائه في كتابه الأخير "ليطمئنّ قلبي".

[117] الريسوني، **التجديد الأصولي**، ص447.

[118] ابن عاشور، **مقاصد الشريعة**، مج3، ص245.

[119] مصطفى الزرقا (ت: 1420هـ)، **الاستصلاح والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية**، بيروت: دار القلم، 1988م، ص41.

[120] إلهام مانع، حوار عن المرأة مع جمال البنا، **مجلة شفاف الشرق الأوسط**، 2006م.

[121] الريسوني، **الاجتهاد: النص الواقع المصلحة**، ص156.

[122] انظر: حسن حنفي، **من النص إلى الواقع**، ج2، ص492.

[123] الميلي، محسن، **ظاهرة اليسار الإسلامي**، ص64.

[124] انظر: عبد المجيد النجار، **القراءة الجديدة للنص الديني**، دمشق: دار الراية للتنمية الفكرية، 2006م، (ط1)، ص69. عبد المجيد الشرفي، **تحديث الفكر الإسلامي**، بيروت: المدار الإسلامي، 2009م، (ط2)، ص87.

[125] انظر: أحمد الريسوني، **الاجتهاد النص الواقع المصلحة**، ص39.

[126] انظر: الشاطبي، **الموافقات**، مج3، ص113.

[127] انظر: الشاطبي، **الموافقات**، مج2، ص63.

[128] الشاطبي، **الموافقات**، مج3، ص743.

[129] الشرفي، **تحديث الفكر الإسلامي**، ص41-42.

[130] محمد الطالبي (ت:2017م)، **ليطمئن قلبي قضية الإيمان.. من أين أتينا؟ ماذا نحن؟ إلى أين نذهب؟**، تونس: دار سراس للنشر، 2007م، (ط1)، ص33. ويكشف هذا الكتاب انتقال محمّد الطّالبي إلى مرحلة جديدة مناقضة لسابقتها الحداثيّة، وقد تعرّض في كتابه بالنقد لمحمّد الجابري، وعبد المجيد الشّرفي.

[131] انظر: العشماوي، **جوهر الإسلام**، ص37.

[132] انظر: حنفي، **من النص إلى الواقع**، ج2، ص488-489. الجابري، **وجهة نظر**، ص58.

[133] حنفي، **من النص إلى الواقع**، ج2، ص491.

[134] انظر: جمال سلطان، **تجديد الفكر الإسلامي**، الرياض: دار الوطن، 1412هـ، ص54.

[135] محمد صديق فضل كريم، **مقاصد الشريعة بين الفكر الأصولي والفكر الحداثي**، ص8.

[136] انظر: البوطي، **من الفكر إلى القلب**، ص100.

[137] الشاطبي، **الموافقات**، مج3، ص402.

[138] الشاطبي، **الموافقات**، مج3، ص393.

[139] انظر: نور الدين الخادمي، **الاجتهاد المقاصدي، حجيته، ضوابطه، مجالاته**، الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، كتاب الأمة، العدد: 65، 1998م، ج1، ص33.

[140] نيلوفر غول، الحداثة المحظورة: الحضارة والحجاب، **مجلّة عُمران**، ع2، 2012م، ص232.

[141] شحرور، **نحو أصول جديدة**، ص373.

[142] محمود بن عمر الزمخشري (ت: 538هـ)، **الكشاف**، بيروت: دار الكتاب العربي، 1407هـ، (ط3)، ج3، ص560.

[143] محمد بن جرير الطبري (ت: 310هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000م، (ط1)، ج20، ص325.

[144] عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت: 911هـ)، **الدّر المنثور في التفسير بالمأثور**، دار الفكر، ج6، ص659.

[145] انظر: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (ت:620هـ)، **المغني**، مكتبة القاهرة، 1968م، ج7، ص461.

[146] شحرور، **نحو أصول جديدة**، ص347.

[147] محمد شحرور (ت: 2019م)، **نحو أصول جديدة للفقه الإسلامي.. فقه المرأة**، دمشق: الأهالي للطباعة والنشر والتوزيع، 2000م، **نحو أصول جديدة**، ص356.

[148] الشرفي، **تحديث الفكر الإسلامي**، ص112.

[149] قاسم أمين (ت: 1908م)، **تحرير المرأة**، القاهرة: مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، 2012م، ص47.

[150] الريسوني، **الاجتهاد النص الو اقع المصلحة**، ص43.

[151] الريسوني، **الاجتهاد النص الو اقع المصلحة**، ص44.

[152] حسن محمد جابر، **المقاصد الكلية والاجتهاد المعاصر**، بيروت: دار الحوار، 2001م، (ط1)، ص309.

[153] العشماوي، **جوهر الإسلام**، ص66.

[154] انظر: نصر حامد أبو زيد (ت: 2010م)، **نقد الخطاب الديني**، القاهرة: دار سينا، 1994م، (ط2)، ص208.

[155] جابر، **المقاصد الكلية والاجتهاد المعاصر**، ص315.

[156] للتّوسّع في معرفة أضرار الرّبا: حكمت عبد الرؤوف مصلح، **مقارنة بين السَّلَم والربا في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية معاصرة**، فلسطين: جامعة النجاح الوطنية، 2007م، ص41-43.

[157] محمد الزحيلي، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دمشق: دار الفكر، 2006م، (ط1)، ج1، ص280.

[158] القِراض: وهو أن يدفع الرّجل إلى الرّجل نقدًا ليتّجر به على أنّ الرّبح بينهما على ما يتشارطانه. انظر: مجموعة من المؤلفين، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، مطابع دار الصفوة، 1995م، (ط1)، ج33، ص112.

[159] عبد الله العلايلي (ت: 1995م)، **أين الخلل؟ تصحيح مفاهيم ونظرة تجديد**، بيروت: دار الجديد، 1992م، (ط2)، ص68.

[160] محمد صدقي آل بورنو، **موسوعة القواعد الفقهية**، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2003م، (ط1)، ج6، ص264.

[161] انظر: البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص67. يوسف حامد العالم، **المقاصد العامة للشريعة الإسلامية**، هرندن: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1994م، (ط2)، ص147.

[162] البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص278.

[163] البوطي، **ضوابط المصلحة**، ص292.

[164] الجابري، **الدين والدولة وتطبيق الشريعة**، ص197.

[165] العلايلي، **أين الخلل؟**، ص91.

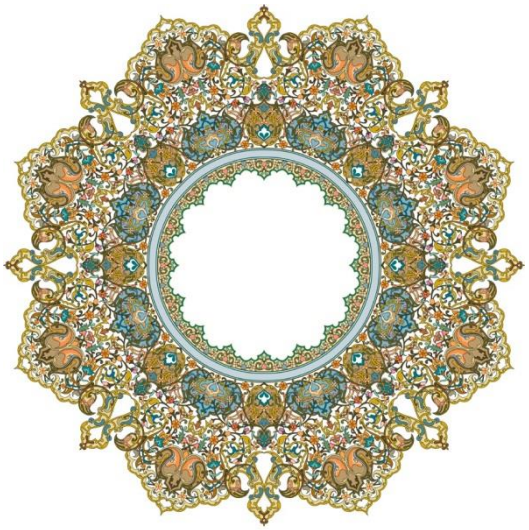
[166] العلايلي، **أين الخلل؟**، ص79-80.

[167] الجابري، **الدين والدولة وتطبيق الشريعة**، ص174.

[168] الريسوني، **الاجتهاد النص الو اقع المصلحة**، ص47-48.

[169] الريسوني، **الاجتهاد النص الو اقع المصلحة**، ص49.

[170] الشاطبي، **الموافقات**، مج2، ص804.



"قاعدة: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" وتطبيقاتها في المعاملات المصرفية المعاصرة"
" دراسة تأصيليّة تطبيقيّة "

أحمد علي ربابعة* د. حارث محمد العيسى**

تاريخ وصول البحث: 2021/1/18م تاريخ قبول البحث: 2021/4/5م

الملخص

إن قاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" لها أهمية كبيرة، عبر توجيهها للصناعة الفقهية نحو التصور للمسائل للحصول على الفتوى الأقرب لمُراد الشرع. وبينت الدراسة معنى القاعدة وتأصيلها وأهميتها وضوابط إعمالها، وتطبيقات القاعدة في المعاملات المصرفية المعاصرة. وتوصلت الدراسة إلى نتائج من أهمها: أن القاعدة تعني: أنه لا يُصدر حكمٌ على أيّ مسألة قبل النظر الكافي فيها، وإدراكها إدراكاً صحيحاً سليماً موافقاً لحقيقتها مُميزاً إياها عن شبيهاتها، وما بعد المسألة من تبعات مبنية عليها، وما يؤثر في المسألة، وما يتأثر فيها، فلا تعطى الأشياء والأفعال أحكاماً إلا بعد إحاطة علم ودراية كافيين فيها، كما وتوصلت إلى أن هذه القاعدة محل إجماع عند أهل العلم فلم يرد عليها استثناء، وأنه لا يُستغنى عنها في الحكم على المستجدات الفقهية وخاصة في باب المعاملات المالية لتعدد صور المعاملة الواحدة واختلاف التكييف الفقهي للصورة عن الأخرى.

The rule of judging a matter is an integral part of its perception and its applications in contemporary banking transactions

Abstract

The rule of " Judging on a matter is an integral part of its general conceptual understanding " which has a great significance. The importance of this rule lies in its guidance to make jurisprudence about understanding the matter completely in order to come up with the closest Fatwa to the Islamic jurisprudence.

* باحث.

** أستاذ مشارك، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعة آل البيت.

It showed the clear meaning and understanding of the rule in addition to its principles، importance and application on the modern financial dealings.The main findings of this study show that the rule means that a judgment on any matter cannot be issued until having a thoughtful and thorough vision and a complete understanding as well that matches the matter precisely which is aligned with its nature and distinguishes it from other similar matters، through focusing on the cause and the result and other related subjects with the idea of effect and influence in mind. Therefore، matters should not be given judgement until having a full understanding and knowledge.

This study revealed that this rule has a unanimous consensus among experts and people of jurisprudence، and it does not include any exceptions، and also cannot be excluded when judging the jurisprudential concerns، especially in financial dealings when there are many versions of the same matter، thus yielding different jurisprudential views accordingly.

Key words: Justification, Interest, Modernity, Modernism,Indication of the text, Interpretation of texts, Justification of texts.

المقدمة:

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على الحبيب المصطفى محمد بن عبدالله ﷺ وعلى آله وأصحابه وأتباعه وبعد:

فإن للقواعد الأصولية دوراً كبيراً في تسهيل الدرب أمام الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية، وقد أولى الأصوليون هذا المجال اهتماماً كبيراً؛ خدمةً لدين الله الحنيف، ولا يخفى على أحدٍ أهميتها في الفقه الإسلامي، ومنها القاعدة الأصولية: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"، لذا سأتناول في دراستي هذه القاعدة لأبين المقصود منها، والأدلة الواردة عليها، وأقوال العلماء فيها، وبعض التطبيقات المعاصرة عليها في المعاملات المالية المعاصرة، رغبةً في تحليل هذه القاعدة تحليلاً دقيقاً،

وبيان أثر التصور في بناء الحكم الشرعي للمسائل، سائلاً المولى عز وجل التوفيق والسداد.

مشكلة الدراسة:

في ظل التجرؤ الحاصل على الأحكام الشرعية، وإصدار بعض الأحكام دون ردها إلى قواعد تضبطها، ومن هذه القواعد القاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"، وجاءت الدراسة للإجابة عن سؤالها الرئيس، وهو ما **التصور الشرعي لقاعدة الحكم على الشيء فرع عن تصوره**، ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة الفرعية الآتية:

1. ما المقصود بقاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"؟
2. ما الأدلة الشرعية عليها؟
3. ما حجيتها؟
4. ما هي التطبيقات المعاصرة في المعاملات المصرفية عليها؟

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى التأصيل لقاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"، وبيان أهميتها وبعض تطبيقاتها في المعاملات المالية المعاصرة بـ:

1. بيان مفهوم قاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره".
2. بيان الأدلة الشرعية عليها.
3. بيان حجيتها.
4. بيان أهم التطبيقات العملية في المعاملات المصرفية المعاصرة عليها.

أهمية الدراسة:

وتبرز أهمية الدراسة في النقاط الآتية:

1. إظهار أهمية القاعدة لأنها أداة من أدوات الفقهاء والأصوليين في فهم النصوص والأحكام الشرعية قديماً وحديثاً.
2. إثراء المكتبة الفقهية بدراسة متخصصة في قاعدة أصولية مهمة وهي قاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره".
3. تعد هذه الدراسة مهمة في مجال أصول الفقه وخصوصاً لمن يهتم بالقواعد الأصولية منها.

حدود الدراسة:

تنحصر دراستي في التأصيل الشرعي لقاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" وإعطاء بعض المسائل في المعاملات المصرفية المعاصرة كتطبيقات على هذه القاعدة.

الدراسات السابقة:

بحسب علمي وبعد البحث والتقصي الذي أجريته تبين لي أن الموضوع لم يفرد إلا بدراسة واحدة وهي:

- **بحث بعنوان "الحكم على الشيء فرع عن تصوره: الإمام ابن حزم أنموذجاً"(1)**،وقد قسم الباحث دراسته إلى مبحثين، تناول في المبحث الأول: تعريف القاعدة ونشأتها وأدلتها ومنهج الفقهاء والأصوليين في تأصيلها، وأما في الفصل الثاني فقد عرف بالإمام ابن حزم ومنهجه في الاستدلال، وقدم لبعض اختياراته الفقهية التي خالف فيها الجمهور في مسائل الحج تطبيقا على القاعدة.

وتلتقي الدراسة الحالية مع الدراسة السابقة في المطلب الأول والثالث من المبحث الأول.

وتفترق الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة بأن الدراسة السابقة تناولت القاعدة من حيث المعنى والتأصيل وقدمت اختيارات الإمام ابن حزم أنموذجا.

وتتميز الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة:

1. التوسع في مفهوم القاعدة.
2. تبيان مكانة القاعدة وأهميتها في ضبط الفتوى وعمل المفتي وإيجاد الحلول للنوازل.
3. تبيان القواعد ذات الصلة بالقاعدة.
4. تناولت أهم التطبيقات المعاصرة في المعاملات المصرفية المعاصرة على القاعدة.

منهج الدراسة:

ستتبع الدراسة المنهج الوصفي القائم على الاستقراء والتحليل:

1. الاستقراء: وذلك بتتبع النصوص الشرعية المتعلقة بالقاعدة.
2. التحليل: بتحليل النصوص المتعلقة بالقاعدة في القرآن الكريم والسنة النبوية وما ورد عن الصحابة.
3. الاستنباط: بالاستدلال من الأقوال والنصوص على الأحكام.
4. المقارنة: وذلك بتناول أقوال العلماء على اختلاف مذاهبهم في المسألة الواحدة وبيان أدلتهم مع مناقشتها وبيان الراجح منها.

هيكلة الدراسة:

وتتكون الدراسة من مقدمة ومبحثين وخاتمة، وكل مبحث يتضمن مطالب وفروع على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريف بقاعدة: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" وأدلتها وأهميتها

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة

الفرع الأول: التعريف بمفردات القاعدة

المسألة الأولى: معنى الحكم لغةً واصطلاحاً

المسألة الثانية: معنى الفرع لغةً واصطلاحاً

المسألة الثالثة: معنى التصور لغةً واصطلاحاً

المطلب الثاني: أدلة حجية القاعدة ومكانتها وأهميتها

الفرع الأول: أدلتها من القرآن الكريم

الفرع الثاني: أدلتها من السنة النبوية المطهرة

الفرع الثالث: مكانة القاعدة عند الأصوليين والفقهاء

المبحث الثاني: تطبيقات القاعدة في مسائل المعاملات المصرفية المعاصرة

المطلب الأول: التصور والحكم لبيع المرابحة للآمر بالشراء

المطلب الثاني: التصور وبناء الحكم الشرعي لإلزام المدين المماطل المليء بالتبرع للفقراء (شرط جزائي مقترح)

المطلب الثالث: التصور وحكم التورق المصرفي.

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" وأدلتها وأهميتها

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"

الفرع الأول: بيان معنى مُفردات القاعدة لغةً واصطلاحاً

المسألة الأولى: معنى "الحكم" لغةً واصطلاحاً

أولاً: معنى الحكم لغةً

ويأتي الحكم في اللغة بعدة معانٍ أهمها: القضاءُ والمنع، والفقه والعلم، وما يثبت جبراً.

يقول **الفارابي**: "الحُكْمُ: مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي **قضى**"[2]. فهو: "إسناد أمر إلى آخر إيجابًا أو سلبًا"[3] والحُكم: "ما يثبت جبراً، أو هو عبارةٌ عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمُه"[4]

والحُكْمُ: العِلْمُ وَالْفِقْهُ وَالْقَضَاءُ بِالْعَدْلِ[5]، ويأتي بمعنى: المنعُ، ومنه قول جرير:

أَبَني حَنيفةَ أَحْكِمُوا سفهاءَكم

إِنّي أخاف عليكم أن أغضبا [6].

ثانياً: الحكم اصطلاحاً

وقد عرف الفقهاء "الحكم" بعدة تعريفات:

فيعرفه الجرجاني: "عبارة عن حكم الله -تعالى- المتعلق بأفعال المكلفين"[7].

ونقل الطوفي في شرح مختصر الروضة: "هو قضاء الشارع على المعلوم بوصف شرعي"[8].

وعرفه الشوكاني بأنه: "الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"[9].

وكما يظهر لي، فجميع التعريفات السابقة تدور حول المعنى نفسه تقريباً، إلا أنه يؤخذ على تعريف الجرجاني إدراجه لفظ "الحكم" في تعريفه للحكم، وعلى تعريف الشيرازي وما نقله الطوفي عدم الدقة والبيان والتعريف المختار هو ما اختاره الشوكاني، ذلك لعدم تفويته للوضع وهو مبحث هام في استخلاص الأحكام الشرعية من النصوص، بكونها جاءت باللغة العربية، وكون اللفظ يوضع لمعناه الذي يدل عليه، فيكون هو المُراد منه، والله أعلم.

المسألة الثانية:"الفرع" لغةً واصطلاحاً

أولاً: معنى "الفرع" لغةً

ويأتي الفرع بعدة معانٍ منها: العلو، والقِسم، والبدء، وما يتفرع من غيره.

وفَرْعُ كلِّ شيءٍ: أعلاهُ، وفرع القومَ فَرْعاً وفُرُوعاً: عَلاهم بالشَّرَف أو بالجمال، وفرع بينَهم: حَجَزَ، وكَفَّ، وأصْلَحَ، وفَرَعَ الشيءَ: أي ابْتَدَأه، وتأتي بمعنى القِسْمُ[10].

وَقِيلَ: إنما الفَرْعُ الغُصْنُ، وتَفَرَّعَتْ أَغصانُ الشَّجَرَةِ أَي كَثُرَتْ[11].

ثانياً: "الفرع" اصطلاحاً

عرف الفقهاء الفرع بعدة تعريفات:

فعرفه **الآمدي** بأنه: "الحكم المتفرع على القياس"[12].

وعند **الطوفي** فالفرع هو "المحل الذي تعدى إليه الحكم بالوصف الجامع بينه وبين محل النص"[13].

ويعرفه **الزحيلي** بأنه: "المسألة أو القضية التي لم يثبت حكمها بنص، وإنما يؤخذ حكمها بقياس على الأصل المنصوص عليه"[14].

وكما يظهر لي فإن المعنى المقصود للفظ في القاعدة متفق وتعريفاتهم من جهة أن الفرع

قاصرٌ في بيانه على غيره، لكن تعريفات العلماء للفرع موجهة نحو المسائل التي تُقاس على غيرها، وليس هو المعنى المقصود في القاعدة، فأرى أن أقرب المعاني للفظ أن الفرع قسيم غيره متفرع عنه، وهو ما وضع لأجله اللفظ في القاعدة.

المسألة الثالثة: معنى التصور لغة واصطلاحاً

أولاً: التصور لغةً

وتأتي بمعنى التشكل والهيئة، ومنه "صور يصور، من ذلك الصورة صورة كل مخلوق، والجمع صور، وهي هيئة خلقته"[15].وتَشَكَّلَ: تَصَوَّرَ.وشَكَّلَهُ تَشْكيلاً: صَوَّرَهُ[16].

ثانياً: التصور اصطلاحاً

وقد عرف الفقهاء التصور بتعريفات عدة:

التصور كما عرفه الجراعي بأنه: إدراك معنى المفرد من غير تعرض لإثبات شيء له، ولا لنفيه عنه، كإدراك معنى اللذة، والألم، ومعنى المرارة، ومعنى الحلاوة[17].

ويعرفه **الكوراني وبنحوه يقول الغزالي** بأنه: "هو إدراك ماهية الشيء من غير حكم عليها بإثبات أو نفي: كإدراك حقيقة الإنسان، وهي كونه حيواناً ناطقاً من غير حكم عليها بشيء"[18].

ومن المعاصرين يعرفه **الزبيدي** بأنه: "حصول صورةٍ لشيءٍ في العقل، وإدراك ماهيته من غير أن يُحْكَم عليها بنفيٍ أو إثبات"[19].

ونجد عند الأصوليين والفقهاء استخداماً آخر للتصور بمعنى الإمكان والحصول، يقول المرداوي نقلا عن الآمدي، وغيره: "بأنه لو صح التكليف بالمستحيل لكان مطلوب الحصول، لأنه معناه، وهو محال، لعدم تصور وقوعه، لأنه يلزم تصور الشيء على خلاف ماهيته، واستدعاء حصوله فرع تصور وقوعه. فإن قيل: لو لم يتصور لم يحكم بكونه محالاً، لأن الحكم بصفة الشيء فرع تصوره"[20].

وسُئِلَ أبو الليث -رحمه الله- ذكر في فتاويه أن الكفار لو تترّسوا بنبيّ من الأنبياء، هل يرمى؟ فقال يسأل ذلك النبي، ولا يتصور ذلك بعد رسولنا ﷺ[21].

وبحسب علمي فإن التصور بمعنى "بالإمكان والحصول" استخدام شائع للفظ عند الفقهاء والأصوليين، وليس هو المعنى المقصود في القاعدة والتعريف المختار ما قاله به الكوراني والغزالي لتمامه وسهولة ألفاظه وبيانه التام للمعنى المُراد، والله أعلم.

الفرع الثاني: المعنى الإجمالي للقاعدة

ومعناها كما عرفها الناظم في معلمة زايد: "أن إثبات شيء لشيء أو نفيه عنه، مبنيٌّ على إدراك صورة الشيء ومعرفة حقيقته، ولا يمكن أن نثبت شيئاً لشيء أو ننفيه عنه، دون أن نتعقَّلَه، ونعرف شكله وحقيقته، وهذا الأمر، أي التصور يشمل ما يثبت أو يسند إلى الشيء أو ينفى عنه، ويشمل الشيء نفسه، أي المحكوم عليه الذي تثبت له الصفة أو تنفى عنه"[22].

يقول **الكوراني**: "ولما كان الحكم على الشيء فرع تصور ماهيته، بأنه "حمل معلوم على معلوم في علة حكمه عند الحامل"[23]، فقوله معلوم على معلوم، أراد به أن يكون الأمر معلوماً

علما صحيحاً كما هو الحكم معلوماً علماً صحيحاً.

يقول ابن القيم في النونية[24]:

إن البدار برد شيء لم تحط ... علما به سبب إلى الحرمان

ويقول المتنبي: وكم من عائب قولاً صحيحاً ... وآفتهُ من الفهم السقيم

ويمكن توضيح مفهوم القاعدة كما أرى: أنه لا يُصدر حكمٌ على أيّ مسألة قبل النظر الكافي فيها وإدراكها إدراكاً صحيحاً سليماً موافقاً لحقيقتها مُميزاً إياها عن شبيهاتها، متمعناً في الحال والمآل، وما يؤثر في المسألة، وما يتأثر فيها، فلا تعطى الأشياء والأفعال أحكاماً إلا بعد الإحاطة بها علما ودراية كافيين فيها.

الفرع الثالث: ضوابط إعمال القاعدة

القاعدة على العموم ضابطة لأمر الفتوى، وحتى تقوم بدورها لا بد لها من ضوابط وشروط للإعمال كخطوات لازمة للعمل بها؛ حتى يُستفاد منها، ومنها:

أولاً: أن يكون المحكوم عليه معلوماً، يقول الجيزاوي: "والمحكوم عليه لا بد أن يكون معلومًا؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره"[25]، وأقصد هنا تعيين الأمر الذي يُراد الحكم عليه، ومن المعلوم أن الإفتاء يدخل فيه الاجتهاد بالتنزيل للأحكام حسب الصور وحسب المُكلف فلا بُد من تعيينهما.

ثانياً: مطابقة التصور للواقع: إذ "كلُّ من يحْكُم على شيءٍ فإنما يحْكُم عليه بناءً على الصورة الحاصلة في ذهنه، فلا بُدَّ من مطابقة صورة الشيء الحاصلة في الذهن مع صورته في الخارج"[26]، فالتصور التام للواقعة من مستلزمات تحقيق المناط[27]، إذ قد يؤتى بالمسألة على الفقيه مع بيان صورة لها لا توافق الواقع، لذا وجب على السائل دقة النقل وتوضيح الصورة، وعلى الفقيه التحري للوصول إلى الصورة الموافقة للواقع حتى يحكم بمقتضاها، فالتصور قابلٌ للشدة والضعف ويقوى بمطابقته للواقع، فيجوز أن تكون الماهية التي يطلب تصورها مشعورا بها من جهة عارض من عوارضها، والمطلوب تصورها على وجه يتعين مفهومها، بحيث يمتاز عن غيرها ويدرك الأمر كما هو حقيقةً[28].

ثالثاً: أن يكون الحكم في دائرة الممكن، فغيره مستحيل التصور، نقل **ابن نجيم عن الليث** -رحمه الله- أنه سُئِل: "أن الكفار لو تترّسوا بنبي من الأنبياء، هل يرمى؟ فقال يسأل ذلك النبي، ولا يتصور ذلك بعد رسولنا ﷺ "[29]؛ وذلك لأن الخوض في المستحيل نوع من المِراء وضرب من الخيال لا قدرة عليه، ولا خروج منه، وليس المقصود ترك التفكر والتدبر وإعمال العقل، وإنما النأي به عن جهد لا جدوى منه ولا فائدة له ولا نتيجة ترجى.

المطلب الثاني: أدلة حجية القاعدة ومكانتها

وهذه القاعدة من المسلمات العقلية المنطقية فدليلها العقل والمنطق، وكلاهما لا يتنافيان مع الشرع إذ جاء مخاطباً للعقول، وفي الحديث عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: "الكلمة الحكمة ضالة المؤمن، حيثما وجدها فهو أحق بها"[30]، لذا وجد الأصوليون والفقهاء لها أصلاً في شرعنا الحنيف، ومن أدلتها:

الفرع الأول: أدلة حجية القاعدة من القرآن الكريم

1. ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُواْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاء وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لاَ تَعْلَمُونَ﴾[سورة البقرة:30]، فَتَعَجَّب الملائكة من جعل آدم عليه السلام خليفة في الأرض، وبين الله سبحانه وتعالى أنه يحيط بالعلم كله، فيعلم ما لو علموه لما تعجبوا[31]، فلو كان للملائكة إحاطة وتصور للأمر على حقيقته لما اعتراهم التعجب.
2. ﴿إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾[سورة النساء: الآية 58]، يقول البيضاوي في أنوار التنزيل: الخطاب يعم المكلفين، والعدل: السوية والإنصاف[32]، فالسوية والإنصاف في الحكم أمر رباني لكل من يولى أمراً، ولا شك أن أمر الفتوى من الأمور العظيمة التي يشملها هذا الخطاب القرآني، إذ لا بد من توخي الأسباب والطرق السليمة للفتوى حتى يُخرجَ الحكمُ العادل وفق ما أراد الله -سبحانه وتعالى-.
3. قوله تَعَالَى:﴿ قُلْ آلذَّكَرَيْنِ حَرَّمَ أَمِ الأُنثَيَيْنِ أَمَّا اشْتَمَلَتْ عَلَيْهِ أَرْحَامُ الأُنثَيَيْنِ نَبِّؤُونِي بِعِلْمٍ إِن كُنتُمْ صَادِقِينَ﴾[سورة الأنعام: الآية 143]، ووجه الدلالة: في قوله تعالى : "نَبِّؤُونِي بِعِلْمٍ " قال الطبري في جامع البيان: " يقول: قل لهم: خبروني بعلم ذلك على صحته: أيَّ ذلك حرم ربكم عليكم، وكيف حرم؟ (إن كنتم صادقين) ، فيما تنحلونه ربكم من دعواكم، وتضيفونه إليه من تحريمكم"[33]، فالنبأ الصادق ما خرج عن علم مُدرك صحيح، وهو أمر رباني من الله سبحانه وتعالى.
4. ﴿وَلاَ تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَـذَا حَلاَلٌ وَهَـذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُواْ عَلَى اللّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللّهِ الْكَذِبَ لاَ يُفْلِحُون﴾[سورة النحل: الآية116].
5. ووجه الدلالة في الآية: أنها تنهى عن إصدار الفتوى بغير علم مُتثبت؛ فإن الفتوى بدون تصور كامل قد تُفضي إلى الكذب على الله؛ لأنها إعلام بأمر الله ومُراده، يروي ابن أبي حاتم في تفسير القرآن العظيم عَنِ أَبِي نضرة قَالَ: "قرأت هذه الآية في سُورَة النحل ﴿وَلاَ تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَـذَا حَلاَلٌ وَهَـذَا حَرَامٌ﴾إلى آخر الآية، فلم أزل أخاف الفُتيا إِلَى يومي هَذَا"[34]، يقول السمرقندي في تفسيره بحر العلوم: "في الآية تنبيه للقضاة والمفتين كي لا يقولوا قولاً بغير حجة وبيان"[35].
6. ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولـئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْؤُولا﴾[سورة الإسراء: الآية 36]. وللمفسرين في الآية كما نقل ابن الجوزي في زاد المسير أربعة أقوال: "أحدها: لا ترمِ أحداً بما ليس لك به علم، رواه العوفي عن ابن عباس. والثاني: لا تقل: رأيتُ، ولم تَرَ، ولا

سمعتُ، ولم تَسمع. رواه عثمان بن عطاء عن أبيه عن ابن عباس، وبه قال قتادة. والثالث: لا تُشرك بالله شيئاً، رواه عطاء أيضاً عن ابن عباس. والرابع:لا تشهد بالزور، قاله محمد بن الحنفية"[36]. قال الزمخشري في الكشاف: "والمراد النهي عن أن يقول الرجل ما لا يعلم، وأن يعمل بما لا يعلم"[37]، والأمر الذي لم يتصور على حقيقته فالعلم به ناقص، وقد يفضي للقول بغير علم والشهادة على غير الحق، وفي الآية نهي صريح عن الوقوع في هذا الأمر المحظور.

7. ﴿وَكَيْفَ تَصْبِرُ عَلَى مَا لَمْ تُحِطْ بِهِ خُبْرًا﴾[سورة الكهف: الآية 68]. أي كيف تصبر على أمر لم تعلمه ظاهراً وباطناً[38] والإحاطة بالأمر ظاهراً وباطناً لا تحصل إلا باكتمال التصور للأمر كله، ووجه الدلالة: أن الإحاطة بالعلم بإدراكه سبب للطمأنينة والرضى بالحكم، فكان فيه إشارة لتحصيله حتى لا يحصل الجزع والاعتراض بما يُجهل.

8. ﴿وَلاَ يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ﴾[سورة فاطر: الآية 14]. قال البقاعي: "أي بالغ الخبر، فلا يمكن الطعن في شيء مما أخبر به، وأما غيره فلا يخبر خبراً إلا يوجه إليه نقص"[39]، ووجه الدلالة: خطاب الآية بعلو العلم ممن خَبُرَ به فأدركه، ويحصل ممن تصور الأمر تصوراً صحيحاً فيكون أهلاً للخبر المُصَدَّق لقوة علمه في الأمر.

9. ﴿يَقُولُونَ لَئِن رَّجَعْنَا إِلَى الْمَدِينَةِ لَيُخْرِجَنَّ الأَعَزُّ مِنْهَا الأَذَلَّ وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لاَ يَعْلَمُونَ﴾[سورة المنافقون: الآية 8]. قال الكوراني: "ليسوا من ذوي العلم ليدركوا هذا الأمر الجلي"[40]. ونحوها آيات كثيرة في القرآن الكريم تصف الكافرين والمنافقين بما هم أهل له من الجهالة وعدم الفهم، ووجه الدلالة منها كالمأخوذ من الآية السابقة.

الفرع الثاني: من السنة النبوية المطهرة

1. قوله ﷺ: (لاَ يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ)[41]، قال المهلب كما نقل ابن حجر :"سبب هذا النهي أن الحكم حالة الغضب قد يتجاوز بالحاكم إلى غير الحق فمنع، وبذلك قال فقهاء الأمصار وقال بن دقيق العيد: فيه النهي عن الحكم حالة الغضب؛ لما يحصل بسببه من التغير الذي يختل به النظر، فلا يحصل استيفاء الحكم على الوجه قال وعداه الفقهاء بهذا المعنى إلى كل ما يحصل به تغير الفكر كالجوع والعطش المفرطين وغلبة النعاس وسائر ما يتعلق به القلب تعلقا يشغله عن استيفاء النظر"[42] يقول ابن بطال: "ولا يقضى ناعسًا ولا مغمومًا"[43] ونقل رحمه الله فرع شرحه عن الشعبي: "وأى حال جاءت عليه مما يعلم أنها تغير عقله أو فهمه امتنع من القضاء فيها"[44]، والذي نعلمه أن الغضب وما قاس الفقهاء عليه من الأحوال السابق ذكرها، أحوال تعتري الإنسان فتؤثر في قدرته على

إدراك الأمور على حقيقتها، وربما تدفع صاحبها لإصدار حكم دون تروٍ ونظر كافيين في المسألة، يقول القسطلاني: "واقتصر على ذكر الغضب لاستيلائه على النفس وصعوبة مقاومته"[45]، يقول ابن قيم في إعلام الموقعين : "والغضب نوع من الغلق والإغلاق الذي يغلق على صاحبه باب حسن التصور والقصد"[46]، يقول البهوتي في الكشاف: "يخرج القاضي على أعدل أحواله غير غضبان ولا جائع ولا شبعان ولا حاقن ولا مهموم بأمر يشغله عن الفهم، كالعطش والفرح الشديدين والحزن الكثير والهم العظيم والوجع المؤلم والنعاس الذي يغمر القلب، ليكون أجمع لقلبه وأبلغ في تيقظه للصواب"[47].

2. حدثنا قتيبة بن سعيد، وعلي بن حجر، قالا: حدثنا إسماعيل وهو ابن جعفر، عن العلاء، عن أبيه، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ، قال: (أتدرون ما المفلس؟) قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، فقال: (إن المفلس من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاة، وصيام، وزكاة، ويأتي قد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا، فيعطى هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فنيت حسناته قبل أن يقضى ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طرح في النار)(48)، ووجه الدلالة: أن كل الصحابة -رضوان الله عليهم- نظروا للأمر من تصورهم الخاص بينما كان لدى النبي ﷺ نَظَر آخر لما يتفوق به ﷺ عليهم من علم رباني، فقد تختلف الحقائق لدى الأشخاص باختلاف نظرهم في الأمر.

3. عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: (ليس الخبر كالمعاينة، إن الله خبر موسى بما صنع قومه في العجل، فلم يلق الألواح، فلما عاين ما صنعوا ألقى الألواح) رواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم[49]. سيدنا موسى لم يلقِ الألواح لما سمع ما كان من قومه، لكنه عليه السلام عندما بَصُر الأمر وعاينه بنفسه تغير حاله لاختلاف الأمر عنده عليه السلام فألقى الألواح غضباً لله، لأن قومه ليسوا أهلا لها فإنها تنفع أهل الإيمان دون غيرهم[50]، ونرى أن رؤية سيدنا موسى عليه السلام غيرت ردود أفعاله مع الأمر ما دل على أن التصور الكامل للأمر يُبدي للشخص ما لا يُبدى له بدونه.

الفرع الثالث: مكانة القاعدة عند الأصوليين والفقهاء

المسألة الأولى: أقوال العلماء في القاعدة

ولعظم مكانة القاعدة عند العلماء فقد أدرجها ابن زروق في أول القواعد، فيقول: "الكلام في الشيء فرع تصور ماهيته وفائدته بشعور ذهني مكتسب أو بديهي ليُرجع إليه في أفراد ما وقع عليه رداً ومقبولاً، وتأصيلاً وتفصيلاً. فلزم تقديم ذلك على الخوض فيه، إعلاماً به، وتحضيضاً عليه، وإيماءً لمادته "[51]

والثابت من مكانة هذه القاعدة الأصولية المنهجية أنها محل إجماع عند الأصوليين

والفقهاء وعند أهل العلم في شتى المجالات، فلا يوجد عليها استثناءات تذكر، إذ لا يُعقل الخروج بنتائجٍ سليمة إلا إذا سلمت المُدخلات التي لا تكتمل إلا باكتمال التصور للمسألة قبل الحكم عليها، وعليه فنجد أن فقهاء المذاهب قد أعملوها جميعاً ومنهم من نص عليها، ومن منهجية العلماء تصور المسائل قبل الحكم عليها، فنرى هذه المنهجية لم تفارقهم في التدوين والتأليف فيبدءون بالتعريف والوصف قبل الخوض في أي مسألة دونوا فيها.

فعند الحنفية يقول ابن الموقت "الحكم على الشيء بدون تصوره محال"[52]، وقال بها ابن الهمام في فتح القدير(53)، والحموي في غمز العيون[54]، ونص عليها من متأخري الحنفية ابن عابدين رحمه الله[55].

وفي مذهب المالكية فذكرها الإمام القرافي رحمه الله إذ يقول بضرورة إعمالها للتوصل إلى الحكم الصحيح في المسائل إذ أنه يعتد على التصور، فيقول في شرح تنقيح الفصول: "يجوز التعليل بالأوصاف العرفية كالشرف والخسة، بشرط اطرادها وتميزها عن غيرها. أما الجواز: فإن الشرف يناسب التكريم والتعظيم وتحريم الإهانة ووجوب الحفظ، والخسة: تناسب ضد هذه الأحكام من تحريم التعظيم وإباحة الإهانة، فهذا وجه جواز التعليل بها، وأما اشتراط اطرادها فإن ذلك الحكم إذا لم يوجد في جميع صور ذلك الوصف ويوجد الحكم بدونه ومعه فهو عدم التأثير، وهو يدل على عدم اعتبار ذلك الوصف، وأما التمييز فلأن التعليل بالشيء فرع تمييزه عن غيره، لأن الحكم يعتمد التصور"[56].

و ذكرها الزرقاني إذ قال باستحالة الحكم على شيء قبل تصوره[57]، وذكرها العدوي في الحاشية[58]، وقال بها الشوشاوي فيقول في كتابه رفع النقاب: "والحكم فرع التصور"[59].

أما عند السادة الشافعية: فيقول الإسنوي في نهاية السول: "ولا بد للأصولي من تصور الأحكام الشرعية ليتمكن من إثباتها، ونفيها"[60] ويقول أيضاً: "الحكم بالإثبات والنفي موقوف على التصور"[61]، وكذا السبكي في الإبهاج فيقول: "ولا بد للأصولي من تصور الأحكام الشرعية ليتمكن من إثباتها ونفيها"[62]، واستدل بها رحمه الله راداً على القائلين بامتناع التكليف بالمحال لامتناع تصوره، انطلاقاً من تعليل الأحكام الشرعية بقوله: "إن كان غير متصور كما ذكرتم فيمتنع منكم الحكم عليه لأن الحكم على الشيء فرع تصوره فلم حكمتم عليه بالاستحالة" [63]، ويقول الإمام الزركشي -رحمه الله-:"والمعاني المفردة معلومة في الذهن قبل وضع اللفظ، وفائدة وضع اللفظ تصورها عند التلفظ لتوقف فهم النسبة التركيبية عليه، فإذن الفائدة الحاصلة من الألفاظ المفردة تصور معانيها وشعور الذهن بها لا معرفة معانيها، فلا يلزم الدور، وتصور النسبة موجود في الذهن قبل وجود اللفظ"[64].

ويقول الأصفهاني: "أما استمداد الأصول من الأحكام فمن جهة التصور; لأن قصد الأصولي يتوجه إلى معرفة كيفية استنباط الأحكام من الأدلة، ولا شك أن معرفة كيفية استنباط

الأحكام تتوقف على تصور الأحكام. ولأن الأحكام إما محمولات المسائل، كقولنا: مقتضى الأمر: الوجوب، ومقتضى النهي: التحريم، أو متعلقاتها، كقولنا: العام إذا خصص يكون حجة في الباقي فلا بد من تصورها ليمكن إثباتها أو نفيها"[65].

ونص عليها العطار في حاشيته فيقول: "الحد لإفادة التصور والحكم على الشيء فرع تصوره"[66].

أما عند الحنابلة فذكرها المرداوي في التحبير[67]، ويقول ابن القيم في إعلام الموقعين: " ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما.

والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان قوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر؛ فمن بذل جهده واستفرغ وُسعَهُ في ذلك لم يعدم أجرين أو أجراً؛ فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله ... ومن تأمل الشريعة وقضايا الصحابة وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله -ﷺ-"[68]، ونراه رحمه الله قد أطر لها ووضع منهجاً قويماً للفتوى لا يُتخلى به عن القاعدة البتة بكونها نافذة التثبت والنظر وفهم المسألة.

المسألة الثانية: أهمية القاعدة

وتبرز أهمية القاعدة في جوانب عدة أهمها:

1. التصور هو الوسيلة الأولى للوضع[69]، بإطلاق اللفظ على معاني الأشياء، ومنه فالتصور أول وسائل فهم معاني الكلام، إذ إن الوضع نابعٌ عن التصور، قاله القرافي، والزركشي[70]، إذ يقول القرافي: "الوضع فرع من التصور: فإذا استحضر الواضع صورة الأسد ليضع لها فتلك الصورة الكائنة في ذهنه هي جزئية بالنسبة إلى مطلق صورة الأسد، فإن هذه الصورة واقعة في نفس الواضع وفي هذا الزمان، ومثلها يقع في زمان آخر وفي ذهن شخص آخر، والجميع مشترك في مطلق صورة الأسد، وهي من حيث عمومها وخصوصها تنطبق على كل أسد في العالم، بسبب أنا إنما أخذنا ما في الذهن مجردة عن جميع الخصوصيات فتنطبق على الجميع[71].
2. التصور وسيلة التعرف على حقيقة الأشياء المعتبرة في المسائل، فقد تتعارض للأمر أكثر من حقيقة، إذ قد يكون له حقيقة لُغوية، وأخرى عُرفية، وثالثةٌ شرعية[72]، وبالتصور للنصوص المُحصَّلةُ يتبين للدارس أي الحقائق المُرادة بالنص، ليُبنى عليها الفتوى والحكم الشرعي، وللعلماء في هذا الشأن بيان عظيم في أي الحقائق أولى بالتقديم.
3. التصور قبل الحكم وسيلة الفقيه لتحصيل الفتوى الأقرب للحقيقة، ذلك أنه ينظر في المسألة في شتى جوانبها فيتضح له ما لا يتضح بدون التصور الكامل فيها،

وعندها يكون له من الأدوات ما لا يجمع له بدون التصور الكامل، فيقول فتوىً أقرب لمُراد الله سبحانه وتعالى، وأصلح للحال.

4. التصور الكامل في المسائل يصون المُفتي عن الخطأ في الفتوى، وبالنظر للفتاوى الشاذة نجد أن أغلبها خرجت عن قصور في تصور المسألة، وحكم عليها من زاوية واحدة لم تكتمل فيها عُدة المفتي، فأفتى بغير الحق وكان اجتهاده في غير موضعه، ولو أن الموضوع عن الفتاوى الشاذة لأدرجت من الأمثلة الكثير، إلا أنه لم يختص بتتبع عثرات العلماء عفى الله عنا وعنهم، ووفقنا جميعاً لخدمة الإسلام والمسلمين، يقول الثعالبي: "وأكثر أغلاط الفتاوى من التصور"[73]، فالفتوى إن بنيت على غير أسس تحصيلها السليمة كان قربها للخطأ أكثر منه للصواب، قال إياس بن معاوية "إن الشيء إذا بني على عوج لم يكد يعتدل قال مالك: يريد بذلك المفتي الذي يتكلم على غير أصل يبني عليه كلامه"[74]، فسوء التصور للمسألة يوقع في الخطأ فيها، والتصور الكافي يقربنا من جانب الصواب فيها.

5. التصور ينوء بالمفتي والقاضي عن الوقوع بالإثم إذ إنه اجتهاده في المسألة، فإن تصور وأخطأ فله أجر، وإن تصور فأصاب الحقيقة فله أجران، يقول ﷺ: "إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر"[75]، ويقول ﷺ: "القضاة ثلاثة، اثنان في النار، وواحد في الجنة، رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار"[76].

6. التصور قبل الحكم هو وسيلة العالم للتقبيح والاستحسان في ما لا نص فيه، إذ إن الأدلة العقلية كلها قاصرة على إعمال العقل بالتصور للأمر، فيعرف حَسَنَه وقبيحه، فيلحق أمراً للطيبات وآخر للخبائث على ما يرى عبر تصوره من آثار ونتائج.

7. تدخل القاعدة في روافد علم أصول الفقه، إذ إنه مستمد من القرآن والسنة واللغة كوسيلة لفهم نصوص الشريعة، والأحكام الشرعية من حيث تصورها[77]، يقول الجرجاني: "استمداد الأصول من الأحكام إنما هو من تصورها"[78].

8. التصور وسيلة المُفتي للنظر في المستجدات والنوازل المختلفة والحكم عليها، إذ إن التصور للمستجدات وسيلة لمعرفة حقيقتها وتكييفها الفقهي ومنه يطلق عليها حكماً تكليفياً مناسباً، وهذا ما لا غنى عنه في كل زمان لكثرة المستجدات وضرورة الحكم عليها.

9. المبحث الثاني: تطبيقات القاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" في مسائل المعاملات المصرفية المعاصرة

المطلب الأول: التصوروالحكم لبيع المرابحة للآمر بالشراء

الفرع الأول: عناصر التصور للمسألة

المقصود ببيع المرابحة للآمر بالشراء

بيع المرابحة: "هو البيع بزيادة على الثمن الأول"[79]، وهو من البيوع القديمة التي أقرها الإسلام واتفق الأئمة على صحتها[80]، إلا أنه ظهر في الزمن المعاصر في المصارف الإسلامية والمؤسسات الربحية، وعلى الرغم من وجود أصل لهذا البيع عند المتقدمين، إلا أنها كانت مدار بحث عند العلماء، إذ دخل في المعاملة ثلاثة أطراف ليدعى بالمرابحة المُركبة تفريقاً لهذه المعاملة عن بيع المرابحة البسيط الذي نقلنا جوازه.

ويدعى عند العلماء أيضاً ببيع المرابحة للآمر بالشراء، بيع المرابحة للواعد بالشراء، والاسم الأخير هو الأدل على حقيقة هذا البيع[81]، والثاني هو المشهور عند المعاصرين، وأول من أطلق عليه هذا المُسمى الدكتور سامي حمود[82]، ويُعَرَّف بأنه: "أن يتقدم العميل إلى المصرف طالباً شراء سلعة معينة بمواصفات محددة، فيوعد بشرائها، ويقوم المصرف بدوره بالحصول عليها، ثم يشتريها منه العميل بربح معلوم"[83].

ويعرفه الدكتور رفيق المصري: "أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف، لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقداً، أو لأن البائع لا يبيعها له إلى أجل، فيشتريها المصرف بثمن نقدي ويبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى"[84].

ويؤخذ على تعريف الدكتور رفيق المصري تحديده أسباب التقدم لهذا البيع داخل التعريف واقتصر على سببين رغم وجود أسباب غيرها، فقد يمتلك مالاً كافياً لشراء السلعة المتقدم لشرائها عبر المَصرف لكنه قد خصصه قريباً لغايات أخرى، والمُختار ما جاء به العبادي لدقته وتعبيره الدقيق عن المُراد، والله أعلم.

الفرع الثاني:حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء

وللحكم على هذا البيع لا بد من إدارك صورته بالتفصيل إذ إنه يختلف عن المُرابحة البسيطة بدخول طرف ثالث وهو المصرف، ودخول الوعد من العميل للمصرف بشراء السلعة المتفق عليها، والوعد من المصرف بالبيع للعميل بربح معين، وترجع أقوال العلماء بناءً على التصور العام لهذا البيع، وما تبناه كل فريق من أقوال المتقدمين، إذ إن لهم أقوالهم فيه، وليس كما زعم بعض المعاصرين بأن هذا البيع مستجد ويفتقر لأقوال المتقدمين[85] التي كانت على النحو التالي:

عند الحنفية: يقول محمد بن الحسن: "أرأيت رجلاً أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر بألف درهم ومائة درهم فأراد المأمور شرى الدار ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يأخذها فتبقى الدار في يد المأمور كيف الحيلة في ذلك؟ قال يشترى المأمور فيقول له قد أخذت منك هذه الدار بألف درهم ومائة درهم فيقول له المأمور هي لك بذلك فيكون ذلك للآمر لازماً ويكون استيجاباً من المأمور للمشتري"[86]، ويقول أيضاً: "رجل أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه

إن فعل اشتراها الآمر منه بألف ومائة، فخاف المأمور إن اشتراها أن يبدو للآمر في شرائها؟ قال يشتري الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيها ويقبضها ثم يأتيه الآمر فيقول له قد أخذتها منك بألف ومائة فيقول المأمور هي لك بذلك"[87]

وعند المالكية: وردت الكراهة عن الإمام مالك، إذ إنه "بلغه أن رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه، ونهى عنه"[88]

وروى الصاوي التحريم فيقول: "واستثني من الجواز قوله: إلا أن يقول الطالب: اشترها بعشرة نقدا وأنا آخذها منك باثني عشر لأجل فيمنع لما فيه من تهمة سلف جر نفعا"[89].

وروى ابن رشد القرطبي التحريم في هذا البيع فيقول في المقدمات :"وأما أن يقول: اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدا وأنا أبتاعها منك باثني عشر إلى أجل، فذلك حرام لا يحل ولا يجوز؛ لأنه أجل ازداد في سلعة، فإن وقع ذلك لزمت السلعة للآمر، لأن الشراء كان له وإنما أسلفه المأمور ثمنها ليأخذ به منه أكثر منه إلى أجل: فيعطيه العشرة معجلة ويطرح عنه ما أربى، ويكون له جعل مثله بالغا ما بلغ في قول، والأقل من جعل مثله أو الدينارين اللذين أربى له بهما في قول. وفي قول سعيد بن المسيب لا أجرة له بحال لأن ذلك تتميم للربا" ويروي عدم الجواز والخلاف فيه إذا وقع، فعن سحنون عن ابن القاسم وحكاه عن مالك: "أن الآمر يلزمه الشراء باثني عشر إلى أجل، لأن المشتري كان ضامنا لها لو تلفت في يديه قبل أن يشتريها منه الآمر، ولو أراد أن لا يأخذها بعد اشتراء المأمور، كان ذلك له، واستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الآمر إلا ما نقد في ثمنها"[90].

وعند الشافعية: قال الإمام الشافعي بالجواز في الأم، إذ يقول: "وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشتراها الرجل فالشراء جائز والذي قال أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعا، وإن شاء تركه وهكذا إن قال اشتر لي متاعا ووصفه له أو متاعا أي متاع شئت وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال أبتاعه وأشتريه منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدداه جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع والثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا "[91].

وعند الحنابلة: يروى الجواز عن ابن قيم في الإعلام، إذ يقول: " رجل قال لغيره: " اشتر هذه الدار - أو هذه السلعة من فلان - بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا " فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريدها، ولا يتمكن من الرد، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر: قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه، وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار، فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار فالحيلة أن يشترط له خيارا أو نقص من مدة

الخيار التي اشترطها هو على البائع؛ ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه"[92].

واختلف المعاصرون في حكم هذا البيع، بناءً على الوعد إذ له صورتان[93]:

الصورة الأولى: أن تتم المعاملة بمواعدة شراء غير ملزمة، فيذهب العميل للمصرف ويحصل بينهما تواعد من العميل بالشراء ومن المصرف البيع، وهذا الوعد لا يعدّ اتفاقاً وغير ملزم للطرفين.

الصورة الثانية: المعاملة بمواعدة ملزمة بالاتفاق بين الطرفين، فيطلب العميل من المصرف شراء سلعة معينةٍ بالوصف ويتفقان بالتزام المصرف بشراء السلعة، والتزام العميل بشرائها منه بثمن مؤجل مع ربح مقدر.

وعبر تصور المعاملة فقد بنى العلماء المعاصرون حكم كل صورة على حده، واختلفوا في حكم الصورة الأولى على قولين:

القول الأول: الجواز، وعليه مذهب الحنفية[94]، والشافعية[95]، والحنابلة[96]، وقد بُني القول بالحِل بناءً على صورة البيع وما قرره الجمهور مستندين إلى أدلتهم المُجيزة للبيوع إن خلت من الربا، وقال به أغلب المعاصرين منهم الشيخ نوح القضاة -رحمه الله- وهو ما أخذ به الإفتاء الأردني[97] وأقره مجمع الفقه الإسلامي[98]، ويمكن إلحاق القائلين بالتحريم إذا دخل عليه الوعد المُلزم مع القائلين بهذا القول لخلوه من علة التحريم عندهم؛ لأنه خالٍ من الوعد المُلزم الذي حرموا المعاملة إذا دخل عليها، فالحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

القول الثاني: التحريم، وعليه مذهب المالكية لأنه حيلة للربا ودفع للكثير على القليل[99]، وبه قال عدد من المعاصرين.

القول الثالث: الكراهة، ورواها الباجي عن الإمام مالك، إذ "بلغه أن رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه، ونهى عنه"[100].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور بالجواز لعموم الأدلة المحللة للبيوع، وحاجة الناس لهذا البيع، وخُلوه من حيلة الربا، لأن الربح أمر أجازه الشرع في البيوع، والقاعدة الشرعية تقول: "إذا توسطت السلعة فلا ربا"، والله أعلم.

حكم الصورة الثانية: وتختلف عن الأولى بالوعد الملزم، وهو محل خلاف بين الفقهاء على النحو التالي:

القول الأول: إن هذا الوعد ملزم ديانة وغير ملزم قضاء، فيستحب الأداء ويكره عدمه، وقال به الجمهور، فعند الحنفية يقول ابن عابدين "لا يلزمه الوفاء بوعده شرعا وإن وفى فيها ونعمت"[101]، وعليه مذهب المالكية فيقول الرعيني: " لا يلزم الوفاء به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق" [102]، وعليه الشافعية[103]، والحنابلة[104]، ورجحه من المعاصرين الدكتور محمد العاني[105].

القول الثاني: بأن الوعد ملزم وقال به ابن حزم ونقله أيضاً عن الإمام مالك وعن ابن شبرمه[106]، وهو مروي عن أصبغ من المالكية إذ قال بأن الوعد ملزم وإن لم يدخل بشيء

منه[107]، ورجحه من المعاصرين د. عبدالله منيع[108]، وهارون جيلي[109].

القول الثالث: قالوا بأن الوعد ملزم إذا كان على سبب قد دُخِل في شيء منه، وهو قول منسوب للمالكية[110]، ورجحه من المعاصرين الدكتور ابراهيم الدبو[111]، فمثلاً إذا قطع أحدهم لتاجر وعداً بالشراء من سلعة معينة إن وفرها له تحديداً، لا يجوز له التخلف في وعده لأن التاجر قد دخل في الأمر بتوفير السلعة المطلوبة، ويلزمه إتمام الأمر بشرائها.

والذي أميل إليه هو القول الثالث، إذ إن فيه حفظ للوعد ديانة، وراعى الواعد في الرجوع عن الوعد قبل شروع الموعود في الدخول في الأمر، كما راعى حق الموعود إذ قد يترتب على هذا الوعد بعد الدخول في أمره خسارة كبيرة إذا وقع الإخلاف في الوعد، لذا وجب حفظ الوعد إذا دخل بشيء منه، والله أعلم.

وعلى ما سبق من أقوال العلماء في هذا البيع، وما روي عنهم في الوعد ومدى إلزامه، ووفق الصورة التي عليها البيع، بُني الحكم في صورة المعاملة إذا كان الوعد ملزماً على قولين:

القول الأول: الجواز، وقال به أغلب المعاصرين، كالدكتور الصديق الضرير[112]، والدكتور يوسف القرضاوي[113]، والدكتور سامي حمود[114].

القول الثاني: قالوا بالتحريم إذا كان الوعد ملزماً، ومنهم الدكتور بكر أبو زيد[115]، والدكتور رفيق المصري[116]، والشيخ بخيت محمد المطيعي والشيخ سعدالدين الكبي[117] والدكتور سعد بن تركي الخثلان[118].

وبعد التصور لحقيقة هذا البيع وما جاء من الوعد فيه فالذي أميل إليه ما ذهب إليه القائلون بالجواز، لما فيه من مُراعاة لمصلحة طرفي البيع، إذ إن حاجة كثير من الناس تعلقت بهذا البيع، وحتى لا يُتخذ وسيلة للإضرار بالمأمور بالشراء؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، والله أعلم.

الفرع الثالث: علاقة المسألة بالقاعدة

وكما يبدو للباحث فإن بيع المرابحة صورة قديمة من صور البيع وإن نَسب إليها بعض المعاصرين الحداثة، لكن ما جَدَّ فيها هو أن الطرف المأمور بالشراء هو شخصية اعتبارية تمثلت بالمَصرف أو جهة التمويل، إضافة إلى دخول الوعد المُلزِم للمسألة في بعض صورها، لذا وحتى يُحكم عليها كان لا بُدَّ من التعرف على صورة البيع والكيفية التي يجري فيها حتى يُصار للحكم عليها، ولا بد من معرفة حكم الإلزام في الوعد ليصار إلى حكم الصور التي يدخل فيها الوعد المُلزم، لذا وجدنا أنه في الصورة الأولى لهذا البيع عند خلوه من الوعد الملزم فقد ذهب المعاصرين إلى قولين بالجواز لمن نظر للمعاملة كبيع مرابحة جائز شرعاً، والتحريم لمن نظر إليها كحيلة للزيادة على أثمان المبيع والدخول بالربا، وكذلك الحال في الصورة الثانية عند وجود الوعد الملزم فمن أجاز تبنى الرأي القائل بإلزامية الوعد ووازن بين مصالح طرفي المعاملة، ومن قال بالمنع تبنى عدم إلزامية الوعد ونظر للعقد كعقد إذعان يخدم أصحاب الأموال، فذهب كل فريق إلى قول بُني على تصور المسألة، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

المطلب الثاني: التصوروبناء الحكم الشرعي لإلزام المدين المماطل المليء بالتبرع للفقراء (شرط جزائي مقترح)

تعد المماطلة في السداد من أكبر المشكلات التي تواجه المصارف الإسلامية، إذ إن عقود المصارف الإسلامية تخلو من الشروط الجزائية الرادعة كالموجودة في المصارف الربوية، ومعلومٌ عدم مشروعية الزيادة على أصل الدين لأنه ربا محرم، وكذلك لا يجوز اشتراط أي شرط يجر منفعة للجهة المُقرضة للحديث النبوي "كل قرض جر منفعة فهو ربا"[119]، لذلك كان لا بد من وسيلة تُلزم المَدين بالسداد، كاشتراط المصرف على العميل دفع مبلغ مُقدر كغرامة تُدفع لإنفاقها على سُبل الخير عندما يتأخر عن السداد بدون عُذر، فإن قَصَّر دفع هذا المبلغ[120].

الفرع الأول: التصورلكيفية المسألة

وهو أن يلتزم المدين عند توقيعه على اتفاقية المرابحة أو الإجارة بأنه إذا قصر في أداء واجبه المالي، فإنه سوف يتبرع بمبلغ معلوم النسبة من الدين إلى بعض الجهات الخيرية، ويسلم ذلك المبلغ إلى المصرف، ليصرفه بالنيابة عنه إلى تلك الجهات. فإن قصر المدين في الأداء لزمه أداء هذه المبالغ إلى المصرف، ولكن هذه المبالغ لا تكون مملوكة للمصرف، ولا تكون جزءا من دخله أو ربحه، وإنما تكون أمانة عنده للصرف إلى الجهات الخيرية[121].

الفرع الثاني: أقوال العلماء في المسألة

القول الأول: الجواز، وقال به الدكتور محمد الزحيلي فيقول: " لأن ما يدفعه المَدين يعدّ تأديباً عن ضرر فعلي، وليس ربا، وأن ذلك يحمله على عدم المماطلة، وفي ذلك مصلحة لكل من الدائن والمَدين"[122]، والقاضي محمد تقي الدين العثماني[123]، وندوة البركة للاقتصاد الإسلامي[124]، وهيئة الرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي[125]، وعبد الله بن سليمان بن منيع[126].

واستدل أصحاب هذا القول بالأدلة التالية:

1. قوله تعالى:{يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}[سورة المائدة: الآية 1]. فأمر سبحانه وتعالى بالوفاء في العقود ما لم تُحرم حلالا أو تُحِل حراما، يقول السعدي في تفسيره: "هذا أمر من الله -تعالى- لعباده المؤمنين بما يقتضيه الإيمان بالوفاءبالعقود، أي: بإكمالها، وإتمامها، وعدم نقضها ونقصها"[127].

2. قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم إلا شرط حرم حلالاً أو شرط أحل حراماً"[128].

3. ﷺ: "لي الواجد يحل عرضه، وعقوبته"[129] ووجه الدلالة في قول ابن عبدالبر: "فمعنى قوله يحل عرضه أي يحل من القول فيه ما لم يكن يحل لولا مطله وليه ومعنى وعقوبته قالوا السجن حتى يؤدي أو يثبت عسرته فيجب حينئذ نظرة"[130]، فإن المَدين إذا تماطل متعدياً استحق العقوبة، ومن العقوبة التغريم بالمال.

4. إن المبلغ الذي يدفعه المماطل المتعدي يعدّ عقوبة تأديبية حاملة إياه على الأداء وتعطي الدائن طمأنينة على ماله المُدان، وهو ليس من الربا لأنه لم يُدفع زيادة على المال، إن لجهة أخرى كنوع من التعزير.

القول الثاني: التحريم، وقال به مجمع الفقه الإسلامي في المؤتمر السادس بجدة، إذ جاء في قرارهم رقم (53 /6/2): "إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم"[131]، وهو ما قرره مجلس الإفتاء الأردني[132]، والدكتور عياد بن عساف العنزي[133].

ومن الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول:

1. عموم الأدلة المحرمة للربا كقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[سورة البقرة : الآية 278]، وقوله ﷺ: "اجتنبوا السبع الموبقات" وعد فيهن الربا[134].
2. قوله ﷺ: "فمن زاد، أو استزاد، فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء"[135]، ووجه الدلالة: أن النظر في الربا يكون لطرفيه المعطي والآكل، فكما لا يجوز لآكل الربا أخذه، كذلك لا يجوز على المُعطي أن يدفعه.
3. ما أحله الشرع هو إباحة عرض المماطل بالشكاية، أو عقوبته بالحبس ونحوه، وليس أخذ غرامة مالية منه.

الراجح: وبعد تصور المسألة وأقوال العلماء وأدلتهم عليها، فأصحاب القول الأول نظر للغرامة على أنها تعزير، والفريق الثاني نظر إليها على أنها من الربا المحرم، وكلٌ قَدَّمَ ما يدعم رأيه، وبحسب رأيي فالذي أميل إليه ما ذهب له أصحاب القول الأول، ذلك أن الزيادة ليست من الربا، وهي من العقوبة التعزيرية، والتعزير أمر متروك تقديره لأولي الأمر، وذلك أيضاً مراعاةً لمصلحة الدائن وحمل المدين على عدم المماطلة، بشروط ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون المَدين المماطل موسراً مُقصراً، فإن كان مُعسراً ولا سبيل لديه للسداد فلا يجوز تغريمه وإنما يُوصى الدائن بالتمهل عليه ويُحث على المسامحة لوجه الله تعالى، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[سورة البقرة : الآية 280]، وهذا الشرط لكيلا يتم التوسع في هذا الأمر، ثم لمراعاة حق الفقير الذي أمر به الله سبحانه وتعالى، وعدم الغفلة عن حق الدائن. **الشرط الثاني:** أن لا يتم المبالغة في الغرامة المُقدرة.

الشرط الثالث: أن تُدفع لجهات الخير لا الدائن، فيكون هناك جهة قضائية تنظيمية لقبض هذه الغرامات وتسليمها لمستحقها من الفقراء.

الفرع الثالث: علاقة المسألة بالقاعدة

وكما يبدو لي فإن تغريم المَدين المقصر وعلى الصورة التي سبق بيانها مسألة حديثة اقترحها العلماء المعاصرون لحل مشكلة التماطل في أداء الدين للمصارف الإسلامية، رغم الالتزام التام في أداء الديون للبنوك الربوية عند القادرين، ذلك لخلو البنوك الإسلامية من الغرامات والتشريعات الرادعة والمُلزمة للمَدين على الأداء في موعده، أيضاً ما يترتب على الجواز من رفد سبل الخير بالمال الذي ترتب كغرامة تعزيرية،

وقد بُنيت المسألة على أمرين، النظر إلى المال المُغَرَّم كزيادة ربوية أم غير ربوية، والنظر لهذه الزيادة كصورة من صورة العقوبات التعزيرية، لذا اختلف العلماء في الجواز والمنع، فالذين ذهبوا للجواز نظروا للمبلغ المُحَصَّل كغرامة تعزيرية جائزة شرعاً ووسيلة لرفد سُبُل الخير بكونها تُصرف على أوجه الخير ولا يقبضها المصرف، أما المانعون فنظروا لها كزيادة على رأس المال ودخول في الربا المُحرم، وعليه بَنى كل من الفريقين رأيه، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

المطلب الثالث: التصوروالحكم الشرعي للتورق المصرفي

الفرع الأول: عناصر تصور المسألة

وللحكم على التورق المصرفي لا بد من بيان التورق الفردي وحكمه، لأنه الصورة الأولى في المسألة، إلا أنه دخلت عليه تفاصيل جديدة في التورق المصرفي.

أولاً: المقصود بالتورق الفردي وصوره

التورق هو:"أن يشتري سلعة نسيئة، ثم يبيعها نقدا لغير البائع، بأقل مما اشتراها به، ليحصل بذلك على النقد" [136].

وللتورق الفردي: ثلاث صور مشهورة[137]:

الأولى: أن يكون الشخص بحاجة إلى نقود، فلا يجد من يقرضه، أو لا يريد أن يطلب من أحد قرضاً، فيشتري سلعة نسيئة، ويبيعها من غير البائع الأول من غير أن يعلم أحداً بنيته وحاجته إلى النقود.

الثانية: أن يطلب المستورق القرض من تاجر، فيقول له التاجر ليس عندي نقود، ولكن أبيعك هذه السلعة نسيئة إلى سنة لتبيعها في السوق، ويبيعه السلعة بسعرها نقدا في السوق من غير زيادة نظير الأجل.

الثالثة: أن يطلب المستورق القرض من التاجر، فيقول له التاجر ليس عندي نقود فيبيعه السلعة بأكثر من ثمنها في السوق نظير الأجل.

ثانياً: الحكم الشرعي للتورق الفردي

ذهب الفقهاء في حكم التورق الفردي إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: الجواز، وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية، إذ يقول: "العينة[138] جائزة مأجور من عمل بها"[139] ، ورواية عند المالكية[140]، والمعتمد عند الشافعية، قال الشافعي: "فإذا اشترى الرجل من الرجل السلعة فقبضها، وكان الثمن إلى أجل؛ فلا بأس أن يبتاعها من الذي اشتراها منه، ومن غيره بنقد أقل، أو أكثر مما اشتراها به، أو بدين كذلك، أو عرض من العروض ساوى العرض ما شاء أن يساوي"[141] فأجاز العينة ومن باب أولى قوله بجواز التورق، وعند الحنابلة في رواية وهو المعتمد عندهم[142].

ومما استدل به أصحاب هذا القول ما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[سورة البقرة: الآية 275]، فالآية تدل بعمومها على أن الله تعالى أحلَّ البيع بجميع أنواعه، ما عدا ما دلت النصوص الشرعية على تحريمه، وبيع التورق لم ترد فيه نصوص تمنعه، فيدخل في عموم ما دلت عليه هذه الآية.

وجه الدلالة: ذكر القرطبي في تفسيره "والألف واللام للجنس لا للعهد إذ لم يتقدم بيع مذكور يرجع إليه، وإذا ثبت أن البيع عام فهو مخصص بما ذكرناه من الربا وغير ذلك مما نهي عنه ومنع العقد عليه، كالخمر والميتة وحَبل الحَبَلَة[143]، وغير ذلك مما هو ثابت في السنة وإجماع الأمة النهي عنه"[144].

- قوله تعالى:﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[سورة النساء : الآية29]، فالمحرم ما يخرج عن دائرة الرضا بين المتعاقدين، وهو حاصل في التورق.

- أنّ رسول الله ﷺ، بعث أخا بني عدي الأنصاري، واستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: "أكل تمر خيبر هكذا؟"، قال: لا، والله يا رسول الله، إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: "لا تفعلوا، ولكن مثلا بمثل، أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان"[145]، ويدل الحديث على أنّه ﷺ أجاز هذا المخرج للابتعاد بواسطته عن حقيقة الربا وصورته، وإلى صيغة ليس فيها قصد الربا، ولا صورته، وإنما هي عقد بيع صحيح مشتمل على تحقق شروط البيع وأركانه، فدل ذلك على جواز البيوع التي يتوصل بها إلى تحقيق المطالب والغايات من البيوع إذا كانت بصيغ شرعية معتبرة، بعيدة عن صيغ الربا وصوره، ولو كان الغرض منها الحصول على السيولة للحاجة إليها[146].

القول الثاني: التحريم وهو ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية[147]، والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد[148]، واختارها ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[149]، باعتبار أن العينة صورة من صور بيع التورق.

واستدلوا بما يلي:

أنّ العينة صورة من صور التورق، وقد جاء تحريمها في قوله ﷺ "عن ابن عمر، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذُلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم"[150]، ووجه الدلالة: ترتيب العقوبة على الأفعال الوارد ذكرها في الحديث ومن المعلوم أن من الصيغ التي يرد فيها المحرم ترتيب العقوبة على الفعل الذي أراد الشارع تحريمه، وجاء ذكر بيع العينة في الأفعال التي رُتب عليها العقوبة فأفاد تحريمها شرعاً.

ولأن القصد من التعامل بالتورق الحصول على النقد بزيادة، وهو الربا الذي حرَّمه الله تعالى، حيث إنه يؤول إلى شراء دراهم بدراهم زائدة، وأن السلعة لا تكون إلا واسطة غير مقصودة. ولأن الأمور بمقاصدها، فالمستورق لم يشتر السلعة قاصداً الانتفاع بها، قال ابن تيمية رحمه الله: "إذا أتي الطالب وأعطاه الآخر؛ فهو ربا ولا شك في تحريمه بأي طريق كان؛ لأن الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"[151]، فأنظار المحرمين اتجهت نحو المآل من الفعل، إذ قُصِد به الحصول على المال لا السلعة،

وترتب زيادة على المال ما لم يفرقه عن الربا عندهم.

أن التورق من صور بيع المضطر وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر كما روى أبو داود: "نهى النبي -ﷺ- عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك"[152]، ووجه الدلالة بَيّن في نهي النبي ﷺ عن بيع المضطر، ومعلوم أن التورق وِجهَة لمن احتاج مالاً فلم يجده فاضطر إلى التورق، فكان من البيوع المنهي عنها شرعاً.

القول الثالث: الكراهة، وهي رواية عن محمد بن رشد من المالكية[153]، وعند الشافعية[154]، وعند الحنابلة[155]، فيقول الإمام أحمد: "فإن هذا لا يدخل فيه إلا مضطر"[156]، وهو ما ورد عن عمر بن عبدالعزيز إذ قال عنه أنه "هو أخية الربا"[157]، فحصروه للمضطر دون غيره.

الحديث السابق: "أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضطر" فقد حمله بعض الفقهاء على الرجل يريد قرضاً حسناً فلا يجده فيضطر للتورق[158].

ولأن في بيع التورق الإعراض عن مبرة القرض الحسن التي حثَّ عليها الإسلام[159].

ولما في هذا البيع من رائحة للربا بالزيادة لقاء الأجل.

وكما يبدو لي وبعد تصور المسألة فالذي أميل إليه هو القول الأول، وهو جواز التورق الفردي، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي، وبه قال جمهور العلماء؛ لأن الأصل في البيوع الإباحة، لقول الله تعالى:﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[سورة البقرة: الآية 275]، ولم يظهر في هذا البيع ربا لا قصداً ولا صورة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء دينٍ، أو زواج أو غيرهما، شريطة أن لا يبيع المشتري السلعة بثمن أقل مما اشتراها به على بائعها الأول، لا مباشرة ولا بالواسطة، فإن فعل فقد وقعا في بيع العينة المحرم شرعاً، لاشتماله على حيلة الربا فصار عقداً محرما[160]، وبحسب رأي الباحث يؤخذ على شرط عدم البيع بثمن أقل، إذ لا أرى له وجهاً، إلا أن العلماء اشترطوه لما يعلموا من غرر يحصل في هذه المعاملات، لكن يمكن الاستعاضة عنه باشتراط عدم البيع بأقل من سعر المثل فهو المقياس لأن أثمان السلع في تغير وثمن المثل هو الضابط لمعرفة الغرر وجوداً وعدماً، إضافةً إلى ما اشترط به الإفتاء الأردني، إذ اشترط للجواز أيضاً الاضطرار وانعدام البديل والأخذ على قدر الحاجة، وحرص المستورق أن تكون نيته عند شراء البضاعة التجارة وليس الحصول على المال عاجلاً[161]، والله أعلم.

ثالثاً: المقصود بالتورق المصرفي وصوره

وأما التورق المصرفي، فقد عرف الدكتور سامي السويلم التورق المنظم بأنه " قيام البائع (المصرف) بترتيب عملية التورق للمشتري، بحيث يبيع سلعة على المتورق بثمن آجل، ثم ينوب البائع عن المشتري ببيع السلعة نقدا لطرف آخر، ويسلم الثمن النقدي للمتورق"[162].

ويُعرف أيضاً بأنه "تحصيل النقد بشراء سلعة من البنك، وتوكيله في بيعها، وقيد ثمنها في حساب المشتري" [163].

صورة التورق المصرفي[164]: والتورق المنظم (المصرفي) هو الصيغة المستحدثة للتورق، تتولى فيه البنوك جميع إجراءات العملية من شراء السلع ثم بيعها إلى العميل بثمن آجل، ثم بيعها بالوكالة عن العميل بثمن حال وإيداع ثمنها في حساب العميل.

ويسبقه عملية مرابحة للآمر بالشراء (حيث يكون الآمر بالشراء هو المتورق)، وذلك لأن المصارف لا تملك السلع (على الأغلب)، فإذا ما رغب العميل في الحصول على النقد من خلال التورق المنظم عبر المصرف فتتم عملية المرابحة للآمر بالشراء حيث يقوم المصرف بشراء السلعة للآمر بالشراء، ثم يبيعها عليه بأجل، ثم يتولى بيعها نيابة عنه نقدا ويسلم النقد للعميل.

الفرع الثاني: أقوال العلماء في حكم التورق المصرفي

حكم التورق المصرفي المنظم:

اختلف العلماء المعاصرون في الحكم الشرعي في التورق المصرفي المنظم تبعاً لاختلافهم في التكييف الفقهي والتصور له على قولين وهما:

القول الأول: التحريم، وهو ما ذهب غالبية العلماء المعاصرين منهم الدكتور علي السالوس[165]، والدكتور سامي السويلم[166]، والصديق الضرير[167]، وخالد المشيقح[168]، والدكتورة هناء الحنيطي[169]، والدكتور عبد الجبار السبهاني والدكتور أحمد محيي الدين أحمد، والدكتور حسين حامد حسان، وقد صرح الأخير في مقابلة له في الشرق الأوسط: "بأن فقهاء هذا العصر قرروا بالإجماع قبل أيام عدم مشروعية التورق المصرفي المنظم، وكان ذلك في ندوة البركة الثامنة والعشرين، والتي ضمت ثلة من فقهاء الصناعة المصرفية"[170]، وهو ما رجحه الدكتور محمد عثمان شبير[171]، وبه أخذ المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، حيث قرر عدم جواز هذا النوع من التورق الذي تجريه بعض المصارف في الوقت الحاضر،والذي وصفه بأنه: " قيام المصرف بعمل نمطي يتم فيه ترتيب بيع سلعة (ليست من الذهب والفضة) من أسواق السلع العالمية أو غيرها، على المستورق بثمن آجل، على أن يلتزم المصرف- إما بشرط في العقد أو بحكم العرف والعادة- بأن ينوب عنه في بيعها على مشتر آخر بثمن حاضر، وتسلم ثمنها للمستورق"[172] واستدلوا بالتالي:

أن التزام البائع في عقد التورق بالوكالة في بيع السلعة لمشتر آخر، أو ترتيب من يشتريها؛ يجعلها شبيهة بالعينة الممنوعة شرعاً، سواء أكان الالتزام مشروطاً صراحة، أم بحكم العرف والعادة المتبعة.

أن هذه المعاملة تؤدي في كثير من الحالات إلى الإخلال بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملة.

أن واقع هذه المعاملة يقوم على منح تمويل نقدي بزيادة لما سمي بالمستورق فيها من المصرف في معاملات البيع والشراء التي تجري منه، والتي هي صورية في معظم أحوالها. هدف البنك من إجرائها أن تعود عليه بزيادة على ما قدم من تمويل، وهذه المعاملة غير التورق الحقيقي المعروف عند الفقهاء.

إن ممارسة المصارف الإسلامية للتورق المصرفي المنظم سوف تترتب عليه العديد من السلبيات منها أنه سيؤدي إلى فقدان المصارف الإسلامية لأساس وجودها، وسند مشروعيتها، فهي وجدت لمحاربة الربا، وبدخولها في التورق المصرفي تقترب من العينة التي هي حيلة على الربا، ومنها: أنه سوف يبعد هذه المصارف عن تحقيق التنمية الاقتصادية، لأن ممارسة المصارف للتورق المصرفي تجعلها تتاجر في سلع وهمية، وهي مجرد أسماء تنتقل في السجلات، وهي في حقيقتها ليست سلعاً رأسمالية تسهم في الإنتاج، ولا هي سلعاً استهلاكية، وإن كانت؛ فهي لا تستخدم من أجل ذلك. ومنها: أنه سوف يؤدي إلى استغناء المصارف الإسلامية مستقبلاً عن كثير من صيغ العقود والأدوات الأخرى من المضاربة والاستصناع والسلم، وسوف تكون عملية التورق هي العملية السائدة. ومنها: أنه سيحول المصارف الإسلامية إلى مؤسسات تمويل شخصي تنظر إلى ملاءة الشخص فقط، دون النظر إلى استعمالات النقود المقدمة للعميل[173].

القول الثاني: الجواز، وهو ما ذهب بعض العلماء المعاصرين منهم الشيخ عبد الله المنيع[174]،والدكتور موسى آدم عيسى[175]، والشيخ محمد تقي العثماني[176]،والدكتور إبراهيم أحمد عثمان[177]، والشيخ عبد القادر العماري إلى جواز التورق المصرفي المنظم، بناء على جواز التورق الفردي لدى جمهور الفقهاء واستدلوا بأدلة جوازه، إضافة إلى أنه يحقق عدة فوائد؛إذ يعدُّ بديلاً شرعياً للاقتراض بفائدة ربوية محرمة، وهو وسيلة للحصول على السيولة والتسهيلات المالية لكل من المؤسسات المالية والأفراد.

الفرع الثالث: علاقة المسألة بالقاعدة

وكما يبدو لي فإن التورق المصرفي من المعاملات الحديثة والتي تجري في بعض المصارف الإسلامية، وظهر أن الحكم عليها جاء مختلفاً عند الفريقين بناءً على تصورهم للمسألة فالمجيزين قاسوا التورق المصرفي على التورق الفردي الذي أجازه الفقهاء كما تبين آنفاً، ونظروا لما يحققه من مصالح للناس، والفريق المُحرم له نظر للاختلاف الواقع بينهما، وما يدخل على المعاملة من معاملات واقعة في صورتها غيرتها جذرياً عن التورق الفردي، ناهيك عن ما يدور حول المعاملة من شبهات حول حقيقة البيع والتملك بين المصرف والمستورق والذي أميل إليه هو ما ذهب إليه المانعون، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، والله أعلم.

الخاتمة:

بفضل الله تعالى وتوفيقه، أن منَّ عليَّ بإتمام هذا البحث الذي توصلت فيه إلى النتائج والتوصيات الآتية:

النتائج:

إن القواعد الأصولية تخدم الصناعة الفقهية، هي والقواعد والضوابط والنظريات الفقهية، إلا أن بينهم فروقاً أبرزها من جهة الاستمداد، والموضوع الذي تعنيه والشمولية والفئة المُستعملة.

أن القاعدة "الحكم على الشيء فرع عن تصوره" محل إجماع عند العلماء وفي كل

المذاهب، بل وفي شتى المجالات، فلا يذكر لها استثناءات، ولم يرد عليها إنكار.

لا يوجد عند المتقدمين كلاماً كافياً قد أُفرِدَ خصيصاً للقاعدة، إلا أنهم أولوها اهتماماً كبيراً في الإعمال، ونصوا عليها في الاستدلال، وخدموها بأبواب تفرقت عند الأصوليين أبرزها في حديثهم عن التصور ومنهجية الفتوى.

أن المعنى التفصيلي للقاعدة هو: أن الحكم لا يصدر على أيّ مسألة قبل النظر الكافي فيها وإدراكها إدراكاً صحيحاً سليماً موافقاً لحقيقتها مُميزاً إياه عن شبيهاتها، متمعناً في الحال والمآل، وما يؤثر في المسألة، وما يتأثر فيها، فلا تعطى الأشياء والأفعال أحكاماً إلا بعد إحاطة علم ودراية كافيين فيها.

تظهر أهمية القاعدة بأنها نافذة للحكم على المُستجدات الفقهية، وضابطة لعمل المفتي ومبعدة إياه عن الوقوع في الخطأ.

أن أبرز الفتاوى الشاذة كانت المشكلة الأبرز في إنتاجها قصور التصور عند الجهة المصدرة.

أنه لا يُستغنى عن القاعدة للحكم على المُستجدات الفقهية خاصة في باب المعاملات المالية، ذلك لتعدد صور المعاملة الواحدة، واختلاف التكييف الفقهي للصورة عن الأخرى، ما يُلزِمُ بالتصور الكامل للمسألة قبل الحكم فيها.

التوصيات:

إيلاء القاعدة مزيداً من الاهتمام على صعيد الشرح والتأليف خاصة في المستجدات.

توجيه طلاب العلم، وجهات الإفتاء، والباحثين عن الفتوى، إلى تصور المسائل تصوراً كافياً قبل الحكم عليها للخروج بفتوى أقرب للحقيقة ومُراد الشرع.



الهوامش:

1. أحمد، نبيل ناجي محسن، **الحكم على الشيء فرع عن تصوره: الإمام ابن حزم أنموذجاً**، (مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد (25)، ص116 – 162).
2. الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (المتوفى: 393هـ)، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت، ط4، 1407 هـ - 1987 م، ج5، ص1901
3. الجرجاني، **التعريفات**، ص92
4. البركتي، **التعريفات الفقهية**، ص80
5. ينظر: ابن منظور، **لسان العرب**، ج12، ص140
6. ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ص91
7. الجرجاني، **التعريفات**، ص92
8. الطوفي، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري (المتوفى: 716هـ)، **شرح مختصر الروضة**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407 هـ/ 1987 م، ج1، ص260
9. الشوكاني، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، ج1، ص25
10. انظر: الفيروزآبادى، **القاموس المحيط**، ص747
11. ابن منظور، **لسان العرب**، ج8، ص250
12. الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج3، ص192
13. الطوفي، **شرح مختصر الروضة**، ج3، ص230
14. الزحيلي، محمد، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ط2، 1427 هـ - 2006 م، ج2، ص444
15. ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، ج3، ص320
16. الفيروزآبادى، **القاموس المحيط**، ص1019
17. الجراعي، تقي الدين أبي بكر بن زايد المقدسي الحنبلي (825 هـ - 883 هـ)، **شرح مختصر أصول الفقه**، دراسة وتحقيق: عبد العزيز محمد عيسى محمد مزاحم القايدي، عبد الرحمن بن علي الحطاب، د. محمد بن عوض بن خالد رواس، لطائف لنشر الكتب والرسائل العلمية، الشامية – الكويت، ط1، 1433 هـ - 2012 م، ج2، ص134
18. الكوراني، شهاب الدين أحمد بن إسماعيل (812 - 893 هـ)، **الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع**، ونقله المحقق: سعيد بن غالب كامل المجيدي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية، 1429 هـ - 2008 م، ج1، ص196

= ينظر: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (المتوفى: 505هـ) ، **معيار العلم في فن المنطق**، تحقيق: الدكتور سليمان دنيا، دار المعارف، مصر، 1961 م، ص67

19. الزبيدي، بلقاسم بن ذاكر بن محمد، **الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي** - دراسة تأصيلية تطبيقية، مركز تكوين للدراسات والأبحاث، ط1، 1435 هـ - 2014 م، ص279

20. المرداوي، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، ج3، ص1139

21. ابن نجيم، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**،ص282

22. جمع من العلماء، **معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية**، مؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية والإنسانية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي، الطبعة الأولى، 1434هـ - 2013م، ج27، ص23

23.الكوراني، **الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع**، ج3، ص186

24. ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، **متن القصيدة النونية**، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، 1417هـ، ص305

25. الجيزاوي ، محمد أبو الفضل الوراقي (المتوفى: 1346 هـ)، **الحاشية شرح - مختصر المنتهى الأصولي للإمام أبي عمرو** عثمان ابن الحاجب المالكي (المتوفى 646 هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1424 هـ - 2004 م، ج1، ص203

26. الزبيدي، **الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي**، ص280

27. المرجع السابق، ص283

28. ينظر: الأصفهاني، محمود بن عبد الرحمن (أبي القاسم) ابن أحمد بن محمد (المتوفى: 749هـ)، **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط1، 1406هـ - 1986م، ج1، ص61

= ينظر: الغزالي، **معيار العلم في فن المنطق**، ص270

29. ابن نجيم، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**،ص282

30. ابن ماجة، **السنن**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمَّد كامل قره بللي - عَبد اللّطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430 هـ - 2009 م، ج5، ص269، حديث رقم (4169)، وضعفه الأرنؤوط

31. ينظر: السمعاني، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزى، أبو المظفر الحنفي ثم الشافعي (المتوفى: 489هـ)، **تفسير القرآن**، تحقيق: ياسر بن إبراهيم وغنيم بن عباس بن غنيم، دار الوطن، الرياض – السعودية، ط1، 1418هـ- 1997م، ج1، ص63

32. البيضاوي، ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي (المتوفى: 685هـ)، **أنوار التنزيل وأسرار التأويل**، تحقيق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط1، 1418 هـ، ج2، ص79

33. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر (المتوفى: 310هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420 هـ - 2000 م، ج12،ص185

34. الحنظلي، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الرازي ابن أبي حاتم (المتوفى: 327هـ)، **تفسير القرآن العظيم** لابن أبي حاتم، تحقيق: أسعد محمد الطيب، مكتبة نزار مصطفى الباز - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة - 1419 هـ، ج7، ص2306

35. السمرقندي، أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم (المتوفى: 373هـ)، **بحر العلوم**، ج2، ص295

36. ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد (المتوفى: 597هـ)، **زاد المسير في علم التفسير**، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي – بيروت، ط1، 1422 هـ، ج3،ص24

37. الزمخشري، **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل**، دار الكتاب العربي – بيروت، ط3، 1407 هـ، ج2، ص666

38. ينظر: البقاعي، إبراهيم بن عمر بن حسن الرباط بن علي بن أبي بكر (المتوفى: 885هـ)، **نظم الدرر في تناسب الآيات والسور**، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج12، ص109

39. البقاعي، **نظم الدرر في تناسب الآيات والسور**، ج16، ص30

40. الكوراني، **غاية الأماني في تفسير الكلام الرباني**، ص168

41. البخاري، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، ج9، ص65 حديث رقم(7158)

42. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة - بيروت، 1379هـ، ج13،ص137

43. ابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (المتوفى: 449هـ)، **شرح صحيح البخارى لابن بطال**، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، ط2، 1423هـ - 2003م، ج8، ص226

44. ابن بطال، **شرح صحيح البخارى لابن بطال**، ج8، ص226

45. القسطلاني، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القتيبي (المتوفى: 923هـ)، **إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري**، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7، 1323 هـ، ج10، ص229

46. ابن قيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423 هـ، ج3،ص426

47. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلى (المتوفى: 1051هـ)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الكتب العلمية، ج6، 312

48. مسلم، **صحيح مسلم**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ج4، ص1997، حديث رقم (2581)

49. الحاكم، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، 1411 - 1990، ج2، ص351، حديث رقم (3250)، وقال: صحيح على شرط الشيخين

50. ينظر: القاري، علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي (المتوفى: 1014هـ)، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، دار الفكر، بيروت – لبنان، ط1، 1422هـ - 2002م، ج9،ص3670

51. البرنسي، أحمد بن أحمد بن زروق المغربي، **قواعد التصوف**، دار البروتي – سوريا – دمشق، ط1، 1424هـ – 2004م، ص12

52. ابن الموقت، **التقرير والتحبير**، ج2، ص82

53.ينظر: ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (المتوفى: 861هـ)، **فتح القدير**، دار الفكر، ج1، ص184

54. ينظر: الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج2، ص314

55. ينظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين(المتوفى 1252هـ - 1836م)، **منحة الخالق**، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج1، ص232

56. القرافي، **شرح تنقيح الفصول**، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393 هـ - 1973م، ص408

57. ينظر: الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد المصري (المتوفى: 1099هـ)، **شرح الزُّرقاني على مختصر خليل**، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1422 هـ - 2002 م، ج1، ص15

58. العدوي، ابو عبدالله علي، **الحاشية شرح مختصر خليل الخرشي**، ج4، ص12

59. الشوشاوي، **رفع النقاب عن تنقيح الشهاب**، ج5، ص420

60. الإسنوي، **نهاية السول شرح منهاج الوصول**، ص15

61. المرجع السابق، ص16

62. السبكي، **الإبهاج في شرح المنهاج**، ج1، ص32

63. المرجع السابق، ج1، ص172

64. الزركشي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، دار الكتبي، ط1، 1414هـ - 1994م، ج2، ص239

65. الأصفهاني، **بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب**، ج1، ص31

66. العطار، حسن بن محمد بن محمود الشافعي (المتوفى: 1250هـ)، **حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع**، دار الكتب العلمية، ج1، ص295

67. ينظر: المرداوي، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، ج3،ص1139

68. ابن قيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج1، ص69

69 * ويعنى بالوضع تعيين اللفظ للمعنى الذي يدل عليه ليفهم منه ويدل عليه بلا قرينة، كالنجم للجرم السماوي، والأسد للحيوان المفترس ونحوها.

70. ينظر: الزركشي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، ج2، ص292

71. القرافي، **شرح تنقيح الفصول**، ص33

72 * والحقيقة اللغوية تعني اللفظ المستعمل في المعنى الموضوع له شرعاً كالذهب والفضة والحديد والنحاس للمعادن المعروفة، والحقيقة الشرعية تعنى اللفظ المستعمل في معناه الشرعي: كالصلاة والزكاة والحج للعبادات المعروفة، والحقيقة العُرفية تعني اللفظ المستعمل في المعنى الذي جرى استعماله فيه عُرفاً كإطلاق لفظ الدابة عُرفاً على ذوات الأربعة فقط.

73. الثعالبي، محمد بن الحسن بن العربيّ بن محمد الحجوي الجعفري الفاسي (المتوفى: 1376هـ)، **الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي**، دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان، ط1، 1416هـ-1995م، ج2، ص571

74. النمري، **جامع بيان العلم وفضله**، ج2، ص1134، الأثر رقم (2238)

75. البخاري، **صحيح البخاري**، ج9، ص108، حديث رقم (7352)

76. ابن ماجة، **السنن**، ج2، ص772، حديث رقم(2315)، والحاكم، **المستدرك على الصحيحين**، ج4، ص101، حديث رقم (7012)، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم

77. ينظر: المرداوي، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، ج1،ص191

78. الجرجاني، حاشيته **شرح مختصر المنتهى الأصولي**، ج1،ص110

79. الجرجاني، **التعريفات**، ص210

80. ينظر: الذهلي، يحيى بن (هُبَيْرَة بن) محمد بن هبيرة الشيباني، أبو المظفر (المتوفى: 560هـ)، **اختلاف الأئمة العلماء**، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية – لبنان - بيروت، ط1، 1423هـ - 2002م، ج1، ص392

81. ينظر: الخثلان، سعد بن تركي، **فقه المعاملات المالية المعاصرة**، دار الصميعي للنشر والتوزيع، السعودية – الرياض، ط2، 1433هـ - 2012م، ص108

82. ينظر: حمود، سامي حسن أحمد، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، مطبعة الشرق، عمان، ط2، 1402هـ - 1982م، س430

83. العبادي، عبدالله عبدالرحيم، **موقف الشريعة من المصارف الإسلامية**، الاتحاد الدولي للمصارف الإسلامية، القاهرة، 1981م، ص259

84 . المصري، رفيق يونس، **بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي لدورته الخامسة المنعقدة في جده،1409هـ ت 1988م، العدد الخامس، ج2، ص1133

85 . ينظر: أبو زيد، بكر بن عبدالله، **المرابحة للآمر بالشراء**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقة الإسلامي، العدد5، الجزء2، ص978

86 . الشيباني، **المخارج في الحيل**، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، 1419 هـ - 1999 م، ص40

87. الشيباني، **المخارج في الحيل**، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، 1419 هـ - 1999 م، ص133

88. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الأندلسي (المتوفى: 474هـ)، **المنتقى شرح الموطأ**، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، ط1، 1332 هـ، ج5، ص38

89. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك** المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، دار المعارف، ج3،ص129

90. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، **المقدمات الممهدات**، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط1، 1408 هـ - 1988 م، ج2، ص57-58

91. الشافعي، **كتاب الأم**، ج3، ص39

92. ابن قيم، **إعلاموقعين عن رب العالمين**، ج4، ص23

93. ينظر: العمراني، عبدالله بن محمد بن عبدالله، العقود المالية المركبة، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية – الرياض، الطبعة الثانية، 1431هـ - 2010م، ص 258-259

94 . ينظر: السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة – بيروت، 1414هـ - 1993م، ج30، ص237

95 . الشافعي، **كتاب الأم**، ج3، ص39

96 . ابن قيم، **إعلاموقعين عن رب العالمين**، ج4، ص29

97 . موقع الإفتاء الأردني، فتوى رقم (429): https://www.aliftaa.jo

98 . القرار الأول لمجمع الفقه الاسلامي في دورته الخامسة لمنعقدة في 8 1409هـ - 1988م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، ج2،ص1599

99 . ينظر: الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، ج3، ص89

100. الباجي، **المنتقى شرح الموطأ**، ج5، ص38

101. ابن عابدين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، دار المعرفة، ج2، ص321

102. الرعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، **تحرير الكلام في مسائل الإلتزام**، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1404 هـ - 1984 م، ص157

103. ينظر: السنيكي، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، دار الكتاب الإسلامي، ج1، 574

104. ينظر: الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي (المتوفى: 1243هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1415هـ - 1994م، ج6، ص436

105. ينظر: العاني، محمد رضا عبدالجبار، **قوة الوعد الملزمة في الشريعة والقانون**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقة الإسلامي، العدد5، الجزء2، ص779

106. ينظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، **المحلى بالآثار**، دار الفكر – بيروت، ج6، ص278

107. ينظر: عليش، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، ج1، ص255

108. ينظر: المنيع، **الوفاء بالوعد وحكم الإلزام به**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقة الإسلامي، العدد5، الجزء2، ص879

109. ينظر: جيلي، هاورن خليف، **الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقة الإسلامي، العدد5، الجزء2،ص905

110. عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، دار المعرفة، ج1، ص254-255

111. ينظر: الدبو، إبراهيم فاضل، **الوفاء بالوعد**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقة الإسلامي، العدد5، الجزء2، ص802

112. ينظر: الصديق، الصديق الضرير محمد الأمين، **المرابحة للآمر بالشراء**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقة الإسلامي، العدد5، الجزء2، ص1003

113. ينظر: القرضاوي، يوسف، **بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية**، ص18

114. ينظر: حمود، سامي حسن، **بيع المرابحة للآمر بالشراء**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقة الإسلامي، العدد5، الجزء2، ص1112

115 . ينظر: أبو زيد، **المرابحة للآمر بالشراء**، مرجع سابق، ص986

116 . ينظر: المصري، **بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية**، مرجع سابق، ص1169

117 . ينظر: الكبي، سعدالدين محمد، **المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام**، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1423هـ - 2002م، ص307-308

118 . الخثلان، **فقه المعاملات المالية المعاصرة**، ص111

119 . ابن أبي أسامة، أبو محمد الحارث بن محمد بن داهر التميمي البغدادي الخصيب (المتوفى: 282هـ)، **بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث**، المنتقي: أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان بن أبي بكر الهيثمي (المتوفى: 807 هـ)، تحقيق: د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة، ط1، 1413 – 1992، كتاب البيوع، باب في القرض يجر المنفعة، ج1، ص500، حديث رقم (437)

120 . ينظر: العثماني، القاضي محمد تقي بن الشيخ المفتي محمد شفيع، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة**، دار القلم – دمشق، ط2، 1424هـ - 2003 م، ص44

121. العثماني، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة**، ص44-45

122. الزحيلي، محمد، **موسوعة قضايا إسلامية معاصرة**، دار المكتبي – دمشق، ط1، 1430هـ - 2009م، ج5، ص104

123. العثماني، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة**، ص46

124. مجموعة دلة البركة، **قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي**، جمع وتنسيق: د. عبدالستار أبو غدة ود. عزالدين محمد خوجه، ط6، 1422هـ - 2001م، توصية رقم 8/6،ص91

125. هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، **الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية**، ط2، 1405هـ - 1985م، ج1، فتوى رقم 520

126. المنيع، **موقف الشريعة الإسلامية من ربط الحقوق والالتزامات المؤجلة بمستوى الأسعار**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 5، ص1390

127. السعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله (المتوفى: 1376هـ)، **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ -2000 م، ص218

128. البيهقي، **السنن الصغير**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي .باكستان، ط1، 1410هـ - 1989م، ج2، ص307، حديث رقم (2106)، والترمذي، محمد بن عيسى (المتوفى: 279هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط2، 1395 هـ - 1975 م، ج3، ص626، حديث رقم (1352) وقال: حديث حسن صحيح

129. سبق تخريجه ص75

130. النمري، **الاستذكار**، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، 1421 – 2000، ج6، ص462

131. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة – جدة، المنعقدة من 14 -20 / 3 / 1990م، العدد السادس، ص321

132. دائرة الإفتاء الأردنية، الجلسة السابعة المنعقدة بتاريخ 29 / 11 / 1429هـ - 27 / 11 / 2008م، قرار رقم (124) (2008/11)

133. العنزي، عياد بن عساف بن مقبل، **الشروط التعويضية في المعاملات المالية**، دار كنوز إشبيليا – الرياض، ط1، 1430هـ - 2009م، ص217

134 . ينظر: البخاري، **صحيح البخاري**، ج4، ص10، حديث رقم (2766)

135.مسلم، **صحيح مسلم**، ج3، ص1211، حديث رقم (1584)

136 . **الموسوعة الفقهية الكويتية**، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، (من 1404 - 1427 هـ)، ط2، دارالسلاسل – الكويت، ج14، ص147

137. ينظر: الصديق، **الرأي الفقهي في التورق المصرفي**، بحث مقدم إلى ندوة البركة الرابعة والعشرين، مكة المكرمة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 24، العدد 274، آذار 2004، ص 38

138 * ويجدر التنبيه على أن بيع التورق يُدعى عند كثير من العلماء كأبي يوسف بالعينة فلم يفرقوا بينهما في الاصطلاح فكانوا يدعون كلهما بالعينة ثم يُدرجون الأحكام على كل صورة على حدة.

139 . ابن عابدين، **حاشيته "رد المحتار على الدر المختار"**، ج5، ص273

140. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط2، 1408 هـ - 1988 م، ج7، ص86

141. الشافعي، **كتاب الأم**، ج3، ص79

=النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، 1412هـ - 1991م، ج3،ص419

142. ينظر: الراميني، **الفروع**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ - 2003 م، ج6، ص316

ينظر: ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد (المتوفى: 884هـ)، **المبدع في شرح المقنع**، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م، ج4، ص49

143. ويُراد "بَحبل الحَبَلَة" بيع الواحدة من الإبل بثمن مؤجل إلى نتاج نتاجها، وهذا من بيع الغرر الذي جاء الشرع بمنعه.

144 . القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري المتوفى (671)هـ، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة ط2، 1384هـ - 1964 م، ج3، ص356.

145. البخاري، **صحيح البخاري**، ج9، ص107، حديث رقم (7350)

146 . ينظر: المنيع، **التأصيل الفقهي للتورق**، ضمن وقائع مؤتمر المؤسسات المصرفية، 2/ 446.

147 .ينظر :الزيلعي،عثمان بن علي بن محجن البارعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، لمطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ، ج4، ص163.

148. ينظر: الراميني، **الفروع**، ج6، ص316

149 . ينظر: ابن تيمية، تقي الدين أبوالعباس، **مجموع الفتاوى**، تحقيق: عبدالرحمن بنم حمد بن قاسم،مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ - 1995م، ج29، ص203

150 .أبو داود، ، **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا –بيروت، ج3، ص274، حديث رقم (3462)، وهو حديث صحيح

151. الحمد، حمد بن عبد الله بن عبد العزيز، **شرح زاد المستقنع**، ج13، ص60

152. أبو داود، **سنن أبي داود**، تحقيق:شعَيب الأرنؤوط - محمد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430 هـ - 2009 م، ج5، ص264، حديث رقم (3382)، وقال الأرنؤوط: في إسناده ضعف.

153 . ابن رشد، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، ج7، ص85

154. النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ج3، ص421

155. ينظر: الراميني، **الفروع**، ج6، ص316

156. ابن قيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج3، ص135

157. المرجع السابق

158. ينظر: السندي، أبو الحسن، **فتح الودود في شرح سنن أبي داود**، تحقيق: محمد زكي الخولي، مكتبة لينة - دمنهور - جمهورية مصر العربية، ط1، 1431 هـ - 2010 م، ج3، ص528

159. ينظر: ابن عابدين، **حاشيته "رد المحتارعلى الدرالمختار"**، ج5، ص325

160. قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة عشر بمكة المكرمة، القرار الخامس، بتاريخ 11 رجب 1419هـ - 31 / 10 1998م

161. ينظر: موقع الإفتاء الأردني، الفتوى رقم (866)، على الرابط الالكتروني: https://www.aliftaa.jo/Question.aspx?QuestionId=866#.X-TMvVVKjIU

162. السويلم، سامي بن ابراهيم، **التكافؤ الاقتصادي بين الربا والتورق**، ورقة مقدمة إلى ندوة البركة الرابعة والعشرين، 29 شعبان-2 رمضان 1424هـ - 25-27 تشرين تشرين الأول 2003م، ص 18

163. آل رشود، رياض بن راشد عبد الله، **التورق المصرفي**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1434 هـ - 2013 م، ص33

164. ينظر: الجيوسي، أحمد علي، والعنانزة، عزالدين، وجديتاوي، قاسم، **التورق المصرفي بين المجيزين والمانعين**، ص7

165. ينظر: السالوس، **العينة والتورق والتورق المصرفي**، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة عشر، ص485-492

166. ينظر: السويلم، **التورق والتورق المنظم** - دراسة تأصيلية،ص45

167. الصديق، **التورق المصرفي الرأي الفقهي**، حولية البركة، العدد السادس، رمضان 1425هـ ص 197

168. المشيقح، خالد، **التورق المصرفي عن طريق بيع المعادن**، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، المجلد 81، العدد 30، جمادى الأولى 1425هـ، ص 492

169 . ينظر: الحنيطي، هناء محمد هلال، ملخص رسالتها للدكتوراه في: **التورق حقيقته و أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم)**، بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة

170. ينظر: صحيفة الشرق الأوسط، الثلاثاء 2 تشرين الأول 2007م الموافق 19 رمضان 1428هـ

171. ينظر: شبير، **التورق الفقهي وتطبيقاته المصرفية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص28

172. قررات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة السابعة عشرة في شوال/1424هـ- ديسمبر/2003م،ص 27 .

173. ينظر: قحف، منذر، وبركات، عماد، **التورق المصرفي في التطبيق المعاصر**، بحث مقدم لمؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية: معالم وآفاق المستقبل، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، الإمارات العربية المتحدة، 8-10 أيار 2005م، ص 20-25

174. المنيع، **حكم التورق كما تجريه المصارف**، بحث مقدم إلى ندوة البركة الرابعة والعشرين، مكة المكرمة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 24، العدد 274، آذار 2004م، ص 45

175. ينظر: عيسى، موسى آدم، تطبيقات التورق واستخداماته في العمل المصرفي الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة البركة الرابعة والعشرين، مكة المكرمة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 24، العدد 274، آذار 2004م، ص 47

176 . ينظر: العثماني، أحكام التورق وتطبيقاته المصرفية،بحث مقدم إلى ندوة البركة الرابعة والعشرين، مكة المكرمة، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المجلد 24، العدد 274، آذار 2004م، ص 43

177 . ينظر: عثمان، إبراهيم أحمد، التورق حقيقته – أنواعه (الفقهي المعروف والمصرفي المنظم)، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة،ص20

"مبدأ المساواة في الضمان العام للدائنين في القانون المدني الأردني بين الإطلاق والتقييد"

د. جهاد محمد الجراح*

تاريخ وصول البحث: 2020/12/20م تاريخ قبول البحث: 2021/4/19م

الملخص

تتمثل مشكلة هذه الدراسة أن المشرع الأردني نظّم الضمان العام للدائنين العاديين في المادة 365 مدني أردني وساوى بين جميع الدائنين وبشكل مطلق في هذا الضمان، مع أن هذه المساواة غير دقيقة على إطلاقها، حيث إن هناك عدد من الضمانات غير المسمّاة تمنح الدائن العادي أفضلية واقعية وتجنبّه مزاحمة غرمائه بالرغم من عدم تمتّعه بمظلة التأمينات ومع بقائه دائناً عادياً، وهذا يقودنا إلى القول أن هذه الضمانات تؤدي إلى تقييد قاعدة المساواة بين الدائنين العاديين.

وفي سبيل إجلاء ما سبق، فقد تناولنا هذا البحث من محورين:

المحور الأول: بحثنا من خلاله مفهوم مبدأ المساواة في الضمان العام بين الدائنين العاديين وآليات تطبيقه، وقد تبين لنا أن هذه المساواة وإن كانت قائمة من الناحية القانونية إلا أنها قد لا تتحقق من الناحية الفعلية.

ومن خلال شروط المال محل الضمان العام، فقد تبين لنا أن هناك بعض الأموال وإن كانت مملوكة للغير فإن المشرّع أجاز التنفيذ عليها قبل التنفيذ على المال المملوك للمدين، ومن جهة أخرى فإن هناك بعض الأموال وإن كانت مملوكة للمدين فقد استثناها المشرّع من الضمان العام لاعتبارات مختلفة متعلقة بالمصلحة العامة أو لاعتبارات إنسانية أو مادية أو لحماية مصلحة مشروعة. وإذا كان الأصل أن للدائن حرية البدء في التنفيذ على أي مال من أموال المدين فإن هذه القاعدة يَرِد عليها عددٌ من الاستثناءات أوردناها في متن الدراسة.

وقد تناولنا عدداً من الآليات التي تكفل تطبيق مبدأ المساواة بين الدائنين ومنها: الدعوى غير المباشرة ودعوى الصوريّة ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن.

* أستاذ مشارك، قسم القانون المقارن، كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية.

أما المحور الثاني: فقد تبين لنا من خلاله أن هناك حالات – خارج نطاق التأمينات العينية والشخصية وحقوق الامتياز- يستطيع الدائن العادي من خلالها أن يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين له وبالتالي يستطيع الدائن استيفاء حقه بالتقدم والأفضلية على غرمائه مع احتفاظه بوصفه كدائن عادي، دون أن يسعى هو إلى هذه المراكز القانونية ودون أن يُوضع لهذه المراكز قالب قانوني خاص بها وتحت مظلة الضمانات.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى عدد من التوصيات كان أهمها: ضرورة تنظيم وتقنين الحالات التي يستوفي بها الدائن العادي حقّه بالأفضلية؛ لإبراز أهميتها وإرساء أسسها وتمييزها عما يشتبه بها. وكذلك تعديل نص المادة 365 مدني أردني على النحو المشار إليه في توصيات هذا البحث.

The principle of equality in the general security of creditors in the Jordanian civil law

Abstract

We approached this research through two main points: in the first، we looked through the principle of equality in the general guarantee among the ordinary creditors and the methods of its application. In fact، it has been shown to us that though it exists as from the legal aspect، yet it may not be actually realized.

Further، and according to the conditions of the property، the subject matter of the general guarantee، yet it has been shown to us that there are some properties، and even if being owned by others، still the legislator allowed to execute on them before executing on the property owned by the debtor. On the other hand، there are some of the properties، and even if being owned by the debtor، yet the legislator excluded them from the general guarantee for several considerations concerned with the public interest، humanitarian or material considerations or otherwise to protect a lawful interest.

Actually، and though it is established that the creditor has the right to proceed with execution on any of the properties of the debtor، yet this rule has been subject to a number of exclusions which we included in the study.

However، we approached a number of the methods that ensure the application of the principle of equality among the creditors including: the indirect case and the falsification case as well as the case of the unenforceability of the creditor's acts as against the creditor. As for the second main point، then it has been shown to us through the same that there are cases –out of scope of the in kind and personal deposits as well as the franchised rights- through which the ordinary creditor may overcome the competition of the other creditor with him/it and hence، the creditor shall be capable of collecting his/its right by prevalence and preference over his/its rivals while maintaining the capacity as an ordinary creditor without seeking himself/itself to attain the said legal positions and without causing the said positions to be of legal template specially set for them under the umbrella of guarantees.

المقدمة:

إزاء عدم فاعلية القوة الملزمة للعقد نتيجة عدم التنفيذ الاختياري للالتزام أحياناً، وإزاء عدم قدرة أو فاعلية إجراءات التنفيذ الجبري على تحقيق أهدافها أحياناً أخرى، وبالنظر إلى أن الائتمان يلعب دوراً حاسماً في عجلة الحياة الاقتصادية، كانت الحاجة ماسة إلى وجود وقود لهذا الائتمان، حيث يَعُدّ الضمان هذا الوقود والمحرك له؛ ولذا ارتبط الائتمان ببعضهما ارتباطاً حاسماً. كما كان للعوامل الاقتصادية تأثير واضح في تطور الضمانات عموماً والتأمينات على وجه الخصوص، بل إن البعض ذهب إلى أن فكرة الضمان تعبر عن وظيفة اقتصادية أكثر من تعبيرها عن نظام قانوني، على عكس فكرة التأمينات التي تعبر عن نظام قانوني له سماته القانونية الخاصة[1]، فالتأمينات تعد نوعاً من الضمانات لا عكس، ففكرة الضمانات أوسع، والتأمينات كالكفالة والرهن والامتياز، تنشأ عن مصدر مستقل عن رابطة الالتزام، بينما الضمانات

تعد لصيقة برابطة الالتزام ذاتها كالفسخ لعدم التنفيذ والدفع بعدم التنفيذ وحق الاحتباس وغيرها.

وبالرغم من أهمية الدور الذي تلعبه التأمينات عينية كانت أو شخصية، إلاّ أن لها سلبياتها حيث يحتاج بعضها شكلاً معيناً لانعقادها وإلا ترتب بطلانها، كما أن قسماً منها يؤدي إلى إحجام البعض عن تداولها؛ حيث يصعب بيع عقار مرهون، يضاف لما سبق صعوبة توفرها حيث لا يجد المدين كفيلاً يكفله أو مالاً يقدمه، والبعض منها يلقي على عاتق الدائن عدة التزامات كحفظ المرهون واستغلاله، ناهيك عن كلفة الوقت والنفقات لإجراءات الحجز والتنفيذ. هذه السلبيات التي شابت التأمينات جعلت النظر يتجه نحو الضمانات وأهمها الضمان العام على أموال المدين باعتباره الخزان الرئيسي لأموال المدين من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن اللجوء إليه يؤدي إلى تعزيز المسؤولية التعاقدية وزيادة عدد الضمانات المتوفرة للدائن، فالتأمينات السابقة لا تلغي حق الضمان العام، فالدائن صاحب التأمينات هو بالإضافة لما سبق دائن عادي يستطيع الرجوع إلى الضمان العام لمدينه، ولكنه يتعرض هنا لمبدأ المساواة وبالتالي مزاحمة سائر الدائنين، وإن هذه العلاقة التبادلية بين التأمينات الخاصة والضمان العام كانت نقطة الابتداء للبحث في مفهوم الضمان العام عموماً ومبدأ المساواة فيه على وجه الخصوص، وهل يجري هذان الأمران على إطلاقهما؟ وما هي شروط المال محل هذا الضمان والنتائج التي تترتب على هذا المبدأ. ولا بد لهذا المبدأ من روافع تكفل تطبيقه لتحقيق مبتغاه.

وتتمثل مشكلة هذه الدراسة أنه خارج نطاق التأمينات العينية والشخصية وحقوق الامتياز، نجد في بعض الحالات الواقعية أن الدائن العادي يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين بالرغم من عدم تمتعه بأي نوع من أنواع التأمينات ومع احتفاظه بصفته كدائن عادي، حيث يَحِلُّ الدائن العادي في بعض المراكز القانونية تعطيه أفضلية واقعية لم يسع إليها، حيث تقيد هذه المراكز مبدأ المساواة بين الدائنين، بل وتعد خروجاً عليه ،و ما سبق لم يتناوله المشرّع الأردني حين تنظيمه للضمان العام للدائنين في المادة 365 مدني أردني، وفي سبيل ذلك فقد تناولنا بالبحث وعلى سبيل المثال مركزين من هذه المراكز وهما: الدعوى المباشرة وحق الاحتباس، ودرسناهما كفكرتين قانونيتين يشكِّلان خروجاً على مبدأ المساواة في الضمان العام من جهة، وفاعلية الضمان اللتين تحققانه للدائن العادي من جهة أخرى.

وتكمن أهمية هذه الدراسة في أن شرّاح القانون المدني الأردني كانوا يأخذون مبدأ المساواة في الضمان العام للدائنين العاديين على إطلاقه وكما ورد في نص المادة 365 مدني أردني؛ في حين جاء هذا البحث ليقيد ذلك، ومن جهة أخرى كانت المراكز التي أشارت لها هذه الدراسة (الدعوى المباشرة وحق الاحتباس) تؤخذ ضمن السياق القانوني الواردة فيه لا غير ودون محاولة ربطها ودراسة مدى تأثيرها على الضمان العام للدائنين ؛ في حين جاء هذا البحث ليجسر ذلك.

وعليه قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المساواة في الضمان العام بين الدائنين العاديين وآليات تطبيقه

المبحث الثاني: حالات استيفاء الدائن العادي حقه بالأفضلية ومدى إخلال ذلك بمبدأ المساواة بين الدائني

ثم أتبعنا ذلك بالنتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ "المساواة في الضمان العام بين الدائنين العاديين" وآليات تطبيقه

للإحاطة بهذا الموضوع سيتم تقسيمه إلى مطلبين، نعالج في الأول مفهوم مبدأ المساواة بين الدائنين، بينما نتولى في المطلب الثاني بيان الآليات القانونية التي تكفل تطبيق هذا المبدأ.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ "المساواة بين الدائنين" في الضمان العام على أموال المدين

إن مبدأ المساواة بين الدائنين يجد منبعه في مبدأ المساواة بين الناس عموماً، فهذا المبدأ "الأخير" يعد من الحقوق اللصيقة بالإنسان من حيث كونه إنسان، وهذا المبدأ أقرته الشريعة الإسلامية وطبقته الدولة الإسلامية على مواطنيها وبغض النظر عن دينهم أو عرقهم أو لونهم[2]. كما يعد هذا المبدأ من المبادئ الدستورية الهامة التي تقوم عليها الدول الحديثة، حيث نص عليه الدستور الأردني في المادة السادسة منه[3].

وتفريعاً وتأسيساً على المبدأ السابق، فإن المشرّع الأردني أقره بين الدائنين لاقتضاء حقوقهم من أموال المدين بالسويّة، حيث جاء النص عليه في المادة (365) من القانون المدني الأردني[4] بالقول: "مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان".

وللإحاطة بموضوع هذا المطلب، سنتناوله في فرعين متتاليين، نبيّن في الأول مضمون هذا المبدأ، بينما نخصص الثاني لبيان شروط المال محل الضمان العام والنتائج المترتبة على قاعدة الضمان العام.

الفرع الأول

مضمون مبدأ "المساواة بين الدائنين" في الضمان العام على أموال المدين

الأصل أن يقوم المدين – طواعية - بتنفيذ التزامه، والأصل أيضاً أن يقبل الدائن هذا التنفيذ دون اعتراض، وهذا هو التنفيذ الاختياري[5]، وهذا التنفيذ الاختياري لا يثير مشكلة في مجال دراستنا التي نحن بصددها[6]، فإذا امتنع المدين عن الوفاء طوعاً، فإن الدائن يستعين بعنصر المسؤولية الكامن في الحق القانوني، فيحصل على الأداء رغم إرادة المدين، إذ باتَ من المسلمات أن لا يقتضي أحد حقه بنفسه، بل إن ذلك – إن حصل - يشكل جريمة جزائية يعاقب عليها القانون وتسمى جريمة استيفاء الحق بالذات[7]، كما أن من المسلمات أيضاً أن جسد المدين لم يعد ضامناً للوفاء بديونه، حيث كان القانون الروماني يجيز للدائن الذي يعجز مدينه عن الوفاء أن يسترقه بل ويقتله، ثم تطور الأمر ولم يعد للدائن إلا الحق في حبس مدينه، وإجباره على العمل لمصلحته،

وقد كان الإكراه البدني جائزاً في فرنسا وعالجته المواد (2059 – 2070) من القانون المدني الفرنسي وبقي معمولاً به حتى سنة 1867[8].

أما الشريعة الإسلامية، فقد شقت عصا الظلم عن المدين، ونقطة الابتداء في ذلك حديث الرسول ﷺ: (رحم الله امرئ سمحاً إذا باع، سمحاً إذا اشترى، سمحاً إذا قضى، سمحاً إذا اقتضى)[9]، وقد فرّق المسلمون في جواز حبس المدين (الإكراه البدني) بين المدين المعسر والمدين الموسر، بين القصور والتقصير، فالقصور عجز والتقصير قدرة، لذا اتفقوا على عدم جواز حبس المدين المعسر مستندين إلى قوله تعالى: {وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة}[10]، أما المدين الموسر فاختلفوا في جواز حبسه، حيث جاء اختلافهم رحمة، ولكن الرأي الراجح هو جواز حبسه، وسند هذا الفريق هو الحديث الشريف [مطل الغني ظلم]، وبامتناع المدين عن قضاء الدين مع قدرته صار ظالماً، والظالم يحبس[11].

وإن ما انتهى إليه الفقهاء المسلمون كان نتاج نظرة عميقة لرابطة الدائنية والمديونية، حيث جعل هؤلاء الفقهاء من هذه الرابطة علاقة بين ذمتين ماليتين لا علاقة بين شخصين، إذ الذمة المالية هي مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين، ولذا فإن الذمة المالية هي مجموع من الأموال الدائنة أو المدينة في الحال والاستقبال (الحقوق والالتزامات)، وطالما أن هذه الذمة المالية تحفظ الحقوق وتضمن الالتزامات، فمن المنطق أن يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع (الذمة المالية)، لا على مال معين بالذات، وهذا ما يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكاً له وقت نشوء الدين، فلما دخل هذا المال في الذمة المالية، أصبح أحد عناصرها، ويفسر كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملكاً للمدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ، لأن هذا المال انفصل عن المجموع، فلم يعد أحد عناصره[12].

وبالبناء على ما سبق، فإن محل التنفيذ الجبري للدائن هي الذمة المالية للمدين، ذلك أن من متمّمات الحكم القضائي الذي اكتسب الدرجة القطعية، وتضمن التسليم بالحق لمن صدر لمصلحته، ومن متمِّمات الحق الثابت المعترف به بحكم القانون، أن يكون لصاحب هذا الحق سلطة إجبار المحكوم عليه (المدين) على تنفيذ التزامه[13]، وبالتالي فإن الدائنين ينفذون بحقوقهم على أموال المدين، وسواء أكان التنفيذ عينياً أم بطريق التعويض، فإن مال المدين هو الذي يكون محلاً لهذا التنفيذ من جهة، ويشكل ضماناً عاماً للدائنين من جهة أخرى، وقد كرّس المشرّع الأردني هذا المبدأ في المادة (365) من القانون المدني بقوله: "مع مراعاة أحكام القانون، أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان"، والمستفاد من المادة (365) المذكورة أمران:

الأمر الأول: أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وهذا ما يسمى بالضمان العام

للدائنين، فهو يشمل جميع أموال المدين، وغني عن البيان أن هذا الضمان العام يكون قائماً وقت اليسر ووقت العسر، ذلك أنه وقت اليسر يقوم الدائنون باقتضاء ديونهم غير منقوصة، أما وقت العسر، أي عند عدم كفاية هذا الضمان، فيقتسم الدائنون ما هو موجود في ذمة المدين قسمة غُرماء، كل بقدر نسبة دينه إلى الآخرين[14]. كما أن هذا الضمان يشمل جميع أموال المدين الموجودة وقت التنفيذ وبغض النظر عن تاريخ نشوء حق الدائنية، ويمكنهم (الدائنون) التنفيذ على أموال المدين المتحققة بعد هذا التاريخ.

الأمر الثاني: أن الدائنين متساوون في حقهم بالتنفيذ على أموال المدين، وأنّ هذا الحق مقرر لهم جميعاً بالسويّة ودون مراعاة أسبقية نشأة حق دائن على حساب آخر، ولا أسبقية حلول أجل الوفاء بحقه، فلا أفضلية بينهم، بل إن آجال الديون غير المستحقة تسقط مراعاة لهذا المبدأ وحرصاً من المشرّع على المساواة بين الدائنين عند تنفيذهم على أموال المدين، وذلك حتى لا يسبق بعض الدائنين غيرهم لمجرد أن ديونهم مستحقة[15]، وأكثر من ذلك وتطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين، فإن المشرّع جعل تصرفات المدين في ماله – الموجود والذي لم يوجد بعد - غير نافذة في حق الدائنين جميعاً، وهذا الأثر لم يرجئه المشرّع إلى وقت صدور الحكم على المدين المعسر وإنما منذ تاريخ تسجيل الاستدعاء لدى سجل المحكمة[16].

ومما تقدم نستطيع القول إن القانون ساوى ما بين الدائنين من الناحية القانونية، فإذا قام أحد الدائنين بالتنفيذ على أموال المدين شاركه بقيّة الدائنين في هذا التنفيذ وتقاسموا جميعاً حصيلة ذلك قسمة غرماء[17]، ولكن إذا كانت هذه المساواة قائمة أمام القانون، فقد لا تكون كذلك من الناحية الفعلية، إذ قد لا يتقدم جميع الدائنين للمطالبة بحقوقهم والتنفيذ على أموال المدين، فلا تستطيع المحكمة التنبؤ بهؤلاء الدائنين وإدخالهم في طابق التنفيذ، وبالتالي يخرج هؤلاء من دائرة المساواة من الناحية الفعلية مع أنهم ضمن هذه الدائرة من الناحية القانونية[18].

وحاصل ما سبق أن أموال المدين تشكل الضمان العام للدائنين، على أن هذا الضمان العام يجب أن لا يختلط من حيث مفهومه بالتأمينات الخاصة التي تقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد الدائنين، فتقدمه على غيره من الدائنين، فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين، على أن المقصود بالدائنين في هذا المقام هم الدائنون العاديون، فهؤلاء متساوون ولا تمييز بينهم في اقتضاء حقوقهم، ومبدأ المساواة يخص هؤلاء الدائنين، ويشكل الضمان العام لهم نطاقاً لهذا المبدأ، أما الدائن غير العادي فهو الذي فضّله القانون وخوّله حق التقدم على الدائن العادي بمقتضى حق خاص كرهن أو امتياز على مال معين للمدين، ولكن يجدر التنويه أن هذا التقدم لا يكون إلا بالنسبة لهذا المال الذي ورد عليه الحق الخاص[19]، ولعل هذا ما قصده المشرّع الأردني في صدر المادة (365) سالف الإشارة لها حيث نصت: "مع مراعاة أحكام القانون، أموال

المدين..."، وعليه فالمساواة مبدأ يخص الضمان العام وعدم المساواة (التقدم) يخص التأمينات الخاصة، ومن الفروق بينهما (الضمان العام والتأمينات الخاصة) أيضاً أن الضمان العام لا يكفل حق التتبع لأحد الدائنين، فإذا باع المدين شيئاً من ماله، خرج هذا المال من الضمان العام، ولا يستطيع الدائن العادي أن يتتبعه في يد المشتري، كما كان يستطيع لو أن له تأميناً خاصاً على هذا المال[20].

وغني عن البيان أن الضمان العام يشمل جميع أموال المدين الحاضرة وقت نشأة حقوق الدائنين وكذا المتحققة بعد هذا التاريخ، في حين أنه لا يشمل الأموال التي لا يجوز الحجز عليها بموجب نص قانوني.

الفرع الثاني

شروط المال محل الضمان العام والنتائج المترتبة على قاعدة الضمان العام

إن محل التنفيذ يعتبر ركناً هاماً من أركان عملية التنفيذ الجبري، والقاعدة أن للدائن أن يطلب جبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ما دام ذلك ممكناً[21]، فالقاعدة الأساسية في الوفاء هي الوفاء العيني، حيث يكون محل التنفيذ هو نفسه محل الحق الموضوعي للدائن، الذي هو في نفس الوقت محل التزام المدين.

وما سبق لا تثور بصدده مشكلة الضمان العام[22]، لأن محل الوفاء محدد بمال معين – كما أسلفنا -، على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين[23]، أو أصر المدين على رفض التنفيذ[24]، فعند ذلك يصار إلى التنفيذ بطريق التعويض بواسطة الحجز على أموال المدين[25]، وهنا تكون كل أموال المدين محلاً للتنفيذ متى كان جائزاً الحجز عليها قانوناً سنداً لقاعدة أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه[26]، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية بأحد أحكامها بالقول: "لأن من حق الدائن أن يسعى لبقاء أموال المدين جميعها باعتبارها ضامنة للوفاء بديونه تحت يد المدين..."[27]. وحتى يكون المال مما يصح التنفيذ عليه، وبالتالي يدخل في طابق الضمان العام للدائنين فإنه لا بد من توافر شروط معينة فيه، نذكر منها:

الشرط الأول: أن يكون المال مملوكاً للمدين وبصفته تلك

ويعني هذا الشرط ثبوت ملكية المال للمدين، وذلك حتى يجوز إيقاع الحجز عليه، فلا يمكن للدائن أن يطلب من القضاء إيقاع الحجز على مال مملوك للغير ابتداءً، وإذا تبين أن الحجز وقع على مال الغير انتهاءً، فإن ذلك يعدّ اعتداءً على حق الغير في ملكه[28]، وبالنتيجة يقع الحجز باطلاً، ذلك أن أموال المدين وحدها هي الضامنة للوفاء بديونه والتزاماته[29]، كما لا يجوز للمدين نفسه أن يقوم بالوفاء إلا إذا كان مالكاً لما وفّى به[30]. ويثور تساؤل فيما إذا كان يصح الوفاء من المدين ناقص الأهلية، سواء أكان صغيراً مميزاً أو كبيراً معتوهاً أو محجوراً عليه؟ وفي الإجابة على ذلك يمكن القول إن الأصل أن يكون الموفي أهلاً للتصرف في الشيء محل الوفاء، ولكن لو وقع الوفاء ممن ذكروا صح وفاؤهم ما لم يلحق الوفاء بهم ضرراً[31]،

وهذا يقودنا إلى القول أن الحجز لو وقع على مال المدين ناقص الأهلية لصغر أو عته أو حجر فإنه يكون صحيحاً لاتحاد العلّة السابقة. وإن قاعدة ثبوت ملكية المال للمدين تستلزم أن تكون تلك الملكية بتلك الصفة، أي أن يكون المالك أصيل الملكية، لا أن يكون مالكاً بصفته وكيلاً أو نائباً قانونياً أو قضائياً.

ولكن هل تستلزم قاعدة ثبوت الملكية السابقة أن تكون هذه الملكية مفرزة، أم يجوز التنفيذ على الحصة الشائعة للمدين خصوصاً في ملكية العقار؟

ذهب القانون الفرنسي إلى اشتراط أن تكون ملكية المدين مفرزة، بينما سكت القانون المصري عن الإجابة على ذلك[32]، أما القانون الأردني فقد أجاب على ما سبق بالإيجاب وأجاز بيع حصة المدين أو الشريك في العقار غير القابل للقسمة[33]، كما أجاز للشريك على الشيوع أن يرهن حصته الشائعة رهناً تأمينياً، حيث إن الرهن التأميني طريق ممهّد لنزع الملكية والتنفيذ عليها[34].

بيد أنه إذا كانت قاعدة ملكية المال للمدين تمثل الأصل المنطقي للتنفيذ، إلا أن هذا القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات التي تجيز الحجز والتنفيذ على مال الغير لحساب دين المدين ومن هذه الاستثناءات:

1. امتياز المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، حيث يكون لهذه المبالغ امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته، ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل[35].
2. امتياز مؤجر العقار على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ولو كانت مملوكة للغير[36].
3. أجرة العقارات والأراضي الزراعية وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار على المنقولات الموجودة فيها ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو للغير وضمن الشروط الواردة في المادتين 1437، 1438 مدني أردني.
4. التنفيذ على مال الكفيل العيني في الرهن التأميني، حيث أجاز المشرّع التنفيذ على عقاره قبل الرجوع على المدين[37]، وكذا الحكم بالنسبة للكفيل الشخصي[38].

الشرط الثاني: أن يكون محل التنفيذ حقاً مالياً أو مالاً متقوماً:

حيث يشترط في التصرفات القانونية عموماً وفي إجراءات التنفيذ أيضاً أن يقع الحجز على ما يمكن للدائن أن ينتفع به، وحتى يكون الأمر كذلك فلا بدّ أن يتم ذلك على مال أو حق مالي، حيث ذهب المشرّع الأردني إلى أنه: "في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوماً"[39]، وهو ما ينطبق على المحل الذي يجوز التنفيذ عليه، وإذا كان معنى المال معروفاً، حيث إنه إذا نقل من لغة الاقتصاد إلى لغة القانون سمي حقاً مالياً، أي له قيمة مالية[40]، وحيث إن المشرّع الأردني عرّف المال بأنه كل عين أو حق له قيمة مادية (والأصح القول قيمة مالية) في التعامل[41]، لكن باشتراطه أن يكون المال متقوماً فلم يبين القانون المدني الأردني معناه،

ولكن وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية – وهي مصدر هذه التسمية - نجد أن المال المتقوم له معنيان:

الأول: ما يباح الانتفاع به، والثاني: بمعنى المال المحرز، فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز[42].

والحقوق المالية قد تكون حقوقاً شخصية أو حقوقاً عينية أو معنوية. ويجوز التنفيذ على مال المدين سواء أكان في حيازته[43] أم في حيازة غيره[44]، يستوي أن تكون هذه الأموال منقولات أو عقارات[45] أو أسهم أو سندات لحاملها أو قابلة للتظهير[46]، وقد ذهب المشرّع الأردني بعيداً لحماية حقوق الدائن حيث أجاز أن يوقع الحجز على ما يكون لمدينه من الأموال المنقولة لدى الغير أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط[47]، بل وأجاز المشرّع الأردني للدائن نفسه أن يوقع الحجز على ما تحت يده بما يكون مديناً به لمدينه[48].

الشرط الثالث: ألا يكون المال من الأموال التي لا يجوز التنفيذ عليها، حيث استثنى المشرّع بعض أموال المدين من التنفيذ عليها من قبل الدائنين وبالتالي خروجها من ضمانهم العام لاعتبارات مختلفة نذكر منها:

أ. **اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة:** ومن هذه الأموال، أموال الوقف والامتيازات والرخص الممنوحة من الدولة وكذا الأموال التي تتمتع بالحصانة من إجراءات التنفيذ وفق أحكام الاتفاقيات الدولية، والأموال العامة[49].

ب. **اعتبارات إنسانية:** حيث أخرج المشرّع بعض أموال المدين من الضمان العام للدائنين للاعتبار السابق، ومن هذه الأموال بيت السكن والألبسة اللازمة والأثاث الضروري للمدين ومن يعيلهم شرعاً، أدوات الطعام، والأدوات اللازمة لمزاولة المدين مهنته[50].

ج. **اعتبارات مادية:** حيث استثنى المشرّع الأموال المتصلة بالمال غير المنقول من التنفيذ عليها على وجه الاستقلال عن المال غير المنقول، كالتوابع المتصلة به والمخصصة لخدمته[51].

د. **لحماية مصلحة مشروعة:** ومثال ذلك الشرط المانع من التصرف الذي يشترطه المالك على المتصرف إليه والذي يمنع بموجبه الأخير من التصرف بملكه حماية لمصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير وبشرط أن يكون ذلك لمدة محددة وأن يكون الشرط مشروعاً.

وغني عن البيان أيضاً أن المال إذا كان ممنوعاً التصرف به، فإن هذا يعني تجميد انتقال ملكيته ريثما يزول أثر الشرط المانع، ذلك أن ملكية المالك في هذه الحال مقيدة وليست مطلقة، وطالما هي كذلك، فلا يجوز انتقالها ليد أخرى بالتنفيذ عليها من قبل الدائنين وبالتالي خروجها من ضمانهم العام خلال مدة المنع.

وبعد أن استعرضنا الشروط الواجب توافرها في المال الذي يدخل ضمن نطاق الضمان العام للدائنين، فإن هذه القاعدة

(جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه) يترتب عليها عدد من النتائج القانونية ومن هذه النتائج:

أولاً: حرية الدائن في البدء في التنفيذ على أي مال من أموال المدين:

إن مقتضى هذه النتيجة يعني أن للدائن الحرية في الابتداء بالتنفيذ على أي مال من أموال المدين دون أن يلزم المدين بالتقيد بالبدء بالتنفيذ على مال معين، ذلك أن مقتضى قاعدة الضمان العام هو أن جميع أموال المدين قابلة للتنفيذ، وطالما هي كذلك فإن المطلق يجري على إطلاقه، وبالتالي تطلق يد الدائن في اختياره للمال الذي يشاء من أموال المدين ليقع التنفيذ عليه وأينما وجد هذا المال، حيث ألزم قانون التنفيذ مأمور الحجز أن يحجز أموال المدين أينما وجدت بشرط أن يتحقق من ملكيته لها[52]، وسواء كانت هذه الأموال تحت يد المدين أو تحت يد الدائن أو لدى الغير، وسواء كانت هذه الأموال من المنقولات العادية كالنقود والمجوهرات أو من الأسهم والسندات إذا كانت لحاملها أو قابلة للتظهير[53]، أو من العقارات المسجلة في دائرة تسجيل الأراضي أو من العقارات غير المسجلة لدى دوائر التسجيل[54].

وإذا كان ما سبق هو الأصل، فإن هناك بعض الاستثناءات ترد على هذا الأصل نذكر منها:

1. إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فلا يجوز اقتضاء الدين من غير العقار المرهون، وليس له أن يطلب الرجوع على المدين قبل التنفيذ على عقاره[55]، وبالتالي فإن العقار المخصص في هذه الحال للوفاء بحق الدائن هو الذي ينفذ عليه أولاً قبل التنفيذ على غيره من أموال المدين.
2. في الرهن الحيازي فإنه على الدائن المرتهن أن ينفذ على المال المرهون أولاً ثم على سائر أموال المدين عند عدم استيفاء كامل دينه، وبالتالي فإن قاعدة التخصيص هذه (تخصيص مال معين لوفاء دين معين) تتقدم على قاعدة الضمان العام وتشكل استثناءً عليها في هذا المقام[56].
3. إن قاعدة التخصيص في الرهن الحيازي سالفة الذكر تسري أيضاً على المرتهن رهناً تأمينياً أيضاً، حيث أنه يتوجب على المرتهن رهناً تأمينياً أن يستوفي دينه أولاً من العقار المرهون، عند حلول أجل الدين وطبقاً لمرتبته، فإذا لم يفِ العقار بدينه كان له الرجوع بباقي دينه على أموال المدين كدائن عادي[57].
4. وفي مجال عقد الكفالة العادية، إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامناً، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين[58].
5. قاعدة الدفع بتجريد الكفيل أولاً من قبل الدائن قبل الرجوع على كفيل الكفيل ما لم يكن متضامناً معه[59].
6. في مجال التوثيقات العينية بنص القانون (حقوق الامتياز)، فإن الامتياز الخاص يرد على منقول أو عقار معين ويتقدم على

الامتياز العام للدائن الذي يكون على جميع أموال المدين[60].

7. في شركة التضامن فإنه لا يجوز لدائن شركة التضامن التنفيذ على الأموال الخاصة للشركاء فيها لتحصيل دينه إلا بعد قيامه بالتنفيذ على أموال الشركة، فإذا لم تكفِ هذه الأموال لتسديد دينه فله بعد ذلك الرجوع بما تبقى منه على الأموال الخاصة للشركاء[61].

ثانياً: إطلاق يد الدائن في التنفيذ على أي مال مملوك للمدين:

طالما أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه فإن ذلك يستتبع ويستنتج منه أن للدائن الحق في التنفيذ على أي مال من هذه الأموال، ولعل ذلك يرجع في سببه إلى نظرة القانون المدني عموماً والأردني على وجه الخصوص إلى الالتزام نظرة موضوعية، وأن الدّين يشكل عنصراً من عناصر الذمة المالية ويندمج فيها، وأن العلاقات القانونية في الحقوق الشخصية هي علاقات بين ذمم مالية، فتكون ذمة مدينة لذمة، وبالتالي فإن الذمة في مجموعها تكون مدينة، وهذا يعني أن التنفيذ يكون على الذمة المالية بجميع مشتملاتها وأن الدائن حر في التنفيذ على أي عنصر من عناصر هذه الذمة المالية. على أن هذا الأصل يحده وينتقص منه الأموال التي لا يجوز التنفيذ عليها، وهنا يثور التساؤل حول هذا السقف ومن يقع عليه عبء إثباته؟ أي أنه هل الدائن عليه أن يبتعد ابتداءً عن الأموال التي لا يجوز الحجز عليها من تلقاء نفسه، أم يقع على المدين عبء إثبات هذا المنع؟ وفي الإجابة على ذلك يمكن القول إن الأصل أن ينفذ الدائن على أي مال من الأموال المملوكة للمدين، وليس على الدائن أن يثبت أن المال الجاري التنفيذ عليه هو من الأموال التي يجوز التنفيذ عليها، وإنما على المدين أن يثبت أن هذا المال مما لا يجوز التنفيذ عليه، ذلك أن الأصل أن جميع أموال المدين هي ضمان للدائن وبالتالي يجوز التنفيذ عليها، إلا ما استثني منها بنص، والاستثناء هو الواجب الإثبات؛ لأنه يرد على خلاف الثابت أصلاً أو فرضاً أو ظاهراً أو عرضاً[62].

ثالثاً: لا لزوم للتعادل بين قيمة الدين وقيمة المال محل التنفيذ:

قد يتبادر إلى الذهن بداية أن للدائن الحق في اقتضاء دينه، وحتى يتحقق ذلك، فإن عليه أن يحجز من أموال مدينه ما يحقق هذا الغرض، وبما لا يزيد عليه إضراراً بالمدين، ولكن هذا الحال قد يغدو صحيحاً في حال استئثار الدائن بقيمة المال المحجوز عن بقية الدائنين الآخرين، ولكن الأمر ليس على هذا الحال من الناحية الواقعية ولا القانونية، ذلك أن شروع الدائن في التنفيذ على مال معين من أموال المدين لا يحصّنه من تدخل غيره من دائني المدين في التنفيذ على ذات المال وبالتالي لا يستأثر بالتنفيذ على ذلك المال، ولا حتى - في حال الاشتراك مع غيره من الدائنين- تعطيه أسبقيته في الحجز على مال معين أفضلية التقدم في اقتضاء حقه من ذلك المال على الدائنين التالين له في الحجز، بل يشترك مع بقية الدائنين الحاجزين الجدد وتصبح الأموال المحجوزة

لمصلحتهم جميعاً ويتقاسموها فيما بينهم قسمة غرماء[63]، وطالما أن الدائن الحاجز لا يستطيع التنبؤ مسبقاً بعدد الدائنين الذين يمكن أن يتقدموا ويشاركوه في الحجز ولا بقيمة حجوزاتهم فقد بدا – وخلافاً لما نرى - منطقياً إعطاء ذلك الدائن الحق بالحجز التنفيذي على جميع أموال المدين[64]، على أن ما سبق لا يعني حصول الدائن على أكثر من قيمة دينه في ذمة المدين.

المطلب الثاني

الآليات القانونية التي تكفل تطبيق مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام على أموال المدين

إن المشرّع الأردني وإن كان قرر للدائنين ضماناً عاماً على أموال المدين، وأن هؤلاء الدائنين متساوون في هذا الضمان من الناحية القانونية، إلا أن الحماية التي تكفل تطبيقه لا تطّرد، ذلك أن هناك ثمة مخاطر عدة تهدد هذا الضمان[65]، وتنتقص بالتالي من حقوق الدائن، فالأخير مهدد بسوء إدارة المدين لأمواله، وهو (الدائن) تحت رحمة المدين من تبديد أمواله، مما ينجم عنه عجز ما تبقى من الأموال عن السداد، وقد يرتب أيضاً التزامات جديدة على ذمته المالية، مما يفتح الباب لوجود دائنين جدد يزاحمونه فيما عساه أن ينوله من بقايا تلك الذمّة، فالضمان العام وتساوي الدائنين فيه لا يرفع يد المدين عن التصرف في أمواله من جهة ولا يخوّل الدائن سلطة قانونية تمنع المدين من التعامل مع دائنٍ جديدٍ من جهةٍ أخرى.

أمام هذا الضعف الذي يكتنف الضمان العام – وخارج نطاق التأمينات العينية والشخصية - فإن المشرّع أعطى للدائنين آليات قانونية لحمايتهم من تصرفات المدين التي قد يترتب عليها مساساً بضمانهم العام أو انتقاصاً منه، حيث نظّم المشرّع بعض الآليات التي تكفل تطبيق مبدأ المساواة بين الدائنين، وذلك بالمحافظة على الضمان العام من المخاطر التي يمكن أن تحيق به، حيث سنبحث بإيجاز وبما يفي بغرض هذه الدراسة ثلاث من هذه الآليات (الدعوى غير المباشرة، دعوى الصورية، دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين) ودورها في الحفاظ على الضمان العام وبالتالي تطبيق مبدأ المساواة بين الدائنين، ذلك أن هذه الطرق تردّ جميعها إلى أصل واحد، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته، وهذا الضمان العام يخول للدائن حقاً في مراقبة أموال المدين، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه تقصير المدين أو غشه[66].

الآلية الأولى: الدعوى غير المباشرة:

نظم المشرّع الأردني الدعوى غير المباشرة بموجب نص المادتين (366 و367) من القانون المدني الأردني، وهذه الدعوى هي وسيلة قانونية أعطاها المشرّع للدائن يمكنه بموجبها رفع دعوى ضد مدين مدينه وباسم مدينه الأصلي ولحسابه[67]، بحيث تمكنه هذه الدعوى من مباشرة جميع حقوق المدين المهمل إلاّ ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز، وضمن شروط حددها القانون[68].

والفكرة التي تقوم عليها هذه الدعوى هي وجود مصلحة مشروعة للدائن في حفظ حقه في الضمان العام لمدينه، مستمداً هذا الحق من القانون، ولذا فإنها تقام بإسم مدينه ونيابة عنه، والنيابة هنا تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل وذلك على خلاف الأصل العام، ولعله من أجل ذلك يشترط القانون إدخال الأصيل خصماً في الدعوى. ومن أهم ما تتميز به هذه النيابة أنه لا يجوز للدائن أن يصالح على الحق الذي يستعمله بإسم المدين، ولذا فإن نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه، فهي نيابة قانونية من نوع خاص[69].

فالدعوى غير المباشرة هي آلية تمكن الدائن من المحافظة على حقه في الضمان العام، وذلك باستعمال حقوق مدينه ونيابة عنه جرّاء إهمال وتقصير الأخير في المطالبة بتلك الحقوق[70]، فالحكم الذي يصدر في الدعوى يصدر لصالح المدين المهمل لا لصالح الدائن رافع الدعوى، وفي ذلك مصلحة للدائن بإرجاع حقوق مدينه إلى ذمة ذلك المدين ليسهل على الدائن الرجوع عليها بعد ذلك.

كما أن هذه الدعوى تحقق المساواة بين الدائنين من وجهين: الأول: أنها تتيح لجميع الدائنين ممارسة هذه الدعوى، فهم متساوون في ممارسة هذا الحق[71]، أما الوجه الثاني: فهو أنَّ كل نفع يعود من ممارسة هذه الدعوى يدخل في ذمة المدين ويكون ضماناً لجميع الدائنين، أي أن هؤلاء الدائنين متساوون في هذا الضمان[72]، وبالتالي فإن هذا الدائن رافع الدعوى يخضع لقسمة الغرماء حيث لا يستأثر بثمرة دعواه، وهذا ما يعزّز مبدأ المساواة بين الدائنين[73].

الآلية الثانية: دعوى الصورية:

إذا استشعر المدين قرب بدء إجراءات التنفيذ على أمواله، فإنه قد يلجأ إلى إخراج هذه الأموال أو بعضاً منها من خلال التصرف بها تصرفاً صورياً يجعل هذه الأموال ملكاً للغير في حين أنها في حقيقتها باقية في ملك المدين، وبالتالي فإن ما سبق يمس بحق الدائنين في ضمانهم العام عبر إخراج هذه الأموال مما تطاله يد الدائنين، ولذا قام المشرّع الأردني وحماية لهذا الضمان العام فقد منح الدائنين حق رفع دعوى الصورية ونظّمها في المادتين (368، 369) من القانون المدني، بحيث تمكن هذه الدعوى الدائن من إثبات صورية التصرف الذي قام به المدين وأن هذا التصرف يخفي وراءه تصرفاً حقيقياً مستوراً، وبالنتيجة إثبات أن أموال المدين باقية في ذمته المالية مما يمكن الدائنون ممارسة حقهم بالتنفيذ عليها[74].

ومجال ممارسة التصرفات الصورية هي العقود، ولكن ذلك يضاف إليه التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد والموجهة لشخص معين – حتى نستثني التصرفات الموجهة للجمهور كالوعد بجائزة -، ومثال الأخيرة التنازل عن حق عيني كالرهن أو الإبراء من دين.

وإعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة والذي يتماشى مع الهدف من الدعوى الصورية، فإن العقد الصوري الظاهر لا وجود له من الناحية

القانونية بين المتعاقدين وخلفهما العام وهذا ما ينطِق به صريح نص المادة (369) مدني أردني، لأن إرادتهما اتجهت للعقد المستتر، وعليه ففي البيع الصوري يبقى البائع مالكاً لمحل البيع الصوري بل ويستطيع أن يتصرف به بالبيع لشخص ثانٍ وهذا الأخير يعد المالك الحقيقي، وبالمقابل فإن المشتري الصوري لا تنتقل له الملكية، وبالمحصلة فإن العين المبيعة تبقى في ملك البائع الصوري وتعد أحد أفراد الضمان العام للدائنين الذي يستفيد منه ليس فقط رافع دعوى الصورية وإنما سائر الدائنين مما يعزز هذا الضمان العام ويحقق المساواة بين الدائنين[75].

الآلية الثالثة: دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن

الأصل أن انشغال ذمة المدين بديون معينة لا يرفع يد المدين عن التسلط على أمواله والتصرف بها كيف شاء، سواء كانت هذه التصرفات تعود بالنفع أو الضرر على تلك الذمة المالية، ما لم يصدر حكم بالحجر على المدين، فتغل يده ويمنع من التصرف في ماله.

كما أن الأصل في التصرفات القانونية عموماً هو حسن النيّة، حسن النيّة هنا يراد به عدم الإضرار بالغير، ويضاف إلى الأصلين السابقين أصل ثابت هو أن الدائن طالما لم يحتط لدينه بضمان خاص – شخصي أو عيني- فإنه يرتد إلى الضمان العام الذي تشكله ذمة مدينه بعناصرها الإيجابية والسلبية. وبالبناء على الأصول الثلاثة السابقة، فإن تصرفات المدين في أمواله تعدّ نافذة في حق الدائنين وتنعكس تعزيزاً أو تقليلاً من ضمانهم العام، فإذا اغتنت الذمة المالية نتيجة تصرفات المدين تعزّز الضمان العام للدائنين، وإلاّ ضعف هذا الضمان.

لكن المدين إذا خالف ما سبق بأن تصرف على خلاف ما يقضي به حسن النيّة بأن تصرف بماله وكان القصد من تصرفه الإضرار بالدائنين من خلال إنقاص ضمانهم العام، فيكون -والحال كذلك- أن يعطي الدائن حق اتقاء سوء نية المدين بالمطالبة باعتباره أجنبياً عن تلك التصرفات وعدم نفاذ أثرها إليه، وبالتالي إبقاء الأموال محل تلك التصرفات بالنسبة للدائن في ذمة المدين وداخل دائرة ضمانه العام، ومقتضى هذا عدم بطلان تلك التصرفات بين أطرافها وبقاءها قائمة فيما بينهم[76]، حيث اتجهت نيّة هؤلاء الأطراف لترتيب آثارها فيما بينهم، فهم لم يقصدوا غش بعضهم، ولكن كان المراد بالغش هو غش الدائن، وعليه فالغش هنا نسبي الوجهة والأثر وليس مطلقاً، فالأخير يقتضي بطلان التصرف لأنه موجه للكافة، بينما هو في حالتنا هذه موجه للدائنين من جهة وصحيح فيما بين أطرافه من جهة أخرى، لذا كان صحيحاً نافذاً بين أطرافه وغير نافذ تجاه من أريد الإضرار بهم وهم الدائنون إعمالاً لقاعدة الجزاء من جنس العمل.

وبما سبق تناول المشرّع الأردني هذه الدعوى في المواد (370 – 374) من القانون المدني، وفرّق بين تصرفات المدين في التبرعات عنها في المعاوضات، حيث جعل من مجرد إحاطة

الديون الحالة أو المؤجلة بأموال المدين مانعاً من التبرعات (المادة 370)، أما إذا طالب الدائنون المدين الذي أحاط الدين بماله، فلا يجوز له التبرع بماله ولا حتى التصرف فيه معاوضة، وللدائنين أن يطلبوا الحكم بعدم نفاذ تصرفه في حقهم (المادة 371)، حيث يجوز لأي من الدائنين رفع هذه الدعوى عند توافر شروطها، وفي هذا مساواة بين الدائنين من جهة وحفظاً للضمان العام من جهة أخرى.

ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين يضارون به[77]، ومرة أخرى تقع المساواة بينهم في هذا الأثر المترتب على الدعوى (المادة 373).

المبحث الثاني

حالات استيفاء الدائن العادي حقه بالأفضلية ومدى إخلال ذلك بمبدأ المساواة بين الدائنين

إذا كان المشرّع الأردني كرّس مبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه في المادة (365) مدني أردني، كما أسلفنا في المبحث السابق، إلا أن هذا الضمان العام لا يشكّل حماية كافية لحق الدائن، حيث يبقى المدين مطلق اليد في التصرف بأمواله، بل وترتيب ديون جديدة على هذا الضمان، ولا يملك الدائن سلطة قانونية لمنعه من ذلك.

ويضاف إلى ضعف الحماية السابق ضعفاً آخر، حيث إن قاعدة المساواة بين الدائنين تشركهم جميعاً في قسمة أموال مدينهم قسمة غرماء كل بنسبة حصته دون مراعاة أسبقية نشأة حق دائن، ولا أسبقية حلول أجل الوفاء، فلا أفضلية بينهم، مما سيؤدي إلى تقليل نصيب كل دائن من هذه الأموال وبالتالي عدم استيفاء حقه بالتمام.

وإزاء الحاجة إلى منح الائتمان لتحريك العجلة الاقتصادية، وإزاء أن الضمان يعد أساس هذا الائتمان، وخارج نطاق التأمينات العينية والشخصية، فإن هناك مراكز قانونية[78] تجعل للدائن العادي حق أفضلية على غيره من الدائنين العاديين تنجيه من مزاحمتهم، رغم عدم حصوله على تأمين عيني أو شخصي ولا حق امتياز.

إن هذه الأدوات القانونية وبالرغم من أنها قررت بموجب أحكام القانون، إلا أنه لا يوجد لها نظامٌ قانونيٌّ مستقلٌّ جامعٌ بينها أسوة بالتأمينات الشخصية والعينية، فالقانون هو الذي وفّرها للدائن العادي ووضعه فيها دون سعي من الأخير إليها، وسمح له استيفاء حقه بالأفضلية على زملائه من الدائنين بالرغم من أنه دائن عادي مثلهم، وبالتالي فهي تمكّنه من الخروج عن قاعدة المساواة بين الدائنين مع احتفاظه بصفة الدائن العادي.

وما سبق يدفعنا لدراسة مثالين لهذه الضمانات وهي: الدعوى المباشرة والحق في الاحتباس ضمن مطلبين متتالين.

المطلب الأول

الدعوى المباشرة وسيلة ضمان قانوني للدائن العادي

سنتناول هذه الدعوى ضمن خصوصية الغرض من هذا البحث وبما يحقّق الغاية منه، ولذا سنعمد إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

نتناول في الأول منهما: فكرة الدعوى المباشرة كمركز قانوني للدائن العادي، بينما نبحث فاعلية الضمان الذي تحققه هذه الدعوى في فرع ثانٍ.

الفرع الأول

فكرة الدعوى المباشرة كمركز قانوني للدائن العادي

تعتبر الدعوى المباشرة دعوى استثنائية، ولذا لم يضع المشرّع الأردني نظرية عامة لتنظيمها، وإنما لا بد من ورود نص خاص لكل حالة تتقرر بها، ولذا وجدت نصوص متناثرة بين ثنايا القانون المدني الأردني لتقرر حالات ممارسة هذه الدعوى، فهذه الدعوى وردت على سبيل الاستثناء، ومن القواعد الكلية أن الاستثناء يقدَّر بقدره ولا يتوسع في تفسيره ويؤخذ ضمن أضيق الحدود، وذلك للأسباب التالية:

أولاً: تعدّ هذه الدعوى خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يقضي بأن الإرادة هي مصدر كل العلاقات التعاقدية، فالعقد يستمد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين[79] لا غير، وإن إقحام الدائن في العلاقة القانونية بين مدينه ومدين المدين هو تعدٍّ على هذا المبدأ.

ثانياً: كما تعدّ هذه الدعوى خروجاً على مبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يقضي بأن أثر العقد وما يرتبه من حقوق والتزامات ينشأ في ذمة المتعاقدين لا غير، فلا يفيد ولا يضر غيرهما[80]، وبالتالي فإن العلاقة القانونية يجب أن تقتصر على هؤلاء الأطراف[81]، وإن الدعوى المباشرة تتيح للدائن الرجوع على مدين مدينه ومطالبته بحقوق مدينه، مع أنه يعد غيراً بالنسبة لمدين المدين، ولذا تعدّ هذه الدعوى استثناءً جدياً يرد على مبدأ نسبية آثار العقد.

ثالثاً: تعدّ هذه الدعوى خروجاً أيضاً عن الأصل العام لقاعدة المساواة بين الدائنين العاديين حيث تمنح صاحبها حق اقتضاء دينه بالأفضلية على الدائنين العاديين الآخرين، مع أنه لا يتمتع بضمان خاص فهو يستأثر بنتائج هذه الدعوى دون مزاحمة منهم.

رابعاً: لا تثبت هذه الدعوى إلا بنص خاص وصريح يقضي بها، ولذا فهي تعدّ من النظام العام، وعليه فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تقريرها بدون نص خاص.

خامساً: تعتبر الدعوى المباشرة دعوى كاملة بالمعنى الفنّي والأصوليّ، فهي دعوى قائمة بذاتها ونتيجة حكمها ينصرف إلى أطرافها وحدهم، بخلاف الدعوى غير المباشرة والتي لا تعتبر دعوى مستقلة يمارسها الدائن لوحده، بل هي (غير المباشرة) دعوى المدين يباشرها الدائن باسمه ولحسابه ويجب إدخال المدين فيها.

وبالبناء على ما سبق فإن ذلك يقودنا للقول إن هذه الدعوى تعدّ مظهراً من مظاهر رعاية المشرّع الأردني للدائن، وهي من الوسائل الفعّالة في الحفاظ على الضمان العام له بحيث تجعله يستأثر بنتائج تلك الدعوى دون مزاحمة بقية الدائنين، بل إنها تزيد من فرص حصول الدائن على حقه بإضافتها مدينا جديدا يلتزم بمقتضى القانون إلى جوار المدين الأصلي[82]، وبالتالي فإن هذه الدعوى تعطي الدائن مركزاً قانونياً متميزاً عما سواه من الدائنين العاديين الآخرين تمكنه من اقتضاء دينه بالأفضلية عليهم، وبمعنى أكثر

تحديداً فإن هذه الدعوى ضمان من نوع خاص تهدف لحماية الضمان العام للدائن رافع الدعوى وحده دون حماية الضمان العام لسائر الدائنين الآخرين، وذلك على العكس تماماً من الدعوى غير المباشرة والتي تعدّ ضماناً عاماً لكافة الدائنين، و يُعدّ رافعها من جملتهم[83].

إن ما سبق ينبني عليه أن الدعوى المباشرة هي دعوى شخصية تتعلق بالمطالبة بدين في ذمة مدين المدين، فعمال المقاول من الباطن لهم مطالبة صاحب المشروع بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي من أجور، والأجور هي حق شخصي، فتكون الدعوى شخصية، أما الدعوى غير المباشرة، فإن الدائن له أن يمارس حقوق مدينه جميعها سواء أكانت حقوقاً شخصية أو عينية، والدعوى تتبع الحق الذي يستعمله الدائن فتكون شخصية أو عينية.

الفرع الثاني

فاعلية الضمان الذي تحققه الدعوى المباشرة للدائن

نقطة الابتداء في هذا المقام أن هذه الدعوى تبنى على مصلحة جدّية للدائن، وأن هذه المصلحة الجدية تقوم على فكرة أن الدائن الذي تثبت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه، هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً في ذمة مدين المدين، بسبب منفعة قدّمها أو بسبب خسارة تحمّلها، فوجب أن يكون له أفضلية على هذا الحق الذي وجد بفعله.

فالمؤجر قدّم منفعة العين المؤجّرة للمستأجِر، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائناً بالأجرة للمستأجر من الباطن، والمضرور في حادث تَحَمَّلَ خسارة كانت هي السبب في وجود حق المسؤول قبل شركة التأمين[84].

والمصلحة الجدِّية الناشئة للدائن هنا يتوجب أن يقابلها فاعلية جدّية لحماية هذه المصلحة، وتتجلى مظاهر هذه الفاعلية من خلال النقاط التالية:

أولاً: مفهوم الدعوى المباشرة ذاتها: حيث عرّفها البعض بأنها سعي مباشر من الدائن إلى مدين مدينه على نحو يمكنه من الاستئثار وحده دون سائر الدائنين بثمار هذا السعي[85]، وهناك من عرّفها بأنها: وسيلة مقررة بنص قانوني خاص يلجأ إليها الدائن للمطالبة بما له في ذمة مدين مدينه في مواجهة مدين المدين، وتمنحه حقاً لا يزاحمه فيه الدائنون الآخرون فتضفي على حقه نوعاً من أنواع الضمان[86].

ومن خلال هذه التعريفات نجد أن غاية هذه الدعوى هو مطالبة الدائن بحقه من مدين المدين وباسم الدائن لا باسم المدين وبعدّه أصيلاً في الخصومة وبالتالي استئثاره (الدائن) بما يجنيه من ثمار هذه الدعوى دون مزاحمة من بقية الدائنين، وبمعنى آخر فهي توفر ضمانة فعّالة لحق الدائن رافع الدعوى في مواجهة سائر الدائنين الآخرين من خلال حمايته من قسمة الغرماء.

ثانياً: بساطة مباشرتها وإجراءاتها: حيث تمكن هذه الدعوى الدائن من الحصول على حقه في ذمة مدين المدين دون اتباع إجراءات متتابعة كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة حيث يحتاج الدائنون في الدعوى الأخيرة إلى رفع دعويين، الأولى وتذهب ثمرتها في حال نجاحها إلى ذمة المدين،

وعلى الدائن رفع دعوى أخرى بعد ذلك للتنفيذ على تلك الثمرة، بينما الدعوى المباشرة لا تحتاج إلى تعدد الإجراءات حيث يهدف الدائن للحصول على حكم مباشر بحقه من ذمة المدعى عليه (مدين المدين).

ثالثاً: تعدّ الدعوى المباشرة من الوسائل التنفيذية، حيث هناك وسائل تحفظية تهدف للحفاظ على الذمة المالية للمدين كالحجز التحفظي، ووسائل أكثر من تحفظية وأقل من تنفيذية كالدعوى غير المباشرة، ووسائل تنفيذية ومنها الدعوى المباشرة، وفي حال نجاح رافعها فإنه يهدف بسعيه المباشر للحصول على حقه، وهناك من ذهب إلى أنها طريقة من طرق الوفاء تحقق للدائن ما لا تحققه له القواعد العامة[87].

رابعاً: تجميد حق المدين في الذمة المالية لمدين المدين لصالح الدائن رافع الدعوى المباشرة:

يعدّ تجميد حق المدين في ذمة مدين المدين ذا أثر بالغ في فاعلية الدعوى المباشرة بالنظر إلى أن هذا التجميد يصب لصالح رافع الدعوى المباشرة، وبمعنى آخر فإن الدعوى المباشرة تجعل من رافعها الدائن القانوني لمدين المدين وتحييد الدائن الفعلي (المدين)، وإن هذه الفاعلية تلعب أثراً مزدوجاً، فبالإضافة إلى تحييد المدين، فإن هذه الفاعلية تمنح الدائن رافع الدعوى ميزة التقدم أيضاً على دائني المدين، حيث إن دين هؤلاء يدور مع دين مدينهم وجوداً وعدماً، كمالاً ونقصاناً، صحة وبطلاناً، فما دام حق مدينهم خرج عن سلطانه بفعل الدعوى المباشرة، فإنه يغدو صحيحاً القول إنه يخرج عن سلطان دائني المدين أيضاً ما هو خارج عن سلطان المدين إعمالاً لقاعدة التابع تابع، فالحق المجمد يتم تخصيصه للوفاء بحق الدائن مباشرة دون المرور عبر الذمة المالية للمدين وبالتالي لا يمكن لدائني هذا المدين مزاحمته، وهذا يعني أن رافع الدعوى المباشرة لا يتقدّم فقط على مدينِهِ وإنما أيضاً على دائني هذا المدين.

وقد كرّس القضاء الفرنسي ما سبق في القرار الصادر عن محكمة النقض في دعوى مباشرة مقامة ضد شركة التأمين بتاريخ 1997/6/15 حيث نص على أن الفعل الضار ينشئ ديناً مباشراً للضحية في وجه ضامن المسؤولية[88].

كما قنن المشرّع الأردني المبدأ السابق في المادة (931) من القانون المدني الأردني حيث نص على أنه: "لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المتضرر مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ما دام المتضرر لم يعوض عن الضرر الذي أصابه".

وغني عن البيان أن لجوء الدائن للدعوى المباشرة للرجوع على مدين المدين، لا يحرمه من حقه الأصلي في الرجوع على مدينه، ولذا فالدعوى المباشرة تزيد من فاعلية الضمان للدائن في هذا الشأن من خلال إضافة مدين آخر (مدين المدين) إلى جانب المدين الأصلي حيث يكون له الرجوع على أي منهما منفردين أو مجتمعين بقدر دينه المستحق في ذمة المدين[89].

ويعد حق الدائن حقاً مجرداً من الدفوع، حيث لا يجوز لمدين المدين التمسك بدفوع كان له الحق في أن يتمسك بها في مواجهة المدين، خصوصاً في دعاوى الضرر، وهذا مما يزيد من

فاعلية الدعوى المباشرة كضمانٍ للدائن، وقد طبّقت محكمة التمييز الأردنية ما سبق وقررت في أحد أحكامها: "استقر الاجتهاد القضائي على أن من أهم مزايا الدعوى المباشرة التي يرفعها المتضرر أو من يحل محله على شركة التأمين، هو أن مركزه في هذه الدعوى أقوى من فاعل الضرر المؤمن له، وليس لشركة التأمين أن تدفع في مواجهته بسقوط التعويض بسبب أن المؤمن له خالف شروط العقد، لأن حق المضرور تجاه شركة التأمين ولد وقت وقوع الحادث المسبب للضرر مستقلاً عن حق المؤمن له"[90].

ويتبين بجلاء من خلال الحكم السابق لمحكمة التمييز أن مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع ينتج فعاليته منذ نشأة الحق أي وقت وقوع الضرر، فلا يجوز أن يحتج تجاه الدائن بالدفوع اللاحقة لهذا التاريخ، أمّا الدفوع السابقة لوقوع الضرر فإنه يمكن الاحتجاج بها تجاه الدائن المضرور ومثال ذلك بطلان عقد التأمين[91].

المطلب الثاني

الضمان الناشئ عن حق الاحتباس للدائن العادي

الغرض من تناول حق الاحتباس في هذا المقام ليس مقصوداً لذاته، وإنما لبيان مدى ما يحققه هذا الحق من ضمان يتقدم به صاحبه على غرمائه الدائنين العاديين، مع احتفاظ صاحب هذا الحق بصفته كدائن عادي، ولذا سيتم تناوله بالقدر الذي يخدم الغرض السابق من خلال فرعين، نتناول في الأول منهما الطبيعة الاستثنائية لهذا الحق، بينما يخصص الثاني لمدى الضمان الذي يحققه حق الاحتباس للدائن العادي.

الفرع الأول

الطبيعة الاستثنائية لحق الاحتباس

بالرجوع لنصوص القانون المدني الأردني نجد أنه أدرج هذا الحق كآخر الوسائل المشروعة لحماية التنفيذ بعد الدعوى المباشرة، دعوى الصورية، دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، والحجر على المدين، مع أن طبيعة هذا الحق والغاية منه مقررة لمصلحة صاحب حق الاحتباس نفسه، بينما الوسائل التي سبقته فغاياتها مقررة لمصلحة جماعة الدائنين، وبالتالي فإن تلك الوسائل ما هي إلاّ آليات للحفاظ على الضمان العام لهم، بينما حق الاحتباس مخصص لضمان حق صاحبه، مع احتفاظه طبعاً بحقه في مشاركة غرمائه في الضمان العام.

والأصل أن الالتزام إذا ترتب في ذمة صاحبه أن يبادر إلى تنفيذه في الحال طوعاً وإلاّ كرهاً، أي أن القانون غايته تنفيذ الالتزام والسير به قدماً، أما الحق بالاحتباس[92] فهو امتناع عن الوفاء يخول صاحبه عدم تنفيذ الالتزام استثناءً على الأصل العام وبإرادة منفردة من الحابس وبالرغم من مخالفة ذلك لالتزامه بالرد وبالرغم من أن هذا الحبس ضد رغبة المالك، حيث نصت المادة (387) مدني أردني على أنه: "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوفِ بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به".

ويعزز الطبيعة الاستثنائية لحق الإحتباس أنه لا يطلب من صاحبه القيام بأي فعل إيجابي – كما هو الحال في الدعوى المباشرة أو المقاصّة- ليحصل على النتيجة المرجوة من هذا الحق، بل يكفي أن يتخذ صاحبه موقفاً سلبياً يتمثل في مجرد الامتناع عن أداء التزامه للوصول إلى النتيجة المرجوة. ويضاف لما سبق أن هذا الحق يخول صاحبه اقتضاء حقه بنفسه وتنصيب نفسه خصماً وحكماً في آن معاً وبالتالي الرجوع إلى عهد إقامة العدالة الخاصة[93] الذي تجاوزته القوانين الحديثة من خلال لجوء صاحب الحق إلى القضاء لحماية حقه المدعى به.

يضاف لما سبق من استثنائية هذا الحق أن الحابس حينما يتمسك بالحق في الحبس إنما يقر بالتزامه بالتسليم ويعترف في الوقت نفسه بعرضية حقه وبملكية الغير للشيء المحبوس، وفي هذا من التضاد ما لا يخفى.

كما أن حق الاحتباس هو دفع يمارسه الحابس ليدفع مطالبة الطرف الآخر بالتسليم[94]، وواقعة الحبس هذه كما يرى بعض الفقه بحق، يجب أن لا تذهب بنا إلى التفكير أن الحابس قد اكتسب حقاً منها، بل إنه بفضل ترخيص القانون بقيت حيازة الحابس مشروعة خلافاً للأصل بالتسليم[95].

وبالرغم من استثنائية الاعتبارات السابقة، إلا أن هذا الحق يبقى صدى لاعتبارات العدالة ومقتضيات حُسن النية في التعامل، حيث لا يقبل أن نلزم شخصاً بتنفيذ التزام نشأ بمناسبة علاقة قانونية طالما لم يكن الطرف الآخر هو مستعداً لتنفيذ التزامه للأول، فهو يعكس رد فعل طبيعي وعميق لدى الإنسان، حيث أن من حقه أن يستوفي الدين الذي له من الدين الذي عليه[96]، ومع تفهمنا لهذا الاعتبار الأخير، إلا أننا نجد أن المشرّع الأردني قد جعل من حق الاحتباس مبدأً قانونياً وصاغ له نظرية عامة بالرغم من كل الاعتبارات السابقة على استثنائية هذا الحق.

الفرع الثاني

مدى الضمان الذي يحققه حق الاحتباس للدائن العادي

نقطة الابتداء في هذا المقام أن حق الاحتباس هو إحدى وسائل الضمان الأقل كلفة على الدائن بالنظر لفعاليته الكبيرة التي يحققها، حيث لا يحتاج الدائن للقيام بأي إجراء قانوني يترتب عليه كلفة ماديّة جراء ذلك، مما يجعله وسيلة في تناول يد الدائن يستطيع ممارستها بمبادرة فرديّة منه وقت شاء وعند تحقق شروطها.

كما أن الحابس يتمتع بسلطة تقديرية حين ممارسته لحقه في الحبس، فإذا قاضاه مدينه، وضع الأمر تحت نظر القضاء[97]، وعند ذاك يقع عبء الإثبات على المدين، وتلك ميزة للدائن تمنحه أفضلية حين ممارسته لهذا الحق.

ويتميز الحق في الحبس بأنه غير قابل للتجزئة لمصلحة الدائن الحابس، حتى يستوفي أصل الدين وفوائده ومصروفاته، وبالتالي فإن كل جزء من الدين مضمون بكامل الشيء المحبوس، كما لا يترتب على قبول الدائن الحابس بجزء من حقه سقوط حقه في الحبس[98]، على أن ما سبق مقيد بمبدأ حسن

النية في استعمال هذا الحق، فلا يجوز للدائن أن يتعسّف في استعمال حقه بدعوى أن حقه لم ينفذ كاملاً أو نفذ تنفيذاً معيباً ثم يتبين تفاهة ادعائه[99]، ويبقى الحق في الحبس غير قابل للتجزئة ولو كان الشيء المحبوس قابلاً للتجزئة[100].

وعلاوة على ما سبق فإن الحق في الاحتباس يتميز بتلقائية ممارسته، حيث لا تستوجب النصوص القانونية التي نظمته ضرورة إقامة الدائن الحابس دعوى قضائية لإثبات حقه[101]، على أنه للحابس وعند خروج الشيء من يده دون رضاه أن يقيم دعوى استرداد الشيء ليمارس حق الاحتباس عليه، ولكن دعواه في هذا الحال لا يكون موضوعها حق الاحتباس وإنما استرداد الشيء وباعتبار ذلك اعتداء على حقه في الاحتباس[102]. كما لم تشترط النصوص القانونية ذات العلاقة قيام الدائن بإعذار المدين مقدمة لممارسة هذا الحق وباعتبار أن حق الاحتباس هو من وسائل الضغط والإجبار على المدين كي يقوم بتنفيذ التزامه، وما سبق على خلاف ما تطلبه المشرّع من ضرورة إعذار المدين كمقدمة للتنفيذ الجبري[103]، ولعل السبب وراء ذلك أنه في الالتزامات عموماً يفترض حسن النيّة في التعامل، ولذا تطلب المشرّع الأردني في المادة (1/355) الإعذار، بينما في حق الاحتباس فإن حُسن النية منتفي لدى المدين الذي لم ينفذ التزامه ويطالب الطرف الآخر بالرغم من ذلك بتنفيذ التزامه.

كما يزيد من فاعلية حق الاحتباس بالنسبة للدائن العادي رحابة مجال استعماله، فبالنسبة لمحله يجوز أن يرد على شيء معين بالذات أو معيناً بالنوع بل يمكن أن يرد على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[104]، وبالنسبة لمصدره فيجوز أن يكون ناشئاً عن عقد، حيث أجاز المشرّع للبائع احتباس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له من الثمن[105]، كما يمكن أن يكون مصدر حق الاحتباس ناتجاً عن فعل ضار، ومثال ذلك أن يتسرب حيوان إلى ملك الجار فيتلف مزروعاته، فيكون له حبس هذا الحيوان حتى يؤدي مالكه ما ترتب عليه من تعويض[106]، كما قد ينشأ حق الاحتباس عن الفضالة[107]، والوديعة[108].

وبالتالي فإن هذه الرحابة في استعمال حق الحبس تعطيه فاعلية حين ممارسته كما تعطي الدائن العادي أفضلية على غرمائه.

وإن من أهم المميزات التي تعطي الدائن العادي أفضلية على الدائنين العاديين الآخرين في القانون المدني الأردني هو أن المشرّع الأردني لم يكتف بجعل حق الاحتباس وسيلة قانونية لضمان دين صاحبه كما فعلت التشريعات الأخرى، حيث جعلت من هذا الحق مجرد وسيلة سلبية يمتنع بموجبها الدائن عن تنفيذ التزامه ريثما يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ، فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا يكون بموجبه للدائن الحابس أن ينفذ على الشيء لاستيفاء حقه من الثمن بالأفضلية على الدائنين الآخرين، وإذا قام الحابس بالتنفيذ على الشيء المحبوس، فإنما يقوم بوصفه دائناً عادياً ويقتصر حقه على الدخول في التوزيع بالاشتراك

مع غيره من الدائنين، ولذا يكون الأفضل له أن يتحصن في الحق بالحبس من أن يباشر التنفيذ على الشيء المحبوس[109]. أما القانون المدني الأردني فإنه منح فاعلية كبيرة لحق الدائن الحابس على غرمائه الدائنين العاديين من خلال حق المحتبس في التقدم على هؤلاء الغرماء العاديين في استيفاء حقه من ثمن المال المحبوس، وبهذا جرت المادة 391 مدني أردني بقولها: "من احتبس الشيء استعمالاً لحقه في احتباسه كان أحق من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه"، وهذا الحكم يتوافق مع أحكام الفقه الحنفي في هذا الصدد[110].

الخاتمة:

ختاماً لما سبق، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات نجملها بما يلي:

أولاً: النتائج:

1. إن رابطة الدائنية والمديونية هي علاقة بين ذمتين لا بين شخصين، وهذا ما يفسر أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال للمدين لم يكن ملكاً له وقت نشوء الدين، فلما دخل في الذمة المالية أصبح أحد عناصرها، وبالمقابل فإن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملكاً للمدين وقت نشوء الدين وخرج من هذا الملك وقت التنفيذ.
2. إن الضمان العام على أموال المدين قائم وقت اليسر ووقت العسر، ففي الأول يقتضي الدائنون حقوقهم غير منقوصة، وفي الثاني يقتسمون ما هو موجود قسمة غرماء وكل بقدر نسبة دينه إلى الآخرين.
3. إن المساواة في الضمان العام هي مساواة من الناحية القانونية، لكنها قد لا تكون كذلك من الناحية الفعلية، إذ قد لا يتقدم جميع الدائنين للمطالبة بحقوقهم والتنفيذ على أموال المدين، وبالتالي يخرج هؤلاء من دائرة المساواة من الناحية الفعلية مع أنه ضمن الدائرة القانونية، وظاهر نص المادة 365 مدني أردني يقرر المساواة بشكل مطلق بشقّيها السابقين، وبالتالي تقسيم أموال المدين على جميع الدائنين في الحالين، مع أن هذا غير دقيق قانونا.
4. هناك بعض الأموال وإن كانت مملوكة للغير فإن المشرّع أجاز التنفيذ عليها قبل التنفيذ على المال المملوك للمدين ضمن الضمان العام ومثال ذلك التنفيذ على مال الكفيل العيني في الرهن التأميني، وعلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ولو كانت مملوكة لغير المستأجر.
5. استثنى المشرّع بعض الأموال من الضمان العام ولو كانت مملوكة للمدين مراعاة لمصلحة أجدر بالرعاية ولاعتبارات مختلفة منها اعتبارات المصلحة العامة واعتبارات إنسانية ومادية ولحماية مصلحة مشروعة.
6. إن حرية الدائن في البدء في التنفيذ على أي مال من أموال المدين يرد عليها استثناءات عديدة منها: قاعدة التخصيص في الرهن الحيازي التي تقدم على الضمان العام وتشكل استثناء عليها، وكذلك قاعدة تجريد الكفيل قبل الرجوع على كفيل الكفيل.

7. إن تقرير قاعدة الضمان العام وتساوي الدائنين فيه لا يرفع يد المدين عن التصرف في أمواله من جهة ولا يخول الدائن سلطة قانونية تمنع المدين من التعامل مع دائن جديد، فأمام هذا الضعف لقاعدة الضمان فإن المشرّع أعطى الدائن آليات تحميه وتكفل مبدأ المساواة ومنها الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق الدائن.
8. إن فكرة الضمان فكرة حيّة قابلة للتطور والاستمرار، وهذا أدى إلى تنوعها وقابليتها لتحقيق الائتمان الذي ينشده الدائنون، ولذا أفرز الواقع أنواعاً من الضمانات لم يضعها المشرّع تحت مظلة الضمانات، بل هي متناثرة بين عدة أنظمة قانونية فهي ضمانات غير مسمّاة، كما أنها بالأصل ليست موجهة لهذا الغرض، لكن الواقع العملي وظفها في مجال الضمان وهي بدورها أثبتت فاعليتها في هذا المجال، ومن هذه الوسائل الدعوى المباشرة، حق الاحتباس، المقاصة القانونية، الدفع بعدم التنفيذ... إلخ.
9. إن الضمانات غير المسماة تسير إلى جانب التأمينات التقليدية والتي لها سماتها القانونية الخاصة، حيث إن الأخيرة تنشأ مستقلة عن رابطة الالتزام الأصلية والتي تعمل على ضمان الوفاء بها، وإن كليهما يؤدي إلى تعزيز المسؤولية التعاقدية، فالدائن صاحب التأمينات هو - بالإضافة لتأميناته - دائن عادي.
10. إن الضمانات غير المسماة تهدف لتأمين الوفاء بالالتزام بطريق غير مباشر، كما أنها تمنح الدائن أفضلية واقعية لم يسعَ هو إليها وبحيث تجنبه مزاحمة غرمائه بالرغم من عدم تمتعه بمظلة التأمينات ومع بقائه دائناً عادياً، وهذا يؤدي بنا إلى القول إن هذه الضمانات تؤدي إلى الخروج عن قاعدة المساواة بين الدائنين.

التوصيات:

أولاً: رغم أن "حالات استيفاء الدائن العادي حقه بالأفضلية" أو "المراكز المتميزة للدائن العادي" هي عبارة عن حالات فعلية واقعيّة، وليس حالات قانونية تشكل في وجودها خروجاً على القواعد العامة بحيث تحتاج لنصوص قانونية تقرّها أو تخلقها، ورغم أن الأفضلية التي تمنحها هذه الحالات لم تنشأ نتيجة تخطيط أو احتياط من جانب الدائن أو نتيجة عمل إرادي؛ إلا أن ذلك لا يمنع من التدخل لتنظيمها. من هنا فإننا نتمنى على المشرّع الأردني أن يجمع شتات الحالات التي يستوفي بها الدائن العادي حقه بالأفضلية ويعيد تبويبها وتنظيمها، وذلك لا لإقرار وجودها المسلّم به، بل لإبراز أهميتها كضمان، وبيان فلسفتها، وإرساء أسسها، وتمييزها عمّا يشتبه بها، وإننا نقترح على المشرّع الأردني أن يكون موقع هذا التنظيم من القانون المدني مباشرةً بعد المادة (365).

ثانياً: طالما أن المساواة المقصودة في المادة 365 مدني أردني هي المساواة القانونية بين الدائنين العاديين، لذا نقترح تعديل نص هذه المادة ليتوافق مع ما سبق ليصبح:

".... وجميع الدائنين المتقدمين للمطالبة بديونهم متساوون في هذا الضمان."

ثالثاً: طالما أن هناك مصالح أجدر بالرعاية من ضمان الدائنين العاديين قدّرها وقدّمها المشرّع لاعتبارات مختلفة، وعليه فإن الباحث يوصي بتعديل نص المادة 365 مدني أردني ليصبح كالتالي:

"..... أموال المدين القابلة للحجز جميعها ضامنة للوفاء بديونه.... ".

رابعاً: إضافة للتوصية السابقة وإكمالا لها، وطالما أن رابطة الدائنية في القانون المدني الأردني هي علاقة بين ذمتين لا بين شخصين، وبالتالي فإن الأموال التي تدخل في الضمان العام والتي يستطيع الدائنون التنفيذ عليها هي الأموال الموجودة وقت التنفيذ فقط، وبالتالي تخرج الأموال التي كانت ملكاً للمدين وقت نشوء الدين، ولكنها خرجت وقت التنفيذ، لما سبق نوصي إكمالا للتعديل السابق أن يصبح كالتالي:

".... أموال المدين القابلة للحجز وقت التنفيذ جميعها ضامنة للوفاء بديونه....".

الهوامش:

(1) سعد، نبيل إبراهيم – الضمانات غير المسمّاة في القانون الخاص، ط3، 2006، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 14.

(2) الحلبي، محمد عياد - مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، سنة 2002، ص 13.

(3) المادة (1/6) من الدستور الأردني: "الأردنيون أمام القانون سواء...".

(4) القانون رقم 43 لسنة 1976 المنشور على الصفحة 2 من العدد 2645 من الجريدة الرسمية بتاريخ 1976/8/1م.

(5) عالج القانون المدني الأردني التنفيذ الاختياري في المواد 317 - 354.

(6) والي، فتحي –التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 1987م، ص 4.

(7) دوبدار، طلعت - النظرية العامة للتنفيذ القضائي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط2، سنة 2011، ص 7.

(8) الحكيم، عبد المجيد - أحكام الالتزام، ط3، سنة 1977، بلا دار نشر، ص 17، كذلك: مصطفى، عمر ممدوح – القانون الروماني، ج1، ط2، سنة 1954، بلا دار نشر، ص 126 وما بعدها.

(9) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع.

(10) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 280.

(11) المبسوط للسرخسي، ج20، ص 88، نقلاً عن الحكيم- أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 18.

(12) السنهوري، عبد الرزاق –الوسيط في شرح القانون المدني- آثار الالتزام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 1998، ط2، هامش ص 935.

(13) مكناس، جمال - أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، سنة 2002 -2003، ص 19.

(14) سعد، نبيل إبراهيم –النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، سنة 1999، ص 7.

(15) المادة 380 مدني أردني والتي نصت على أنه: "يترتب على الحكم بالحجر أن يحل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة".

(16) المادة 381 مدني أردني.

(17) المادة 383 مدني أردني.

(18) السنهوري، مرجع سابق، ص 719، 720.

(19) السنهوري، المرجع السابق، ص 935.

(20) السنهوري، المرجع السابق، ص 935.

(21) تنص المادة 1/355 مدني أردني على أنه: "يجبر المدين بعد إعذاره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

(22) هندي، أحمد - أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2017، ص 157، كذلك: عمر، نبيل إسماعيل –الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2000، ص 381.

(23) المادة 2/355 مدني أردني.

(24) المادة 360 مدني أردني.

(25) تناول قانون أصول المحاكمات المدنية الحجز الاحتياطي في المواد 141 وما بعدها، حيث نصت المادة 141 على أنه: "للدائن طلب توقيع (الحجز الاحتياطي)... وذلك على أموال المدين المنقولة وغير المنقولة وأمواله الموجودة بحيازة الشخص الثالث لنتيجة الدعوى"، بينما تناول قانون التنفيذ الأردني الحجز التنفيذي على أموال المدين والأموال التي لا يجوز الحجز عليها.

(26) المادة 365 مدني أردني.

(27) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2005/1151 (هيئة عامة)، تاريخ 2005/7/10.

(28) سيف، رمزي - قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية، ط8، سنة 1989، ص 182.

(29) انظر المادة 58 من قانون التنفيذ الأردني التي جاء بها: "وإذا ظهر للمأمور أن تلك الأشياء هي لشخص غير المدين فيمتنع عن حجزها وعليه أن ينظم محضراً بواقع الحال يقدمه للرئيس".

(30) المادة 318 مدني أردني.

(31) المادة 318 مدني أردني السالفة.
(32) والي، فتحي - التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، سنة 1987، ص 186.
(33) المادة 103 من قانون التنفيذ الأردني.
(34) المادة 1331 مدني أردني.
(35) المادة 1442 مدني أردني.
(36) المادة 2/1427 مدني أردني.
(37) المادة 1340 مدني أردني.
(38) المادة 967 مدني أردني، كذلك المادة 7/ب/1 تنفيذ أردني.
(39) المادة 158 مدني أردني.
(40) الحكيم، عبد المجيد - مصادر الالتزام، ط5، مطبعة نديم، بغداد، ص 5.
(41) المادة 53 مدني أردني.
(42) السرحان، عدنان وخاطر - نوري، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة – عمّان، ط، سنة 2000، ص 165.
(43) المادة 42 تنفيذ أردني وما بعدها.
(44) المادة 31 تنفيذ أردني وما بعدها.
(45) المادة 70 تنفيذ أردني.
(46) المادة 69 تنفيذ أردني.
(47) المادة 31 تنفيذ أردني.
(48) المادة 32 تنفيذ أردني.
(49) المادة 27 من قانون التنفيذ الأردني رقم 25 لسنة 2007 وتعديلاته.
(50) المادة 28، 29 تنفيذ أردني.
(51) المادة 30 تنفيذ أردني.
(52) المادة 58 تنفيذ أردني.
(53) المادة 69 تنفيذ أردني.
(54) المادة 70 تنفيذ أردني.
(55) المادة 1340 مدني أردني.
(56) المادة 1397 مدني أردني.
(57) المادة 1342 مدني أردني.
(58) المادة 971 مدني أردني.
(59) المادة 972 مدني أردني.
(60) المادة 1426 مدني أردني.
(61) المادة 27 من قانون الشركات الأردني.
(62) نبيل إسماعيل عمر - الوسيط في التنفيذ، مرجع سابق، ص 383.
(63) انظر المادة 57 تنفيذ أردني.
(64) بعكس الحال في الحجز التحفظي؛ إذ رغم أنه أقل من الحجز التنفيذي أثراً وخطراً على مال المدين - كونه لا يعدّ تنفيذاً على المال المحجوز ولا ينزعه من يد صاحبه - فإنه لا يجوز أن يحجز من أموال المدين إلا بما يفي بمقدار الدين والرسوم والنفقات، ما لم يكن المحجوز غير قابل للتجزئة، وهو ما تضمنه نص المادة 3/141 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وتعديلاته.
(65) سوار، محمد وحيد الدين - الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة، عمّان، سنة 1998، ص 6.
(66) السنهوري، عبد الرزاق - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، آثار الالتزام، المجلد 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، بند 526، ص 940.
(67) حجازي، عبد الحي - النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، المجلد الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، 1983، ص 887.
(68) انظر المادة 366 مدني أردني.
(69) السنهوري - الوسيط، المجلد 2، المرجع السابق، بند 548، ص 969.
(70) المادة 2/366 مدني أردني.
(71) المادة 366 مدني أردني.
(72) المادة 367 مدني أردني.
(73) العمروسي، أنور - الدعاوى المسمّاة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 669 وما بعدها.
(74) منصور، محمد حسين - النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2001، ص 9.
(75) سعد، نبيل إبراهيم - النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، سنة 1999، ص 139.
(76) تناغو، سمير عبدالسيد، ومنصور، محمد حسين –نظرية الحق- أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 242.
(77) السنهوري - الوسيط، المجلد 2، المرجع السابق، بند 602، ص 1062.
(78) سعد، نبيل إبراهيم - التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 20 وما بعدها. ومن الفقه الفرنسي انظر: G. Marty, P. Raynaud, Droit Civil, t. III, le volume, less sūretès, la publicitè foncière, no. 3 p.3.
(79) انظر المادة 110 مدني أردني.
(80) انظر المواد: 206، 208 مدني أردني.
(81) زواوي، فريدة – مبدأ نسبية آثار العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 1992، ص 243.
(82) انظر في مفهوم الدعوى المباشرة وتعريفاتها: محمد، ماجد رشاد - الدعوى المباشرة في العلاقات القانونية غير المباشرة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 82، كذلك: الحلالشة، عبد الرحمن أحمد - أحكام الالتزام، دار وائل، ط1، 2010، ص 91.
(83) انظر المادة 367 مدني أردني.
(84) السنهوري - آثار الالتزام، مرجع سابق، فقرة 562، ص 989.
(85) الجمّال، مصطفى - أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، سنة 2000، ص 413.
(86) الجبوري، ياسين - الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، العدد 53، سنة 2012، انظر كذلك: حجازي، عبدالحي - النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 144.
(87) الفقيه الفرنسي جوسران، مشار له في: أبو السعود، رمضان - الدعوى المباشرة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1973، ص 24.

(88) مشار له في: حمزة، شرابن- دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، ص 20.

(89) عبيدات، يوسف- تقييم الدعوى المباشرة في القانون الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية، 2008، ص 29.

(90) تمييز حقوق رقم 1985/102، منشورات مركز عدالة.

(91) حجازي، عبد الحي- النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 906.

(92) أسماه المشرّع المصري الحق في الحبس (المادة 246 مدني)، وكذا المشرّع السوري (المادة 247 مدني).

93(N. Catala – Franjou, de la nature juridique de droit de retention, Rev. Trim, dr. civ 1967, no. 1 p.11.)

(94) حاطوم، وجدي- حق الحبس في القانون المدني كوسيلة ضمان غير مباشرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2007، ص 18.

(95) سعد، نبيل إبراهيم- الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، ط3، 2006، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 45.

(96) السنهوري- آثار الالتزام، مرجع سابق، فقرة 639، ص 1132، كذلك: الفار، عبد القادر- أحكام الالتزام، ط20، 2019، ص 130.

(97) السنهوري- آثار الالتزام، مرجع سابق، فقرة 643، ص 115.

(98) ذنون، حسن علي والمرحوم محمد سعيد - أحكام الالتزام، دار وائل للنشر، ط1، 2004، ص 155.

(99) سلطان، أنور- أحكام الالتزام، 1974، فقرة 172.

(100) حاطوم، حق الحبس، مرجع سابق، ص 224.

(101) انظر المواد 387 – 392 مدني أردني.

(102) انظر المادة 2/392 مدني أردني.

(103) انظر المادة 1/355 مدني أردني.

(104) السنهوري- آثار الالتزام، المرجع السابق، فقرة 642، ص 1145.

(105) انظر المادة 1/523 مدني أردني.

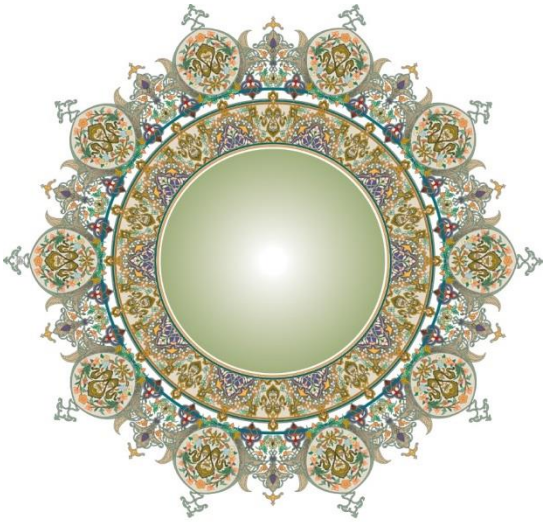
(106) الفار، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 134.

(107) المادة 389 مدني أردني.

(108) المادة 885 مدني أردني.

(109) سعد، نبيل إبراهيم- الضمانات غير المسماة، مرجع سابق، ص 50. انظر كذلك: المادة 246 مدني مصري والمادة 247 مدني سوري.

(110) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، ص 442.



" الراوي عِمران بن حِطَّان "
" دراسة نقدية حديثية من خلال رو اياته في الجامع الصحيح "

محمد رايق خليل* أ.د. محمود رشيد**

تاريخ وصول البحث: 2021/2/4م تاريخ قبول البحث: 2021/5/2م

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أمرين مهمين، الأول: بيان حال الراوي: "عِمران بن حِطَّان"، والذي قيل عنه بأنه من الخوارج، بل قيل فيه إنه: من غلاة الخوارج ورؤوسهم، وقد جمعت الدراسة كل ما قيل في عمران بن حطان من اتهام ببدعة لخوارج، وتمت المقارنة بين أقوال العلماء، والوصول إلى جذر المسألة ونقدها نقداً علمياً منصفاً، والأمر الثاني: بيان سبب رواية الإمام البخاري له في صحيحه حديثين مسندين، ومن المعلوم أن الإمام البخاري لا يروي عن المبتدعة ولا عن الدعاة إليها إلا بضوابط محددة، وقد وُجِّهت للبخاري انتقاداتٌ بسبب روايته عن عمران بن حطان من المحدثين كالدارقطني.

الكلمات المفتاحية: (عِمران بن حِطَّان، الخوارج، الرواة المبتدعة، انتقادات للبخاري)

Narrator Imran bin Hattan
A critical study for Hadith through his narrations in Al- Jamia'a Al Saheeh

Abstract

This study aims to analyze in detail the status of the narrator " Imran ibn Hittan" , through gathering all the details related to Imran who was accused of being a fabricating narrator and a dissenter (one of the Khawarij) - even as far as being one of the leaders of the dissenters.

* باحث.

** أستاذ، قسم الحديث الشريف، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

The information relating to him will be gathered , connected, and criticized in order to reach a conclusion explaining and justifying the reasons that made Imam Al-Bukhari include Imran's narratives in the Sahih and why he did not exclude Imran's narratives despite the fact that Imam Al-Bukhari did not include the narratives of disputed narrators known of or supported heresy (bid'ah).

Imam Al-Bukhari included Imran's narratives in the Sahih in the cited narratives not as commentaries; consequently, much criticism – in the past and the current time - was directed at Imam Al-Bukhari by scholars , such as Darqutni and others , or by ignorant haters and agitators. The reason of criticism is that Al-Bukhari cited narrators known of or supported heresy.

المقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وإمام المتقين، وعلى آله وأصحابه الغر الميامين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

اهتمت الأمة الإسلامية بالسنة النبوية كونها مصدر مهماً للمعرفة في الإسلام، والمصدر الثاني من مصادر التشريع، وقد نهض العلماء المخلصين في خدمتها دراية ورواية بقلوب مخلصة تبتغي في ذلك مرضاة الله، فصنفوا المصنفات وأبدعوا في المؤلفات لحفظ السنَّة النبوية، والدفاع عنها، ونشرها كأنما خلقوا لهذا الشأن وحده. وكان من أبرز هؤلاء العلماء الإمام البخاري في منهجه الفذ في صحيحه من حيث انتقاء الصحيح، وانتقاء رجاله، وحسن ترتيبه وإخراجه، وقد وجهت إلى صحيح البخاري انتقادات من الدارقطني، ومن هذه الانتقادات رواية البخاري عن رواة مبتدعين مثل: عِمران بن حِطَّان الذي كان من رؤوس الخوارج وشعرائهم، فجاءت هذه الدراسة لمناقش التهم الموجهة لعمران بن حطان، وبيان صدق ما اتهم به، ورد الشبه عن سبب رواية البخاري له في صحيحه.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة أن عالماً فذاً وناقداً صيرفياً ومجتهداً مثل البخاري، ومع كل الشروط التي التزم بها ليخرج صحيحه بأفضل صورة وأصح وجه، نجد من انتقده مثل الإمام

الـدارقطني لإخراجـه أحاديـث عـن المبتدعـة، فكيف كان هذا؟ ولماذا أخرج له البخاري؟، وهل خـالف شـروطه؟، لتـأتي هـذه الدراسـة للإجابـة على الأسئلة الآتية:

1-هل ثبت أن عمران بن حطان من الخوارج؟

2-هـل ثبـت أن عمـران بـن حطـان قـال قصـيدة تمدح قاتل علي؟

3- لماذا أخرج الإمام البخاري حديثين لعمران في صحيحه إن كان من الخوارج؟

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة كونها:

1- تنـاقش اتهـام عمـران بـن حطـان بأنـه مـن رؤوس الخوارج.

2- تنتقـد نسـبة قصـيدة مـدح قاتـل علي بـن أبي طالب لعمران بن حطان.

3- تجيـب عـن: لمـاذا أخـرج الإمـام البخـاري لحديثين مسندين عن عمران في صحيحه؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة تحقيق الأهداف الآتية:

1- تحلل أقـوال النقـاد والمـؤرخين في عمـران بـن حطان بأنه من غلاة الخوارج ودعاتها.

2- تنقد اتهام عمران بن حطان بكتابة قصيدة تمدح قاتل الإمام علي.

3- تبـين سـبب إخـراج الإمـام البخـاري حـديثين لعمران بن حطان المتهم بأنه من غلاة الخوارج.

4- تـرد الانتقـادات التي أثيـرت بسـبب روايـة البخـاري في صحيحه حـديثين عـن عمـران بـن حطان.

منهج البحث:

سأتبع في هذه الدراسة منهجين رئيسين:

1- **المـنهج الاسـتقرائي:** وذلـك بجمـع المـادة العلمية المتعلقة بعمران بن حطان من المصادر والمراجع المعتمدة، وجمع الانتقادات التي وجهت للبخاري بسبب روايته عنه.

2- **المـنهج التحليلي:** وذلـك بتحليـل المعلومـات الواردة في المصادر والمراجع التي ترجمت لعمران بن حطان، وبيان مدى دقتها وسلامتها، وتحليل الانتقادات التي وجهت لصحيح البخاري بسبب روايته عن عمران بن حطان.

3- **المـنهج النقـدي:** وذلـك بنقـد اتهـام بعـض العلماء لعمران بن حطان أنه من غلاة الخوارج ودعاتها، وتأليفه لقصيدة يمدح بها عمران بن حطان قاتل الإمام علي ، ورد الشبهات التي أثيرت حـول روايـة الإمـام البخـاري لحـديثين مسندين في صحيحه عن عمران بن حطان.

الدراسات السابقة:

- الرواة المتهمون ببدعة الخوارج ومروياتهم في صحيح البخاري – دراسة نقدية، د. إدريس العيساوي، مجلة الجامعة الإسلامية، عدد (22)، حيث ذكر في المطلب الثالث: عمران بن حطان ومروياته في الصحيح.
- دراسـة بعنـوان: رواة المرجئـة والقدريـة والخـوارج في الكتـب السـتة وأقـوال علمـاء الجـرح والتعـديل فـيهم: دراسـة نقديـة تحليليـة، للباحـث إسـماعيل بخيـت، رسـالة ماجسـتير، جامعـة القـرآن الكـريم والعلـوم الإسـلامية، السـودان، حيـث حصـر رواة

الخـوارج في الكتـب السـتة وأقـوال علمـاء الجـرح والتعـديل فـيهم في الفصـل الرابـع وذكر عمران بن حطان.

- دراســة بعنــوان: المبتدعــة وموقــف نقــاد الحديث من مروياتهم: دراسة تطبيقية على رواة الكتـب السـتة، للباحـث محمـد هيكل، رسالة دكتوراه، جامعة أم درمان الإسلامية، حيـث أشـار في الفصـل الأول الـذين رمـوا ببدعة الخوارج، وذكر عمران بن حطان.
- دراسـة بعنـوان: خصـائص شـعر الخـوارج عمران بن حطان أنموذجا، للباحث عبدالله البيوضـي، المجلـة العلميـة لكليـة التربيـة، العدد الرابع.
- دراسـة بعنـوان: شـعر الخـوارج دراسـة في الرؤيـة والتشـكيل الفني - عمـران بـن حطـان أنموذجا، د. المعتز بالله منصور، وآلاء تيم، المجلـة الدوليـة لدراسـات اللغـة العربيـة وآدابها، المجلد الثاني، العدد الأول.
- دراسـة بعنـوان: أثـر القـرآن الكـريم في شـعر عمـران بـن حطـان، مجلـة جامعـة تكريـت للعلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد2

خطة البحث:

المبحــث الأول: حكــم رو ايــة المبتــدع عنــد المحدثين

المطلب الأول: آراء العلماء في رواية المبتدع الذي لا يكفر بسبب بدعته

المطلـب الثـاني: آراء العلمـاء في التفريـق بـين الداعية وغير الداعية لبدعته.

المبحث الثاني: ترجمة عمران بن حطان

المطلـب الأول: اسـمه وكنيتـه ونسـبه ومولـده ووفاته.

المطلب الثاني: شيوخ.

المطلب الثالث: تلاميذه.

المطلب الرابع: معتقده.

المطلب الخـامس: هـروب عمـران بـن حطـان مـن الحجاج.

المطلب السـادس: عفـو الحجـاج عـن عمـران بـن حطان.

المطلب السابع: توبته.

المبحث الثالث: أقوال العلماء في عمران بن حطان ونقدها

المطلـب الأول: أقـوال العلمـاء في عمـران بـن حطان.

المطلب الثاني: نخلص مما سبق.

المبحث الر ابع: نسبت الأبيات إلى عمران بن حطان في مقتل علي ﷺ

المطلب الأول: نقد علاقة المبرد بالقصيدة التي نسبت إلى عمران بن حطان.

المطلـب الثـاني: المذهبيـة، ونسـبة القصـيدة إلى عمران بن حطان.

المبحث الخامس: أسباب رو اية البخاري عن عمران بن حطان

المطلـب الأول: أحاديـث عمـران بـن حطـان في صحيح البخاري.

المطلـب الثـاني: ويبرر للإمـام البخـاري في روايتـه عن عمران بن حطان من جهتين.

الخاتمة وأهم النتائج

المبحث الأول: حكم رواية المبتدع عند المحدثين

المطلب الأول: آراء العلماء في رواية المبتدع الذي لا يكفر بسبب بدعته

اختلف المحدثون في قبول رواية المبتدع الذي لا يكفر بسبب بدعته على عدة أقوال:

1. فمنهم من ردَّ روايته مطلقا؛ لأنه فاسق بسبب بدعته.
2. ومنهم من قبل رواية المبتدع إذا لم يكن ممن يستحل الكذب في نصرة مذهبه أو لأهل مذهبه سواء أكان داعياً إلى بدعته أو لم يكن.
3. ومنهم: تقبل روايته إذا لم يكن داعيةً، ولا تقبل إذا كان داعية إلى بدعته، وهذا مذهب الكثير أو الأكثر من العلماء.

والقول برد روايتهم مطلقاً ضعيف جداً ففي "الصحيحين" وغيرهما من كتب أئمة الحديث الاحتجاج بكثير من المبتدعة غير الدعاة، ولم يزل السلف والخلف على قبول الرواية منهم والاحتجاج بها والسماع منهم وإسماعهم.

المطلب الثاني: آراء العلماء في التفريق بين الداعية وغير الداعية لبدعته

ومن هنا أتى التفريق بين الداعية وغير الداعية. ووجه ذلك كما أشار ابن حجر في لسان الميزان:" أن المبتدع إذا كان داعية، كان عنده باعث على رواية ما يشيد به بدعته ".[1]

وكبار التابعين أطلقوا ذلك كما قال ابن سيرين فيما أخرجه عنه مسلم: " لم يكونوا (أي الصحابة وكبار التابعين من طبقته) يسألون عن الإسناد. فلما وقعت الفتنة، قالوا سموا لنا رجالكم: فينظر إلى أهل السنة فيؤخذ حديثهم، وينظر إلى أهل البدع فلا يؤخذ حديثهم".[2]

وقال ابن حجر في: وقيلَ: يُقْبَلُ مَن لَمْ يكنْ داعِيةً إلى بِدعَتِهِ؛ لأنَّ تزيينَ بِدعَتِه قد يَحْمِلُهُ على تحريفِ الرواياتِ وتَسويَتِها على ما يَقْتضيه مذهبُهُ، وهذا في الأصَحِّ.

وأغربَ ابنُ حِبَّانَ؛ فادَّعى الاتفاقَ على قبولِ غيرِ الدَّاعيةِ، مِن غيرِ تفصيلٍ.[3]

فقال ابنُ حِبَّانَ في كتابه المجروحين:

" الداعية إلى البدع، لا يجوز أن يُحتَجّ به عند أئمتنا قاطبةً. لا أعلم بينهم فيه خلافاً ".[4] وقال ابن حبان في الثقات: " ليس بين أهل الحديث من أئمتنا خلافٌ أن الصدوق المتقن: إذا كان فيه بدعة –ولم يكن يدعو إليها– أن الاحتجاج بأخباره جائز. فإذا دعا إلى بدعته، سقط الاحتجاج بأخباره".[5]

وقال ابن حجر في نزهة النظر: نعمْ، الأكثرُ على قَبولِ غيرِ الدَّاعيةِ، إلا أنْ يَروي ما يُقَوِّي بِدْعَتَهُ فَيُرَدُّ، على المذهَبِ المُختارِ، وبهِ صرَّحَ الحافِظُ أَبو إسحاقَ إبراهيمُ بنُ يعقوبَ الجُوزَجاني، شيخُ أَبي داودَ والنَّسائِيّ، في كتابِه "معرفة الرِّجال"، فقالَ في وصْف الرُّواةِ: ومِنهُم زائغٌ عن الحَقّ -أَيْ عنِ السُّنَّةِ- صادقُ اللَّهجَةِ؛ فليسَ فيهِ حيلةٌ إلاّ أَنْ يؤخذ من حديثه ما لا يكون منكَراً، إذا لم يُقَوِّ به بدعته انتهى.[6]

وأضاف ابن حجر: وما قاله مُتَّجِهٌ؛ لأنَّ العلةَ التي لها رُدَّ حديثُ الدَّاعيةِ واردةٌ فيما إذا كان ظاهرُ المرويّ يوافِق مذهبَ المُبْتَدِع، ولو لم يكنْ داعيةً.[7]

وقال الحاكم في معرفة علوم الحديث: «ومما يحتاج إليه طالب الحديث في زماننا هذا: أن يبحث عن أحوال المحدث أولاً: هل يعتقد الشريعة في التوحيد؟ وهل يُلزم نفسه طاعة الأنبياء والرسل –صلى الله عليهم– فيما أوحي إليهم ووضعوا من الشرع؟ ثم يتأمل حاله: هل هو صاحب هوى يدعو الناس إلى هواه؟ فإن الداعي إلى البدعة لا يُكتب عنه ولا كرامة، لإجماع جماعة من أئمة المسلمين على تركه».[8] فقد نقل الإجماع كذلك على ترك المبتدع الداعية لبدعته.

وقال عبد الرحمن بن مهدي كما نقله عنه الخطيب في الكفاية: " من رأى رأياً ولم يدعُ إليه احتُمِل. ومن رأى رأياً ودعا إليه فقد استَحَقّ التَّرك ".[9]

المبحث الثاني: ترجمة عمران بن حطان

لا بدّ بداية من التعريف بعمران بن حطان مولداً ونشأة وبيان مدى صدق اتهامه ببدعة الخوارج القعدية.

المطلب الأول: اسمه وكنيته ونسبه ومولده ووفاته: عِمْران بن حِطَّان بن ظبْيَان أبو شهاب السدوسي الذهلي، تابعي مشهور، وأصله من البصرة، وكان عمران رجلاً ضرباً (خفيف اللحم) طويل القامة أزرق العينين[10]. ولد عمران بن حطان ونشأ في البصرة، وكانت البصرة تموج بالفتن والثورة على الدولة الأموية، وفشا فيها فكر الروافض والخوارج والقدرية.

توفي عمران بن حطان قريباً من الكوفة سنة(84هـ).

المطلب الثاني: شيوخه [11]: أدرك عمران بن حطان عدداً من الصحابة، وحدث عنهم، قال المزي: حدث عن عَبد اللَّهِ بْن عباس(ت68هـ) (خ، س)، وعَبْد اللَّه بْن عُمَر بْن الخطاب(ت73هـ) (خ، س)، وأبي موسى الأشعري(ت44هـ)، وعائشة أم المؤمنين(ت58هـ) (خ، د، س).

المطلب الثالث: تلاميذه [12]: حدث عنه صالح بْن سرج الشني، وقتادة، ومحارب بْن دثار، ومُحَمَّد بن سيرين، ويحيى بن أَبي كثير.

المطلب الرابع: معتقده: إن تسلسل الأحداث التاريخية تثبت أن عمران بن حطان أظهر أنه على معتقد الخوارج مبكراً لا كما تشير بعض المصادر[13] أنه تأثر بمعتقدهم في آخر عمره، وقد ساهمت عدة عوامل في ميوله إلى فكر الخوارج، وهي:

أ- أثر البيئة: نشأة عمران بن حطان في البصرة التي كانت مقر فكر الخوارج وفرقهم إضافة إلى الكوفة التي تردد عليها عمران بن حطان وتوفي قريباً منها، وقد تأثر عمران ابن حطان بفكر الخوارج في تلك البيئة، إضافة إلى أن عدداً من أقارب عمران بن حطان كانوا من دعاة الخوارج، قال الجاحظ[14]:" الأشل الأزرقي-من الخوارج الأزارقة- من بعض أخوال عمران بن حطان الصفري القعدي"

ب- ميله إلى مذهب الشراة من الخوارج: وقد أظهر عمران بن حطان أنه على معتقد الشراة من الخوارج بعد وقعة النخيلة (38هـ) بين أمير المؤمنين علي بن أبي طالب والخوارج، حيث قال ابن حبان في الثقات[15]:" كَانَ يمِيل إِلَى مَذْهَب الشراة ".

ج- فخره بالخوارج ونعيه أبطالهم: ثم نعى مرداس بن حدير الخارجي الذي قتله ابن زياد الأموي سنة(61هـ): قال المبرد[16]: وقال عمران بن حطان:

يا عين بكي لمرداس ومصرعه

يا رب مرداس اجعلني كمرداس

تركتني هائماً أبكي لمرزئتي

في منزل موحش من بعد إيناس

- ثم سخر من الحجاج الثقفي، لما دخلت غزالة الشيبانية الخارجية الكوفة سنة(76هـ)، التي قتلت سنة(77هـ)، قال البغدادي[17]:" لما دخلت غزالة الحروريّة الكوفة على الحجاج ومعها شبيب تحصّن منها وأغلق قصره، فكتب إليه عمران بن حطان، وكان الحجاج قد لجّ في طلبه:

أسد عليّ وفي الحروب نعامة

ربداء تجفل من صفير الصافر

هلّا برزت إلى غزالة في الوغى

بل كان قلبك مثل قلب الطائر

صدعت غزالة قلبه بفوارس

تركت مدابره كأمس الدابر

د- زواجه من امرأة من الخوارج: تذكر المصادر أن عمران بن حطان تزوج عند كبر سنه من ابنة عم له من الخوارج اسمها(جمرة)، ليردها عن معتقدها، ولكنها اتبعها في معتقدها، قال ابن حجر[18]:" قال يعقوب بن شيبة: أدرك جماعة من الصحابة وصار في آخر أمره أن رأى رأي الخوارج وكان سبب ذلك فيما بلغنا أن ابنة عمه رأت رأي الخوارج فتزوجها ليردها عن ذلك فصرفته إلى مذهبها".

وقد كان خلاصة رأي الجاحظ في عمران أنه شاعر ومفتي وخطيب القعدية الصفرية قال الجاحظ[19]:" عمران ابن حطان رئيس القعد من الصفرية، وصاحب فتياهم، ومفزعهم عند اختلافهم"، وقال الجاحظ[20]: "ومن خطباء الخوارج وعلمائهم ورؤسائهم في الفتيا، وشعرائهم، ورؤساء قعدهم: عمران بن حطّان".

وعن الجاحظ نقل المتأخرون من الأدباء والنقاد كابن حجر والذهبي، فقد قال المبرد(ت286هـ)[21]:" كان رأس القَعْد من الصُفْرية وفقيههم وخطيبهم وشاعرهم. والقعد الخوارج كانوا لا يرون بالحرب بل ينكرون على أمراء الجور حسب الطاقة ويدعون إلى رأيهم ويزينون مع ذلك الخروج ويحسنونه"، وكذلك أشار إلى هذا المعنى أبو الفرج الأصفهاني[22] (ت356هـ)، فقال:" إنما صار قعدياً لما عجز عن الحرب، وكان من المعروفين في مذهب الخوارج، وكان قبل ذلك مشهوراً بطلب العلم والحديث ثم ابتلي"

المطلب الخامس: هروب عمران بن حطان من الحجاج: لما سيطر الحجاج الثقفي على البصرة سنة(75هـ) وقام بالقضاء على ثورات الخوارج الأزارقة وغيرهم، هرب عمران بن حطان إلى الشام ولجأ إلى روح بن زنباع الذي كان كثير المسامرة لعبد الملك بن مروان، وبقي متخفياً عنده، ولما كشف أمره هرب إلى (قرقيسيا) بلدة على نهر الفرات شمال شرق سوريا الآن، ونزل

على زفر بن الحارث الكلابيّ، ولما انكشف أمره هرب إلى عُمَّان ومكث فيها فترة طويلة.[23]

المطلب السادس:

عفو الحجاج عن عمران بن حطان:

ولما رجع عمران بن حطان إلى الكوفة، أمسك به الحجاج، قال القيرواني[24]:" ولما ظفر الحجّاج بعمران بن حطان الشاري، قال: اضربوا عنق ابن الفاجرة، فقال عمران: لبئسما أدّبك أهلك يا حجّاج! كيف أمنت أن أجيبك بمثل ما لقيتني به؟ أبعد الموت منزله أصانعك عليها؟ فأطرق الحجاج استحياء، وقال: خلّوا عنه؛ فخرج إلى أصحابه، فقالوا: والله ما أطلقك إلا الله، فارجع إلى حربه معنا، فقال: هيهات! غلّ يدا مطلقها، واسترقّ رقبة معتقها! وأنشد:

أأقاتل الحجاج عن سلطانه

بيد تقرّ بأنها مولاته؟

إني إذا لأخو الدّناءة، والدي

عفّت على عرفانه جهلاته

المطلب السابع: توبته: ويبدوا أن عمران بن حطان بعدما أعتقه الحجاج ترك فكر الخوارج، وتاب توبة صادقة، وقد روى أبو زكريا الموصلي[25] أن عمران حطان تاب من بدعته، فقال:" عن محمد بن بشر العبدي(ت203هـ)، قال: ما مات عِمْران بن حِطّان حتى رجع عَنْ رَأْي الخوارج".

المبحث الثالث:

أقوال العلماء في عمران بن حطان ونقدها

المطلب الأول: أقوال العلماء في عمران بن حطان

وسأذكر أقوال العلماء في عمران بن حطان(ت84هـ) مرتبة على تواريخ وفياتهم، وتحليلها لبيان منزلته جرحاً وتعديلاً من جهة عدالته أو ضبطه، وما يترتب على ذلك من قبول روايته أو ردها، كما في الجدول الآتي:

رقم	العالم	الجرح أو التعديل	الحكم
1	ابن سيرين [26] (ت110هـ)	قال ابْنِ سِيْرِيْنَ: تَزَوَّجَ عِمْرَانُ خَارِجِيَّةً، وَقَالَ: سَأَرُدُّهَا، قَالَ: فَصَرَفَتْهُ إِلَى مَذْهَبِهَا. وقد روى عنه ابن سيرين	روى عنه ولم يطعن في عدالته
2	قتادة السدوسي [27] (ت118هـ)	وقال أبو سلمة عن أبان بن يزيد سألت قتادة فقال كان عمران بن حطان لا يتهم في الحديث.	توثيق
3	العجلي [28] (ت211هـ)	قال العجلي: بصري، تابعي، ثقة.	توثيق
5	البخاري [29] (ت256هـ)	قال البخاري: "سَمِعَ عَائِشَةَ وَابْنَ عُمَرَ وَابْنَ عَبَّاس -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم-. روى عَنْهُ مُحَمَّد بْن سيرين ويحيى بْن أَبِي كثير وصالح بْن سرج، وقال محارب بن دثار المرجئ(ت116هـ): زاملت عِمْرَان بْن حطان فما سأل واحد منا صاحبه عن الأهواء"	وذلك باعتبار أن البخاري لم يطعن في ضبط الراوي وروى عنه في الصحيح الذي اشترط فيه أن يكون الراوي ثقة، وهذا يعد توثيقا له، وأما بدعة عمران بن حطان فإن البخاري يروي عن أهل البدع مالم تكن بدعته مكفرة وكان من أهل الضبط والإتقان والديانة.
6	أبو داود [30] (ت275هـ)	قال أبو داود: "لَيْسَ فِي أَهْلِ الأَهْوَاءِ أَصَحُّ حَدِيثًا مِنَ الْخَوَارِجِ" "ثُمَّ ذَكَرَ عِمْرَانَ بْنَ حِطَّانَ، وَأَبَا حَسَّانٍ الأَعرج.	يعتقد الخوارج أن مرتكب الكبيرة كافر وبناء عليه من يكذب حديث عن رسول الله يكفر ولذلك قال أبو داود: "لَيْسَ فِي أَهْلِ الأَهْوَاءِ أَصَحُّ حَدِيثًا مِنَ الْخَوَارِجِ" "ثُمَّ ذَكَرَ عِمْرَانَ بْنَ حِطَّانَ وهذا يدل على أن عمران على الرغم من بدعته متقن لما يرويه ولا يحدث بحديث إلا أن يكون ضابطا له، والدليل على ما قاله أبو داود هو رواية عنه.
7	أبو زكريا الموصلي [31] (ت334هـ)	عن محمد بن بشر العبدي؛ قال: ما مات عِمْران بن حِطّان حتى رجع عَنْ رَأْيِ الخوارج.	توثيق والتوثيق في بيان أنه تاب عن بدعته قبل موته، ولم يطعن أبو زكريا في ضبطه أو أحد من النقاد.
8	ابن حبان [32] (ت354هـ)	-قال ابن حبان في الثقات: "كَانَ يميل إِلَى مَذْهَب الشراة".	توثيق
9	العقيلي [33] (ت322هـ)	عمران بن حطان لا يتابع على حديثه، وكان يرى رأي الخوارج "لا يتابع على حديثه، يقوله العقيلي: في الثقة إذا تفرد بأحاديث.	توثيق
10	ابن سعد [34] (ت230هـ)	وذكره ابن سعد: في الطبقة الثانية من أهل البصرة.	سكت عنه
11	يعقوب بن شيبة [35] (ت262هـ)	وقال يعقوب بن شيبة: أدرك جماعة من الصحابة.	سكت عنه
12	أبو حاتم الرازي [36] (ت277هـ)	سمع عائشة وابن عباس وابن عمر، روى عنه محمد بن سيرين، ويحيى بن ابى كثير، وصالح بن سرج سمعت ابى يقول ذلك.	سكت عنه
13	ابن حجر [37] (ت852هـ)	رجع عن رأي الخوارج وهذا أحسن ما يعذر به عن تخريج البخاري له، وقد سمع عمران بن حطان عن يحيى بن أبي كثير عنه في حال هربه من الحجاج. وجزم ابن عبد البر: بأنه لم يسمع عائشة -رضي الله عنها-. وليس كذلك فإن الحديث الذي أخرجه له البخاري وقع عنده التصريح بسماعه منها، وقد وقع التصريح بسماعه منها في المعجم الصغير للطبراني بإسناد صحيح، وكذا روى صالح ابن سرح اليشكري عن عمران قال كنت عند عائشة.	توثيق
14	ابن حجر [39] في فتح الباري	وإنما أخرج له البخاري على قاعدته في تخريج أحاديث المبتدع إذا كان صادق اللهجة متديناً، وقد قيل: إن عمران تاب من بدعته	توثيق

		وهو بعيد، وليس له في البخاري سوى هذا الموضع وهو متابعة، وآخر في "باب نقض الصور". وقول ابن حجر في التهذيب[38]: رجع عن رأي الخوارج وهذا أحسن ما يعتذر به عن تخريج البخاري له، هو ما أراه راجحا من قوا ابن حجر	
15	الدارقطني[40] (ت385هـ)	وعمران متروك لسوء اعتقاده وخبث رأيه	جرح عدالة

المطلب الثاني: نخلص مما سبق:

1-عدالة عمران بن حطان: ثبت في ترجمة عمران بن حطان أنه من الخوارج القعدية، الذين يحرضون الخوارج على قتال الولاة الظالمين بشعرهم وخطبهم، ولا يقاتلون معهم، ولم يذكر النقاد المتقدمون عمران بن حطان ببدعة الخوارج كابن سعد والبخاري وقتادة السدوسي والعجلي وأبو حاتم، ولم يذكروا أنه خارجي، وابن سيرين ذكر بدعة عمران، ومع ذلك روى عنه، وكذلك روى عنه البخاري في الصحيح، ولم يطعنوا في عدالته بأمر مفسق مع اشتهاره بالصدق والزهد، ولم يُعرف عنه الكذب في حديثه مع الناس، ولا في الحديث النبوي.

وذكر ابن حجر في تهذيب التهذيب إنه تاب في آخر عمره، وعلل ابن حجر روايته البخاري عنه بكونه قد تاب، وقال في فتح الباري عن توبته أمر مستبعد.

أما الدارقطني المتأخر عمن سبقه من النقاد، فقال: إنه متروك لسوء معتقده، وقوله مخالف لما عليه جمهور النقاد من قبول توبته والرواية عنه.

2- ضبط عمران بن حطان: لم يطعن أحد من النقاد في ضبط عمران بن حطان، بل اتفقوا على أنه ضابط لما يرويه من الحديث، وأما قول العقيلي:" لا يتابع على حديثه"، فإن العقيلي يقوله إذا تفرد الثقة بأحاديث لم يروها غيره، ولذا ساق العقيلي حديثين بعد قوله ذلك تفرد فيهما عمران بن حطان.

المبحث الرابع: نسبت الأبيات إلى عمران بن حطان في مقتل علي ﷺ

المطلب الأول: نقد علاقة المبرد بالقصيدة التي نسبت إلى عمران بن حطان

كان المبرد أول من ذكر قصيدة عمران في مدح ابن ملجم قاتل أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ﷺ في سياق قصة هرب عمران من الحجاج، ولم يسبقه إلى ذلك علماء الجرح والتعديل، ولا كتب التراجم والتواريخ، فمن هو المبرد؟ وما معتقده؟:

أولاً: ترجمة المُبَرِّد:

أ- **اسمه وكنيته ونسبته ولقبه:** قال الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد[41] والتنوخي[42]:"

قال الخطيب: " محمد بن يزيد بن عبد الأكبر أبو العباس الأزدي البصري ثم البغدادي الملقب بالمُبَرِّد شيخ أهل النحو، وحافظ علم العربية، ولد بالبصرة سنة(210هـ) ونشأ بها، وأقام بها مدة طويلة، ثم رحل وسكن بغداد، وروى بها عن أبي عثمان المازني المعتزلي، وأبي حاتم السجستاني المعتزلي، وغيرهما من الأدباء".

ب- أقوال العلماء فيه: أثنى العلماء على معرفته في اللغة والأدب، ولكن لعظم حفظه اللغة واتساعه فيها، يتهم بالكذب وسرقة الشعر، وهذا اتهام ذكره الخطيب البغدادي[43]:" وكان عالما فاضلا، موثوقا به في الرواية، حسن المحاضرة، مليح الأخبار، كثير النوادر"، إلا أن اتهموه بالكذب في الشعر وغريب اللغة، قال أبو عبد الله المفجع: "كان المُبَرِّد لعظم حفظه اللغة واتساعه فيها، يتهم بالكذب، واختبر في اللغة، فتبين كذبه في أشياء من الشعر وغريب اللغة، وكان يصحف أسماء الرواة"، ومن الأمثلة على ذلك:

1- قال الخطيب[44] قال المُبَرِّد:" حبيب بن خدرة، فقال: جدرة، وفي ربعي بن حراش فقال: خراش، وقال أحمد بن أبي طاهر: غير أن الفتى كما زعم الناس دعي مُصحف كذاب"

2-وقال أبو الفتح البروجردي[45]:" وسأل عيسى بن ماهان المبرد قائلاً: أيها الشيخ ما الشاة المجثمة التي نهى النبي ﷺ عن أكل لحمها؟، فقال: هي الشاة القليلة اللبن، فقال: هل من شاهد؟ فقال نعم قول الراجز: لم يبق من آل الحميد... إلا عنيز لجبة مجثمة، فإذا بالحاجب يستأذن لأبي حنيفة الدينوري، فأذن له فلما دخل، فقال له عيسى بن ماهان: أيها الشيخ ما الشاة المجثمة التي نهانا عن أكلها؟ قال: هي التي جثمت على ركباتها، ونحرت من قفاها، فقال: كيف تقول هذا؟ وهذا شيخ العراق أبو العباس المبرد يقول: هي القليلة اللبن، وأنشده البيتين، فقال أبو حنيفة: إيمان البيعة تلزم أبا حنيفة إن كان هذا الشيخ سمع هذا التفسير أو قرأه، وان كان البيتان إلا لساعتهما هذه. فقال أبو العباس: صدق الشيخ أبو حنيفة. أنفت أن أرد عليك من العراق، وذكرى ما قد شاع، فأول ما تسألني عنه لا أعرفه. فاستحسن منه هذا الإقرار وترك البيت".

ورغم الأمثلة السابقة إلا أننا نقول أنه بارع في اللغة لدرجة أنه اتهم بالسرقة والكذب، ولا يثبت عليه ذلك

ج- **عقيدته:** عاش المبرد حياته منشغلاً باللغة والأدب مناظرة وتدريساً وتصنيفاً، وقد حسب المبرد على الشيعة المنصفة غير الإمامية لكثرة استشهاده بأقوال آل البيت، وبأقوال من نسب إلى فرقة العدلية كأبي الأسود والحسن وابن المسيب، والخليل بن أحمد وسيبويه في مصنفاته، وذكره واصل بن عطاء، وأصحاب النظام المعتزلي، والذي خلصت إليه أن المبرد محب لآل بيت النبي ﷺ وليس من الشيعة الإمامية، وحسب على المعتزلة لنقله عن أئمة اللغة منهم، وليس هو من دعاة الاعتزال ولا المجاهرين المتبنين لمقولاتهم، وكتابه:(الكامل)، والمقضب كتب أدب لا علاقة لها بالمعتقد، وتحاول مواقع الرافضة الإمامية على الشبكة العنكبوتية جعل المبرد منهم، وكذلك مواقع المعتزلة، ولا حجة لهم بذلك.

د- **وفاته:** وتوفي في بغداد سنة(286هـ)، وصلى عَلَيْهِ يُوسُف بن يَعْقُوب القَاضِي.

وإن المتتبع بدقة للقصيدة المنسوبة إلى عمران بن حطان في مدح ابن ملجم قاتل أمير المؤمنين علي ﷺ (ت40هـ) يلاحظ عدة أمور تشكك في

نسبة القصيدة لعمران بن حطان، وتنفي كونه قائلها:

أ- أول من ذكر قصيدة عمران بن حطان المُبَرِّد:

رغم أن ابن أبي الدنيا (208 - 281هـ) أيضا في نفس فترة **المُبَرِّد** (210 - 286هـ) وقد ذكرها في كتابه مقتل علي ﷺ (ص78)، ولكن كل من نقل القصيدة نقلها عن المبرد مما يدل على أنه أول من ذكرها، وخاصة أن ابن أبي الدنيا ليس قبله بكثير بل عاشا بنفس الفترة مما يدل أن القصيدة لم تكن معروفة قبل ذلك، وساق **المُبَرِّد** هذه القصيدة كخبر تاريخي وبلا إسناد غير مثبت أو ناف لها، ففي قصة هروب عمران بن حطان من البصرة إلى الشام حين طلبه الحجاج، وأراد قتله واختفى عند روح بن زنباع أحد ندماء عبد الملك بن مروان، قال المبرد [46]: " وكان روح بن زنباع لا يسمع شعراً نادراً ولا حديثاً غريباً عند عبد الملك فيسأل عنه عمران بن حطان إلا عرفه وزاد فيه، فذكر ذلك لعبد الملك، فقال: إن لي جاراً من الأزد ما أسمع من أمير المؤمنين خبراً ولا شعراً إلا عرفه وزاد فيه، فقال: خبرني ببعض أخباره، فخبره وأنشده، فقال: إن اللغة عدنانية، وأني لأحسبه عمران بن حطان؛ حتى تذاكروا ليلة قول عمران بن حطان يمدح ابن ملجم -لعنه الله-:

يا ضربة من تقي ما أراد بها

إلا ليبلغ من ذي العرش رضوانا

إني لأذكره حيناً فأحسبه

أوفى البرية عند الله ميزانا

فلم يدر عبد الملك لمن هو، فرجع روح إلى عمران بن حطان، فسأله عنه، فقال عمران: هذا يقوله عمران بن حطان، يمدح به عبد الرحمن بن ملجم، قاتل علي بن أبي طالب، فرجع روح إلى عبد الملك فأخبره، فقال له عبد الملك: ضيفك عمران بن حطان، اذهب فجئني به، فرجع إليه، فقال: إن أمير المؤمنين قد أحب أن يراك، قال عمران: قد أردت أن أسألك ذلك فاستحييت منك، فامض فإني بالأثر، فرجع روح إلى عبد الملك فأخبره، فقال له عبد الملك: أما إنك سترجع فلا تجده فرجع وقد ارتحل عمران"

وكل من جاء بعد **المُبَرِّد** ممن نسب هذه القصيدة لعمران بن حطان إنما اعتمد على كلام **المُبَرِّد**، ولم يتحققوا من صحة نسبة هذه القصيدة إلى عمران بن حطان، ولذا قال إحسان عباس:[47]" ويتردد في بعض قصائده ما يصور تنقله من مكان إلى مكان، وتقرن المصادر بين هذا الفرار وطلب عبد الملك أو الحجاج له، لأنه مدح ابن ملجم، ولكن ظروف هذا التنقل ودواعيه غير واضحة في قرائنها الزمنية؛ ولشهرة عمران في الشعر نسبت إليه أشعار الآخرين من الخوارج"، والراجح أن هذه القصيدة نسبت إليه ظلماً.

ب- لم تذكر هذه القصيدة في عشرات كتب التاريخ والتراجم والرجال والجرح والتعديل التي ألفت قبل المبرد، وترجمت لعمران بن حطان ولم يذكروا هذه القصيدة في ترجمته، ولو ثبت عندهم بشكل قاطع أن عمران بن حطان قائلها، لكانت من أسباب رد روايته، لأنها ثبوت

الدعوة لبدعته، ولكن لما كان ثبوتها عنه غير مؤكد، يمكن القول إنه ليس من الدعاة لبدعته، وهذا شيء مهم.

ج- لم تذكر هذه القصيدة في كتب الأدب والشعر التي ألفت قبل المبرد، ورغم أن هذه الكتب لم تستوعب جميع الشعراء ولا جميع ما قالوه من الشعر، ولكن لخصوصية القصيدة وشهرتها وشهرة قصتها وأنها قيلت في مدح من قتل أمير المؤمنين، فلا مبرر لتركها وعد ذكرها عندهم إلا أنها لم تثبت عندهم والله أعلم.

ومنها: كتابه: (فحولة الشعراء) للأصمعي(216هـ) في وكتاب:(فحول الشعراء) لمحمد بن سلام الجمحي(ت232هـ)، ولا في كتاب:(البيان والتبين) للجاحظ (ت255هـ) الذي قال إن عمران بن حطان من شعراء القعدية، ولم يذكر هذه القصيدة، ولا في كتاب(الشعر والشعراء) لابن قتيبة الدينوري(276هـ)، ولا في كتاب:(طبقات الشعراء) لابن المعتز العباسي(ت296هـ) المعاصر للمبرد، حتى نحلها المُبَرِّد(ت286هـ) لعمران بن حطان، فإن المُبَرِّد مشهور بوضع الشعر على غيره، والكذب فيه.

د- لم يرد الشعراء المعاصرون لعمران بن حطان على هذه القصيدة:

هذه القصيدة المنكرة والتي فيها ثناء من قائلها على جريمة قتل ابن ملجم للإمام علي ﷺ أحد المبشرين بالجنة، ورابع الخلفاء الراشدين، هذه القصيدة التي تستفز مشاعر كل مسلم، ومع ذلك لم أجد من رد أو هجا من نسبت إليه مع توافر الشعراء المحبين لآل البيت في عصر بني أمية، والذين تصدروا للدفاع عن آل البيت بل وهجاء بني أمية، ومنهم: النعمان بن بشير الأنصاري(ت65هـ) وأبو الأسود الدؤلي(ت69هـ)، والفرزدق(ت110هـ)، والكميت(ت126هـ) وغيرهم، بل نجد أن الفرزدق أثنى على عمران ابن حطان، فقال [48]:" عِمْرَانُ بنُ حِطَّانَ مِنْ أَشْعَرِ النَّاسِ، لأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ أَنْ يَقُوْلَ مِثْلَنَا، لَقَالَ، وَلَسْنَا نَقْدِرُ أَنْ نَقُوْلَ مِثْلَ قَوْلِهِ"، فعدم رد الفرزدق وغيره على القصيدة التي نسبت إلى عصرية وبلديه عمران بن حطان يدل على عدم صحة نسبتها إليه.

هـ- تأخر الرد على هذه القصيدة إلى نهاية القرن الثالث الهجري، وعمران بن حطان توفي في القرن الأول الهجري، ومن أبرز الردود:

1- وأول من نسب إليه الرد على هذه القصيدة أبو عبد الرحمن بكر بن حماد التاهرتي (ت296هـ):[49]

قُلْ لِابْنِ مُلْجَمَ وَالأَقْدَارُ غَالِبَةٌ
هَدَمْتَ لِلدِّينِ وَالإِسْلَامِ أَرْكَانَا
فَلَا عَفَا اللهُ عَنْهُ سُوءَ فِعْلَتِهِ
وَلَا سَقَى قَبْرَ عِمْرَانَ بْنِ حِطَّانَا
يَا ضَرْبَةً مِنْ شَقِيٍّ مَا أَرَادَ بِهَا
إِلَّا لِيَبْلُغَ مِنْ ذِي العَرْشِ رِضْوَانَا
بَلْ ضَرْبَةٌ مِنْ غَوِيٍّ أَوْرَدَتْهُ لَظَى
وَسَوْفَ يَلْقَى بِهَا الرَّحْمَنَ غَضْبَانَا

2- الرد الثاني جاء في القرن الخامس الهجري بقصيدة تنسب إلى أبي الطيب الطبري(ت450 هـ) فقال[50] :

إِنِّي لأَبْرَأُ مِمَّا أَنْتَ تَذْكُرُهُ
عَنِ ابْنِ مُلْجَمٍ المَلْعُونِ بُهْتَانَا

إِنِّـــي لأَذْكُـــرُهُ يَوْمًـــا فأَلْعَنُـــهُ
دينًـا وأَلْعَـنُ عِمْـرانَ بْـنَ حِطَّانَـا

3- الرد الثالث جاء في القرن الخامس الهجري تنسب إلى عبد القاهر (ت 471 ه)[51] :

يَا ضَرْبَةً مِنْ كَفُورٍ مَا اسْتَفَادَ بِهَا
إِلَّا الجَـزَاءَ بِمَـا يُصْـلِيهِ نِيرَانَـا
إِنِّـي لَأَلْعَنُـهُ دِينًـا وَأَلْعَـنُ مَـنْ
يَرْجُـو لَـهُ أَبَـدًا عَفْـوًا وَغُفْرَانَـا
ذَاكَ الشَّـقِيُّ لَأَشْـقَى النَّـاسِ كُلِّهِـمِ
أَخَفُّهُـمْ عِنْـدَ رَبِّ النَّـاسِ مِيزَانَـا

4- أما القصيدة التي تنسب إلى عبد الله بن المبارك (ت 181ه)، فلا علاقة لها بقصيدة مدح ابن ملجم، والتي يقول فيها:

إِنِّـي امْـرُؤٌ لَـيْسَ فِي دِينِي لِغَـامِزَةٍ
لِـينٌ وَلَسْـتُ عَلَى الأَسْـلَافِ طَعَّانَـا
فَمَا الدُّخُولُ عَلَيْهِمْ فِي الَّذِي عَمِلُوا
بِالطَّعْنِ مِنِّي وَقَدْ فَرَّطْتُ عِصْيَانَا
فَـلَا أَسُـبُّ أَبَـا بَكْـرٍ وَلَا عُمَـرًا
وَلَا أَسُـبُّ مَعَـاذَ اللهِ عُثْمَانَـا
وَلَا ابْـنُ عَـمِّ رَسُـولِ اللهِ أَشْـتُمُهُ
حَتَّى أُلَبَّسَ تَحْتَ التُّرْبِ أَكْفَانَا[52]

يلاحظ من الأبيات السابقة أن ابن المبارك يوالي الخلفاء الراشدين ويترضى عنهم كلهم، ولا يتعرض لهم بالسب أو الشتم، وفي هذا يرد على الرافضة الإمامية وعلى الخوارج الذين يلعنون ويكفرون ويجاهرون بسب الصحابة، وقد وهم السبكي [53] عندما قال:" وأظن ان ابْن الْمُبَارك قصد بِهَذِهِ القصيدة مُعَارضَة عمرَان بن حطَّان الْخَارِجِي"، ولم يذكر ابن المبارك اسم عمران بن حطان في القصيدة، ولم يجزم أحد من المؤرخين أنها رد على قصيدة عمران بن حطان. وقد ذكر غير السبكي أنها في الرد على عمران قال ذلك صاحب «قلادة النحر في وفيات أعيان الدهر» (1/470).

المطلب الثاني: المذهبية، ونسبة القصيدة إلى عمران بن حطان

قد يُظن أن عداوة مذهبية بين المبرد وعمران بن حطان جعلته ينسب هذه القصيدة إلى عمران بن حطان، وقد تبين لي أن المبرد بعيد كل البعد عن التعصب لمذهب معين، فلم يحسب على الشيعة ولا على المعتزلة، وكان شغله الشاغل الأدب واللغة، وبذلك نزيل الشك في إمكانية أن المبرد نحل القصيدة لعمران بن حطان.

المبحث الخامس: أسباب رواية البخاري عن عمران بن حطان

المطلب الأول: أحاديث عمران بن حطان في صحيح البخاري

انتقد على الإمام البخاري روايته في صحيحه لحديثين في إسنادهما عمران بن حطان الخارجي، ومن هؤلاء الأئمة الإمام الدارقطني، وهذان الحديثان هما:

الحديث الأول: قال البخاري[54]: حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ بَشَّارٍ، حَدَّثَنَا عُثْمَانُ بْنُ عُمَرَ، حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ المُبَارَكِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ أَبِي كَثِيرٍ، عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حِطَّانَ، قَالَ:" سَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنِ الحَرِيرِ، فَقَالَتْ: ائْتِ ابْنَ عَبَّاسٍ فَسَلْهُ. قَالَ: فَسَأَلْتُهُ، فَقَالَ: سَلْ ابْنَ عُمَرَ. قَالَ: فَسَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ، فَقَالَ: أَخْبَرَنِي أَبُو حَفْصٍ يَعْنِي عُمَرَ بْنَ

الخَطَّابِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: إِنَّمَا يَلْبَسُ الحَرِيرَ فِي الدُّنْيَا مَنْ لاَ خَلاَقَ لَهُ فِي الآخِرَةِ. فَقُلْتُ: صَدَقَ، وَمَا كَذَبَ أَبُو حَفْصٍ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قال البخاريُّ: وَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَجَاءٍ: حَدَّثَنَا حَرْبٌ، عَنْ يَحْيَى: حَدَّثَنِي عِمْرَانُ، وَقَصَّ الحَدِيثَ. اهـ

والحديث الثاني: قال البخاري[55]: حَدَّثَنَا مُعَاذُ بْنُ فَضَالَةَ، حَدَّثَنَا هِشَامٌ، عَنْ يَحْيَى، عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حِطَّانَ: أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا حَدَّثَتْهُ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ "لَمْ يَكُنْ يَتْرُكُ فِي بَيْتِهِ شَيْئًا فِيهِ تَصَالِيبُ إِلَّا نَقَضَهُ".

- **ولا يوجد لعمران بن حطان غير هذين الحديثين في الكتب الستة.**

المطلب الثاني: ومن الأسباب لرواية الإمام البخاري عن عمران بن حطان هي من جهتين:

أ- **من جهة الراوي:**

1- أن عمران من أهل والصلاح والزهد، ولا يعرف عنه الكذب في الحديث لينصر بدعته، وهذا الصنف من الرواة قبل روايته كثير من الأئمة، ومنهم الإمام البخاري.

2-أن هذا الراوي تاب من بدعته كم نص على ذلك كثير من الأئمة، فلا مانع من الرواية عنه، ولذلك روى عنه الإمام أحمد والبخاري وأبو داود والنسائي والبيهقي.

3-أن القصيدة التي نسبة إلى عمران بن حطان وفيها مدح لابن ملجم قاتل أمير المؤمنين علي ﷺ لم يثبت أنه قائلها، ولذلك لا يطعن في عدالته بسببها.

4- وثق عمران بن حطان عدد من الأئمة، وهم: العجلي وقتادة بن دعامة السدوسي والبخاري حيث روى له في الصحيح وهو له منهج فذ ودقيق في الانتقاء من أحاديث الرواة وتخريجها في الصحيح، وأبو داود وابن حبان والذهبي وابن حجر.

ب- **من جهة المروي:**

1- أن الإمام البخاري أخرج الحديثين في المتابعات والشواهد وليس في أصول الأبواب.

2- ليس في الحديثين ما ينصر بدعة الخوارج، والتي كان ابن حطان ممن يعتقدها.

3- الحديث الأول له متابعات[56]، رواها أَبُو داود، والنَّسَائي وأحمد والبيهقي، وكذلك الحديث الثاني[57].

الخاتمة وأهم النتائج:

1- تأثر عمران بن حطان بفكر الخوارج، وقتال الإمام علي ﷺ لهم، وقصة تحوله إلى مذهب الخوارج في آخر عمره بسبب زواجه من امرأة من الخوارج صحيح.

2- يعد عمران بن حطان من الخوارج القعدية الذين يحرضون على القتال ولا يقاتلون مع الخوارج، وقد كان عمران من شعرائهم وخطبائهم وعلمائهم.

3- لم يثبت أن عمران هو قائل القصيدة التي يمدح فيها عبد الرحمن بن ملجم الخارجي قاتل الإمام علي ﷺ.

4- من الأئمة عمران بن حطان، من روى عنه كأحمد والبخاري وأبو داود والنسائي والطبراني والبيهقي على الرغم من أنه من الخوارج القعدية، ولم يتهموه في ضبطه للحديث، بل إن

الإمام يحيى بن أبي كثير روى عن عمران أثناء هرب عمران من الحجاج في آخر حياة.

5- لم يشر النقاد المتقدمون كقتادة السدوسي والعجلي والبخاري في ترجمتهم لعمران بن حطان إلى بدعته، وأرجح أن سبب ذلك توبته من بدعته بعد أن عفا عنه الحجاج.

6- لا يُنتقد البخاري بسبب تخريجه حديثين لعمران بن حطان في صحيحه لما سبق ذكره من أن عمران بن حطان ثقة، ثم أن البخاري أخرج الحديثين في المتابعات والشواهد وليس في أصل الباب.

7- والحديث الأول الذي رواه البخاري عن عمران له شواهد من طريق عمر وابن عمر أخرجها البخاري ومسلم والترمذي وأحمد والبيهقي وغيرهم، والحديث الثاني: له شواهد من غير طريق عمر.

8- أن منهج البخاري العام في الرواية عن المبتدعة تخريج أحاديث صاحب البدعة إذا كان صادق اللهجة متديناً ضابطاً للحديث.

أهم التوصيات:

من أهم التوصيات التي خرجت بها من هذه الدراسة هي أنه لابد من دراسة كل الرواة الذين اتهموا بالبدع في صحيح البخاري دراسة نقدية لبيان أسباب رواية البخاري لهم.

الهوامش:

(1) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، **لسان الميزان**، الهند، مطبعة دائرة المعارف النظامية، 1326هـ، (ط1)، ج1، ص203.

(2) مسلم، أبو الحسين، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦ - ٢٦١ هـ)، **صحيح مسلم**، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية: فيصل عيسى البابي الحلبي (ط1)، ج1، ص15.

(3) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، **نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر**، حققه على نسخه مقروءة على المؤلف وعلق عليه: نور الدين عتر، الناشر: مطبعة الصباح، دمشق، (ط1)، ص128.

(4) ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354 هـ)، **ا المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين**، بحيدر آباد الدكن، (ط1)، 1393 هـ - 1973م، ج3، ص64.

(5) محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354 هـ)، **الثقات**، بحيدر آباد الدكن، (ط1)، 1393 هـ - 1973م، ج6، ص140.

(6) ابن حجر، **نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر**، ص128.

(7) المرجع السابق.

(8) الحاكم، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، **معرفة علوم الحديث**، المحقق: السيد معظم حسين، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت (ط3)، ص15.

(9) الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: 463هـ)، **الكفاية في علم الرواية**، المحقق: الدكتور بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، (ط1)، 1422هـ - 2002 م، ج1، ص126.

(10) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، **تهذيب التهذيب**، الهند، مطبعة دائرة المعارف النظامية، 1326هـ، (ط1)، ج8، ص128.

(11) المزي، يوسف بن عبد الرحمن المزي (المتوفى: 742 هـ)، **تهذيب الكمال في أسماء الرجال**، المحقق: د. بشار عواد معروف، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت، (ط1)، (1400هـ/1980م)، ج22، ص322.

(12) المزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج22، ص322.

(13) انظر أقوال العلماء في عمران بن حطان ونقدها ص13.

(13) الجاحظ، عمرو بن بحر بن محبوب الكناني بالولاء، الليثي، أبوعثمان، الشهيربالجاحظ (المتوفى: 255هـ)، **البيان والتبيين**، بيروت، دار ومكتبة الهلال، 1423 هـ، (ط2)، ج1، ص57.

(15) ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354 هـ)، **الثقات**، بحيدر آباد الدكن، (ط1)، 1393 هـ - 1973م، ج8، ص222.

(6) المبرد، أبو العباس، **الكامل في اللغة والأدب** ج3، ص186.

(7) بهاء الدين البغدادي، محمد بن الحسن بن محمد بن علي بن حمدون، أبو المعالي، بهاء الدين البغدادي (المتوفى: ٥٦٢هـ)، **التذكرة**

الحمدونية، الناشر: دار صادر، بيروت، (ط1)، 1417 هـ، ج2، ص450.

(18) ابن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، ج8، ص127.

(19) الجاحظ، **البيان والتبيين**، ج1، ص62.

(20) الجاحظ، **البيان والتبيين**، ج1، ص280.

(21) المبرد، أبو العباس، **الكامل في اللغة والأدب**، ج3، ص126.

(22) ابن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، ج8، ص127.

(23) المبرد، أبو العباس، **الكامل في اللغة والأدب**، ج3، ص126.

(24) القيرواني، إبراهيم بن علي بن تميم الأنصاري، القيرواني (المتوفى: ٤٥٣هـ) **زهر الآداب وثمر الألباب**، الناشر: دار الجيل، بيروت، (ط1)، ج4، ص924.

(25) الازدي، أبوزكريا يزيد بن محمد بن إياس الموصلي الازدي (المتوفى: 334هـ)، **تاريخ الموصل**، تحقيق: الدكتور علي حبيبة، مصر، المطبعة السلفية، 1923م، ص287.

(26) الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، **سير أعلام النبلاء**، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، عمان، مؤسسة الرسالة، 1405 هـ/ 1985 م، (ط3)، ج4، ص214.

(27) ابن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، ج8، ص127.

(28) العجلي، أبو الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح العجلى الكوفى (المتوفى: 261هـ)، **الثقات**، المحقق: عبد العليم عبد العظيم البستوي، المدينة المنورة، 1405هـ - 1985م، (ط1)، ص373.

(29) البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله (المتوفى: 256هـ)، **التاريخ الكبير**، حيدرآباد، دائرة المعارف العثمانية، (ط1)، ج6، ص413.

(30) أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: 275هـ)، **سؤالات أبي عبيد الآجري أبا داود السجستاني في الجرح والتعديل**، المحقق: محمد علي قاسم العمري، المدينة المنورة، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، (ط1)، 1403هـ/1983م، ص35.

(31) الازدي، أبوزكريا يزيد بن محمد بن إياس الموصلي الازدي (المتوفى: 334هـ)، **تاريخ الموصل**، تحقيق: الدكتور علي حبيبة، مصر، المطبعة السلفية، 1923م، ص287.

(32) ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي (المتوفى: 354 هـ)، **الثقات**، بحيدر آباد الدكن، (ط1)، 1393 هـ - 1973م، ج8، ص222.

(33) العقيلي، أبو جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي المكي (المتوفى: 322هـ)، **الضعفاء الكبير**، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، بيروت، دار المكتبة العلمية، 1404هـ - 1984م، (ط1)، ج3، ص297.

(34) ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع الهاشمي بالولاء، البصري، البغدادي المعروف بابن سعد (المتوفى: 230هـ)، **الطبقات الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، 1410 هـ - 1990 م، (ط1)، ج7، ص155.

(35) ابن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، ج8، ص127.

(36) ابن أبي حاتم، أبو محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميمي، الحنظلي، الرازي ابن أبي حاتم (المتوفى: 327هـ)، **الجرح والتعديل**، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (ط1)، 1271 هـ 1952 م، ج6، ص296.

(37) ابن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، ج8، ص127.

(38) ابن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، ج8، ص127.

(39) ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي و محب الدين الخطيب، بيروت، دار المعرفة، 1379هـ، (ط1)، ج10، ص290.

(40) الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، **الإلزامات والتتبع**، تحقيق: الشيخ أبو عبد الرحمن مقبل بن هادي الوداعي، بيروت، دار الكتب العلمية، (ط2)، 1405 هـ - 1985 م، ص117.

(41) الخطيب البغدادي، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (المتوفى: 463هـ)، **تاريخ بغداد**، المحقق: الدكتور بشار عواد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، (ط1)، 1422هـ - 2002 م، ج4، ص603.

(42) المعري، أبو المحاسن المفضل بن محمد بن مسعر التنوخي المعري (المتوفى: 442هـ)، **تاريخ العلماء النحويين من البصريين والكوفيين وغيرهم**، تحقيق: الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، القاهرة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، (ط2)، 1412هـ - 1992م، ص62.

(43) الخطيب البغدادي، **تاريخ بغداد**، ج4، ص603.

(44) الخطيب البغدادي، **تاريخ بغداد**، ج4، ص603.

(45) البروجردي، محمد بن حَمَد بن محمد بن عبد الله البروجردي (المتوفى: نحو ٤٥٥هـ)، **الفتح على أبي الفتح**، المحقق: عبد الكريم الدجيلي، الناشر: دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد – العراق، (ط2)، 1987 م، ص246.

(46) المبرد، أبو العباس، **الكامل في اللغة والأدب**، ج3، ص125.

(47) الدكتور إحسان عباس، **شعرالخوارج**، ص258.

(48) الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، **سير أعلام النبلاء**، المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، عمان، مؤسسة الرسالة، 1405 هـ/ 1985 م، (ط3)، ج4، ص214.

(49) مبارك بن محمد الميلي الجزائري (المتوفى: 1364هـ)، **تاريخ الجزائر في القديم والحديث**، **الجزائر**، المؤسسة الوطنيّة للكتاب، 1406هـ - 1986م، ج2، ص81.

(50) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: 852هـ)، **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، 1415 هـ، (ط1)، ج5، ص232.

(51) الأسفراييني، عبد القاهر بن طاهر بن محمد بن عبد الله البغدادي التميمي الأسفراييني، أبو منصور (المتوفى: 429هـ)، **الملل والنحل**، بيروت، دارالآفاق الجديدة، (ط1)، 1968م ج1، ص13.

(52)الأسفراييني، عبد القاهر بن طاهر بن محمد بن عبد الله البغدادي التميمي الأسفراييني، أبو منصور (المتوفى: 429هـ)، **الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية**، بيروت، دارالآفاق الجديدة، (ط2)، 1977م، ص73.

(53) السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، **طبقات الشافعية الكبرى**، المحقق: د.محمود محمد الطناحي د.عبد الفتاح محمد الحلو، الجيزة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، (ط2)، 1413هـ، ج1، ص287.

(54) أخرجه البخاري في **"صحيحه"** (7 / 150) برقم: (5835) (كتاب اللباس، باب لبس الحرير وافتراشه للرجال وقدر ما يجوز منه) ومسلم في "صحيحه" (6 / 139) برقم: (2069) (كتاب اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة) والنسائي في "الكبرى" (8 / 399) برقم: (9515) (كتاب الزينة، وقفته حفصة بنت سيرين)، والترمذي في "جامعه" (4 / 509) برقم: (2817) (أبواب الأدب عن رسول الله- ﷺ-، باب ما جاء في كراهية الحرير والديباج) والبيهقي في "سننه الكبير" (3 / 266) برقم: (6145) (كتاب صلاة الخوف، باب ما ليس له لبسه وافتراشه) وأحمد في "مسنده" (1 / 65) برقم: (183) (مسند العشرة المبشرين بالجنة وغيرهم، مسند أبي حفص عمر بن الخطاب ﷺ والبزار في "مسنده" (1 / 285) برقم: (180) (مسند عمر بن الخطاب ﷺ ومما روى المشايخ عن ابن عمر عن عمر).

(55) أخرجه البخاري في "صحيحه" (7 / 167) برقم: (5952) (كتاب اللباس، باب نقض الصور) والنسائي في "الكبرى" (8 / 461) برقم: (9706) (كتاب الزينة، التصاوير)، وأبو داود في "سننه" (4 / 121) برقم:(4151) (كتاب اللباس، باب ما جاء في الصليب في الثوب) والبيهقي في "سننه الكبير" (7 / 269) برقم:(14686) (كتاب الصداق، باب التشديد في المنع من التصوير) وأحمد في "مسنده" (11 / 5863) برقم:(24899) (مسند عائشة رضي الله عنها،)، وأبو يعلى في "مسنده" (8 / 104) برقم: (4641) (مسند عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها) والطبراني في "الأوسط" (3 / 56) برقم: (2457) (باب الألف، إبراهيم بن عبد الله أبو مسلم الكشي).

(56) أخرجه البخاري في **"صحيحه"** (7 / 150) برقم: (5835) (كتاب اللباس، باب لبس الحرير وافتراشه للرجال وقدر ما يجوز منه) ومسلم في "صحيحه" (6 / 139) برقم: (2069) (كتاب اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة) والنسائي في "الكبرى" (8 / 399) برقم: (9515) (كتاب الزينة، وقفته حفصة بنت سيرين)، والترمذي في "جامعه" (4 / 509) برقم: (2817) (أبواب الأدب عن رسول الله -ﷺ-، باب ما جاء في كراهية الحرير والديباج) والبيهقي في "سننه الكبير" (3 / 266) برقم: (6145) (كتاب صلاة الخوف، باب ما ليس له لبسه وافتراشه) وأحمد في "مسنده" (1 / 65) برقم: (183) (مسند العشرة المبشرين بالجنة وغيرهم، مسند أبي حفص عمر بن الخطاب ﷺ والبزار في "مسنده" (1 / 285) برقم: (180) (مسند عمر بن الخطاب -ﷺ ومما روى المشايخ عن ابن عمر عن عمر).

(57) أخرجه البخاري في "صحيحه" (7 / 167) برقم: (5952) (كتاب اللباس، باب نقض الصور) والنسائي في "الكبرى" (8 / 461) برقم: (9706) (كتاب الزينة، التصاوير)، وأبو داود في "سننه" (4 / 121) برقم:(4151) (كتاب اللباس، باب ما جاء في الصليب في الثوب) والبيهقي في "سننه الكبير" (7 / 269) برقم:(14686) (كتاب الصداق، باب التشديد في المنع من التصوير) وأحمد في "مسنده" (11 / 5863) برقم:(24899) (مسند عائشة رضي الله عنها،)، وأبو يعلى في "مسنده" (8 / 104) برقم: (4641) (مسند عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها) والطبراني في "الأوسط" (3 / 56) برقم: (2457) (باب الألف، إبراهيم بن عبد الله أبو مسلم الكشي).

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 (2), Dhu alqaeda 1443, June 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.

ISSN 2311-097X

EISSN 2790-251X



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 (2), Dhu alqaeda 1443, June 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
Dr. Mubarak Al-Tarawneh	The World Islamic Science & Education University
Dr. Haroun Al-Qudah(Rahimah allah)	The World Islamic Science & Education University

Advisory Editorial Board

His Eminence Sheikh 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. Abdallah Thonibat

Journal Secretary & Designer

Reham Al-Faouri


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