



Al-Haq journal
ISSN | 3005-3919

مجلة الحق

العدد الثالث أكتوبر 2014



الناشر
كلية القانون بني وليد - ليبيا



مجلة الحق
مجلة علمية محكمة فصلية
تصدر عن كلية القانون - بني وليد

الإشراف العام
عيسى فتح الله أحمد

رئيس هيئة التحرير
مصباح عمر التائب

أعضاء هيئة التحرير

د . مفتاح إغنيه محمد *** د . خالد عبدالله قرقر

د. ناصر فرج الغيطة ***** د . مفتاح محمود محمود

أ. رمضان خليفة برنوص ***** أ. معمر إبراهيم المريمي

أ. علي محمد سالم ***** أ. مصطفى مجحود محمد

اللجنة الاستشارية

د. عيسى فتح الله أحمد *** د. علي محمد شقلوف
د. محمد إبراهيم الداه *** د. عبدالله مبارك الدعكي
أ. مصطفى فرج ضو *** أ. معز مصباح الجديد
أ. فرج علي محمد

2014م

أكتوبر

العدد الثالث

الأفكار والآراء المنشورة في المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها، ولا تعبر عن وجهة نظر المجلة،
وأصحابها مسؤولون عن صحتها ونسبتها إلى مصادرها، ويتحملون وحدهم المسؤولية الأدبية
والقانونية، وهيئة التحرير ترحب بمناقشتها وإثرائها والرد عليها.

الافتتاحية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد.

إيماناً من كلية القانون بني وليد بأهمية البحث العلمي باعتباره سبيلاً إلى التقدم في شتى مجالات الحياة، ها هي اليوم تفتخر بإضافة قيس جديد متمثلاً في العدد الثالث من مجلة الحق، فهذه المجلة تمثل بحق لبنة جديدة في صرح البحث العلمي بما تسهم به في نشر الثقافة القانونية والشرعية، وإثراء للفكر القانوني في مجالاته المختلفة.

وإن هيئة التحرير بالمجلة يسعدها تلقي الملاحظات والمقترحات التي من شأنها الدفع بهذه المجلة إلى الأمام لتكون أفضل مما هي عليه، شكلاً ومضموناً.

وبهذه المناسبة أيضاً فإن هيئة التحرير بالمجلة تهيب بالباحثين القانونيين من أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين المساهمة في إثراء مادتها العلمية ببحوثهم وتعليقاتهم في ميدان تخصصهم، وسنكون شاكرين لهم حسن تواصلهم مع المجلة ومتابعة ما يكتب فيها، فذلك كفيل بضمان استمرارها وتجديدها.

فمزيداً من العمل الجاد والمثمر حتى يتواصل مثل هذا العطاء العلمي الذي هو المرأة التي تعكس الدور الحقيقي للجامعة بشكل عام وكلية القانون بني وليد بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه المنشود.

والله الموفق

مصباح عمر التائب

رئيس هيئة التحرير

محتويات العدد

المناهية العدد

• غسل الأموال والانترنت

د. خالد عبدالله محمد قرقر 1

• المساءلة كآلية لمكافحة الفساد

د. شعبان محمد عكاش 37

• قاعدة الأقل تبع للأكثر وأثرها في الصناعة المالية الإسلامية

د. فرج علي عبد الله جوان 61

• أحكام زوجة الغائب و المفقود فقها وقانونا

د. عيسى فتح الله أحمد 103

• دلالة الأمر على الفور أو التراخي وأثره في العبادات

د. إبراهيم عبد الرحيم أحمد رابعة 127

• تحقيق في نسبة بعض أئمة الحديث لابن خزيمة وابن حبان قبول الراوي المجهول العين

في صحيحيهما ولابن حبان في كتابه : الثقات

د. عبدالسلام عمران شعيب 156

• العرف وأثره في الأحكام الفقهية

د. سميح عبدالوهاب الجندي 187

- الصناعة الفقهية في الربط بين القواعد الكلية والنصوص الجزئية
- د. خالد سلامة الغرياني 221
- الظفر بالحق
- د. عماد التميمي 254
- مدى مشروعية التنصت الهاتفية وتسجيل الأصوات في القانون الجنائي
- أ. محمد عبد الله دينون شفتّر 277
- الضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية
- أ. معمر إبراهيم المريمي 306
- السؤال كأحد وسائل الرقابة البرلمانية على عمل الحكومة
- د. الداه محمد إبراهيم 340
- المنهاج والعلومة التحديات الراهنة على المنهج والتربية
- د. نسبية علي محمد موسى 365

غسل الأموال والانترنت

الدكتور

خالد عبدالله محمد قرقز

استاذ القانون الجنائي/ جامعة الزيتونة/

كلية القانون بني وليد

2014

hygiene and legitimacy, especially after the emergence of the idea of virtual banks that are established, recording and editing its head office and its branches across the Internet. It was the default form pure nuisance as the huge potential that can be offered by banks default crimes of money laundering and the suppression of money laundering according to this model needs effort high it may be difficult to reach positive results on it in a short time period, and this means that the great efforts should be made in this context.

ملخص

غسل الأموال هو عبارة عن توظيف الأموال داخل الدولة أو خارجها في أعمال مشروعة لطمس الأصل غير المشروع لهذه الأموال، حيث يجب أن يتم تحريك وتدوير الأموال الناجمة عن الأنشطة غير المشروعة لكي يمكن تجنب خضوعها للقانون. وفي الوقت الحالي يمكن أن يتم دخول الأموال الناجمة عن الجريمة في إطار المشروعية في صور مختلفة الأشكال، ولكن أهمها في المرحلة المعاصرة هو النموذج الذي تطرحه الانترنت والعالم الافتراضي، حيث سنحت فرص جديدة لمالكي الأموال القذرة باستخدام الانترنت بقصد فتح مجالات جديدة للتحويل من القذارة إلى النظافة والمشروعية، سيما بعد ظهور فكرة المصارف الافتراضية التي يتم تأسيسها وتسجيلها وتحرير مركزها الرئيسي وفروعها عبر الانترنت. ولقد كان النموذج الافتراضي محض إزعاج نظراً للإمكانيات الضخمة التي يمكن أن تقدمها المصارف الافتراضية لمرتكبي جرائم غسل الأموال ثم إن كبت عمليات غسل الأموال وفق هذا النموذج يحتاج إلى جهد فائق قد يكون من الصعوبة الوصول إلى نتائج إيجابية بشأنه في فترة زمنية قصيرة، وهذا يعني أن جهوداً كبيرة يجب أن تبذل في هذا الإطار.

Summary

Money laundering is a capital investment within the country or abroad in the legitimate business of the blur of illicit origin of these funds, which must be moved and recycling of funds resulting from the illegal activities in order to avoid being subject to the law.

At the present time can be access funds from crime within the framework of legality in the images of different shapes, but the most important in the contemporary period is the model that put the Internet and virtual world, where opportunities have new owners of dirty money using the internet in order to open new areas to shift from filth to

غسل الأموال والانترنت

مقدمة :

يعتبر النشاط الاقتصادي غير المشروع الشغل الشاغل للسياسة التشريعية المعاصرة، حيث ينتج عنه بالضرورة أموالاً غير مشروعة ، والأموال الناتجة عن الأنشطة غير المشروعة تنقسم إلى أموال ساكنة وهي تلك الأموال التي تخرج حيازتها من مرتكب الجريمة وتنتهي كل علاقة له بها، فالأموال الساكنة على هذا النحو كتلك التي تخضع للمصادرة أو التحفظ القضائي ... الخ.

أما القسم الثاني من الأموال الناجمة عن الأنشطة غير المشروعة يشمل الأموال المتحركة وهي تلك الأموال التي يفترض استمرار مطاردتها لعدم ضبطها ويحدث استنفيد المجرم من عدم الضبط هذا فيقوم بعد ذلك بإعداد برامج الهدف منها تدوير هذه الأموال في العمليات الاقتصادية العادية سعياً وراء إخراجها من حالة اللامشروعية والعمل على إدخالها في إطار المشروعية.

وفي القسم الثاني تقع منطقة غسل الأموال، حيث يجب أن يتم تحريك وتدوير الأموال الناجمة عن الأنشطة غير المشروعة لكي يمكن تجنب خضوعها للقانون.

وفي الوقت الحالي يتم ارتكاب جريمة غسل الأموال بوسائل تقنية حديثة، وقد ساهم في ذلك التوسع في استخدام الحاسب الآلي، والاعتماد على شبكة الاتصالات العالمية - الانترنت - ذلك أنه قد تم رصد طرق جديدة وعديدة لغسل الأموال عبر الانترنت، وبدأت منذ ما يزيد على عشرة سنوات مثل الاستخدام المتنوع للانترنت كالمقامرة والنشاطات المصرفية بها علاوة على العمليات المصرفية عبر الشبكة ويوفر آلية يمكن استخدامها في الحركة السريعة للنقد الالكتروني بالمقارنة مع الاستخدام التقليدي للنقد الورقية (1).

وعليه سوف نتناول هذا الموضوع من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول : جريمة غسل الأموال والوسائل المؤدية إليها.

1- د. عبد الفتاح حجازي، الأحداث والانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 81. و. د. ممنوح عبد الحميد عبد المطلب، جرائم الكمبيوتر وشبكة المعلومات العالمية، مكتبة الحقوق، الشارقة، الإمارات العربية، 2001، ص 69.

المبحث الثاني : دخول غسل الأموال في العالم الافتراضي.

المبحث الأول

جريمة غسل الأموال والوسائل المؤدية إليها

ترجع عمليات غسل الأموال بوسائلها الفنية الحديثة إلى سنة 1932 حيث بوشرت بشكل مطّلم بواسطة شخص يدعى Meyer Lansky كان يمثل حلقة الوصل بين المافيا الأمريكية والمافيا الإيطالية خلال الحرب العالمية الثانية وذلك لتسهيل دخول القوات البحرية للحلفاء لجزيرة صقلية، ومن أجل ذلك كان يتم اللجوء إلى البنوك السويسرية من أجل إخراج النقود من الولايات المتحدة الأمريكية وإداعها في بنوك سويسرا من خلال قروض وهمية. ويفضل هذه الأموال المعاد طرحها استطاع إقامة مدينة لألعاب القمار في منطقة Las.Vegas الأمريكية (1).

المطلب الأول

تعريف غسل الأموال والمراحل التي تمر بها

الفرع الأول: تعريف غسل الأموال.

غسل الأموال هو عبارة عن توظيف الأموال داخل الدولة أو خارجها في أعمال مشروعة لطمس الأصل غير المشروع لهذه الأموال، وذلك من خلال تسلل هذه الأموال إلى المشروعات الاقتصادية والتأثير فيها، وبذلك تمر الأموال المتحصل عليها من جرائم وخلال قنوات استثمار شرعية، ويعاد استغلالها بعد ذلك على أنها من مصدر ربح مشروع، ويتم غسل هذه الأموال بواسطة بعض البنوك والمصارف والشركات متعددة الجنسيات بهدف الربح ولخفاء حقيقة مصدر هذه الأموال، وللمزيد من التضييل يقوم أشخاص آخرون غير أعضاء الجريمة بغسل هذه الأموال مقابل مبالغ نقدية تدفع لهم لعدم كشف مصدرها الحقيقي (2).

1- د. محمود كيش، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001، ص 8. و د. إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 5.

2- د. عبد الله أحمد المشرخ، مكافحة الإجرام الاقتصادي والمالي، بحث منشور في مجلة الفكر الشرطي، إدارة شرطة الشارقة، العدد 3، ص 13، 2000، ص 12.

وغسل الأموال القذرة عملية تشمل، تلك الأموال المتحصلة من أنشطة إجرامية غير مشروعة كالإتجار في المخدرات وعمليات تهريب الذهب، والتهرب من الضرائب، والاتجار في الأعضاء البشرية والنساء والأطفال، وإدارة شبكات الدعارة، والاتجار غير المشروع في الأسلحة، والمواد النووية والابتنزاز، وتزييف وتزوير العملات، وغيرها من الجرائم المنظمة المعاصرة (1).

وفي تعريف آخر لجريمة غسل الأموال أنها "مجموعة من العمليات المالية المتداخلة لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال، وإظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع أو المساهمة في توظيف أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجريمة هي جناية أو جنحة" (2).

وبناء على هذا التعريف فإنه يترتب ركن مفترض يتمثل في أن جريمة غسل الأموال هي جريمة تابعة حيث أنها تفترض ابتداءً سبق ارتكاب جريمة أولية تنتج عنها أموالاً غير مشروعة، وفي مرحلة تالية تأتي عملية غسل تلك الأموال القذرة في إحدى صور الغسل، وحتى يتوافر السلوك الإجرامي لهذه الجريمة في إحدى صورها، فإنه يفترض وجود محل للجريمة، وهو المال الذي يتم غسله بعد تحصيله من مصدر غير مشروع وذلك كركن مفترض للجريمة (3).

لهذا فإن اتفاقية فيينا عام 1988 في شأن مكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات، نصت على مكافحة عمليات الغسيل المتحصلة من الإتجار في المخدرات، وهذه الحصيلة هي أموال نتجت عن ارتكاب جريمة معينة، لذلك فإن تعبير (حصيلة) وفقاً للفقرة (27) من المادة الأولى يعني "كل مال نتج بشكل مباشر أو غير مباشر عن ارتكاب جريمة مما نصت عليه المادة 3 من اتفاقية فيينا، وهي تلك الجرائم المتعلقة بالإتجار غير المشروع في المخدرات" (4).

- 1- د. عبد الله أحمد المشرخ، المرجع السابق، ص 12.
- 2- د. هدى حامد قشقوش، جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 7.
- 3- د. هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص 19.
- 4- د. هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص 79.

ومن الآراء الفقهية (1) ما يستحسن استخدام مصطلح "تطهير الأموال غير المشروعة" يستند على استخدام مماثل في ظل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي مفاده قيام غرفة الاتهام بتطهير الإجراء المعيب من خلالها مما لحقه من عوار أو عيب.

نلاحظ بأن غسل الأموال تعددت بشأنه وجهات النظر ومرد هذا التعدد اختلاف الزاوية أو المنظور الذي يهتم به وترتب على ذلك بطبيعة الحال عدم الاتفاق على تعريف محدد وإن كان هناك قاسم مشترك يجمع بين هذه الوجهات والتي يبرز منها على وجه الخصوص المنظور الاقتصادي أو المالي والمنظور القانوني باعتبار أن تشريعات غسل الأموال يغلب عليها الطابع المزدوج.

كما أن هذه التعريفات وغيرها، إنما تتفق على شيء واحد وهو التأكيد على أن جوهر عملية غسل الأموال هو إخفاء أو تمويه طبيعة الأموال ذات المصدر الجرمي، وليس مجرد لئال الأموال أو إخفائها عن أعين سلطات تنفيذ القانون.

الدرع الثاني: المراحل التي تمر بها عملية غسل الأموال.

1- الإيداع أو التوظيف

وفي هذه المرحلة يتم نقل الأموال المتحصلة من النشاط الإجرامي وذلك بغرض إدخالها في دائرة التداول المالي، بمعنى إيداع الأموال الناتجة عن أعمال غير مشروعة في شركات مالية أو مصارف أو مؤسسات إيداع محلية أو خارجية (2)، وفي هذه المرحلة تحقيق غرضين لغاسلي الأموال في آن واحد، فهي تخلص غاسلي الأموال وخصوصاً تجار المخدرات من شحنات النقد الضخمة، كما أنها تضع هذه النقود في إحدى آليات النظام المالي، أي في أحد المصارف، أو في إحدى المؤسسات المالية غير المصرفية مثل مكاتب تغيير العملة، ومحال فحص وتداول الأوراق المالية، وشركات التحويلات المالية... الخ، بما يسمح بتحريك هذه الأموال بسهولة، تمهيداً للدخول في المرحلة التالية، وهي مرحلة التمويه.

- 1- د. عمر عبد الغريب، المواجهة الجنائية لغسيل الأموال، ندوة مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، 1997، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص 31.
- 2- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2005، ص 115.

وفي هذه المرحلة يسهل التعرف على مودع الأموال ونسبته إلى مصدر الأموال، سواء كان نفس الشخص الذي حقق الأموال أو من ينوب عنه أو من خلال شركة يمتلكها كشخصية اعتبارية⁽¹⁾.

2- الترمويه

وفي هذه المرحلة يتم توزيع المال على عمليات متعددة بغرض إخفاء أصله أو الملكية الحقيقية للأموال، أو على الأقل عرقلة سير التحريات التي تجري بشأنها⁽²⁾. وهذه المرحلة تمثل أهمية كبرى لغاسلي الأموال الذين يعمدون إلى خلق طبقات مركبة ومضاعفة من الصفقات التجارية والتحويلات المالية التي تكفل إخفاء العائدات غير المشروعة، وتمويه طبيعتها وقطع صلتها تماماً بمصدرها الجرمي لتجنب اقتفاء أثرها من جانب أجهزة تنفيذ القانون وإتاحة الفرصة كاملة لاستخدامها بحرية في الأغراض المختلفة.

وتعد هذه المرحلة هي أكثر المراحل الثلاث تعقيداً، وأكثرها اتصافاً بالطبيعة الدولية، فغالباً ما تجري وقائعها في بلدان متعددة⁽³⁾.

3- الإدماج

وهذه هي المرحلة النهائية من مراحل غسل الأموال، وهدف هذه المرحلة هو اضماء طابع الشرعية على الأموال، والتي هي ثروة ذات أصل إجرامي، ولذلك يطلق على هذه المرحلة اسم «مرحلة التجفيف»، وهذه مرحلة تعاد من خلالها الأموال المغسولة مرة أخرى في دورة، وفي شكل عوائد نظيفة وغير خاضعة للضريبة، ويحتاج غاسل الأموال بمجرد انتهاء عملية التكديس إلى تقديم ايضاح لأجل اضماء الشرعية على ثروته. وتهدف خطط الإدماج إلى إعادة الأموال المغسولة مرة أخرى في الاقتصاد بحيث يعاد دمجها في النظام المصرفي وتبدو في نهاية الأمر وكأنها عوائد طبيعية لصفقة تجارية. ومن أمثلة هذه الصفقات بيع

الأوراق العقارية، والشركات الوهمية والقروض المصطنعة، وتواطؤ البنوك الأجنبية والفواتير المصطنعة في مجال الاستيراد والتصدير⁽¹⁾.

وبصفة عامة، فإنه قد ينظر إلى المراحل الثلاث المتقدمة لغسل الأموال باعتبارها عملية واحدة، تشتمل على ثلاثة أنواع من النشاط المتصل والمترايط، أكثر من كونها تمثل ثلاث مراحل متميزة ومنفصلة، كما يمكن أن تتزامن هذه المراحل فيما بينها، بعضها أو كلها، بحسب الظروف العامة للأطراف المعنية، ومن الممكن أيضاً - في بعض الأحوال - تخطي مرحلة أو أكثر، أو انتهاز طرق وأساليب جديدة تماماً لغسل الأموال غير المشروعة. وهكذا فإنه من الواضح أن المفهوم أو المنظور الاقتصادي لغسل الأموال قد غلب عليه الطابع الفني لوسائل الغسل ذاتها، وعموماً فإن تأثير مجموعة العمل المالية على هذا المفهوم كان واضحاً⁽²⁾.

المطلب الثاني

صور السلوك الإجرامي في جريمة غسل الأموال

بين المشرع المصري صور السلوك الإجرامي في جريمة غسل الأموال وذلك على سبيل الحصر، حيث جاء نص المادة الأولى الفقرة (ب) بقوله "كل سلوك ينطوي على : اكتساب الأموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها، حفظ الأموال أو استبدالها أو ايداعها، ضمان الأموال أو استثمارها، نقل الأموال أو التلاعب في قيمتها.

يتضح من نص المادة أن المشرع خلط ما بين السلوك الإجرامي في ذاته، والنتائج الإجرامية المترتبة على هذا السلوك الإجرامي. ومثالاً لذلك يعد تحويل الأموال أو نقلها حسب اتفاقية فيينا لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات، إحدى صور السلوك الإجرامي في حين أنها نتيجة حسب القانون المصري. وكذلك الحال بالنسبة لاختفاء وتمويه حقيقة الأموال فهي نتيجة

1- د. صلاح الدين حسن السيسى، غسل الأموال، الجريمة التي تهدد الاقتصاد الدولي، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2004، ص 11.

2- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2003، ص 28.

3- د. مصطفى طاهر، المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مطابع الشرطة، القاهرة، 2002، ص 10-11.

1- د. محمد سامي الشوا، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 130 وما بعدها.

2- د. محمود كبش، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 33.

للمرء الثالث: اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال المتحصلة من جريمة.

تنص المادة الثالثة (ج/1) من اتفاقية فيينا على أنه "مع مراعاة المبادئ الدستورية المفاهيم الأساسية للنظام القانوني للدولة يجرم اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم وقت سلمها بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم منصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقرة أو مستمدة من فعل أو أفعال الاشتراك في مثل هذه الجرائم". وهذه الصورة تتعلق بتجريم مجرد اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع ضرورة توافر علم مرتكب الفعل بأن تلك الأموال متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية، كما جرم المشرع أفعال الاشتراك في هذا الفعل (1).

وقد أورد المشرع المصري عدة تعبيرات عن هذه الصورة منها "اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو خطفها أو استبدالها أو ايداعها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها". ويرى جانب من الفقه أن المشرع كان بإمكانه النص على صورتين فقط للركن المادي في جريمة غسل الأموال هما الحيازة والتعامل (2).

وتعبير الحيازة حسبما فسره القضاء المصري، وأيده الفقه في كثير من الجرائم ومنها جرائم حيازة المواد المخدرة، وإخفاء أشياء متحصلة من جريمة، تفسيراً واسعاً يلتقي مع علة التجريم وقصد المشرع. فالحيازة في نظر القضاء تعني الاستئثار بالشئ على سبيل الملك والاختصاص، دون حاجة إلى الاستيلاء المادي عليه، فيعتبر الشخص حائزاً ولو كان محرز الشئ شخصاً آخر نائباً عنه، ويكفي لاعتبار المتهم حائزاً أن يكون سلطانه مبسوطاً على الشئ ولو لم يكن في حيازته المادية (3).

وحسب أحكام القضاء فإن مدلول أفعال اكتساب المال والتصرف فيه وإدارته وإيداعه وحفظه ونقله تدخل جميعاً في مدلول الحيازة، ويصبح النص على هذه الأفعال تكرار وتزييداً لا

الإرباح الناتجة عن إحدى الشركات القانونية حيث تظهر هذه الأموال وكأنها أرباح مشروعة ناتجة عن النشاط المشروع لهذه الشركة (1).

أما الإخفاء فهو يشمل كل عمل من شأنه منع كشف الحقيقة للمصدر غير المشروع وبأي شكل كان، وبأي وسيلة، سواء كان هذا الإخفاء مستوراً أو علنياً، فلا عبرة إذن بكون الإخفاء قد تم سراً، كما أنه لا يهم سبب الإخفاء، حتى ولو كان بطريقة مشروعة كشراء الشئ المتحصل من السرقة أو اكتساب الأموال غير المشروعة بطريق الهبة أو الوديعة أو المعارضة... الخ (2).

كما أن الإخفاء يعني الحيازة المستترة للأموال لكي لا يدرك الغير حقيقة مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو تحريكها، فإن تمويه حقيقة الأموال تعني مفهوماً مختلفاً عن الإخفاء، حيث يقصد به تدوير الأموال أو فصل حصيلة الأموال الغير مشروعة عن مصدرها الحقيقي من خلال مجموعة معقدة ومتتابعة من العمليات المالية لتمويه الصفة الغير مشروعة للأموال (3).

ويطلق البعض على هذه العملية اسم التشطير، بمعنى أن يتم تمويه طبيعة هذه الأموال بعدد من التحويلات الداخلية والخارجية بحيث يتعذر الوصول إلى مصدرها الحقيقي (4).

ويرى جانب من الفقه (5) أن جريمة غسل الأموال من جرائم الخطر ومن ثم فلا يتطلب تحقق نتيجة إجرامية وإنما بمجرد ارتكاب فعل من الأفعال محل التجريم وتحقيق الركن المعنوي توافرت المسؤولية الجنائية، ونفس الرأي أن جريمة غسل الأموال من الجرائم الشكلية التي تندمج النتيجة فيها مع السلوك (6).

1- نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 45.

2- نادر عبد العزيز شافي، مرجع سابق، ص 44.

3- د. هدى حامد قشقوش، جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، مرجع سابق، ص 26.

4- داوود يوسف صبح، تبييض الأموال والسرية المصرفية، مرجع سابق، ص 49.

5- د. إبراهيم عبد نايل، المواجهة الجنائية لظاهرة غسل الأموال في القانون الجنائي الوطني والدولي، 1999، ص 67.

6- د. مصطفى طاهر، المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مرجع سابق، هامش ص 109.

1- د. هدى حامد قشقوش، جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، مرجع سابق، ص 27.

2- د. أشرف توفيق شمس الدين، دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 47.

3- د. أشرف توفيق شمس الدين، جرائم المخدرات في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 109.

مجلة الحق (13) السنة الأولى - العدد الثالث أكتوبر 2014

محل له، وكان الأجدر بالمشرع أن يقتصر على إيرادها في المذكرة الإيضاحية للقانون. فهي أقرب إلى الشرح منها إلى نص محكم يتصف بالإيجاز وهي سمة النصوص التشريعية⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه، وأنا أنفق معه هو أننا في النهاية في مواجهة عدد من الجرائم تختلف باختلاف عنصر السلوك أو النشاط الإجرامي الذي تقوم عليه الجريمة، والقاسم المشترك بين هذه الجرائم هو أنها تمثل في مجموعها (غسل أموال) وإن كانت خطة المشرع المصري واضحة الدلالة في اتساع نطاق التجريم لمكافة هذه الجريمة بشكل مؤثر وهو خيار ما كان المشرع له فرصة الخروج عليه لسببين الأول أن جريمة غسل الأموال من جرائم الخطر أو السلوك المجرد التي يعاقب عليها دون توقف العقاب على حصول ضرر أو نتيجة معينة، والثاني أن تعداد صور السلوك الإجرامي يعكس عملية الالتزام بمبدأ الشرعية الجنائية الموضوعية وهي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص⁽²⁾.

وقد قسم هذا الجانب من الفقه الجنائي صور السلوك أو النشاط الإجرامي حسبما وردت في صياغة قانون مكافحة غسل الأموال المصري إلى طائفتين، الطائفة الأولى، وهي تعني بتجريم الأفعال لمجرد الاتصال بالمال دون التعامل به، وفي إطار هذا التجريم تندرج أفعال الحيازة، الحفظ، أو النقل المادي للأموال محل جريمة الغسل. والطائفة الثانية وتعني بالأفعال التي تدفع بالمال إلى دائرة التعامل.

والقاسم المشترك بين هاتين الطائفتين أن جانباً كبيراً منها يقع خلال استخدام النظام المالي أو المصرفي من ذلك أعمال الإيداع أو التحويل أو الضمان أو التصرف أو اكتساب المال أو الإدارة أو التلاعب في قيمة المال⁽³⁾.

المال موضوع غسل الأموال :

عرفت المادة الأولى من القانون الليبي⁽¹⁾ المال موضوع غسل الاموال بأنه، " الأموال المُحصَّلة من جريمة ، بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، سواء كانت هذه الأموال ثابتة أو منقولة

- 1- د. أشرف توفيق شمس الدين ، دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، مرجع سابق، ص 47-48.
- 2- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 106.
- 3- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 107-108.

مادية أو معنوية ، بما في ذلك المستندات التي تثبت تملك هذه الأموال أو أي حق متعلق بها.

كما عرفت المادة الأولى (أ) في القانون المصري حول جرائم غسل الأموال المال موضوع غسل الأموال بأنه " العملة الوطنية والعملات الأجنبية والأوراق المالية والأوراق التجارية، وكل ذي قيمة من عقار أو منقول مادي أو معنوي وجميع الحقوق المتعلقة بأي منها، والصكوك والمحركات المثبتة لأي منها ".

وفي القانون الإتحادي رقم 4 لسنة 2002 في شأن تجريم غسل الأموال الإماراتي، فقد عرفت المادة الأولى منه المال بأنه " الأصول أي كان نوعها مادية كانت أو معنوية، منقولة أو ثابتة، والمستندات أو الصكوك التي تثبت تملك الأصول أو أي حق متعلق بها".

أما المشرع الأردني فقد عرف المال في المادة الثانية⁽²⁾ بأنه " كل حق أو عين سواء كان مالياً أو معنوياً منقول أو غير منقول موجوداً داخل المملكة أو خارجها بما في ذلك أي سند أو وثيقة مهما كان شكلها أو طبيعتها تثبت ملكية العين لأي شخص أو نسبة الحق له".

وقد استخدم المشرع الأمريكي مصطلح " عائدات متحصلة من نشاط معين غير مشروع". كما استخدم أيضاً "المال المتحصل من جريمة"⁽³⁾ كما أن المشرع الألماني أيضاً نص على " الشيء" بدلاً من المال. أما المشرع الفرنسي فقد استخدم مصطلح "دخول" و "أموال" بدلاً من مصادر⁽⁴⁾.

وفي اتفاقية فيينا عام 1988 المادة الأولى منها جاءت بتعريف محدد لكل من المتحصلات والأموال، إذ نصت على أنه يقصد بالمتحصلات أي أموال مستمدة أو تم الحصول عليها بطريق مباشر أو غير مباشر، من ارتكاب جريمة. بينما عرفت الأموال بأنها

- 1- القانون رقم (2) لسنة 1373 و.ر / 2005 مسيحي بشأن مكافحة غسل الاموال، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى.
- 2- مشروع قانون رقم () لسنة 2005 ، قانون مكافحة غسل الأموال.
- 3- د. أشرف توفيق شمس الدين، دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، مرجع سابق، ص 37.
- 4- المرجع نفسه، ص 38.

الأصول أياً كان نوعها، مادية أو غير مادية، منقولة أو ثابتة، ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات القانونية أو الصكوك، التي تثبت تملك تلك الأموال، أو أي حق متعلق بها⁽¹⁾.

نلاحظ مما تقدم بأن التشريعات المقارنة التي تجرم غسل الأموال، لا تنطوي على تحديد المقصود بالمال محل الجريمة تاركة المجال للفقه والقضاء باستخلاص هذا المدلول.

وعلى العكس من ذلك فقد أورد المشرع المصري حصراً لمفردات المال أو مفهومه في جريمة غسل الأموال، وقد انقسم الفقه المصري في هذا الشأن إلى فريقين، الفريق الأول يرى بأن المشرع المصري لم يكن بحاجة إلى تحديد مدلول المال⁽²⁾، وذلك لأن المال يشمل النقود سواء كانت وطنية أو أجنبية، كما يشمل العقارات والمنقولات المادية والمعنوية والحقوق المتعلقة بها، كذلك الصكوك والمحركات المثبتة لها. وقد كان من الأجدر بالمشرع أن يترك للفقه والقضاء استخلاص مدلول هذا التعبير وذلك بأن يذكر لفظ المال فقط.

ويرى هذا الجانب الفقهي بأن المشرع قد استبعد بعض الصور وأخرجها من نطاق التجريم في مفهوم غسل الأموال، حيث لجأ إلى أسلوب الحصر في تحديد مفهوم المال، كما أنه أصبح قيداً على سلطة القاضي في التقدير.

ومن الصور التي يراها هذا الفريق، التي خرجت من دائرة التجريم، المعلومات الناتجة عن التجسس الصناعي والتجاري والمعلومات التكنولوجية والبرمجيات⁽³⁾.

أما الفريق الثاني فهو يرى أهمية تحديد مدلول المال في جريمة غسل الأموال⁽⁴⁾، ذلك أن المشرع المصري يسوي بين الأموال المتحصلة بطريق مباشر من الجريمة، أي تلك التي تحتفظ بذاتييتها كنقود، مثل النقود المتحصلة من تهريب المخدرات أو الاتجار بالأسلحة، وتلك المتحصلة بطريقة غير مباشرة وتشمل كافة صور الأموال التي يكون مصدرها غير

مشروع مثل شراء مقتنيات غالبية كالأثاث أو المجوهرات من نقود الإتجار غير المشروع في المخدرات⁽¹⁾.

كما أنه لا عبره بطبيعة هذه الأموال فقد تكون مادية كالتحف أو غير مادية كالحقوق الأدبية وحقوق الملكية الصناعية وحقوق الملكية الفكرية بشكل عام مثل حق المؤلف والحقوق المجاورة، وكذلك براءات الاختراع والعلامات التجارية، كذلك فقد تكون الأموال عقارات أو منقولات وأكثر من ذلك فإن المال ينصرف إلى الصكوك والمستندات والمحركات المثبتة لكل هذه الحقوق، سواء كانت حقوق الملكية أو الحقوق المتفرقة عنها، ومن ثم تندرج المعلومات التي تم الحصول عليها عن طريق التجسس الصناعي أو التجاري في نطاق المنقول غير المادي، ولذلك إن تم التصرف فيها من قبل من اختلسها، يقوم بالتعامل في المال المترتب عليها جريمة غسل الأموال⁽²⁾.

ويدعم أصحاب هذا الاتجاه قولهم بأن المشرع حيث عرف المتحصلات في المادة الأولى من قانون غسل الأموال قرر أنها "الأموال الناتجة أو العائدة بطريق مباشر أو غير مباشر من ارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية". ومعنى ذلك أن المشرع أراد مواجهة المتحصلات غير المباشرة التي قد تستخدم كمحل في جريمة غسل الأموال، وتكون نتاجاً من الجريمة الأصلية ولم تخضع لعقوبة المصادرة، مثل الإيرادات والمنافع المستمدة من المتحصلات أو ثمار الجريمة أي تلك التي لم تطرأ عليها عمليات تبديل أو اختلاط، كما في الإيداع النقدي في صورة ودیعة أو ما ترتب عليها من أرباح وفوائد⁽³⁾. ولهذا فقد حرص المشرع المصري في تعريفه للمتحصلات على التسوية بين الأموال الناتجة أو العائدة بطريق مباشر أو غير مباشر من جريمة من الجرائم التي وردت على سبيل الحصر⁽⁴⁾.

1- د. إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، مرجع سابق، ص 67.

2- المرجع نفسه، ص 67.

3- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 119.

4- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 119.

1- د. مصطفى طاهر، المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مرجع سابق، ص 103.

2- د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 39.

3- د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 40.

4- د. إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 67، ود. حسام الدين محمد أحمد، مرجع سابق، ص 118 وما بعدها.

ويرى الباحث بأن الرأي الثاني هو الأجدر بالتأييد، لأن ما قصده المشرع المصري في ذلك التوسع في مدلول المال على نحو يؤدي إلى استيعاب نطاق التجريم للعديد من صور غسل الأموال، هو حماية الاقتصاد الوطني من العبث فيه عن طريق عصابات الجريمة المنظمة باتباع وسائل أو صور مستحدثة للجريمة ومنها جريمة غسل الأموال.

المطلب الثالث

الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال

إن جريمة غسل الأموال شأنها شأن أية جريمة أخرى، لا يعاقب عليها في صورتها غير العمدية، طالما لم ينص المشرع على ذلك صراحة، وتعبير آخر، فإنه "متى جرم القانون فعلاً، دون بيان للركن المعنوي، لزم توافر القصد"⁽¹⁾.

الفرع الأول: القصد الجنائي العام.

إن جريمة غسل الأموال من الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجنائي العام من علم ورادة، بالإضافة إلى القصد الجنائي الخاص حسب نص المادة الأولى (ب) من قانون غسل الأموال المصري على تعريف غسل الأموال بأنه "كل سلوك ينطوي على.. إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (2) من هذا القانون مع العلم بذلك، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال".

كما نص المشرع الليبي أيضاً في المادة (2) فقره (ب) "يُعَدُّ مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من أتى سلوكاً من أنماط السلوك التالية تمويه حقيقة الأموال غير المشروعة، أو إخفاء مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها، أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها أو حيازتها".

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الإماراتي حيث جاء نص المادة الثانية واضحاً وصريحاً على أنه "يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من أتى عمداً أو ساعد في أي من الأفعال

الغاية بالنسبة للأموال المتحصلة من أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (2) من هذه المادة....".

يتضح لنا من خلال نص المادة الثانية من القانون المصري وكذلك الليبي والإماراتي بأن القصد الجنائي العام في هذه الجريمة ينصرف إلى علم الجاني بأنه يمارس نشاطاً غير مشروع "غسل أموال" بأموال أو متحصلات من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (2) من القانون المصري والمادة (2) أيضاً من القانون الليبي والإماراتي، ومع ذلك تتصرف إرادته إلى ارتكاب هذا السلوك الإجرامي وكذلك قبول النتائج المترتبة عليه، وهو ما يعبر عنه في القواعد العامة لقانون العقوبات بنظرية العلم ونظرية الإرادة، أي العلم بحقيقة السلوك الإجرامي وحظر المشرع له، ومع ذلك تتصرف الإرادة إلى إتيان السلوك الإجرامي مع قبول ما يترتب عليه من نتائج.

فإذا كان الجاني يجهل أن المال متحصل من جريمة من هذه الجرائم فلا يتوافر القصد الجنائي لديه وذلك لتخلف أحد عناصر القصد الجنائي وهو العلم. كما أن القصد الجنائي ينشأ إذا كان الجاني يعلم أن المال محل الغسل متحصل من جريمة ولكنها ليست من الجرائم الواردة في المادة الثانية، كما لو اعتقد أن المال متحصل من جريمة نصب.

كما أن القصد الجنائي يتطلب إلى جانب العلم إرادة الفعل والنتيجة، فينتفي القصد الجنائي إذا أكره الغاسل على القيام بالسلوك المادي المحظور. فالقصد الجنائي يتحقق بالنسبة لإرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بأن الأموال أو العوائد التي يتم تحويلها أو نقلها أو حيازتها أو إخفاؤها هي من مصدر غير مشروع⁽¹⁾.

الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص.

اشتراط المشرع القصد الجنائي الخاص متى كان الغاسل قد قصد من نشاطه إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة الأولية. فإذا لم تتجه إرادة الجاني إلى تحقيق أمر من هذه الأمور فلا مجال لتقرير مسؤوليته الجنائية على

1- د. جلال وفاء محمدين، مكافحة غسل الأموال طبقاً للقانون الكويتي مقارناً بالقانون المصري واللبناني والإماراتي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 51.

1- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط9، جامعة القاهرة، 1974، ص 360.

الرغم من ارتكابه للسلوك المادي المكون للجريمة⁽¹⁾. ومثالاً على ذلك لو أهدى زوج إلى زوجته عقداً باهظ الثمن، وهي تعلم أن ثمن هذا العقد متحصل من مال غير مشروع لكنها قبلته كهدية، وهي لا تتأخذ لانتفاء القصد الجنائي الخاص لديها.

ومن ثم فالقصد الخاص يتضمن اتجاه الإرادة وإحاطة العلم بعنصر أبعد من أركان الجريمة، وهو الغاية من السلوك. وعلى ذلك يمكن القول بأن القصد الخاص يتضمن في ثنياه القصد العام، ثم يزيد عليه⁽²⁾.

وإذا كان المشرع يهدف من هذا القانون إلى مكافحة ظاهرة غسل الأموال من خلال تجريم الأفعال المكونة لهذا السلوك، فإنه كان يتعين عليه الاكتفاء بتوافر القصد الجنائي العام، لأن تطلب القصد الخاص يضيق من نطاق الركن المعنوي، وكان يكفي لتوافر القصد الجنائي أن يعلم الغاسل بأن هذا المال متحصل من جريمة من الجرائم التي قررها المشرع على سبيل الحصر وأن تتجه إرادته إلى إتيان السلوك المادي مع إرادة النتيجة⁽³⁾.

والرأي عندي هو ما جاء به هذا الجانب من الفقه، أن المشرع المصري عندما تطلب القصد الجنائي الخاص قد ضيق من نطاق الركن المعنوي، وجعل سلطة الاتهام عاجزة عن إثبات أن قصد الجاني كان إخفاء المال أو تمويه مصدره أو حيازته، كما أوردنا في المثال السابق عن تاجر المخدرات الذي يهدي زوجته عقد باهظ الثمن من حصيلة تجارته في المخدرات وهي تعلم مصدر الأموال التي اشترى بها السيارة، وعنصر الإثبات مهم، وفي هذه الحالة بترك المجال لغاسلي الأموال بأن يستغلوا مثل هذه الثغرات في القانون.

المبحث الثاني

دخول غسل الأموال في العالم الافتراضي

على الرغم من أن أشكال وأنماط ووسائل غسل الأموال متغيرة وعديدة، وثمة اتجاه عريض لتحويل الأموال القذرة إلى أصول مالية مواد ثمينة، وموجودات عقارية أو نحو ذلك، فإن

الهدف المستهدف الرئيسي في عمليات غسل الأموال، ويرجع ذلك إلى دور البنوك المتعاطف في تقديم مختلف الخدمات المصرفية وتحديد عمليات الصرف والتحويل النقدي بواسطة الشيكات والديون السيادية (الأجنبية) والحوالات المالية خاصة بالوسائل الإلكترونية وبطاقات الائتمان والرهاء وعمليات المقاصة وإدارة المحافظ الاستثمارية وتداول العملات والاسهم وغيرها.

المطلب الأول

الانترنت كوسيلة لارتكاب الجريمة

جرائم غسل الأموال كما ذكرنا سابقاً تعرف بأنها أي عملية من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع الذي اكتسبت منه الأموال.

وأصبح المجرمون يأخذون بأحدث ما توصلت إليه التقنية لخدمة انشطتهم الإجرامية ويشمل ذلك بالطبع طرق غسل الأموال التي استفادت من عصر التقنية فلجأت إلى الانترنت لتسريع أعمالها في غسل أموالها غير المشروعة، ويجد المتصفح للانترنت مواقع متعددة للحدث من غسل الأموال ومنها المواقع الافتراضية لنوادي القمار والتي قام مكتب المباحث الفدرالية (FBI) الأمريكي بمراقبة بعض هذه المواقع واتضح أنها تتواجد في كراكاو، جزر الانتيل، جزر الهند الشرقية وجمهورية الدومينيكان وقد أسفرت التحريات عن اعتقالات واتهامات للعديد من مدراء تلك المواقع⁽¹⁾.

ومن المميزات التي يعطيها الإنترنت لعملية غسل الأموال السرعة، إغفال التوقيع، والعدم الحواجز الحدودية بين الدول، كما تساهم البطاقات الذكية والتي تشبه في عملها بطاقات البنوك المستخدمة في مكائن الصرف الآلية، في تحويل الأموال بواسطة المودم أو الانترنت مع ضمان تشفير وتأمين العملية⁽²⁾.

وجريمة غسل الأموال تجد مجالاً خصباً على شبكة الانترنت، ويرجع ذلك لأسباب ارتباط بطبيعة شبكة الانترنت نفسها، من حيث الحرية التي يتمتع بها مستخدم الانترنت، إضافة

1- د. عبد الفتاح مراد، شرح جرائم الكمبيوتر والانترنت، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص 396.
2- د. عبد الفتاح مراد، قانون مكافحة غسل الأموال ولائحته التنفيذية والقوانين المكملة له، بدون ناشر، بدون سنة نشر، ص 42.

1- د. إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، مرجع سابق، ص 72.
2- د. عبد العظيم مريسي وزير، شرح قانون العقوبات القسم العام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 170.

3- د. إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، مرجع سابق، ص 72.
مجلة الحق (20) السنة الأولى - العدد الثالث أكتوبر 2014

إلى أنه ليس من السهولة بمكان إثبات جرائم الانترنت لكون الأمر يرتبط بالآلة وبحاجة الدليل في جرائم الانترنت إلى دعم من العالم المادي أيضاً. مع ما يصاحب ذلك من ضرورة التقرير بأن الانترنت مجال خصب لجلب الاستثمارات المالية في جميع أشكالها وصورها في الوقت الذي يعد كل نشاط استثماري عبرها محل ترحيب لكون تكنولوجيا المعلومات من مظاهر التطور الحادث في عالمنا المعاصر. لذلك تتعدد مظاهر جريمة غسل الأموال عبر الانترنت، مابين اعداد حركة مشروعة عبر الانترنت وبين اعداد حركة غير مشروعة. إذ كما من الممكن أن تتخذ هذه الجريمة اعداد مواقع لنواد القمار المتعددة، كما هو الشأن في الألعاب المشتهرة بالمقامرة التي تستخدم نظم المجازفة بالأرقام ، وكذلك المراهنات على الألعاب الرياضية، والتي وإن كانت قبل الانترنت تستدعي أن يقصدها الإنسان بذاته، فهي في عصر الانترنت أمكن دخولها كل بيت تقريباً، وأيضاً كما أشرنا سابقاً الاتجار غير المشروع بالمخدرات باستخدام مواقع للترويج للأقراص المخدرة والمنشطة وكيفية تعاطي الجرعات والفترات الزمنية التي يلزم للمتعاطي خلالها حقن نفسه أخذ الجرعة... الخ. فإنه من الممكن أن يكون غسل الأموال متخذاً مظهراً بريئاً، فالموظف العام الذي يتحصل على عمولات استغلالاً لوظيفته خروجاً على النصوص التي تقرر عدم أحقيته القيام بذلك، قد يقوم باستغلال هذه الأموال باعداد مواقع تخدم أغراضاً بريئة عبر الانترنت، كما أنه من الممكن أن يكون غسل الأموال بطريق تقديم الخدمات على أية شاكلة وبأساليب بريئة في المعتاد، كما هو الشأن في استخدام المحفظة الذكية smart card لإحداث عملية تدوير للأموال من خلال مصارف افتراضية ومؤسسات مالية افتراضية أيضاً⁽¹⁾.

الفرع الأول: النقد الرقمي.

وهو عبارة عن معالجة رقمية للمدفوعات عبر الانترنت، حيث تحل قيمة النقد محل السيولة النقدية ويتم ذلك باستخدام الحوسبة والرقمية بأشكالها المختلفة من حواسيب وهواتف نقالة وكروت ذكية smart card أو أية وسيلة أخرى تحتوي على ذاكرة حاسوبية وقدرات تشفيرية. ومما يجب أخذه في الاعتبار أن مصطلح الأموال الرقمية أو النقد الرقمي أو

1- د. عمر محمد أبو بكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت ، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 665.

الأموال الرقمية أو الافتراضية وكذلك كافة المعاملات المالية التي تتم عبر الانترنت باستخدام وسائل الاتصال المتعددة ليس لها مصطلح ثابت في الفقه والتشريع يتم التعامل به، بل إن انتشارها بكل أو بأي من هذا أو ذلك ومع ذلك تجتمع كلها عند مصطلح المدفوعات الافتراضية⁽¹⁾.

ولقد ترتب على ظهور التجارة الإلكترونية، ظهور فكرة النقد الرقمي، حيث يتم الدفع من خلال قنوات اتصال اليكترونية مابين حاسب آلي وشبكة الانترنت، ولا جدال في أن استخدام النقود الرقمية يؤدي إلى سرعة وسهولة تسوية المدفوعات وتقليص الحاجة إلى الاحتفاظ بالنقد السائلة الأمر الذي يساعد على التوسع في التبادل التجاري⁽²⁾.

ولقد برزت الفكرة الأساسية للنقد الرقمي في تقليص التعامل بالسيولة النقدية باعتبار أن أهمية السيولة النقدية يمكن اختزالها في وضعية رقمية يتم تخزينها في الحاسوب أو في كرت ذكي بحيث يمكن الحصول على الخدمات واقتناء السلع بمجرد التعامل الرقمي ودون الحاجة لاستخدام السيولة النقدية المادية أو العادية .

ومع انتشار أفكار التجارة الإلكترونية ازدادت أهمية النقد الرقمي، فقبل المستهلك استخداماً نتيجة لقوة العرض الهائل التي تحتوي عليها الانترنت، ولقد تطور الحال إلى ظهور مصارف الافتراضية لكي تحظى باهتمام مستخدمي الانترنت، فحتى عام 2000 كان 30% من المؤسسات المالية في الولايات المتحدة الأمريكية تستخدم الانترنت ولها مواقع كاملة عبرها⁽³⁾. وتشير التقارير إلى أن استخدام الانترنت في ارتكاب جرائم غسل الأموال أصبح دارجاً نتيجة لكثافة استخدام الحوسبة والرقمية في الحياة اليومية.

الفرع الثاني : الغسل الافتراضي للأموال.

يمكن أن يتم دخول الأموال الناجمة عن الجريمة في إطار المشروعية في صور مختلفة الأشكال، ولكن أهمها في المرحلة المعاصرة هو النموذج الذي تطرحه الانترنت والعالم

1- د. يوسف أمين شاكير ، غسل الأموال عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 27.
2- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والمصارف والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات ، 2000، ص 5.
3- د. يوسف أمين شاكير ، غسل الأموال عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 28.

الاقتراضي، حيث سُنحت فرص جديدة لمالكي الأموال القذرة باستخدام الانترنت بقصد فتح مجالات جديدة للتحويل من القذرة إلى النظافة والمشروعية، سيما بعد ظهور فكرة المصارف الافتراضية التي يتم تأسيسها وتسجيلها وتحرير مركزها الرئيسي وفروعها عبر الانترنت. ولقد كان النموذج الافتراضي محض ازعاج حيث أن الإمكانات الضخمة التي يمكن أن تقدمها المصارف الافتراضية لمرتكبي جرائم غسل الأموال ثم إن كبت عمليات غسل الأموال وفق هذا النموذج يحتاج إلى جهد فائق قد يكون من الصعوبة الوصول إلى نتائج إيجابية بشأنه في فترة زمنية قصيرة، وهذا يعني أن جهوداً كبيرة يجب أن تبذل في هذا الإطار (1).

وما يمنحه العالم الافتراضي في الحقيقة من تسهيلات في المعاملات المالية تجعل من عمليات فتح حسابات عبر الانترنت في المصارف الافتراضية والقيام بإجراء تحويلات متوالية بها، بالإضافة إلى مواقع القمار واليانصيب، مسألة سهلة الحدوث، ومثل هذا الأمر يجعل عمليات الإيداع وتراكم العمليات للأموال المتحصلة من الجريمة إجراءات يمكن لأي كان القيام بها دون عناء يذكر، حيث أن ذلك يجعل الخطوة الأولى الإيداع والثانية تراكم العمليات من عملية غسل الأموال تتم بسهولة فائقة، حيث يتم إجراء الصفقات المالية بالأموال القذرة دون حاجة لوسيط مالي كالمؤسسات المالية أو المصارف.

إن نشاط غسل الأموال من خلال شبكة الإنترنت أو العالم الافتراضي ينقسم إلى قسمين يمثل كل منهما شكلاً يمكن بمقتضاه العمل على اكتمال عمليات غسل الأموال. أما الشكل الأول فهو الغسل الوهمي للأموال، حيث يتم في هذه الحالة القيام بعمليات مالية وهمية يتحقق بها سائراً من المشروعية التوثيقية للأموال، فيحصل مالك الأموال القذرة على المستندات اللازمة لاثبات مشروعية الأموال وكيفية تداولها في الوقت الذي لا يتم تحريك الأموال القذرة على الإطلاق وإنما تظل في حيازة الحائز لها، فيبدو الأمر هنا كما لو كان الحائز يسعى فقط إلى الحصول على دورة مستندية لهذه الأموال يمكن بطريقها تبرير مشروعية حيازته أو ملكيته لها. ولقد ساهمت الانترنت في تكوين هذا النموذج من خلال اعداد مواقع ألعاب القمار والمراهنات.... الخ، بشكل لا يحتاج فيه غاسل الأموال إلى تداول للأموال وإنما للأرقام، فيبدو

الأمر من الناحية المستندية كما لو كان هناك تداولاً لهذه الأموال من خلال حصول صاحب الموقع وهو الحائز للأموال القذرة على اشتراكات وهمية أو دفع ناتج المكسب من ألعاب القمار عبر الإنترنت. وبهذا الشكل الثاني مظهر الغسل الحقيقي للأموال عبر الانترنت، وذلك بأن يقوم حامل الأموال بتحويل الأموال القذرة حقيقة عبر الانترنت إلى مصارف متعددة مع القيام كذلك بعمليات استهلاكية أو تجاري مع أطراف أخرى يكون على علاقة إجرامية بهم كشركائه مثلاً أو علاقات وساطة كأفراد عائلته أو غير ذلك (2).

وكما هو واضح فإن نشاط غسل الأموال من خلال شبكة الإنترنت وفي العالم الافتراضي يعد نموذجاً مثالياً سواء كان وهمياً أو حقيقياً، وذلك لما توفره شبكة الانترنت للأساسي الأموال من سرعة وسهولة في عمليات غسل الأموال بالإضافة إلى أنها الوسيلة الآمنة لصعوبة كشفها وإثباتها.

الفرع الثالث: البطاقة المغنطة وغسل الأموال.

لقد يلزم حامل البطاقة المغنطة بصور عديدة من أفعال تمثل جريمة إساءة استخدام بطاقة المغنطة وقد يكون هدفه من ذلك توظيف الفعل غير المشروع الذي ارتكبه في جريمة غسل أموال، وذلك مثل استخدام بطاقة انتهت مدة صلاحيتها، حيث أنه وبعد انتهاء المدة المحددة للبطاقة فإنه يجب على الحامل الشرعي لها أن يعيدها إلى البنك أو المؤسسة المالية المصدرة لها، وإن استمر في استعمالها بعد انقضاء هذه المدة فسوف يعاقب جنائياً بصرف النظر عن التكليف القانوني لفعله، وكان يعول عليها أن فعله غير مشروع وتجب مساءلته جنائياً (3).

ولم يزل عدم وجود نص جنائي يعاقب صراحة على هذا الفعل وأن تقتصر المساءلة فقط على الشق المدني قبل الحامل الشرعي للبطاقة، فإن ذلك قد يغيره على استخدام بطاقة الائتمان التي انتهت مدة صلاحيتها، وذلك بمبالغ مالية كبيرة غير تلك المبالغ المخصصة

1- د. يوسف أمين شاكير، غسل الأموال عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 75.

2- جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغنطة، دار النهضة العربية، ص 22.

الأمر إلى أقصى درجات الخطورة إذا علمنا أن الحدود الوطنية ليست عائقاً أمام إجراء أي حجم من المعاملات المالية عن طريق هذه البنوك بطريقة فورية وعدم إمكانية تعقبها (1).

وعلى الرغم من المزايا العديدة التي يوفرها هذا البنك سواء بالنسبة للعملاء أو بالنسبة للبنك نفسه، إلا أنه لا يخلو من المخاطر، حيث أنه أمكن للجناة في جريمة غسل الأموال القيام بمراحلتي الترقيد والاندماج في جريمة غسل الأموال بطريقة أكثر يسراً وسهولة. فهذه الوسيلة، التحويل عبر الانترنت، تمكن غاسلو الأموال من تحويل أرصدهم عدة مرات يومياً في أكثر من بنك حول العالم، ومع ذلك يكون تعقبهم أو كشف أمرهم شيئاً مستحيلاً، ومما يزيد من خطورة هذا الأمر، أن البنوك عبر الانترنت يمكن أن تعمل لفترات طويلة مع الانتقال دورياً خارج الحدود الوطنية، ودون أن تتوقف وذلك من خلال بعض الرسائل الالكترونية السريعة وذلك بهدف تجنب انفصاح أمرها وأي ملاحقة (2).

ومن مخاطر الخدمة البنكية عبر الانترنت، تأثيرها على الاقتصاد القومي من جانب حجم السيولة في الاقتصاد ذلك أن نظام البنك المحمول يعطي العميل فرصة لأن يقوم بتحويل أمواله، وبأي مبالغ بمجرد أن يضغط على زر الكمبيوتر أو التليفون خارج حدود الدولة، وذلك إلى دولة أخرى أو بالعكس، وفي هذه الحالة يكون من الصعب على البنك المركزي مراقبة حجم السيولة في هذه الحالة، الأمر الذي يجعل الدولة معرضة للتأثر بأزمات السيولة النقدية، سواء كان ذلك بالزيادة أو بالنقص (3).

الفرع الثاني: الكارت الذكي وغسل الأموال.

لقد سطع نجم شركة AT & T كرائدة عالمية في تكنولوجيا البطاقات الذكية التي طرحتها في حجم يماثل بطاقة الائتمان تقريباً، إلا أنها تحتوي على معالج دقيق وذاكرة مصاحبة له وهي مزودة بنظام أمان فريد خاص بها لحمايتها ضد استخدامها من الأشخاص غير المرخص لهم باستخدامها (4).

ومن مخاطر استخدام هذا الكارت أن له خاصية الاحتفاظ بملايين الدولارات مخزنة على الفرص الخاص به، ثم يمكن بسهولة نقل هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون المعد لذلك وبدون تدخل أي بنك من البنوك، وبهذا يكون نظام الكارت بمنأى عن قسط المراقبة أو مراقبة أي جهة. ومن المتوقع أن تكون تكنولوجيا الكارت الذكي مكتملة لنظام البنوك الانترنت، وبذلك تكون قد وفرت لغاسلي الأموال الأساليب المحكمة للقيام بعملياتهم المشبوهة (1).

ومن سمات هذه البطاقة أنها تشبه حافظة النقود الحقيقية التي يحملها الشخص وتضم أيضاً بطاقة وعلة حقيقية، ذلك أن هذه البطاقة تنطوي على نقود إلكترونية، ويمكن لمستخدم البطاقة أن يقوم بتحويل بطاقته إلى نقود عادية وهو ما يطلق عليه عملية استعراض النقد Top up من أي صراف آلي ATM، كما أنه يمكن لحامل البطاقة سحب اعتمادات مالية مباشرة، إذ يمكنه أن يسحب اعتمادات مالية إلكترونية، وعندما تتم عمليات الشراء فإن ما يملكه مستعمل البطاقة يخصم من النقود الموجود قيمتها في البطاقة، فإذا ما قاربت على النفاذ يمكن إعادة شحنها في أي منفذ إلكتروني (2).

وهذه وسيلة سهلة لغسل الأموال إذ يمكن لحامل البطاقة استهلاك قيمة الكارت الذكي بطرقات باهظة القيمة، ثم يقوم بإعادة شحنها بأموال مودعة لدى مصرفه الإلكتروني، بالأموال التي يرغب في تدويرها وغسلها.

وبلور أحد مسؤولي الشركة التي تنتج هذه البطاقة " كلما نظرنا قدماً، سنجد أن البطاقة الذكية قد تصبح دفتر شيكات في المستقبل، حيث تعكس معاملات العميل الحالية ومدفوعاته، يستطيعون لدى المستهلكين القدرة على إدارة سنداتهم وأوراقهم المالية في أي وقت وفي أي مكان تقريباً (1)، إذا يمكن لهذا الكارت الذكي أن يقوم بدور الشيك. وهذه السمة تعزز دور هذه البطاقة الذكية في جريمة غسل الأموال من خلال تحرير شيكات مسحوبة على هذه البطاقة، لم سحب قيمة الشيك من النقود المخزنة في البطاقة وإعادة شحنها مرة أخرى من قبل

1- د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 35.

2- د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

3- د. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999، ص 20.

4- فرانك كيلش، ثورة الإنفوميديا، الوسائل المعلوماتية وكيف تغير عالمنا وحياتنا، ترجمة حسام الدين زكريا، عبد السلام رضوان، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، العدد 253، ص 51.

1- د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، مرجع سابق، ص 37.

2- فرانك كيلش، ثورة الإنفوميديا، مرجع سابق، ص 320.

3- فرانك كيلش، مرجع سابق، ص 322.

المصرف الإلكتروني الخاص بصاحب البطاقة، وذلك بأموال يرغب حامل البطاقة في غسلها أو تدويرها، وجعلها أموالاً مشروعة بعدما كانت متحصلة من مصادر غير مشروعة.

كما أنه يمكن استخدام الكارت الذكي كسجل مالي لجميع المعاملات المالية التي تمت حديثاً، وكذلك موازنات الحساب الجاري، ولن يكون على العميل بعد ذلك سوى أن يحرر شيك بنفسه، ويدون بيانات عن المعاملة المالية التي تمت ويتم الرد على إخطار المصرف الوار إليه كل شهر، فكل ذلك موجود في البطاقة⁽¹⁾.

لقد فتحت التكنولوجيا الحديثة الباب على مصراعيه للجناة، بمن فيهم غاسلي الأموال القذرة، في تسخير هذه التكنولوجيا في نماذج وأنماط إجرامية مستحدثة، وهو أمر يتطلب حذر المشرع وسرعة تدخله لتجريم أمثال هذه النماذج من الجريمة المعلوماتية.

الفرع الثالث: الشيك الإلكتروني وجريمة غسل الأموال.

يحرر الشيك الإلكتروني بواسطة الكمبيوتر ويأخذ نفس المسارات التي يأخذها الشيك الورقي من اصدار أو تسليم ثم تحصيل والقيد في الحساب. وينتقل الشيك الإلكتروني من الطرف الذي أصدره إلى المستفيد بعد توقيعه إلكترونياً، فيسترجعه المستفيد ويوقعه إلكترونياً ويرسله بالبريد الإلكتروني مع إشعار إيداع إلكتروني كذلك في حسابه البنكي. وهذا النظام مطبق في معظم دول العالم حيث يمثل هذا النظام 85% من حجم الشيكات التي تصدر في العالم⁽²⁾.

وعندما يكون المتعامل مع الانترنت لديه موقع على الشبكة، فما عليه سوى إضافة رابط إلى نموذج الدفع أو الفاتورة التي يتضمنها الموقع، وذلك بنموذج الشيكات الإلكترونية في موقع المستخدم للشبكة، ويمكن إضافة عنوان الوسيط إلى الرسالة البريدية، والمرسلة بالبريد الإلكتروني بالطبع، متى كان المستخدم ليس له موقعاً على الشبكة⁽³⁾. وبعد ذلك يقو

المصرف الإلكتروني الخاص بصاحب البطاقة، وذلك بأموال يرغب حامل البطاقة في غسلها أو تدويرها، وجعلها أموالاً مشروعة بعدما كانت متحصلة من مصادر غير مشروعة.

كما أنه يمكن استخدام الكارت الذكي كسجل مالي لجميع المعاملات المالية التي تمت حديثاً، وكذلك موازنات الحساب الجاري، ولن يكون على العميل بعد ذلك سوى أن يحرر شيك بنفسه، ويدون بيانات عن المعاملة المالية التي تمت ويتم الرد على إخطار المصرف الوار إليه كل شهر، فكل ذلك موجود في البطاقة⁽¹⁾.

لقد فتحت التكنولوجيا الحديثة الباب على مصراعيه للجناة، بمن فيهم غاسلي الأموال القذرة، في تسخير هذه التكنولوجيا في نماذج وأنماط إجرامية مستحدثة، وهو أمر يتطلب حذر المشرع وسرعة تدخله لتجريم أمثال هذه النماذج من الجريمة المعلوماتية.

الفرع الثالث: الشيك الإلكتروني وجريمة غسل الأموال.

يحرر الشيك الإلكتروني بواسطة الكمبيوتر ويأخذ نفس المسارات التي يأخذها الشيك الورقي من اصدار أو تسليم ثم تحصيل والقيد في الحساب. وينتقل الشيك الإلكتروني من الطرف الذي أصدره إلى المستفيد بعد توقيعه إلكترونياً، فيسترجعه المستفيد ويوقعه إلكترونياً ويرسله بالبريد الإلكتروني مع إشعار إيداع إلكتروني كذلك في حسابه البنكي. وهذا النظام مطبق في معظم دول العالم حيث يمثل هذا النظام 85% من حجم الشيكات التي تصدر في العالم⁽²⁾.

وعندما يكون المتعامل مع الانترنت لديه موقع على الشبكة، فما عليه سوى إضافة رابط إلى نموذج الدفع أو الفاتورة التي يتضمنها الموقع، وذلك بنموذج الشيكات الإلكترونية في موقع المستخدم للشبكة، ويمكن إضافة عنوان الوسيط إلى الرسالة البريدية، والمرسلة بالبريد الإلكتروني بالطبع، متى كان المستخدم ليس له موقعاً على الشبكة⁽³⁾. وبعد ذلك يقو

1- بيل جيتس، المعلوماتية بعد الانترنت، ترجمة عبد السلام رضوان، منشورات عالم المعرفة الكويت، العدد 231 ص 294 وما بعدها.
2- د. محمود أحمد إبراهيم الشراوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، من 10 إلى 12 مايو 2003، المجلد الأول، ص 27.
3- د. نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقد الرقمية، بحث مقدم إلى، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 67.

الخاتمة:

أصبح العالم اليوم يمثل مجتمعاً واحداً يعرف بالمجتمع المعلوماتي أو الرقمي، نتيجة سرعة انتقال المعلومات، بواسطة الأقمار الصناعية والانترنت، بالإضافة إلى تسهيل انتقال الأموال والأشخاص، وفتح الحدود الاقتصادية الإقليمية للدول، وتحرير التجارة الدولية.

ولهذا التقدم نتائجه وأثاره الإيجابية على حياتنا، ومرافقنا العامة، وأنظمتنا السياسية بانتظام واضطراد، وممارسة حقوقنا وحرياتنا العامة بشيء من الرقي والحضارة.

ولكن هناك من لا يريدون للبشرية والمجتمعات رفعة وتقدماً وإنما بغيتهم وحقدهم ونفوذهم أبوا الاستقرار والأمن، وباتوا يعيشون في الأرض فساداً وخراباً، فاستغلوا التقدم العلمي والتقني، وتقدم وسائل الاتصالات والتكنولوجيا الحديثة أسوأ استغلال، وعمدوا إلى المساس بالحقوق والحرريات الشخصية، والإخلال بالأمن العام، الذي هو أحد الحقوق الإنسانية، وأحد عناصر النظام العام. وفي هذه الدراسة تعرضت لجريمة غسل الأموال (حالة الانترنت) لما لهذا الموضوع من أهمية، وقد حاولت الإحاطة بهذا الموضوع من خلال دراسة بعض الجوانب الرئيسية التي تحيط بالموضوع، التي رأيت أنه لا بد من دراستها.

وقد تناولت هذا الموضوع من خلال مبحثين، المبحث الأول جريمة غسل الأموال والوسائل المؤدية إليها، حيث لاحظنا بأن غسل الأموال تعددت بشأنه وجهات النظر ومرد هذا التعدد اختلاف الزاوية أو المنظور الذي يهتم به، وترتب على ذلك بطبيعة الحال عدم الاتفاق على تعريف محدد، وإن كان هناك قاسم مشترك يجمع بين هذه الوجهات، والتي يبرز منها على وجه الخصوص المنظور الاقتصادي أو المالي، والمنظور القانوني، باعتبار أن تشريعات غسل الأموال يغلب عليها الطابع المزدوج. كما أن هذه التعريفات، إنما تتفق على شيء واحد، وهو التأكيد على أن جوهر عملية غسل الأموال هو إخفاء أو تمويه طبيعة الأموال ذات المصدر الجرمي، وليس مجرد نقل الأموال أو إخفائها عن أعين سلطات تنفيذ القانون. وفي المبحث الثاني تناولت دخول جرائم غسل الأموال إلى العالم الافتراضي، وقد لاحظنا بأن نشاط غسل الأموال من خلال شبكة الانترنت وفي العلم الافتراضي يعد نموذجاً مثالياً سواء كان وهمياً أو

المراجع:

الكتب:

- 1- د. إبراهيم عيد نايل، المواجهة الجنائية لظاهرة غسيل الأموال في القانون الجنائي الوطني والدولي، بدون دار نشر، 1999.
- 2- د. إبراهيم حامد طنطاوي، المواجهة التشريعية لغسل الأموال في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 3- د. أشرف توفيق شمس الدين، دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 4- بيل جيتس، المعلوماتية بعد الانترنت، ترجمة عبد السلام رضوان، منشورات عالم المعرفة الكويت، العدد 231.
- 5- د. جميل عبد الباقي الصغير، الانترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة 2001.
- 6- د. جلال فاء محمددين، مكافحة غسيل الأموال طبقاً للقانون الكويتي مقارناً بالقانون المصري واللبناني والإماراتي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 7- د. حمدي عبد العظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم، القاهرة، 1997.
- 8- داوود يوسف صبح، تبييض الأموال والسرية المصرفية، المنشورات الحقوقية، بيروت مكتبة صادر، 2001.
- 9- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم 80 لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2003.
- 10- د. رافت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999.
- 11- د. صلاح الدين حسن السيسي، غسيل الأموال، الجريمة التي تهدد الاقتصاد الدولي، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2004.
- 12- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الالكترونية ونصوص التشريع، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2005.

- 13- د. عبد الفتاح حجازي، الأحداث والانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 14- د. عبد الفتاح مراد، شرح جرائم الكمبيوتر والانترنت، بدون ناشر، بدون سنة نشر.
- 15- د. عمر محمد أبو بكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 16- د. عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات القسم العام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 17- فرانك كيلش، ثورة الإنفوميديا، الوسائل المعلوماتية وكيف تغير عالمنا وحياتك، ترجمة حسام الدين زكريا، عبد السلام رضوان، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، العدد 253.
- 18- د. كيلاني عبد الرحمن محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 19- د. محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1995.
- 20- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط9، جامعة القاهرة، 1974.
- 21- د. محمود كبش، السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001.
- 22- د. محمود شريف بسيوني، دافيدسي، جوالتييري، الاستجابة الدولية والوطنية لعولمة غسيل الأموال، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.
- 25- د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، جرائم الكمبيوتر وشبكة المعلومات العالمية، مكتبة الحقوق، الشارقة، الإمارات العربية، 2001.
- 23- د. مصطفى طاهر، المواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مطابع الشرطة، القاهرة، 2002.
- 24- نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
- 25- د. هدى حامد قشقوش، جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

26- د. يوسف أمين شاكير ، غسل الأموال عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.

الابحاث والتدوات والقوانين:

- 1- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2000.
- 2- د. عبد الله أحمد المشرخ، مكافحة الإجرام الاقتصادي والمالي، بحث منشور في مجلة الفكر الشرطي، إدارة شرطة الشارقة، العدد 3، س 13، 2000.
- 3- د. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، من 10-12 مايو 2003، المجلد الأول.
- 4- د. نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون.
- 5- د. عمر عيد الغريب، المواجهة الجنائية لغسيل الأموال ، ندوة مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، 1997، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.
- 6- القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2002 في شأن تجريم غسل الأموال، الإمارات العربية المتحدة.

المساءلة كآلية لمكافحة الفساد

د. شعبان محمد عكاش

أستاذ القانون الجنائي

كلية القانون - جامعة طرابلس

المساءلة كآلية لمكافحة الفساد

د. شعبان محمد عكاش

أستاذ القانون الجنائي

كلية القانون - جامعة طرابلس

26- د. يوسف أمين شاكير ، غسل الأموال عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

الابحاث والندوات والقوانين:

1- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2000.

2- د. عبد الله أحمد المشرخ، مكافحة الإجرام الاقتصادي والمالي، بحث منشور في مجلة الفكر الشرطي، إدارة شرطة الشارقة، العدد 3، س 13، 2000.

3- د. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، من 10-12 مايو 2003، المجلد الأول.

4- د. نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، بحث مقدم إلى، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون.

5- د. عمر عيد الغريب، المواجهة الجنائية لغسيل الأموال ، ندوة مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، 1997، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.

6- القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2002 في شأن تجريم غسل الأموال، الإمارات العربية المتحدة.

تقديم:

يروى عن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم أبي بكر الصديق رضي الله عنه بعد مبايعته أنه قال: "أيها الناس إني قد وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني". ومن أهم ما يفهم من ذلك أن الحكومات يجب أن توجد لخدمة الشعب وليس العكس، وعلى الحكام أن يمثلوا الشعب، وبالتالي على الأطراف التي تحكم باسم الشعب أن تكون مسؤولة تجاهه.

وعلى الرغم من أن قيمة المساءلة بسيطة بحد ذاتها، إلا أن مؤسسات الحكم وآلياتها التي توفرها معقدة ومتعددة الأوجه، ودائمة التطور بالتوافق مع الحاجات الاجتماعية والضغوطات.

ويزداد كل يوم إدراك المجتمع الإنساني لخطورة الفساد، ويزداد القلق من تداعياته ونتائجه الوخيمة على كافة الأصعدة، الوطنية¹ والإقليمية والدولية²، حتى أنه أصبح هاجسا يشغل كافة شعوبا وأنظمة ومجتمعا دوليا، نتيجة لمخاطر آثاره التي لا تقف عند حد، بل أنها تتشال من كافة مناحي الحياة، اجتماعية كانت أم اقتصادية أم سياسية، ولا شك أن ليبيا ليست استثناء عن ذلك،³ وهذا ما بعث في

ولعله مما يؤكد ذلك إصدار القانون رقم (11) لسنة 2014، المتعلق بإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد مؤخرًا.

¹ - ومما يؤكد ذلك أيضا إصدار العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد.

² - بل أن التقرير السنوي لمنظمة الشفافية العالمية الصادر سنة 2013 أثبت أن ليبيا من أكثر الدول فسادا على مستوى العالم، حيث احتلت الترتيب 160 من بين 176، واحتلت المرتبة 15 عربيا من بين 18 دولة عربية، ولا ندري اليوم بلغت أيا من المراتب في ظل الفوضى التي لا حدود لها، والتي تعيشها البلاد في أيامنا هذه.

المجتمع الدولي التفكير في إيجاد حلا ناجعا حيال ظاهرة الفساد، مما أنتج لنا جملة من المعاهدات والاتفاقيات، كان أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003.⁴

إن الحكم الجيد ذو أهمية بالغة على التنمية، والعولمة بدورها تحفز الضغوطات الديموغرافية على تسريع التنمية، وهذه الضغوطات نفسها من شأنها أن ترفع من مستوى الطموحات لدى الشعب بخدمات أفضل، ومشاركة أكبر في إدارة الحكم، وتنمية اجتماعية وبشرية. ولكن تبقى التنمية في ليبيا متخلفة عن قدرتها الحقيقية، مما يستدعي التركيز على موضوع مكافحة الفساد عبر آليات أكثر فعالية.⁵

تتم كل يوم عشرات آلاف التفاعلات بين الناس والمسؤولين الحكوميين في شتى مناحي الحياة، وتتراوح تلك التفاعلات من الأيسر (الحصول على شهادة ميلاد أو رخصة قيادة ...) إلى الأكثر تعقيدا (فرص التعليم لاسيما بالخارج، والرعاية الصحية ..) فقد تكون تلك التفاعلات سلسلة ومرضية وخالية من مؤشرات الفساد، كما قد تكون كثيرة العراقيل نتيجة للفساد الإداري أو المالي، ويتمثل التحدي المطروح في زيادة التفاعلات السلسلة والمنتجة، والتقليل من التفاعلات المحبطة، أي المضي قدما في الاتجاه الصحيح.

إن تشخيص التحديات قد يكون سهلا، ولكن مواجهتها أمر قد نكتفه بعض الصعوبات. ومن الواضح بمكان أنه من جملة التحديات التي تواجه ليبيا اليوم وبشكل ملح (انتشار الفساد)، وقد تكون الخطوة الأولى المطلوبة في سبيل مكافحته بكافة صوره تكمن في التركيز بشكل أساسي على (

ينظر المشروع المنقح لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، النسخة العربية، <http://www.unodc.org>

⁴ - فيينا 2003، موقع الأمم المتحدة:

⁵ - إن المساءلة تعد من أهم آليات مكافحة الفساد لاسيما إذا اقترنت بالشفافية، ثم إن الفساد كما هو وارد في القطاع العام هو وارد أيضا في القطاع الخاص، وهذا ما أكدته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003 المادتين 21، 22.

المساءلة)، أي أن يصبح الذين يتصرفون عرضة للمساءلة عما يفعلونه، والمساءلة لكي تكون ذات معنى ينبغي تعزيز الشفافية، أي السماح للجميع بالتوصل الكامل إلى المعلومات والاطلاع على الحقائق المطلوبة. مما يستلزم نشر المعلومات حول ما يفترض بموظفي الحكومة ومؤسساتها أن يفعلوا، وماذا يفعلون بالفعل، وتحديد المسؤوليات، بالإضافة إلى تعريف المواطنين بحقوقهم، والخدمات التي يحق لهم التمتع بها، وسبل الحصول على تلك الحقوق والخدمات، والنظم التي يتوجب على المواطنين التقيد بها، بما فيها معرفة المسؤوليات وآليات المراجعة والعقوبات.⁶

ونطاق المساءلة ومداها يتسع ليشمل كل من:

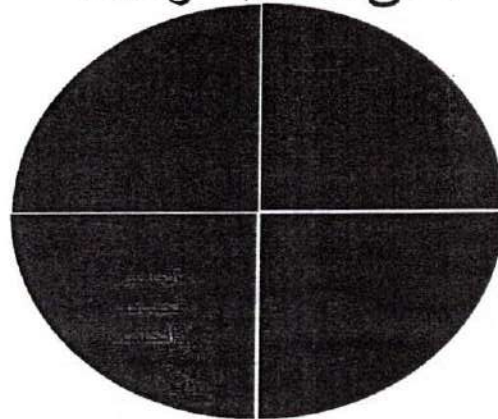
1- ممثلي السلطات الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية، بكامل هيكلها.

2- العاملين بالمؤسسات الوطنية العامة والخاصة.

3- العاملين لحسابهم الخاص.

4- العاملين بالمؤسسات الأجنبية أيا كان مجال اختصاصها.

نطاق المساءلة ومداها



ونحن إذ نشرع في دراسة موضوع هذه الورقة ننبه إلى أنه سيتم التركيز على ثلاث محاور رئيسية وهي على النحو الآتي:

- المحور الأول: العوامل المساعدة على وجود الفساد.

- المحور الثاني: أشكال المساءلة ومتطلبات تفعيلها.

- المحور الثالث: التحديات التي تواجه المساءلة.

المحور الأول

العوامل المساعدة على وجود الفساد

توجد جملة من العوامل من شأنها المساعدة على انتشار الفساد أهمها يتمثل فيما يأتي:

⁶ سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، منشورات برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي ص 28.

إن عدم استخدام الآليات العلمية الحديثة في الإدارة والمال من شأنه أن يساعد على ارتكاب المخالفات، وذلك مما يسببه من تعميم وانعدام للشفافية، سواء تم ذلك عن قصد وتدبير، أو كان ذلك عن غير قصد، وسواء تم ذلك عن جهل بتلك الآليات أم عن إهمال وعدم اكتراث، فالنتيجة ستكون واحدة.⁷

ثم إن عدم دراية المواطنين بحقوقهم وتفاقم الالتباس وقلة المعلومات عندهم، من شأنه أيضا أن يفسح المجال أمام ممارسة الفساد، لأننا نزع من علم المواطنين ووعيهم يعد صمام أمان، بل أنه يعد من أهم المعطيات المساعدة على تكريس المساءلة بشكلها الفاعل لمكافحة الفساد. لأن تعدد العوامل التي تقف دون علم المواطن لاسيما بالقانون، ومنها عدم نشر القوانين الجديدة وتيسير السبل للوصول إليها، من شأنه أن يضعف دور المساءلة ويساعد على توسع دائرة الفساد، لعدم تحقق الردع لاسيما في صورته العامة.⁸

لعله مما يساعد على انتشار الفساد أيضا ضعف آليات تقديم الشكاوى والتبليغات وتعقدها، وفي هذا المقام تبرز إشكالية القيود الواردة على الدعوى العمومية، وما تمتلئ من دور أشبه ما يكون بدور المعوق للمساءلة، بل للعقاب في عمومها. فالنقص في آليات المساءلة والقصور في هياكلها من شأنه أن يساعد على انتشار الفساد، بل فرض الحصانة على مقترفيه.⁹

ثم إن انعدام تحديد أطر المسؤولية بشكل واضح، من شأنه أن يساعد على تشتت المسؤولية، لاسيما حين تشارك عدة مؤسسات عامة أو جهات خاصة أو عامة في تأدية مهام معينة، مما ييسر

محمد سيد التكروني، أرضية الفساد المالي والإداري، دار صابر، الدار البيضاء - المملكة المغربية، ط1 - 7/2008، ص76.

ثائر سعود العدوان، مكافحة الفساد، الدليل إلى اتفاقية الأمم المتحدة، دار الثقافة، الأردن - عمان، 8 - ط1/2012، ص89.

9 - سعيد ناصر محمود، معوقات إنزال العقاب بمستحقه، مجلة الباحث، العدد 56، ص172 وما بعدها. مجلة الحق السنة الأولى - العدد الثالث - أكتوبر 2014 (42)

السبل للثقلت من المسؤولية ومن ثم الثقلت من العقاب، ولا يخفى ما في ذلك من مناقضة لسياسة مكافحة الفساد.¹⁰

من جهة أخرى يعد عدم مناسبة أجهزة الرقابة وتعدد جهاتها واختلافها، واعتماد كل منها معايير ووسائل تطبيق مختلفة عن الأخرى، مما لا يحقق التكامل بينها يكون سببا لعدم الفعالية، هذا إذا أحسنا الظن بها، مع العلم أن الواقع المعاش في ليبيا اليوم يؤكد على أن هذه الأجهزة الرقابية هي نفسها بحاجة إلى رقابة، وذلك لما تعيشه من فساد في أوساطها، ووساطة ومحسوبية، فكم تستر هذه الأجهزة على جرائم الفساد الضارب في أطوار الدولة الليبية بمؤسساتها المختلفة، مما يؤكد أن هذه الأجهزة أصبحت تتناقض مع مقصود ما وجدت من أجله، حيث أنها وجدت من أجل كشف الفساد والمساعدة على تقييض دعامته.¹¹

ولعل تغول وسطوة مرتكبي الفساد، وعدم قدرة هيئات المحاسبة على فرض العقوبات على أصحاب النفوذ في السلطة الذين خرقوا واجباتهم العامة، يعد عاملا من العوامل الأكثر خطورة على صعيد انتشار الفساد، وعدم فاعلية سبل مكافحته، ولعل السبب الرئيس الكامن وراء ذلك يتمثل في ضعف أجهزة الدولة وهشاشتها، فقوة أجهزة الدولة تجعل الجميع تحت القانون.

إن عدم وجود السياسات الجيدة، والإدارة الجيدة لتلك السياسات، وكثرة القرارات الارتجالية الاعتبارية من قبل أجهزة الدولة المختلفة، والبطء في مواكبة المستجدات التشريعية، وذلك من خلال

فاروق الكيلاني، جرائم الفساد، دار الرسالة العالمية، د ن، ط1/2011، ص139 وما بعدها. سليمان

عبدالمع، مرجع سابق، ص51.

ياسين محمود الناجح، النظام القانوني لمكافحة الفساد في التشريع الليبي والمغربي... أطروحة دكتوراه، غير منشورة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، المغرب 2013، ص101.

وضع القوانين واللوائح، وسوء عمليات المناقصات العامة والتعاقدات، وعدم الشفافية فيها، كل ذلك من شأنه أن يساعد على انتشار ظاهرة الفساد، ولضعاف دور المساءلة في الحد من انتشارها.¹²

وكذلك وجود فوارق كبيرة بين ما يفترضه القانون من جهة وما بين الممارسة الفعلية له حتى على يد المتخصصين ذاتهم، يعد عاملاً بحاجة للوقوف عنده، ومحاولة وضع المقاربة الناجعة له، حتى تختفي تلك الآثار السلبية الناجمة عنه.¹³ إن عدم وجود القوانين المنصفة والعادلة أحياناً، وعدم وجود عقوبات فعالة من شأنها المساعدة على التخلص من الفساد أو القضاء عليه، وكذلك التكاليف الباهظة المرتبطة بالنزاعات، والفترة الزمنية الطويلة اللازمة لحل نزاع قانوني عبر النظام القضائي، وتعقيد الإجراءات، وتكريس الظلم، والتمييز الاجتماعي خدمة لفئة محدودة على حساب الآخرين، بدلاً عن العدالة الاجتماعية وتحقيق العدالة والمساواة، من شأنه أن يضعف دور المساءلة، ولا يساعد على مكافحة الفساد، وذلك لما لانتشار الشعور بالظلم من آثار سلبية.¹⁴

وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أن هناك فئتان رئيستان للفساد في القطاع العام، والنوعان نابعان من قصور في هيكليات المساءلة وهي:

المحور الثاني

أشكال المساءلة ومتطلبات تفعيلها

اعتقد أنه من المفيد قبل الوقوف على أشكال المساءلة أن نذكر بأن للمساءلة أبعاد رئيسية، ما لم تتوفر فإن المساءلة إما كان شكلها لن ترتقي إلى مستوى الفاعلية المطلوبة، وذلك لأنها تمثل الحثيئات الحقيقية للمساءلة، فهي جوهرها ودونها تصبح المساءلة بلا معنى، ولا أثر يتحقق لها، بل تصبح مجرد

يراجع تقرير البنك الدولي عن التنمية في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا (إدارة حكم أفضل لأجل التنمية في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا)، دار الساقى، بيروت - لبنان، ط1/ 2004 ص46 وما بعدها.

نيكولا أشرف شالي، جرائم الفساد الدولي والوسائل القانونية من أجل مكافحته، دار ابتراك، القاهرة - مصر، ط1، 2012، ص142.

عبد الستار عيد، تقييم دور القانون في مكافحة جرائم الفساد على الصعيدين الوطني والدولي، دار

الشرق، القاهرة - مصر، ط3 / 2001، ص 238

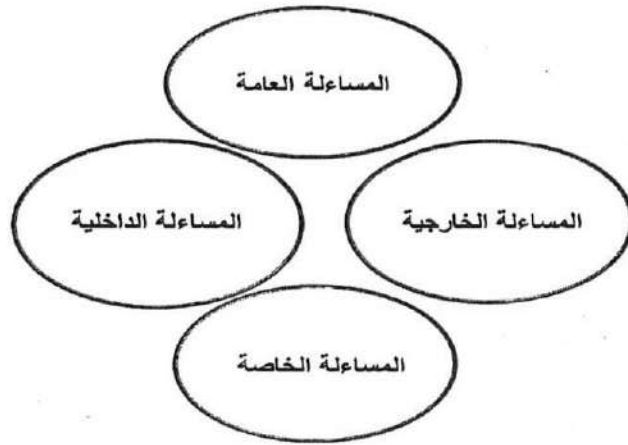
- الفساد العالي المستوى: أي الصادر عن صانعي السياسات، الرفيعي المستوى، والذي يتعلق بعملية إدارة الحكم لغايات الكسب المادي وغيره.

- الفساد المتكثري المستوى: حيث يطالب البيروقراطيون بالمال أو الخدمات مقابل تأمين تسليم الخدمات العامة العادية.

وتختلف هيكليات المساءلة المحددة التي تستطيع التحكم بكل فئة من فئتي الفساد:

فبالنسبة إلى الفساد العالي المستوى، المراقبة الأفضل هي المساءلة العامة (الخارجية) عبر الشفافية، بالإضافة إلى بعض أشكال المساءلة الداخلية مثل: البرلمان، والقضاء ذات السلطة، أو منظمات التدقيق المستقلة، كما هو الحال مع الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد وما تختص به من تحري والكشف. والتي في مجملها في ليبيا تعاني في الواقع من ضعف عن تأدية الدور الملقى على عاتقها. ويتمثل الأسلوب الأفضل على صعيد الفساد الإداري بهيكليات المساءلة الداخلية القوية، والقدرة الموثوقة لفرض العقوبات، وواقعياً هذا وذاك ينتابه الضعف إن وجد أصلاً.

وبعد هذا نصل إلى المحور الثاني والذي نتناول فيه أهم أشكال المساءلة معززين حديثنا بالوقوف عند متطلبات تفعيلها وذلك على النحو الآتي:



1- **المساءلة العامة:** حيث يكون على كل فرد يعمل باسم سلطة الدولة " سواء كان منتخبا أم غير منتخب " أن يفصح عن أعماله، وأن يخضع للعقوبات القضائية أو الإدارية أو الانتخابية في حال تبين أن أعماله منافية للمصلحة العامة.

2- **المساءلة الخاصة:** أن يخضع كافة الأفراد لتحمل تبعات تصرفاتهم في حال تبين منافاتها لحكم القانون، ومخالفتها له.

3- **المساءلة الخارجية:** أن يسأل المواطنون المسؤولون الرسميين من خلال التصويت أو حملات الدفاع عن حقوق الشعب، أو المراقبة المباشرة للمؤسسات العامة.

4- **المساءلة الداخلية:** أن تسأل مؤسسة عامة مؤسسة عامة أخرى، مثل نظر المحاكم (المحكمة العليا من خلال دائرتها الدستورية) في مدى مراعاة القوانين للدستور، أو أن يصوت البرلمان ضد

عبث لا طائل من ورائه، فإن أردنا مساءلة فاعلة لابد من توفير هذه الأبعاد، والتي نرى من جانبنا أنها تركز على بعدين أساسيين، وهذان البعدان يتمثلان في الآتي:

التعرض للمساءلة: أي واجب المسؤولين العامين في إعطاء المعلومات حول ما يفعلونه، وخضوع الجميع للمساءلة دون استثناء.¹⁵ فليس هناك ما يبرر أن يستثنى أحدا من ذلك، فالكمل ينبغي أن يلزم بذلك مهما كان منصبه، ومهما كانت مكانته.

التطبيق: أي قدرة هيئات المساءلة على فرض العقوبات، ولا سيما على أصحاب النفوذ في السلطة، الذين خرقوا القانون، واخلوا بواجباتهم العامة.¹⁶ وهذا يتطلب أن توجد مؤسسات قوية، قادرة على النهوض بهذا العبء الثقيل، سواء على حد مستوى فرض الرقابة، أو على مستوى فرض العقوبات على حد السواء.

ولعله من المفيد أن نتناول أشكال المساءلة وصورها حتى يمكننا أن نعي أهمية كل شكل منها (أولا)، ثم نعطف على متطلبات تفعيل المساءلة (ثانيا) وذلك على النحو الآتي:

أولا: أشكال المساءلة: للمساءلة أشكال وصور لعل أهمها يتمثل في الآتي:

¹⁵ - ينبغي التنكير في هذا المقام بأن الفساد يتجاوز الوظيفة العامة ويشمل القطاع الخاص أيضا، وذلك لأن الانحراف عن النزاهة والشفافية يتأتى من هذا وذلك.. كما سبقت الإشارة آنفا.

فلا حصانة لأحد من الملاحقة القضائية وتطبيق القانون، فلا تفاضل بين المجرمين كما هو الحال بين الأبرياء.¹⁶ -

السلطة التنفيذية (الحكومة)، أو حين تحقق مؤسسات التدقيق المالي (ديوان المحاسبة...) في التوريدات المالية للحكومة.¹⁷

فالمساءلة تتبع من مفهوم التمثيل الشعبي، وهو مفهوم يمتد إلى زمن الخلفاء الراشدين، ويعني التمثيل أن من اختيروا للحكم باسم الشعب هم عرضة للمساءلة من قبل الشعب نفسه على فشلهم، وللثواب على نجاحهم.

وترتكز ممارسة تلك المساءلة على توفر المعرفة والمعلومات، وبالتالي على الشفافية في آليات الحكم، كما تركز على وجود حوافز لتشجيع من يقوم بأداء مهامه بإخلاص وفاعلية وأمانة. والمساءلة تعني أيضا المراجعة والمعالجة حين تخرق أفعال مؤسسات الدولة الحقوق الأساسية أو تخرق حكم القانون.¹⁸

إن المساءلة تتضمن آليات : مساءلة داخلية - كما سبق وبيننا - موازية لمؤشر مستوى الإدارة في القطاع العام. كما تتضمن آليات مساءلة خارجية، موازية تقريبا لمؤشر المساءلة العامة. وتنفذ الدولة الآليات الداخلية، مع دعم وضغط شعبيين، في حين أن الشعب يبادر بالآليات الخارجية برضا وتيسير من الدولة. وعلى برنامج الإصلاح أن يستهدف إلغاء العوائق التي تحد من المساءلة، وكذلك ينبغي أن ترسي آليات أكثر فاعلية لتعزيز المساءلة، كإصدار تشريعات من شأنها تصميم نظام شفاف للرقابة والمراجعة، يهدف إلى تقييم الالتزام بالقوانين.¹⁹

محمد عدنان الراوي، مكافحة جرائم الفساد بين النظرية والتطبيق، دار النهضة، القاهرة - مصر، ط1/2009،

17 - ص 108 وما بعدها.

18 - عيد عبد الستار عيد، مرجع سابق، ص 118. ياسين محمود الناجح، مرجع سابق، ص 77.

وليد إبراهيم الدسوقي، مكافحة الفساد في ضوء الاتفاقيات الإقليمية والدولية، الشركة العربية للتسويق، القاهرة

19 - مصر، ط1/2012، ص 119.

ثانيا: متطلبات تفعيل المساءلة. من أجل تفعيل دور المساءلة وتعزيزها لابد من إشراك جميع فئات المجتمع في المشاورة والنقاش، وأن تؤمن شفافية قصوى عبر جعل المشاورات علنية وتشجيع الإعلام على المشاركة في النقاش، وعليه أيضا أن يثير حسا مدنيا قويا يشجع على المشاركة.²⁰

لتحقيق المساءلة ينبغي أن يجمع بين المساءلة الداخلية والخارجية معا، فليست المساءلة الداخلية والمساءلة الخارجية بديلين، بل هما آليتان معززان. وتكشف أنظمة المساءلة الخارجية القوية عن نقاط الضعف في آليات المساءلة الداخلية، ما يتطلب تحركا من قبل الحكومات لأجل التمكن من التجاوب بمزيد من الفعالية مع الطلبات الخارجية. والآليات الأقوى والقدرة على المساءلة الداخلية أمور ضرورية لتوليد المعلومات بشأن ما تفعله الحكومة، وهي معلومات تتكل عليها المساءلة الخارجية.²¹

وسوف يجعل، مثلا السماح بالمزيد من النقاش العام حول الموازنة العامة، الحكومات حتما أكثر اهتماما بمراقبة أداء الإنفاق وتقييمه، ومما يوجب النقاش العام حول الفساد نشر تقارير عن طريق هيئات تدقيق فعالة.

كما أن الانتخابات للبرلمان يمثل وجه من أوجه المساءلة الخارجية، ومن شأنه أن يعزز قوة البرلمان في تقديم الرقابة على السلطة التنفيذية، أي تحقيق المساءلة الداخلية.²² ومن ثم ينبغي أن تركز أي خطة عمل على أن تشمل على إجراءات مختصة بالجهتين.

ومن المفيد أن نتذكر لدى مناقشة آليات تعزيز المساءلة، المكونين الرئيسيين للمساءلة وهما:

20 - محمد سيد التكروني، مرجع سابق، ص 193. محمد عدنان الراوي، مرجع سابق، ص 116.

سامي النبراوي، تعزيز دور المحاسبة لمكافحة الفساد، دار النهضة، القاهرة - مصر، ط3/2008، ص 101.

21

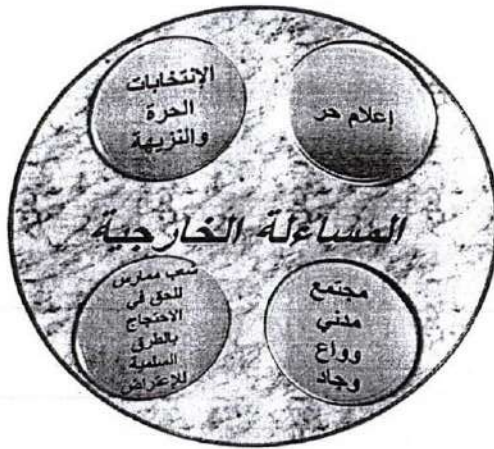
بخلاف ما حصل في ليبيا من نتائج لفشل المؤتمر الوطني العام (البرلمان) في رقابة الحكومات المتعاقبة،

22 - مما جر البلاد إلى ما لا يحمد عقباه!!

2- تعزيز التنافسية عبر الانتخابات الحرة والنزيهة المتاحة للجميع، بالإضافة للمشاورات العامة، والجلسات العلنية لتقييم الأداء الحكومي، وصولاً إلى استطلاعات الرأي والتقييم الإلكتروني من قبل المواطنين.²⁶

3- إتاحة المجال لمشاركة أكبر من جانب المجتمع المدني، وممارسة الأنشطة التي من شأنها أن تلعب دوراً أساسياً في كشف الفساد.²⁷

4- تقييم متواصل لمستوى التزام مؤسسات الدولة بالقانون ومدى وجود الفساد في بعض إداراتها، وإلى أي مدى هو منتشر.



" الشفافية - التنافسية "، فالجميع يجب أن يعرف ما تفعله الحكومة، ومن المسؤول في الحكومة، وكيف يفترض بالمواطنين أن يتفاعلوا مع الحكومة. يضاف إلى ذلك تنافسية أكبر في اختيار المسؤولين العامين والسياسات العامة، ولذلك يحتاج إلى أساليب راسخة لاختيار المسؤولين العامين، والتجديد لهم، أو استبدالهم. فلتحقيق مساءلة فعالة ينبغي مراعاة المزيد من الشفافية والتنافسية، والتركيز على خلق بيئة إجمالية مؤسسية تدعم ذلك. كما ينبغي تكريس حق الشعب بمعرفة المعلومات في إطار القوانين، بالإضافة إلى وضع آليات تتيح للمواطنين ممارسة ذلك الحق بما فيها الإجراءات القانونية.²³

ولتفعيل دور المساءلة مسارات يتمثل أهمها فيما يلي:

أولاً. تحسين المساءلة الخارجية عبر إجراءات على المستوى الوطني:

يؤدي تحسين المساءلة الخارجية دوراً أساسياً في إبطاء الحكومات حوافز لتقوية دنى المساءلة الداخلية فيها، وتتضمن قائمة بالإجراءات:

1- تحقيق مبدأ الشفافية ونشر المعلومات حول نشاطات الحكومة، ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال قوانين تنص على المزيد من العلنية وحرية الحصول على المعلومات، وتشجيع النقاش الحر.²⁴ من خلال مبدأ المشاركة التي يجب أن تتاح للجميع، فالحوار أو التشاور عملية جد ضرورية في بلد يسعى لبناء دولة ديمقراطية، دولة الحق والقانون.²⁵

عيد عبد الستار عيد، مرجع سابق، ص 133 وما نيكولا أشرف شالي، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.²³

24 - سعيد ناصر محمود، مرجع سابق، ص 140.

الكوني علي عبودة، الثابت الوطنية ودمستور ليبيا المرتقب، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون جامعة طرابلس، العدد الثالث، ص 280-281.²⁵

26 - سامي النبراوي، مرجع سابق، ص 98. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 31.

27 - تقرير البنك الدولي، مرجع سابق، ص 76 وما بعدها. وليد إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 165.



ثانيا. تحسين المساءلة الخارجية عبر إجراءات على المستوى المحلي:

يعتمد تحسين المساءلة الخارجية عادة على مشاركة أوسع من قبل المواطنين، وخاصة من خلال القنوات التي تربط بين المواطنين ومقدمي الخدمات العامة. والإجراءات المحلية التي يمكن أن تساعد الدولة على تقوية آليات المساءلة الداخلية منها:

1- تأمين معلومات موثوقة عن أداء الخدمات العامة.

2- زيادة التنافس بين مقدمي الخدمات، عبر إعطاء الزبائن حرية خيار أكبر.

3- اعتماد سياسات تقوي وتمكن السلطات المحلية من المشاركة في القرارات العامة لاسيما منها ما يتعلق بالمساءلة.

4- تسهيل الاشتراك المتزايد للجمعيات الأهلية ومؤسسات المجتمع المدني.²⁸

ثالثا. تحسين المساءلة الداخلية عبر التوازن والفصل بين السلطات:

يهدف تحسين المساءلة الداخلية أساسا "وليس حصرا" إلى تعزيز التنافسية في ممارسة السلطة. وعادة ما يتم ذلك عبر الفصل الدستوري بين مختلف فروع السلطة، وبخاصة لمنع السلطة التنفيذية القوية التقلت من واجب المساءلة، وتتضمن الإجراءات ما يلي:

1- تقوية السلطة البرلمانية وقدراتها، من خلال الاستفادة من التجارب العالمية الناجحة، وما أكثرها.

2- تأمين استقلالية القضاء (استقلال داخلي وخارجي)، وتأمين قدرته بشكل أكبر، حيث يفترض بالقضاء أن يؤدي دورا قويا في الحفاظ على التوازن المناسب للقوى. لكن يتعرض القضاء منهجيا لمضايقات ناتجة عن هيمنة السلطة التنفيذية.²⁹

3 - تقوية أجهزة الرقابة المستقلة داخل الحكومة، (جهاز الرقابة، ديوان المحاسبة la cour des comptes ...). وذلك من خلال حسن اختيار الكفاءات القادرة والمؤهلة، والمتمسمة بالأمانة والدقة والإخلاص ومخافة الله، بالإضافة إلى توفير كل المتطلبات اللوجستية.

رابعا. تحسين المساءلة الداخلية عبر الإصلاحات الإدارية.

شعبان محمد مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون جامعة طرابلس، العدد الثالث، 2012 ص 343 وما بعدها.
29 - عكاش، قراءة في متطلبات العدالة،

عبد المقصود رفعت، دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة الفساد، دار المعرفة، القاهرة - مصر، ط2/
28 - 2009، ص 93 وما بعدها.

لا يمنع غياب الفصل الدستوري بين السلطات، وغياب الانتخابات ولا مركزية السلطة السياسية، وحتى في ظل غياب الصحافة الحرة وعلنية المعلومات، من وجود عدد من الإجراءات الإدارية يمكنها أن تقوي المساءلة في الهيئات التي توفر الخدمات العامة، ومن أكثر الإجراءات المعتمدة فعالية إنشاء آليات لتحسين أداء القطاع العام ومن بينها:

1- التركيز على الأداء في إدارة النفقات العامة.

2- إصلاح الخدمة المدنية من خلال ضمانات التطبيق السليم للسياسات، وخدمة المواطنين بإنصاف وكفاءة، ومن فوائد ذلك السيطرة على الفساد في الإدارات الرسمية.

3- جعل وظائف الحكومة لامركزية وأقرب إلى المواطنين الذين يملكون المصلحة.

4 - تأمين استقلالية الهيئات التنظيمية.

5 - غرس أخلاقيات الخدمة العامة والحفاظ على الموارد العامة والممتلكات العامة.³⁰

المحور الثالث

التحديات التي تواجه المساءلة

من أوجه الفساد واستغلال السلطة العامة أن الناس لا ينالون معاملة متساوية من قبل حكومتهم. ولكن الفساد ليس سوى عارض من أعراض الضعف في احترام المساءلة. وتعتبر الإدارة كما ينبغي حين تشمل العمليات الجميع، وحين يتمتع الشعب بالسلطة لمساءلة واضعي القوانين ومنفذيها. أي السلطات الثلاث: التنفيذية والقضائية والتشريعية في آن معا.

: سعيد ناصر محمود، مرجع سابق، ص 122 وما بعدها. تقرير البنك الدولي، مرجع سابق، ص 56 وما

³⁰ - ينظر في ذلك بعدها.

كما أن المساءلة تشمل أيضا المؤسسات الإدارية الخاضعة لسلطة الدولة على كافة المستويات، حتى يتسنى بأن يتساوى المواطنون بحقوقهم أمام القانون، وأن تتسنى فرص متساوية لممارسة هذه الحقوق، ومشاركة المواطنين في إدارة الحكم، وعدم التمييز بينهم من حيث الاستفادة من الخدمات التي فوضت الحكومة لتقديمها، كخدمات الصحة والتعليم وغيرها...، أي المساواة في المعاملة بكامل ما تعنيه الكلمة من معنى.

إن الحكومات والشعوب في معظمها تشترك في تطلعها إلى التنمية الوطنية على اختلاف تسييراتها، وغالبا ما يتمحور تعريف التنمية على جوانبها الاقتصادية، أي ارتفاع مستوى الرفاه المادي عبر الدخل والتوظيف المضمونين لكل الراغبين. ولكن الأشخاص الذين يرتاد أولادهم مدارس متدنية المستوى، أو الذين لا تتوافر لهم مياه صالحة للشرب، أو المعرضين لخطر العنف، يعلمون جميعا أن التنمية تتمثل أيضا في توفير خدمات اجتماعية مناسبة.

والتنمية هي في المحصلة النهائية تنمية بشرية، ونوعية معيشة أفضل، مع خيارات وفرص أوسع ليتمكن الإنسان من تحقيق قدراته، بالإضافة إلى الضمانات غير المادية التي تميز المجتمعات المتقدمة، أي المساواة في المعاملة، وحرية الاختيار، والتعبير عن الرأي، وفرص المشاركة في عملية إدارة الحكم.

ومن أهم التحديات في ذلك تعزيز المعاملات السلسة والمنتجة وتقليص المعاملات المحبطة والمهدرة للطاقات والوقت، بشكل يخدم كرامة كافة المقيمين داخل إقليم الدولة ويحقق حقوقهم وحاجاتهم.³¹

ويعتبر الفساد من أكثر الظواهر السلبية خطورة على الفرد وعلى الجماعة،³² ويتجلى في الرشوة والاختلاس سواء في القطاع العام أم الخاص، وغسل الأموال، والمحسوبية والمحاباة العائلية أو القبلية

³¹ - يراجع تقرير البنك الدولي، مرجع سابق، ص 61. فاروق الكيلاني، مرجع سابق، ص 70.

أو الطائفية أو الحزبية³³.. الخ. أي هي العوامل التي تحدد من يحصل على الخدمات ومن يحرم منها، والفساد ينتهك مبدأ المساواة في المعاملة، ويعد الفساد نتيجة مباشرة لانعدام المساءلة.

إن الأبعاد الأساسية لماهية الحكم الجيد، تكمن في حكم القانون ومحاربة الفساد وفاعلية القطاع العام، وصولاً إلى قدرة المواطنين على التعبير وثقافة " الديمقراطية " ووجود المؤسسات.³⁴

ولن العوامل المتمثلة في (الثروات النفطية - عدم الاستقرار الذي تسببه النزاعات - والتدخل الخارجي الناجم عن المصالح الجيوستراتيجية - الأطماع الاستعمارية...) من شأنها إعاقة نشوء مؤسسات جيدة، بل إن هذه الظروف عززت سلوكيات وترتيبات للحكم تناقض مبدأ المساءلة وتضع المواطنين تحت رحمة الدولة من جديد، وللأسف هذا ما نعيشه أيامنا هذه.

من خلال ما سبق ذكره يتبين لنا أنه توجد العديد من المعوقات التي تحول دون المساءلة الفعالة، وهذه المعوقات لكي يمكننا اجتيازها ينبغي التركيز على التحديات المتمثلة فيما يأتي ذكره:

1- خلق مجتمع مدني نشط ومطلع، وهذا بالطبع يتطلب إمكانات بشرية مؤهلة، وكذلك إمكانات لوجستية متنوعة، وينبغي التنبيه ألا يترك المجال أمام التمويل المشبوه لها، حتى تستطيع أن تلعب دورها المنوط بها بفعالية وحيدة وموضوعية، مما يعزز لها دوراً فاعلاً تجاه مكافحة الفساد.

محمد محمود الشركسي، جريمة الرشوة في التشريع الليبي، دار الفضيل، بنغازي - ط1/2011، ص6.
32 -ليبيا،

نلمح مؤخراً في ليبيا أن المحاباة الحزبية ظاهرة ، وهي صورة من صور الفساد ولا تقل خطورة عن غيرها.

33 -الليبيان، ولا تخفى على أحد

يراجع في : عبد المقصود رفعت، مرجع سابق، ص127. سعيد ناصر محمود، مرجع سابق، ص193.

34 -ذلك

2- توفر قاعدة بيانات دقيقة ووافية، وتكريس الشفافية، والتوصل الكامل إلى المعلومات، فليس تمت أسرار. فنشر المعلومات من شأنه أن يكشف عن الحقيقة التي بدورها تحدد مواقع الفساد، ومن تم تحدد المسؤولين عن الفساد، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين..الخ.

3- توفر تشريعات كافية من شأنها تعزيز دور المساءلة لمكافحة الفساد، وتحديثها من حين إلى آخر، ورفع ما من شأنه أن يكون معوقاً للمساءلة، بالإضافة إلى ضرورة الموازنة بين التشريع الليبي والاتفاقيات الدولية التي تعد ليبيا طرفاً فيها، لاسيما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وذلك بتجريم ما نصت هذه الاتفاقية على تجريمه، وعدم إغفال أي صورة منها، فعلى سبيل المثال لا الحصر لم يجرم المشرع الليبي رشوة الموظف العمومي الأجنبي والموظف العمومي الدولي، وكذلك الرشوة والاختلاس في القطاع الخاص...الخ.

4- مجابهة تحدي تحويل العراقيل الكامنة في الأطراف الكثيرة، سواء كانت من داخل أطراف السلطة أم من خارجها، وكذلك معالجة المعوقات التشريعية للمساءلة، واتخاذ التدابير والإجراءات التي تساعد في الحد من إفلات الجناة من المساءلة والعقاب، ولاسيما الحد من الحصانات، وتضييق نطاق القيود الواردة على الدعوى العمومية بشكل عام، وعدم ترك المجال أمامها إلا بالقدر الضروري وفي نطاق ضيق.

5- الوقت الكافي، لأن المساءلة قد تستلزم وقتاً من حيث التحري والكشف عن الفساد هذا من جانب، ومن جانب آخر اتخاذ الإجراءات اللازمة للمساءلة، أي كانت صورتها ولاسيما المساءلة القانونية، وهذا يتطلب قراءة جديدة للتقادم، حتى لا يفلت أحد من المساءلة والعقاب.

6- التعاطي مع التدخلات الخارجية بشكل واع، لاسيما تلك التي تتم عن طريق الدول الأجنبية، وكذلك المؤسسات الدولية أي كانت مجالاتها، وذلك بالاستفادة منها على صعيد مكافحة الفساد، وعدم ترك المجال أمامها لتشارك في نشر الفساد بأي صورة كانت.

أهم المراجع

- 1- ثائر سعود العدوان، مكافحة الفساد، الدليل إلى اتفاقية الأمم المتحدة، دار الثقافة، الأردن - عمان، ط1/2012.
- 2- سامي النبراوي، تعزيز دور المحاسبة لمكافحة الفساد، دار النهضة، القاهرة - مصر، ط3/2008.
- 3- سعيد ناصر محمود، معوقات إنزال العقاب بمستحققيه، مجلة الباحث، العدد 56 لسنة 1998.
- 4- سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، منشورات برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي.
- 5- شعبان محمد عكاش، قراءة في متطلبات العدالة الواقع الليبي أنموذجا، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون جامعة طرابلس، العدد الثالث، 2012.
- 6- عبد المقصود رفعت، دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة الفساد، دار المعرفة، القاهرة - مصر، ط2/2009.
- 7- عيد عبد الستار عيد، تقييم دور القانون في مكافحة جرائم الفساد على الصعيدين الوطني والدولي، دار الشروق، القاهرة - مصر، ط3 / 2001.
- 8- فاروق الكيلاني، جرائم الفساد، دار الرسالة العالمية، د.ن، ط1/2011.
- 9- الكوني علي عبودة، الثوابت الوطنية ودستور ليبيا المرتقب، مجلة القانون، تصدر عن كلية القانون جامعة طرابلس، العدد الثالث، 2012.

الختامة

لعله اتضح لنا من خلال هذه الورقة بأن المساءلة تعد أداة فعالة لمكافحة الفساد، لاسيما في بلد مثل ليبيا التي أخذت مركزا متقدما في الدول الأكثر فسادا، وهي بدورها تطمح في النهوض والإصلاح، وفي أن تكون دولة المؤسسات والقانون، وبذلك تزداد أهمية الشفافية حيث لا مساءلة بدون شفافية. ثم أنه مكافحة الفساد ستكون كلمة غير ذات معنى يذكر ما لم نفعل أساليب المساءلة.

إن انتشار الفساد بالشكل الموجود اليوم في بلدنا الحبيب ليبيا بحاجة ملحة وعاجلة للتصدي له ومجابهته، سواء على المستوى التشريعي أم التنفيذي، ولا يخفى أن الأسلوب الأمثل يكمن في المساءلة، حتى يرتدع ويحجم من حاد عن الصواب وكان من العابثين، ولكل ما تقدم ذكره نأمل من الجهات ذات الاختصاص أن تلتفت للمساءلة بكل عناية واهتمام، وتعنى بكل ما من شأنه أن يساعد على تفعيل المساءلة، حتى يتسنى لنا التخفيف من وطأة الفساد -الذي لا حدود له- على مجتمعنا، وتكريس الجهود في سبيل ذلك. فلا مجال للتنمية مع انتشار الفساد بالدرجة التي نراها اليوم.

- 10- محمد سيد التكروني، أرضية الفساد المالي والإداري، دار صابر، الدار البيضاء - المملكة المغربية، ط1 / 2008.
- 11- محمد عدنان الراوي، مكافحة جرائم الفساد بين النظرية والتطبيق، دار النهضة، القاهرة - مصر، ط1 / 2009.
- 12- محمد محمود الشركسي، جريمة الرشوة في التشريع الليبي، دار الفضيل، بنغازي - ليبيا، ط1 / 2011.
- 13- نيكولا أشرف شالي، جرائم الفساد الدولي والوسائل القانونية من أجل مكافحته، دار ابتراك، القاهرة - مصر، ط1، 2012.
- 14- وليد إبراهيم الدسوقي، مكافحة الفساد في ضوء الاتفاقيات الإقليمية والدولية، الشركة العربية للتسويق، القاهرة - مصر، ط1 / 2012.
- 15- ياسين محمود الناجح، النظام القانوني لمكافحة الفساد في التشريع الليبي والمغربي.. أطروحة دكتوراة، غير منشورة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، المغرب 2013.

قاعدة الأقل تبع للأكثر
وأثرها في الصناعة المالية الإسلامية
إعداد
د. فرج علي عبد الله جوان
الجامعة الأسمرية الإسلامية
ليبيا - 2014م

قاعدة الأقل تبع للأكثر
وأثرها في الصناعة المالية الإسلامية
إعداد
د. فرج علي عبد الله جوان
الجامعة الأسمرية الإسلامية
ليبيا - 2014م

- 10- محمد سيد التكروني، أرضية الفساد المالي والإداري، دار صابر، الدار البيضاء - المملكة المغربية، ط1 / 2008.
- 11- محمد عدنان الراوي، مكافحة جرائم الفساد بين النظرية والتطبيق، دار النهضة، القاهرة - مصر، ط1/ 2009.
- 12- محمد محمود الشركسي، جريمة الرشوة في التشريع الليبي، دار الفضيل، بنغازي - ليبيا، ط1/ 2011.
- 13- نيكولا أشرف شالي، جرائم الفساد الدولي والوسائل القانونية من أجل مكافحته، دار ابتراك، القاهرة - مصر، دط، 2012.
- 14- وليد إبراهيم الدسوقي، مكافحة الفساد في ضوء الاتفاقيات الإقليمية والدولية، الشركة العربية للتسويق، القاهرة - مصر، ط1/ 2012.
- 15- ياسين محمود الناجح، النظام القانوني لمكافحة الفساد في التشريع الليبي والمغربي... أطروحة دكتوراه، غير منشورة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، المغرب 2013.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين القائل في كتابه العزيز: ﴿ مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ﴾ [الأنعام: 38]، والصلاة والسلام على نبيه الأُمِّي الأمين المبعوث لناس كافة رحمة لهم ليخرجهم من الظلمات إلى النور، وعلى آله الطاهرين المطهرين وصحبه الغر الميامين، ومن سار على نهجهم واهتدى بهديهم إلى يوم الدين أما بعد:

فإن من الأمور المسلم بها أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وأنها لم تقف في يوم ما عاجزة أمام ما يستجد أمامها من قضايا وأحوال إذ ما من نازلة إلا ولها حكم شرعي - كما نص على ذلك علماء الأصول - مستنبط من نصوص الشريعة الغراء، أو داخل تحت قواعد كلية وأصول جامعة، وهذه القواعد مبنية على الأدلة الشرعية، ويتم الاستجداد بها في القضايا والمشكلات المستحدثة، يقول سلطان العلماء العز بن عبد السلام: «القواعد الفقهية وما تستند إليه من نصوص، ووقائع، وما تبنى عليها من نظر فقهي متجدد الاتجاهات تصلح لأن تكون دائماً المنطلق السليم للنظر في كل المشكلات المتغيرة الظروف، والمسائل التي ظهرت ولم يكن لها حكم سابق».

وكما يقول الفاضل بن عاشور: «إن مسالك الاستدلال المذكورة في أصول الفقه الراجعة إلى مفاد الألفاظ ومع يعرض لها وما يرجع إليها لا تقتضي منا جديداً كثيراً... ولكن لنا في النصف الآخر نصف القواعد سباحاً طويلاً». قلت: هذا السبح يحتاج إلى سباح ماهر يحسن الغوص والاستخراج، ويتقنهما أيما إتقان حتى يتسنى له التقاط درر هذه القواعد، وتطبيقها على القضايا المستحدثة والا فإنه سيعرق في أعماقها، ويختلط عليه الحابل بالنابل ويخطب خطب عشواء فلا يخرج بطائل، أو يخرج بما لا يعتد به إذا لم يكن ريان بالأصول والفروع بارعاً في تحقيق المناط.

ولعل أهم المجالات التي يستجد فيها بالقواعد النوازل المستجدة مثل مسائل الصناعة المالية الإسلامية التي اخترت أن أكتب في إحدى هذه القواعد مبيناً أثرها فيها، ووقع الاختيار على قاعدة الأقل تبعاً للأكثر، ووسمت البحث بـ: (قاعدة الأقل تبع للأكثر وأثرها في الصناعة المالية الإسلامية). والسبب الذي حدا بي لاختيار هذه القاعدة أنها لم تحظ بدراسة مستقلة فيما أعلم، في حين حظيت بقية القواعد بدراسة وافية من قبل الباحث فواز محمد القحطاني في كتابه المانع: القواعد والضوابط الفقهية المؤثرة في المعاملات المصرفية الإسلامية، فأحببت أن أكمل هذا النقص.

مشكلة البحث:-

1- ما المقصود بهذه القاعدة؟

2- ما أثر هذه القاعدة في الصناعة المالية الإسلامية؟

أهداف البحث:-

- 1- توضيح هذه القاعدة.
- 2- بيان أثرها في الصناعة المالية الإسلامية.

خطة البحث:- قسمت البحث إلى ثلاث مباحث وهي:-

المبحث التمهيدي: التعريف بالقاعدة الفقهية وحجيتها

المبحث الأول: التعريف بقاعدة الأقل تبع للأكثر وتأصيلها

المبحث الثاني: أثر قاعدة الأقل تبع للأكثر في الصناعة المالية الإسلامية

الخاتمة والتوصيات:- وفيها يتم عرض النتائج التوصيات

وأخيراً فإني لا أدعي الكمال بل أكتب ذلك ولسان حالي يقول ما قال المقرئ:-

وما أبرئ نفسي إني بشر أسهو وأخطئ ما لم يحمني قدر

وما ترى عنرا أولى بذئ زلل من أن يقول مقراً إنني بشر

راجيا من الله التوفيق والسداد إنه سميع قريب ، وبالإجابة جدير ، وعلى ذلك لقدير ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

المبحث التمهيدي: التعريف بالقاعدة الفقهية وحجيتها

- لغة: القاعدة اسم فاعل من الفعل قعد، وتُطلق على عدة معانٍ منها: الأساس وأساطين البناء وقواعد الهدج⁽¹⁾. ومعاني مادة قعد تدور حول الاستقرار والثبات، كما قال ابن فارس⁽²⁾.

اصطلاحاً: عرفت القاعدة الفقهية باعتبارها لقباً وعلماً بتعريفات كثيرة جداً⁽³⁾، وما من توفيق إلا ووجهت له انتقادات عدة، وهذا أمر لا يستغرب إذ إن التعريف الجامع المانع من الصعوبة بمكان الظفر به كما يقول علماء المنطق، عليه ساكتفي بتعريف أراه الأنسب والأقرب للصواب؛ لأن صاحبه حاول بقدر الإمكان أن يخرج سالماً من الانتقادات، ذلكم التعريف هو تعريف د. محمد عثمان شبير؛ حيث عرفها بقوله: "قضية شرعية عملية كلية تشمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها"⁽⁴⁾.

ثم شرح تعريفه فقال: "تقيد الشرعية يخرج به القواعد المنطقية والنحوية والبلاغية وغير ذلك، وتقيد عملية يخرج به القواعد الاعتقادية. واشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، يعني كون تلك الأحكام مستعدة لأن توجد وتخرج إلى الوجود، وهي قبل وجودها غير موجودة، فإذا خرجت سميت خارجة بالفعل؛ لأن الفعل يعني كون الشيء خارجاً من الاستعداد إلى الوجود"⁽⁵⁾.

وأقرب المعاني اللغوية إلى المعنى الاصطلاحي هو: الأساس؛ نظراً لابتناء الأحكام عليها كابتناء الجدران على الأساس، كما يقول د. يعقوب الباحسين⁽⁶⁾.

وأهم ما تختص به القواعد الفقهية⁽⁷⁾:

¹ - ينظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي، فصل القاف باب الدال 340/1، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده. ط2. 1952م. ولسان العرب لابن منظور، فصل القاف 362/4، الدار المصرية للتأليف والترجمة.

² - ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس، مادة (ق ع د)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجبل، بيروت، 1999م. 108/5.

³ - انظر هذه التعريفات في: القواعد الفقهية المبادئ والمقومات د. يعقوب الباحسين ص: 40 وما بعدها. مكتبة الرشد، الرياض، ط5، 2010م، ونظرية التقيد الفقهي د. محمد الروكي ص: 43 وما بعدها. دار الصفاء، الجزائر. ودار ابن حزم، بيروت، ط1، 2000م. والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية د. محمد صدقي البورنو 14-15، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط5، 2002م.

⁴ - ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 18. دار النفائس، عمان، ط2، 2007م.

⁵ - ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 18.

⁶ - ينظر: القواعد الفقهية المبادئ والمقومات للباحسين ص: 15.

⁷ - ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 19.

1- أن القاعدة قضية تركيبية: والقضية التركيبية قضية إخبارية تُضيف لمعلوماتنا شيئاً جديداً عن الموضوع لم يكن لنا علم به من قبل⁽¹⁾.

2- أن القاعدة كلية، بمعنى أن الحكم فيها على كافة الأفراد، أي أنها تنطبق على جزئياتها، وهو أمر أساسي فيها؛ لأن معناها لا يتحقق من دونه كما يقول د. يعقوب الباحسين⁽²⁾.

ووجود الاستثناءات في أغلب القواعد لا يُعدّ قادحاً في كلية القاعدة، يقول د. محمد شبير: "الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الفروع عن مقتضاه لا يخرج عن كونه كلياً؛ لأن هذه المتخلفات أو الاستثناءات الجزئية لا يجتمع منها كلي يعارض الكلي الثابت في القاعدة، وهذا شأن الكليات الاستقرائية كما قال الشاطبي"⁽³⁾.

3- العموم والمقصود به أن موضوع القضية لا بد أن يتناول جميع أفرادها الذين ينطبق عليهم معناه كما يقول د. يعقوب الباحسين⁽⁴⁾.

4- التجريد: بمعنى أنها لا تتناول شخصاً بعينه، ولا حادثة بعينها؛ لأن ذلك يتناقض مع معنى القاعدة وكلية موضوعها⁽⁵⁾.

5- اشتمالها على الحكم الكلي بالقوة، يقول د. محمد عثمان شبير: "تختص القاعدة بأنها تشمل على حكم كلي بالقوة، ويستخرج منها بالفعل عند ورود الوقائع والجزئيات، ومن الأمثلة على ذلك: كل عبادة تحتاج إلى نية، والصلاة عبادة، فالنتيجة الصلاة تحتاج إلى نية"⁽⁶⁾.

6- الإيجاز في الصياغة: كما قال الشيخ مصطفى الزرقا⁽⁷⁾.

7- إنها تستند إلى أدلة شرعية من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو غيرها.

8- إنها تختص بالأحكام الشرعية العملية التي تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم كالصلاة والبيع⁽⁸⁾.

أنواع القواعد: تنتوع القواعد الفقهية باعتبارات عدة إلى عدة أنواع:

1- من حيث الشمول، وتنقسم إلى:

¹ - ينظر: القواعد الفقهية للباحسين ص: 188.

² - ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 33.

³ - ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 14.

⁴ - ينظر: القواعد الفقهية للباحسين ص: 172.

⁵ - ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 171.

⁶ - ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 15.

⁷ - ينظر: شرح القواعد الفقهية أحمد محمد الزرقا ص: 34، صححها وعلق عليها مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط5، 1998م.

⁸ - ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 15.

- أ- قواعد شاملة، وهي التي تشمل مسائل عديدة من أبواب كثيرة مثل الأمور بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك.
- ب- قواعد أقل شمولاً، وهي التي ترجع إليها مسائل كثيرة من أبواب الفقه ولكنها أقل من حيث عدد المسائل وأبواب الفقه، مثل قاعدة التابع تابع.
- ج- قواعد خاصة بباب فقهي واحد، وهي مرادفة للضابط، مثل كل مئة نجسة إلا السمك والجراد.
- 2- من حيث الاستمداد، أي: المصدر، وتنوع إلى:
- أ- قواعد مستمدة من نصوص شرعية، قرآناً أو سنة، مثل: الخراج بالضمان.
- ب- قواعد مستمدة من تخريجات الفقهاء، من خلال تتبع الفروع الفقهية في مواردها المختلفة، مثل: الأصل عند أبي حنيفة أن ما غير الفرض في أوله غيره في آخره خلافاً للصاحبين.
- 3- من حيث الاستقلال والتبعية وتنوع إلى:
- أ- أصلية: أي ليست داخلية في قاعدة أخرى ولم تنفرد عن غيرها، ومثالها: القواعد الكبرى.
- ب- تبعية: وهي التي تندرج ضمن قاعدة أخرى، فتقيد بها أو تمثل جانباً من جوانبها مثل قاعدة: الضرورة تقدر بقدرها، فإنها تعد قيداً في قاعدة الضرر يزال.
- 4- من حيث الاتفاق عليها والاختلاف فيها، وتنوع إلى:
- أ- قواعد متفق عليها، والاتفاق تارة يكون بين جميع المذاهب كالقواعد الخمس.
- ب- قواعد مختلف فيها، والاختلاف تارة يكون بين المذاهب، وتارة يكون في المذهب الواحد⁽¹⁾.

أهمية القواعد الفقهية

يمكن بيان أهمية القواعد الفقهية في النقاط الآتية:

- 1- أنها تنظم الفروع المنتشرة المتعددة وتضبطها في سلك واحد مما يتأتى معه الوقوف على الروابط بين الجزئيات المتفرقة، كما قال ابن رجب⁽²⁾.
- 2- أنها تسهل حفظ الفروع الفقهية، وتكفي الفقيه مؤنة حفظ أكثر الجزئيات، كما قال الإمام القرافي⁽³⁾.

¹ - ينظر فيما يتعلق بأنواع القواعد: القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 72 و73 و74 و75. والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية د. محمد صدقي البورنو 26 و27 و28 و29. وأصول النظر في مقاصد التشريع الإسلامي وبيان علاقة القواعد الفقهية بها د. نمر أحمد السيد مصطفى 19/2 و820 و821، دار النوار، ط1، 2013م.

² - ينظر: القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ص: 2، راجعه وقدم له وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، ت 1972م.

³ - ينظر: الفروق للقرافي 3/1، دار إحياء الكتب العربية، ط1، 1344هـ.

- 3- أن التمكن من هذه القواعد حفظاً ودراية يجعلها معيناً على فهم مناهج الفتوى، وتمكنه من تخريج الفروع بطريقة سليمة وإيجاد الحلول للأمور المستحدثة⁽¹⁾.
- 4- أنها الآلة التي تجنب الفقيه من الوقوع في التناقض الذي قد يترتب على تخريج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية كما يقول القرافي⁽²⁾.
- 5- أن القواعد الفقهية تساعد على الوقوف على مقاصد الشريعة وأسرارها وغاياتها، يقول الإمام القرافي: "القسم الثاني قواعد كلية فقهية جلية كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه"⁽³⁾.
- 6- أنها تمكن غير المتخصصين في علوم الشريعة كرجال القانون مثلاً من الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه بأيسر طريقة⁽⁴⁾.

حجية القاعدة

بعد الاطلاع على مختلف الآراء حول حجية القاعدة يظهر أن هناك اتجاهين:

- الاتجاه الأول: أن القاعدة ليست حجة شرعية ولا تصلح أن يستدل بها على الأحكام، وهو ما نسبته بعض المعاصرين إلى كل من: الجويني، وابن نجيم، وابن دقيق العيد⁽⁵⁾.
- ومستند أصحاب هذا الاتجاه الآتي⁽⁶⁾:

- 1- أن القواعد الفقهية ليست كلية بل هي أغلبية ويدخلها الاستثناء، فمن المحتمل أن يكون الفرع الذي يراد إلحاقه بها مستثنى.
- 2- أن القواعد الفقهية ثمار للفروع الفقهية، ومن غير المعقول أن تجعل الثمرة دليلاً لاستنباط هذه الفروع، وهذا يستلزم الدور وهو ممنوع إذ معنى ذلك أن يتوقف وجود الفروع على القواعد.

¹ - ينظر: القواعد الفقهية د. يعقوب الباحسين ص: 116.

² - ينظر: الفروق للقرافي 3/1.

³ - ينظر: المصدر السابق نفسه 2/1.

⁴ - ينظر: القواعد الفقهية د. يعقوب الباحسين ص: 112. والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 81.

⁵ - ينظر: القواعد الفقهية د. يعقوب الباحسين ص: 274 و275 وما بعدها. والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 84-85 وما بعدها. والقواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها علي الندوي 293. 294، دار القلم، دمشق، ط1، 1986م.

⁶ - ينظر: القواعد الفقهية د. يعقوب الباحسين ص: 280. والقواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 84. والوجيز في إيضاح قواعد الفقه د. البورنو ص: 39.

3- أن أكثر القواعد قواعد استقرائية من نوع الاستقراء الناقص مما يؤدي إلى أن النفس لا تطمئن إليها، وبعضها الآخر مخرج بعمل اجتهادي محتمل للخطأ فتعميم الحكم فيه شيء من المجازفة.

الاتجاه الثاني: أن القاعدة الفقهية يجوز الاستدلال والاحتجاج بها على الأحكام الشرعية، ومن نسب لهم هذا القول: الإمام الغزالي⁽¹⁾. والإمام القرافي⁽²⁾. والإمام الشاطبي⁽³⁾. والإمام الزركشي⁽⁴⁾.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى⁽⁵⁾:

- 1- أن القاعدة الفقهية كلية، أي منطبقة على جميع جزئياتها، ولا يقدح في كليتها وجود استثناءات كما سبق.
- 2- أن حجية القاعدة وصلاحياتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي نهضت بمعنى تلك القاعدة؛ فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة وتكون دلالتها قطعية.
- 3- أن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ليرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعد واعتمادهم للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص معين، الأمر الذي يتبين لنا أن هذه القواعد راسخة في أذهان المجتهدين.

الترجيح

الذي يظهر للباحث رجحانه هو الاتجاه الثاني؛ لأن أدلة القول الأول مردود عليها بالآتي:

فالقول بأن قواعد الفقه ليست كلية بل هي أغلبية لوجود الاستثناء فيها. فيرد عليه: أن وجود الاستثناء لا يخرج القواعد عن كليتها ولا يقدح في عمومها؛ فلذلك لا يمتنع الاحتجاج بها⁽⁶⁾. هذا أولاً. وثانياً: أن المستثنيات عند دراستها وتمحيصها نجدها لم تكن داخلية تحت القاعدة أصلاً؛

¹- ينظر: المنحول للغزالي ص: 364، دار الفكر، ت 1980م.

²- ينظر: الفروق للقرافي 110/2.

³- ينظر: الموافقات للشاطبي 39/1، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة.

⁴- ينظر: المنشور في القواعد للإمام الزركشي ص: 11، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط 1، ت 2000م.

⁵- ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد شبير ص: 85.

⁶- ينظر: حجية القواعد الفقهية د. خليفة بابكر الحسن ضمن معلمة القواعد الفقهية 127/2.

إما لأنها لم يتحقق فيها مناط القاعدة. أو لفقدها بعض الشروط، أو لقيام مانع من انطباق حكم القاعدة عليها؛ لأنها قد عارضها ما يمنع من انطباقها على جزئياتها كما يقول د. الباحسين⁽¹⁾.

وأما القول بأن القواعد الفقهية ثمرة الفروع فلا يصح أن تكون دليلاً للفروع؛ لأنه ينتج عنه الدور فيرده د. الباحسين بقوله: "اعتراض جذاب في الظاهر ولكن هذا إنما يتم لو كانت الفروع المراد استنباطها التي كشفت عن القاعدة وليس الأمر كذلك، فالفروع المتوقفة على القاعدة هي غير الفروع التي توقفت عليها القاعدة"⁽²⁾.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فكل قواعد العلوم مبنية على فروع تلك العلوم وثمرتها لها ولم يقل أحد بأنه لا يجوز أن يستند إلى تلك القواعد لتقرير الأحكام واستنباطها، والشاهد على ذلك أصول الحنفية المستخرجة من فروعهم، وقواعد اللغة العربية التي استنبطها علماء اللغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء، وكلها قواعد مسلمة وتستنبط منها الأحكام، ولم يقل أحد أنها لا تصلح لاستنباط الأحكام منها؛ لأنها ثمرة للفروع الجزئية كما قرر ذلك د. خليفة بابكر الحسن⁽³⁾.

أما القول بأن أكثر القواعد استقرائية من نوع الاستقراء الناقص فيجاب عنه بأن جمهور الفقهاء والأصوليين احتجوا بهذا النوع من الاستقراء، وسموه بإلحاق الفرد بالأعم الأغلب، وقالوا: إنه مفيد للظن⁽⁴⁾.

والاحتجاج بالقاعدة لا ينبغي أن يترك على عواهنه؛ بل لا بد أن يضبط بشروط تحول دون الوقوع في الخطأ عند الاستدلال بها وهذه الشروط صاغها د. خليفة بابكر الحسن صياغة جيدة بقوله:

- أ- بأن تكون القاعدة أصلها من القرآن أو السنة نصاً أو دلالة أو مجمعاً عليها أو ما تضافرت عليه الأدلة من القرآن والسنة والإجماع، وكذلك القاعدة الاجتهادية المبنية على الاستقراء التام أو الناقص.... والقاعدة المبنية على القياس والاستصحاب وكافة أدلة المجتهدين الأخرى.....
- ب- كون الواقعة المراد تخريج حكمها على قاعدة فقهية لم يرد لها حكم في القرآن أو السنة أو الإجماع أو الأدلة الشرعية الأخرى.

¹- ينظر: القواعد الفقهية د. يعقوب الباحسين ص: 288.

²- ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 286.

³- ينظر: حجية القواعد الفقهية د. خليفة بابكر الحسن ضمن معلمة القواعد الفقهية 126/2.

⁴- ينظر: المصدر السابق نفسه 124/2.

ج- أن يدرك ويراعي المستدل بالقاعدة الفقهية مصالح الزمان وأعرافه المعتمدة مع معرفته بمقاصد الشريعة وأولوياتها؛ ليستطيع إدراج الواقعة الجديدة تحت القاعدة بتمكن وفقه وأطمئنان، ودون حدوث تضارب بينها وبين الأدلة والاعتبارات الشرعية الأخرى⁽¹⁾.

المبحث الأول: التعريف بقاعدة الأكل تبع للأكثر وتأصيلها

أولاً: شرح القاعدة ومورد تطبيقها:

هذه القاعدة مكونة من ثلاثة ألفاظ هي:

الأكل: وهو أفعّل تفضيل من قلّ، والصفة منه قليل، ومعنى القليل: ما كان دون الكثير وفوق النادر⁽²⁾، والنادر أقل من القليل⁽³⁾.

تبع: مصدر للفعل تبع يقال: تبعه تبعاً وتباعاً: مشى خلفه مر به فمضى معه⁽⁴⁾.

يقول ابن فارس: "التاء والباء والعين أصل واحد لا يشذ عنه من الباب شيء وهو الذلّ والقف"⁽⁵⁾.

الأكثر: أفعّل تفضيل من كثر، والصفة منه كثير، وهو ما دون الغالب، والغالب هو أكثر الأشياء⁽⁶⁾. والأكثر ما فوق النصف⁽⁷⁾. وقد تعرض د. علي القره داغي لمعنى الكثرة والكثير والأكثر، وتوصل في ذلك إلى خلاصة رائعة وافية حيث قال: "والخلاصة أن الكثرة تطلق في اللغة على ما هو كثير حسب النظر والعرف دون ملاحظة النسبة المئوية بأن تزيد على (50%)، فالعرب يطلقون على الشيء أنه كثير ولا يتصورون أنه أكثر من الباقي أو الآخر، وإنما يراد به أنه كثير في حد ذاته، فالكثير هو نقيض القليل... فالكثرة تعني: ضد القلة، والقليل هو ما لم يكن كثيراً حسب النظر والعرف والحال والمقام، وأما التفاضل فهو يتم بلفظ الأكثر الذي هو من صيغ المفاضلة، لذلك خصص العرب الأكثر لما هو فوق النصف، فيقال: هذا أكثر من هذا أي: يتفوق

¹ - ينظر: المصدر السابق نفسه 180/2.

² - ينظر: الكليات لأبي البقاء ص: 529. تحقيق: د. عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ت 1992م.

³ - ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 529.

⁴ - ينظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي فصل الباء باب العين 8/3.

⁵ - ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس، 362/1.

⁶ - ينظر: الكليات لأبي البقاء ص: 529.

⁷ - ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 774.

عليه ويزيد عليه بأي زيادة، وهذا يجري عادة في المقابلة بين شيئين متماثلين أو معدودين، وقد يكون الشيء كثيراً بالنسبة لهذا وقليلاً بالنسبة لذلك، وهذا ما استعمله القرآن الكريم...⁽¹⁾.

ومعنى هذه القاعدة: أن الأكل يمضى مع الأكثر ويمشي معه، ويسيران معاً في نفس الحكم ولا يتخلف الأكل عن الأكثر، يقول د. عادل بن عبد القادر قوته: "ومعنى القاعدة بوجه إجمالي أن الأكثر غالب على الأقل، وأن الأقل يتبع للأكثر، سواء كان الأقل دون حكم أصلاً أو اعتبر حكمه معدوماً"⁽²⁾.

مورد تطبيقها:

هذه القاعدة جارية فيما يكون الاختلاط فيه من أشياء متميزة فينط الحکم بأكثرها عدداً، مثال ذلك: أن من كان له ضأن وماعز حلت زكاتها مثلاً نظر أيها أكثر، فإن كان الضأن أكثر ولم يجب عليه إلا شاة واحدة أخرج واحدة من الضأن كمن لا يملك إلا ضأناً، وإن كان الماعز أكثر أخرج واحدة من الماعز كمن لا يملك إلا ماعزاً⁽³⁾.

يقول د. عادل قوته: "ويرد تطبيق هذه القاعدة كثيراً فيما إذا تعلق الحكم بمتعدد فإذا وجد أكثر أفراد هذا المتعدد فإن حكمه يكون هو حكم الكل ولو كان الأقل متخلفاً في بعض أفراد أو غير موجود أصلاً"⁽⁴⁾.

ثانياً: معيار الكثرة والقلة:

اختلف الفقهاء في المعيار الذي يعيرون به الكثير والقليل اختلافاً كثيراً، وفيما يلي عرض لأراء المذاهب الفقهية حول ذلك:

المذهب الحنفي: وردت في المذهب الحنفي العديد من الفروع يستشف منها أن المراد بالكثير ما زاد عن النصف، فمن هذه الفروع:

ما جاء في المبسوط للسرخسي فيمن حلف لا يبات في بيته ثم أقام فيه أكثر من نصف الليل فإنه يحنث، يقول السرخسي: "الإنسان قد يكون في بعض الليل في غير منزله ثم يرجع إلى

¹ - ينظر: بحث في فقه البنوك الإسلامية أ.د. علي محي الدين القره داغي ص: 262، 263، دار البشائر، بيروت، ط2، ت 2009م.

² - ينظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية زمرة التمليكات المالية د. عادل بن عبد القادر قوته 350/1، دار البشائر، بيروت، ط1، ت 2004م.

³ - ينظر: معلمة القواعد الفقهية 473/11.

⁴ - ينظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية د. عادل بن عبد القادر قوته 350/1.

منزله وإذا شئنا أين بات قال في منزلي ولأن الأكثر ينزل منزلة الكمال والأقل تبع للأكثر فإذا أقام فيه أكثر من نصف الليل فكانه أقام فيه جميع الليل فيحتمل⁽¹⁾.

وما جاء في المحيط البرهاني: "إذا جامع بعد ما طاف لعمرته أربعة أشواط لا تفسد عمرته؛ لأنه أتى أكثر الطواف، ولأكثر حكم الكل"⁽²⁾.

ومعروف أن الطواف سبعة أشواط والأربعة أشواط أكثر من النصف.

وما جاء في مجمع الضمانات: "ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم؛ لأن هذا الحكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للأدعي بخلاف الأقل؛ لأنه ليس ببين ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة"⁽³⁾.

المذهب المالكي:

هناك قولان في المذهب المالكي في تحديد القلة:

الأول: أن القلة معتبرة في نفسها بحيث يقدر الشيء قلة وكثرة في ذاته دون النظر إلى ما سواه.

الثاني: أن القلة بالنسبة إلى غيرها بأن تكون الثلث فما دونه، وقد أشار إلى هذين القولين الزقاق بقوله:

هل اليسارة بنفس تعتبر أو نسبة عليه دينار ذكر

في البيع مع صرف وأول قبل ثلث درهم على الثاني نقل⁽⁴⁾

يقول الشيخ أحمد الشنقيطي: "والمعنى أنه اختلف في اليسارة - القلة - هل تعتبر في نفسها، أو إنما تعتبر بالنسبة إلى غيرها؟ كالبيع والصرف في دينار واحد، هل تشترط فيه التبعية

¹ ينظر: المبسوط للسرخسي 33/9، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1 2000م.

² ينظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة 449/2، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م.

³ ينظر: محمض الضمانات للنفذاء، الحنف، ص: 174، دار الكتاب الاسلامي.

⁴ ينظر: إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد المذهب المالكي للشيخ أحمد الشنقيطي ص 142، دار الفكر العربي، بيروت، ط2، 1997م.

أو لا؟ ثم في كون التابع ثلث فما دونه خلاف، ونفي اشتراط التبعية هو المقبول كما قال المصنف.

وأول قبل، ومعلوم أن الأول في كلام المصنف هو أن اليسارة تعتبر في نفسها فيجوز اجتماع البيع والصرف في دينار سواء كان أحدهما تابعاً للآخر أم لا لكون الدينار يسيراً في نفسه، ونقل على الثاني - وهو كون اليسارة تعتبر بالنسبة - أن البيع والصرف إنما يجوز اجتماعهما في الدينار الواحد مع كون أحدهما ثلثاً فأدنى، ونقل أيضاً اليسير الدرهم فما دونه وثلث - من كلام المؤلف - مبتدأ وخبره حذف، أي: وثلث نقل أو هو خبر عن الأول وحذف خبر عن الثاني⁽¹⁾.

وقد اختلفوا في الثلث، فعدوه في مسائل من الكثير، وعدوه في مسائل أخرى من القليل.

فعدوا الثلث كثيراً في المسائل الآتية:⁽²⁾

1- معاقل المرأة للرجل: فإنها تعاقله إلى ثلث ديتة، فإذا بلغته رجعت إلى ثلث ديتتها، ففي ثلاثة أصابع من المرأة ثلاثون، وفي أربعة عشرون.

2- الجائحة في الثمار: فإنه يوضع فيها عن البائع الثلث فأكثر، فيرجع بما يقابله من الثمن، وما دون الثلث مصيبة منه.

3- الخف: لا يمسح عليه إذا كان الخرق ثلث القدم فأكثر.

4- حمل العاقلة: فإنها تحمل من جنابة الخطأ الثلث فأكثر، وما دون الثلث على الجاني.

5- قطع ذنب الأضحية فيغفر ما دون الثلث، وفي الثلث قولان المشهور أنه كثير.

6- الدار الجامعة - التي تنقسم بعد بيعها - كالفندق تسكنه الجماعة يستحق منها جزء شائع، فإن استحق منها يسيراً دون الثلث لزم البيع في الباقي، فإن كانت الدار لا تنقسم فإنها ترد ولو باستحقاق ما دون الثلث.

وعدوا الثلث قليلاً في المسائل الآتية:⁽³⁾

¹ ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 143.

² انظر هذه المسائل في كل من: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للإمام أحمد المنجور 367/1-373، دراسة، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، مكة، ط1، 2003م. وإعداد المهج لأحمد الشنقيطي ص: 143-146. وشرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة في القواعد والنظائر والفوائد الفقهية لأبي عبد الله السجلماسي 582/2-584. وتطبيقات قواعد الفقه من خلال كتابي إيضاح السالك للنشرسي وشرح المنتخب للمنجور د. الصادق الغرياني ص: 363-364.

³ انظر هذه المسائل، ف. ك. م.، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للإمام أحمد المنجور 375/1-384. وإعداد المهج لأحمد الشنقيطي ص: 146-150. وشرح اليواقيت الثمينة للسجلماسي 584/2-586. وتطبيقات قواعد الفقه د. الصادق الغرياني ص: 364-365.

- 1- الوصية بالتثالث لازمة للورثة بخلاف الزائد فلهم رده.
- 2- القمح تجب غريلته عند البيع إذا زاد غلته عن الثلث ويندب إذا كان الثلث فأقل.
- 3- الزوجة لا كلام لزوجها في تبرعها بالثلث فأقل، وإن تبرعت بأكثر فله رده.
- 4- بيع الثمرة واستثناء قدر الثلث فأقل يجوز، أما استثناء أكثر من الثلث فلا يجوز وكذا بيع الصبرة من الطعام.
- 5- دخول ثمرة الدالية ونحوها تبعاً لكراء الدار إن كان قدر ثلث الكراء فأقل يجوز وإلا فلا.
- 6- مساقاة البياض تبعاً للسواد إن كان البياض قدر الثلث فأقل، ولا يجوز إن كان أكثر.
- 7- قطع أذن الأضحية فإن الثلث فيه من حيز القليل على الصحيح من المذهب.
- 8- سكنى ثلث الحرس أو الصدقة أو الهبة التي تصدق بها الأب على الصغار لا يبطل الحوز لهم؛ لأنه من القليل.

ويوجد في المذهب المالكي مسائل النصف يعد فيها من اليسير، وهي (1):

- 1- إذا تعدد المبيع المقوم فاستحق بعضه أو اطلع على عيبه، فإن كان ذلك وجه الصفقة وهو ما فوق النصف كخمس ثياب متساوية القيمة يستحق منها ثلاثة أو ثبت عيبه، ففي العيب يخير المشتري بين أن يتمسك بالجميع أو يرد الجميع، وفي الاستحقاق يتعين رد الباقي على المشهور، وإن كان ذلك في النصف فأقل ففي العيب ليس له إلا رد المعيب بحصته يوم عقده، وفي الاستحقاق يرجع بما ينوب المستحق وليس له رد الباقي.
- 2- العرض إذا استحق منه جزء شائع والعرض مما ينقسم، فإن كان المستحق النصف فأقل فلا يكون للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق، وإن كان أكثر من النصف فهو مخير في التمسك بالباقي أو الرد، بخلاف ما لا ينقسم، فله الرد مطلقاً كان السهم المستحق يسيراً أو كثيراً.

وقد وضع المالكية ضابطاً للمسائل التي يكون فيها الثلث يسيراً والتي يكون فيها كثيراً وهو أن ما كان أصله الجواز ومنعه لعة كالوصية وعطية الزوجة فالثلث فيها يسير، وما كان أصله المنع كالحلية والثمره ففيه قولان (2).

المذهب الشافعي:

من خلال الاطلاع على بعض مصادر المذهب الشافعي يمكن القول إن هناك ثلاث اتجاهات في تحديد القلة والكثرة، وهي:

¹ - انظر هذه المسائل في: شرح المنهج المنتخب للإمام أحمد المنجور 374/1-375.

² - ينظر: شرح المنهج المنتخب للمنجور 383/1-384.

- 1- أن تحديد القلة والكثرة مرجعها للعرف والعادة وهو ما يمكن أن نستشفه مما جاء في:
 - أ- ما جاء في أسنى المطالب في شرح روض الطالب عند حديثه عما يعفى عنه من النجاسات في الصلاة، ونصه: "والقليل) فيما ذكر (ما يعسر الاحتراز منه) بخلاف الكثير فالرجوع فيهما إلى العرف" (1).
 - ب- ما جاء في إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين - عند حديثه عن النم المعفو عنه: "والمرجع في القلة والكثرة العرف) أي فما عده العرف قليلاً فهو قليل، وما عده كثيراً فهو كثير" (2).
 - ج- ما جاء في البيان في مذهب الإمام الشافعي عند الحديث عن حد العمل القليل الذي لا تبطل معه الصلاة والكثير الذي تبطل معه الصلاة، ونصه: "واختلف أصحابنا في حد القليل والكثير، فقال الشيخ أبو حامد المرجع في ذلك إلى العرف والعادة" (3).
- 2- أن الكثرة أمر نسبي، وهو منسوب للشافعي، نسبه إليه ابن حجر في الفتح؛ حيث قال: "وقوله: قال: الثلث والثلث كثير... والتقدير: يكفيك الثلث أو الثلث كاف، ويحتمل أن يكون قوله: "والثلث كثير" مسوقاً لبيان الجواز بالثلث، وأن الأولى أن ينقص عنه، ولا يزيد عليه، وهو ما يبتدره الفهم، ويحتمل أن يكون لبيان أن التصديق بالثلث هو الأكمل أي كثير أجره، ويحتمل أن يكون معناه: كثير غير قليل قال الشافعي رحمه الله: "وهذا أولى معانيه" يعني أن الكثرة أمر نسبي (4).
- 3- أن الكثير الثلث فما فوق والقليل ما دون الثلث، فقد جاء في نهاية المطلب: "وَصَّ الشافعي في القديم على أن العاقلة تحمل ثلث الدية الكاملة، فما فوقه، ولا تحمل ما دون الثلث؛ لأن ما دون الثلث قليل، ولذا بلغ الثلث، فهو على حد الكثرة" (5).

المذهب الحنبلي:

¹ - ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب لتركيا الأنصاري 175/1، تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ت 2000م.

² - ينظر: إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للدمياطي 122/1، دار الفكر، بيروت، ط1، ت 1997م.

³ - ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين العمراني 316/2، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، ت 2000م.

⁴ - ينظر: فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري لابن حجر العسقلاني 365/5، رقم كتيبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، اعتنى به: محب الدين الخطيب، علق عليه: عبد العزيز بن باز، دار المعرفة، بيروت، ت 1379هـ.

⁵ - ينظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني 526/16، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة، ط1، ت 2007م.

الذي مال إليه ابن قدامة⁽¹⁾، وابن المفلح⁽²⁾ من الحنابلة أن التلث في حد الكثرة وما دونه قلة، ووردت بعض الفروع يستشف منها أن الأكثر ما زاد على النصف منها:

ما جاء في الفروع وتصحيح الفروع: "وإن كان طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفضه لأن للأكثر حكم الكل فيتعذر رفضها"⁽³⁾. ومعلوم أن الطواف سبعة أشواط والأربعة أكثر من النصف.

ومسألة تحديد القليل والكثير تحتاج إلى دراسة استقرائية يتم من خلالها تحديد القليل والكثير ووضع ضوابط لذلك؛ لأن آراء المذاهب مختلفة فيها، وإن كان الأكثر يميل إلى أن التلث هو المعيار في ذلك.

وسبب الخلاف في المعيار الذي يحدد به الأقل والأكثر مرجعه عدم وجود نص شرعي قاطع يضبط ذلك.

ولم أقف فيما اطلعت عليه من المراجع على من تعرض لأدلة نسبة التحديد - وعدم الاطلاع لا يعني عدم الوجود - اللهم إلا ما ذكره الدكتور العمراني في تحديد التلث؛ حيث قال: "وإذا أردنا أن نستنبط متمسكاً للأخذ بهذه النسب فيمكن أن يقال التقدير بالثلث أو [25%] الربع احتياطاً للثلث أخذاً من حديث: "الثلث والثلث كثير...."⁽⁴⁾.

قلت: والاستناد إلى هذا الحديث فيه شيء من البعد؛ لأن الألف واللام في قوله ﷺ: "الثلث والثلث كثير" هي لام العهد، أي ثلث مالك فلا يتأتى تعميم ذلك في جميع المجالات؛ لأن التعميم يحتاج إلى علة جامعة وهي غير موجودة.

وأما من حدد الكثير بما زاد عن النصف فيمكن أن يستدل له بقوله تعالى: ﴿إِذَا أَقْبَلُوا الْقُرْبَىٰ فَاسْتَغْفِرُوا لَهُمْ﴾ (1) فَمِ اللَّيْلِ إِلَّا قَلِيلًا (2) نَصْفَهُ أَوْ أَقْصَىٰ مِنْهُ قَلِيلًا (3)، يقول الشيخ الطاهر بن عاشور:

- 1- ينظر: المغني شرح مختصر الخرقي لابن قدامة 87/4، دار إحياء التراث العربي، ط1، ت 1985م.
- 2- ينظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح 166/4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ت 1997م.
- 3- ينظر: الفروع وتصحيح الفروع لابن مفلح 234/3، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ت 1418هـ.
- 4- ينظر: الاستثمار في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 56-57. دار كنوز إشبيلية، السعودية، ط1، ت 2006م.
- 5- [المزمّل: 1 - 3].

بقوله تعالى: ﴿إِلَّا قَلِيلًا﴾ استثناء من ﴿الليل﴾ «ونصفه» بدلا من ﴿قليلًا﴾ بدل مطابقة وهو تبين لإجمال ﴿قليلًا﴾ فجاء القليل هنا النصف أو أقل منه بقليل⁽¹⁾.

وأما من ترك التحديد للعرف فيمكن أن يستدل له بأنه لما لم يرد نص من الشارع في تحديد الأقل والأكثر ترك ذلك للعرف كما هو الحال في العديد من المسائل الموكولة للعرف، وهو الأقرب للصواب فيما يظهر للباحث.

ثالثاً: دليل القاعدة:

هناك العديد من الأدلة التي تشهد لهذه القاعدة ويستأنس بها لثبوتها، وهي:

1- قوله تعالى: ﴿وَأَذِقُوا فِتْنَةَ لَا تُصِيبُ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً﴾⁽²⁾، ووجه الدليل: أن الفتنة تنزل بسبب عصيان الأكثرية مع وجود الأقلية الصالحة⁽³⁾، فوجود الأقلية الصالحة لم يحل دون نزول الفتنة اعتباراً للأكثرية.

2- قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَّفْعِهِمَا﴾⁽⁴⁾، ووجه الاستدلال بالآية كما جاء في معلمة القواعد الفقهية: "أن بعض المفسرين يرون أنها قد اقتضت تحريم الخمر والميسر لقوله تعالى: ﴿قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ﴾ والإثم كله محرم فذكره لمنافعهما غير دال على إباحتهما لا سيما وقد أكد حظرهما مع ذكر منافعهما بقوله في سياق الآية: ﴿وإثمهما أكبر من نفعهما﴾ يعني أن ما يستحق بهما من العقاب أعظم من نفعهما العاجل. ففيها على هذا التأويل اعتبار قليل المنفعة تابع لأكثر الإثم في الحكم"⁽⁵⁾.

3- قوله تعالى: ﴿فَمِنْ ثَقُلَتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (8) وَمَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ فَأُولَٰئِكَ الَّذِينَ خَسِرُوا أَنفُسَهُمْ بِمَا كَانُوا بِآيَاتِنَا يَظْلُمُونَ﴾⁽⁶⁾.

4- قوله تعالى: ﴿فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (6) فَهِيَ وَفِي عَيْشَةٍ رَاضِيَةٍ (7) وَأَمَّا مَنْ خَفَّتْ مَوَازِينُهُ (8) فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽⁷⁾.

1- ينظر: تفسير التحرير والتنوير 259/29، الدار التونسية للنشر 1984م.

2- [الأنفال: 25].

3- ينظر: بحوث في فقه البنوك الإسلامية د. علي القره داغي ص: 265.

4- [البقرة: 219].

5- ينظر: معلمة القواعد الفقهية 467-466/11.

6- [الأعراف: 8، 9].

7- [القارعة: 6 - 9].

ووجه الاستدلال بالآيتين أن الشارع اعتبر الحكم للأكثر في محاسبة الناس، فعن ابن مسعود أنه قال: "يحاسب الناس يوم القيامة فمن كانت حسناته أكثر من سيئاته بواحدة دخل الجنة، ومن كانت سيئاته أكثر من حسناته بواحدة دخل النار"⁽¹⁾.

5- قول النبي ﷺ: "إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث"⁽²⁾. ووجه الاستدلال كما يقول د. الفره داغي: "فهذا الحديث يدل بوضوح على اعتبار الكثرة والقلة، وأن الماء إذا بلغ قلتين لا ينجر بملاقته النجاسات أو بوقوعها فيها، وما ذلك إلا للكثرة والغلبة إلا إذا تغير لونه أو طعمه أو ريحه. فحينئذ حكم عليه بالنجاسة؛ لأن الغلبة أصبحت للنجاسة وليست للماء الطاهر"⁽³⁾.

6- قول النبي ﷺ: "عن زينب بنت جحش رضي الله عنها أن النبي ﷺ دخل عليها فزعاً يقول: "لا إله إلا الله، ويل للعرب من شر قد اقترب... قالت زينب: فقلت يا رسول الله: أنك وفيما الصالحون؟ قال: نعم إذا كثّر الخبث"⁽⁴⁾.

ووجه الاستدلال أن الهلاك يحيق بالكل إذا كان الخبثاء فيهم أكثر من الصالحين، ويصحب وجود الصالحين كعدمه، أي أنه لا يمنع نزول الهلاك.

7- قول النبي ﷺ: "زكاة الجنين زكاة أمه"⁽⁵⁾.

8- عن الإمام مالك عن ابن شهاب أنه سمعه يقول: مضت السنة أن العبد إذا أعتق تبعه ماله⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال أن في كلا الأثرين إشارة إلى أن الأكل من الجنين ومال العبد تبع للأكثر من الشاة والعبد في الحكم⁽¹⁾.

9- حديث قاتل مئة نفس، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "كان فيمن كان قبلكم رجل قتل تسعة وتسعين نفساً، فسأل عن أعلم أهل الأرض فدل على راهب فأتاه فقال إنه قتل تسعة وتسعين نفساً فهل له من توبة؟ فقال: لا، فقتله فكمل به مئة. ثم سأل عن أعلم أهل الأرض فدل على رجل عالم، فقال إنه قتل مئة نفس فهل له من توبة؟ فقال: نعم، ومن يحول بينه وبين التوبة؟ انطلق إلى أرض كذا وكذا فإن بها أناساً يعبدون الله فاعبد الله معهم ولا ترجع إلى أرضك فإنها أرض سوء، فانطلق حتى إذا نصف الطريق أتاه الموت، فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب، فقالت ملائكة الرحمة: جاء تائباً مقبلاً بقلبه إلى الله، وقالت ملائكة العذاب: إنه لم يعمل خيراً قط. فأتاهم ملك في صورة آدمي فجعلوه بينهم، فقال: قيسوا ما بين الأرضين فأبى أبهما أن أنى فهو له، ففاسوه فوجدوه أدنى إلى الأرض التي أراد، فقبضته ملائكة الرحمة"⁽²⁾.

وفي رواية: "فكان إلى القرية الصالحة أقرب منها بشبر فجعل من أهلها"⁽³⁾.

وجه الاستدلال بالحديث أنه لما كانت المسافة التي سارها الرجل باتجاه الأرض الصالحة أكثر من المسافة المتبقية له للوصول إليها جعل كأنه قد وصل إلى الأرض الصالحة، وجعلت المسافة الأكل المتبقية معدومة، فجعل من أهل الأرض الصالحة وقبضته ملائكة الرحمة.

10- أن تبعية الأكل للأكثر ثابت في كثير من مسائل الشريعة، يقول الإمام الشاطبي: "فإن للقليل مع الكثير حكم التبعية ثبت ذلك في كثير من مسائل الشريعة"⁽⁴⁾، بل نص على أنها معتبرة اعتبار العام القطعي، يقول في موضع آخر: "الغالب الأكثر في الشريعة اعتبار العام القطعي"⁽⁵⁾.

رابعاً: صيغ القاعدة:

تفنن الفقهاء في صياغة هذه القاعدة فجاءت بصيغ مختلفة من الألفاظ إلا أنها تنفق من حيث المعنى، وفيما يلي سرد لهذه الصيغ:

¹- ينظر: القواعد والضوابط الفقهية القرآنية د. عادل بن عبد القادر قوته 352/1.
²- أخرجه البخاري في صحيحه 174/4 برقم (3470). ومسلم في صحيحه 2118/4 برقم (46) (2766).
³- أخرجه مسلم في صحيحه 2119/4 برقم (47) (2766).
⁴- ينظر: الموافقات للشاطبي 181/3.
⁵- ينظر: المصدر السابق نفسه 53/2.

¹- أخرجه البيهقي في معالم التنزيل في تفسير القرآن المعروف بتفسير البيهقي 194/2 برقم (924) موقفاً على ابن مسعود رضي الله عنه، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1420هـ.
²- قال ابن الملقن في البدر المنير 404/1، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، الرياض، ط1، ت 2004م. عن هذا الحديث: "هذا الحديث صحيح، ثابت، من رواية عبد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب، عن أبيه رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ سئل عن الماء يكون بأرض الفلاة... فقال رسول الله ﷺ: إذا بلغ الماء قلتين، لم يحمل الخبث" أخرجه الأئمة الأعلام: الشافعي، وأحمد، والدارمي في مسانيدهم وأبو داود والترمذي..
³- [القارعة: 6 - 9].

⁴- أخرجه البخاري في صحيحه 133/4 برقم (3346) تحقيق: محمد زهير الناصر، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار طوق النجاة، ط1، ت 1422هـ. ومسلم في صحيحه 2207/4 برقم (1) (2880) اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
⁵- أخرجه أبو داود في سننه 103/3 تحقيق: محمد عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت. والترمذي في سننه 124/3 تحقيق: بشار معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ت 1998م. وقال: هذا حديث حسن.
⁶- ذكره الإمام مالك في الموطأ 665/2 برقم (1465) اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ت 1985م.

- 1- من حيث الشمول: تعتبر هذه القاعدة من القواعد الشاملة، التي تشمل جميع أبواب الفقه، كما سبق أن رأينا ذلك عند الحديث عن معيار القلة والكثرة، إذ وجدناها تدخل في مختلف أبواب الفقه، إلا أنها أقل شمولاً من القواعد الكبرى.
- 2- من حيث الاستمداد: أي: مصدرها: تعتبر هذه القاعدة اجتهادية مستنبطة⁽¹⁾، يقول علي الندوي: "ويبدو لي أنها مستوحاة من استقراء النصوص ومنبثقة من الفكر المقاصدي الشامل الكاشف عن رفع الحرج عن العباد"⁽²⁾.
- 3- من حيث الإصالة والتبعية:

تعتبر هذه القاعدة من القواعد التبعية؛ لأنها متفرعة عن قاعدة الحكم للغالب⁽³⁾، وهذه قاعدة تدخل ضمن قواعد التقديرات الشرعية؛ لأن الأقل يقدر كالمعدوم ويأخذ حكم الأكثر.

يقول د. الصادق الغرياني: "تبعية الأقل للأكثر بإعطاء الأقل حكم الأكثر وإلغاء الأقل، وعده في حكم المعدوم يدخل في باب إعطاء الموجود حكم المعدوم عندما يكون وجوده لا يغني شيئاً ولا يلتفت إليه كالصفقة إذا استحق أكثرها وبقي أقلها صار الأقل في حكم المعدوم، فلا يجوز التمسك به وحده، وقد جاء في القرآن عن الموجود الذي قل نفعه وفسد حاله كالعديم، قال تعالى: ﴿أَوَلَيْسَ كَانَ مِثْلًا فَأَحْيَاهُ فَمِثْلًا لَهُ فَوَرَّاهُ يَشِي بِهِ﴾"⁽⁴⁾ فجعلت الآية الحياة مع الكفر موتاً، مع أن الحياة مع الكفر موجودة في الحس لكنها كانت عديمة النفع مع الشرك صارت في حكم العدم"⁽⁵⁾.

4- من حيث الاتفاق والاختلاف عليها:

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها عند علماء المذاهب كما سبق أن وقفنا على ذلك في الفروع التي جلبناها من المذاهب عند الحديث عن معيار القلة والكثرة، وكذلك عند الحديث عن صيغ هذه القاعدة وجدنا أنها موجودة عندهم جميعاً مما يدل على أنها متفق عليها عندهم، ولا داعي لتكرار ما سبق أن قلناه فليراجع هناك.

سلباً: أهمية القاعدة: تعتبر هذه القاعدة من القواعد المهمة، ومما يؤكد أهميتها ما يأتي:

- ¹ ينظر: تطبيقات القواعد الفقهية عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة د. الصادق الغرياني ص: 289، دار ابن حزم، بيروت، ط1، ت 2005م.
- ² ينظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي د. علي الندوي ص: 418، دار عالم المعرفة، ت 1999م.
- ³ ينظر: معلمة القواعد الفقهية 472/11.
- ⁴ [الأنعام: 122].
- ⁵ ينظر: تطبيقات القواعد الفقهية عند المالكية من خلال كتاب البهجة د. الصادق الغرياني ص: 289.

- 1- الأكثر ينزل منزلة الكمال⁽¹⁾.
- 2- القليل تبع للكثير⁽²⁾.
- 3- للأكثر حكم الكل⁽³⁾.
- 4- الأكثر في حكم الكل⁽⁴⁾.
- 5- الغالب له حكم الكل⁽⁵⁾.
- 6- القليل ملحق بالكثير⁽⁶⁾.
- 7- إقامة الأكثر مقام الكل⁽⁷⁾.
- 8- يدخل القليل في الكثير⁽⁸⁾.
- 9- الأكثر يعطى حكم الكل⁽⁹⁾.
- 10- الأكثر ينطلق عليه اسم الشيء الكامل⁽¹⁰⁾.
- 11- حكم الجمل حكم الكل⁽¹¹⁾.
- 12- القليل مع الكثير كالعدم⁽¹²⁾.
- 13- حكم البعض حكم الكل⁽¹³⁾.
- 14- معظم الشيء يقوم مقام كله⁽¹⁴⁾.

خامساً: نوعية القاعدة:

- ¹ ينظر: المبسوط للسرخسي 33/9.
- ² ينظر: البيان والتحصيل لابن رشد 150/11، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، ت 1988م. والمقدمات الممهدات لابن رشد 237/2، دار الغرب الإسلامي، ط1، ت 1988م.
- ³ ينظر: المبسوط للسرخسي 70/3. وبدائع الصنائع للكاساني 288/7، دار الكتب العلمية، ط2، ت 1986م. والفتاوى الهندية للشيخ نظام وآخرون 287/5، دار الفكر، بيروت، ت 1991م. وتصحيح الفروع 350/1.
- ⁴ ينظر: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني 358/1، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، ط1، ت 1999م. ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني 245/1، دار الفكر، بيروت.
- ⁵ ينظر: المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، 334/1.
- ⁶ ينظر: معلمة القواعد الفقهية 472/11.
- ⁷ ينظر: القواعد الفقهية لابن اللحام 324/1، تحقيق: عايض الشهراني، مكتبة الرشد، الرياض، ت 2005م.
- ⁸ ينظر: المصدر السابق نفسه 472/11.
- ⁹ ينظر: المبدع لابن مفلح، 330/3، شرح الزركشي على الخراقي 16/7، دار العبيكان، ط1، ت 1993م.
- ¹⁰ ينظر: موسوعة القواعد الفقهية د. محمد صدقي البورنو 161/5.
- ¹¹ ينظر: حاشية العدوي للعدوي 435/1، تحقيق: يوسف البقاعي، دار الفكر، بيروت، ت 1994م.
- ¹² ينظر: معلمة القواعد الفقهية 473/11.
- ¹³ ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي 263/3، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- ¹⁴ ينظر: المنتور في القواعد الفقهية للزركشي 183/3، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، ت 1985م..

1- تفنن الفقهاء في صياغتها بصيغ مختلفة، فقد جاء في معلمة زائد للقواعد الفقهية: "وقد تفنن الفقهاء في التعبير عنها بصيغ متنوعة تؤكد أهميتها وقوة اعتبارها عندهم؛ حيث اعتبروا القليل ملحقاً بالكثير في صيغة: "القليل ملحق بالكثير" وداخلاً فيه في قولهم: "يدخل القليل في الكثير" وذهبوا أبعد من ذلك فقررروا أن "القليل مع الكثير كالعدم" وجاؤوا بصيغ تدل دلالة قوية على هذا المعنى تجزم تصريحاً بأن "للكثير حكم الكل" وتقرر إهدار الأقل ضمناً⁽¹⁾.

2- كثرة دوراتها في أبواب الفقه فهي لا تختص بباب واحد من أبواب الفقه بل تدخل في مختلف أبوابه، كما لاحظنا ذلك عند الحديث عن تحديد الأكل والأكثر سابقاً - من عبادات وأحوال شخصية، ومعاملات وجنایات - مما يجعلها موئلاً ورافداً للمفتين؛ يلجؤون إليها لمعالجة الأمور المستجدة، ولإيجاد حلول لها مما يجعلها قاعدة رفيعة القدر والمكانة، يقول د. علي الندوي عن هذه القاعدة: "رُفد عظيم للمفتين في معالجة بعض الحوادث الجديدة المرتبطة بالفقه المالي الاقتصادي"⁽²⁾.

3- في هذه القاعدة تيسيراً ورفقاً بالعباد ورفع للحرص عنهم، يقول د. علي الندوي: "خلاصة المقال في هذا الموضوع أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وفي ذلك إرفاق كبير للمكلفين من العباد"⁽³⁾.

لم أجعل عنواناً لتطبيقات هذه القاعدة؛ لأننا ذكرنا تطبيقات لها كثيرة عند الحديث عن معيار القلة والكثرة.

المبحث الثاني: أثر قاعدة الأكل تبع للأكثر في الصناعة المالية الإسلامية

يظهر أثر هذه القاعدة في مسألتين مهمتين هما:

المسألة الأولى: حكم تداول أسهم الشركات المشتملة على نقود وديون ضمن مكوناتها

أولاً: تمهيد: قبل تفصيل القول في هذه المسألة وحتى تتم الفائدة فلنمهد لها - بشيء من الاختصار - بالآتي:

1- تعريف السهم لغة واصطلاحاً:

السهم لغة يطلق على عدة معان منها: الحظ والنصيب، والقدح، وواحد النبل⁽⁴⁾.

¹ - ينظر: معلمة القواعد الفقهية 472/11-473.

² - ينظر: موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية د. علي الندوي ص: 422.

³ - ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 422.

⁴ - ينظر هذه المعاني في: القاموس المحيط للفيروز آبادي فصل السين باب الميم 135/4.

اصطلاحاً: حصة الشريك في موجودات الشركة ممثلة بصك قابل للتداول⁽¹⁾.

2- مكونات أسهم الشركات: لا تخلو من أحد هذه الأنواع:

أ- نقود. ب- ديون. ج- أعيان ومنافع. د- خليط من كل ذلك.

3- التكيف الفقهي للسهم: هناك اتجاهان في تكيف السهم هما⁽²⁾:

الاتجاه الأول: أن الأسهم عروض تجارة دون النظر إلى ما تمثله من موجودات، وهو ما ذهب إليه ندوة البركة الثانية ورأي كل من الشيخ أبو زهرة، ود. حسين حامد حسان، ومحمد علي القرني، ود. يوسف الشبيلي.

الاتجاه الثاني: السهم يمثل حصة شائعة في موجودات الشركة، وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السابع، وهو قول أكثر الباحثين.

ثانياً: تحرير محل الخلاف: الشركة إذا كان ضمن مكوناتها ديون ونقود إضافة إلى المكونات الأخرى، فهل يجوز تداول أسهمها أي: المتاجرة بها أم لا بد من مراعاة شروط الصرف إن كان ضمن مكوناتها نقود وإن كان من ضمن مكوناتها ديون فلا بد من مراعاة شروط التصرف في الدين؟ فيها خلاف.

ثالثاً: سبب الخلاف: من المعلوم أن النقد لا يجوز مبادلاته بنقد إلا بشروط الصرف، والدين لا تجوز المعاوضة عنه إلا وفق شروط معينة، وإذا وجد مع النقود والديون غيرهما وقولت بالنقد وهي المسألة المعروفة بمد عوجة⁽³⁾ والعلماء اختلفوا فيها كثيراً، وإذا كانت الديون والنقود غير مقصودة وتابعة لبقية المكونات، وهي تشابه حديث العبد الذي يباع وله مال وللعلماء فيه خلاف إضافة إلى أن هناك جملة من القواعد تقتضي أن القليل تبع للأكثر وأن الحكم للغالب، والناذر لا يلتفت إليه⁽⁴⁾.

¹ - ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (21) ص: 308.

² - ينظر هذين الاتجاهين في: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم فهد بن صالح العريض ص: 46-47، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ط1، ت 2010م.

³ - هي أن يبيع مالا ربوياً - كالدرهم والدنانير - بجنسه ومعهما أو مع أحدهما ما ليس من جنسه، مثل أن يكون غرضها بيع درهم بدرهم، فيبيع كيلو من التمر مع عشرة دراهم بخمسة عشر درهما مثلاً. ينظر: بحوث في فقه البنوك الإسلامية د. القره داغي ص: 282.

⁴ - ينظر سبب الخلاف في: الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن بن غالب دائلة 524/1، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ط1، ت 2012م. والاكنتاب والمتاجرة بالأسهم د. مبارك بن سليمان آل سليمان ص: 51-51، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ط1، ت 2006م.

فبأي هذه الأمور نلحق هذه المسألة ونخرجها عليه هذا ما سنفصله في حكمها.

رابعاً: حكمها:

هذه المسألة حصل فيها خلاف كبير بين العلماء المعاصرين، وفيما يلي عرض لهذه الأقوال وأدلتها:

القول الأول: لا يجوز تداول هذه مطلقاً ما دامت مختلطة، وإنما يجوز التداول في حال التصفية للشركة بالقسمة، ونسب د. عبد الستار أبو غدة هذا القول لأحد كبار فقهاء العصر المستشارين في المؤسسات المالية، ولم يذكر اسمه⁽¹⁾.

لدليل هذا القول حديث القلادة؛ حيث روى مسلم عن فضالة قال: اشتريت يوم خيبر قلادة بانثي عشر ديناراً فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال "لا تباع حتى تفصل"⁽²⁾.

ووجه الدلالة: أن الحديث دلّ على أنه لا يجوز بيع الذهب المختلط بغيره حتى يميز ويعرف وزنه فيباع بشروطه، وكذا الحكم في كل مال روي يباع بمال روي ومعه غيره، ولما كان من ضمن مكونات السهم الديون والنقود فلا يجوز بيع هذه الموجودات بنقود من نفس الجنس حتى تفصل النقود عن غيرها.

القول الثاني: الجواز مطلقاً ولو كانت كلها نقوداً أو ديوناً ومن القائلين بذلك د. حسين حامد حسان⁽³⁾؛ وقد استدلت أصحاب هذا القول بـ:

1- الشركة شخصية اعتبارية تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم المساهمين، وهي التي تملك موجودات الشركة وليس المساهمين. والمساهمون في الحقيقة شركاء في الشخصية الاعتبارية، وكل ما يملكونه هو حق مالي في ذمة الشركة؛ عليه فإن تصرف مالك السهم ليس تصرفاً في موجودات الشركة؛ لأنها مملوكة للشركة وليست مملوكة له، وإنما هو تصرف في الحق الذي يملكه تجاه الشركة، وإذا كان الأمر كذلك فيجوز تداول أسهم الشركة بغض النظر عن طبيعتها موجوداتها⁽⁴⁾.

¹ بحث : مكونات السهم وأثره على تداولها ص: 387، ضمن حولية البركة، العدد الثالث.

² أخرجه مسلم في صحيحه 1213/3 برقم (90) (1591).

³ ينظر: مكونات الأسهم وأثرها على تداولها د. حسين حسان ص: 46، بحث مقدم لدعوة البركة العشرين.

⁴ ينظر: الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم د. مبارك بن سليمان آل سليمان ص: 53-54.

2- أن الأسهم أصبحت سلعاً تباع وتشتري وصاحبها يكسب منها كما يكسب كل تاجر في سلعته، وقيمتها الحقيقية في الأسواق تختلف عن قيمتها الاسمية، وهي بهذا تكون عروضاً تجارية تباع وتشتري مستقلة دون النظر للموجودات⁽¹⁾.

3- تخريج السهم الذي يشتمل على ديون ونقود على مسألة التخارج⁽²⁾ من التركة، ولم يذكر القائلون بجواز التخارج موضوع اشتغال التركة على ديون ونقود ونسبة هذا إلى بقية عناصر الشركة من الأعيان والمنافع⁽³⁾.

القول الثالث: إن العبرة بالأغلب من موجودات الشركة، فإن كان الأغلب المنافع والأعيان، فيجوز التداول مع مراعاة شروط البيع، وإن كان الأغلب النقود فتطبق أحكام الصرف لتداول الأسهم، وإن كان الأغلب الديون فتطبق أحكام بيع الدين، وهو ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة⁽⁴⁾.

واستدل القائلون بهذا القول بقاعدة: العبرة للغالب الشائع لا للنادر⁽⁵⁾.

وقد فسر بعضهم الغلبة بما يقرب من الكل مثل (90%) أو (80%)⁽⁶⁾.

القول الرابع: يجوز التداول إذا كانت الأعيان والمنافع أكثر من الديون والنقود، أي أن تكون نسبة الأعيان والمنافع أكثر من (50%)، فإن كان العكس فلا يجوز التداول إلا بمراعاة أحكام الصرف في النقود، ومراعاة أحكام التصرف في الدين⁽⁷⁾.

استدل القائلون بذلك بقاعدة: الأقل تبعاً للأكثر⁽⁸⁾. فهذه القاعدة تدل على أن اليسير تبع للأكثر وبأخذ حكمه فإن كانت الأعيان والمنافع أكثر فالحكم حكمها، وعليه يجوز التداول فيها.

¹ ينظر: الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن دائلة 543/1.

² التخارج في الاصطلاح: مصالحة الورثة على إخراج بعض منهم بشيء معين من التركة. ينظر:

التعريفات للجرجاني ص: 62.

³ ينظر: مكونات الأسهم وأثرها على تداولها د. حسين حامد حسان ص: 37.

⁴ ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي 2163/3/4.

⁵ ينظر: بحث صيغ القاعدة في هذه الدراسة، وينظر: البيان والتحصيل لابن رشد 150/11. والمقدمات

الممهدة لابن رشد 237/2.

⁶ ينظر: الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن دائلة 530/1.

⁷ ينظر: مكونات الأسهم د. حسين حسان ص: 42. والاكتتاب والمتاجرة بالأسهم د. آل سليمان ص: 58.

⁸ ينظر بحث صيغ القاعدة من هذه الدراسة، وينظر: المبسوط للسرخسي 70/3. وبدائع الصنائع في

ترتيب الشرائع للكاساني 288/7. والفتاوى الهندية 287/5. وتصحيح الفروع 350/1.

القول الخامس: يجوز تداول الأسهم إذا كانت قيمتها السوقية أكثر من النقود المختلطة مع الأعيان، وهو ما أخذ به بيت التمويل الكويتي⁽¹⁾.

دليل هذا القول: يقول د. حسن بن دائلة: "وقد استندوا على رأي الحنفية ورواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام - بشرط ألا يكون حيلة على الربا - في مسألة مد عجوة المستفاد من حديث فضالة رضي الله عنه المتقدم؛ حيث ذهبوا إلى جواز بيع الربوي ومعه غير الربوي بشرط كون المنفرد أكثر من نظيره الذي مع الآخر، فلا بأس عندهم ببيع مد عجوة ودرهم ب درهمين، ويعلمون ذلك بقولهم: إن أحد الدرهمين يقابل الدرهم الذي مع العجوة والدرهم الآخر يقابل مد العجوة، وما دام العقد يمكن حمله على الصحة فلا يحمل على الفساد، وعليه فالنقود المختلطة بغيرها الأقل تقابل جزءاً من الثمن (القيمة السوقية للسهم) وبقية الثمن في مقابل بقية الموجودات، أما إذا كان الثمن مساوياً أو أقل من النقود المختلطة فإن البيع يحرم لاشتماله على ربا الفضل"⁽²⁾.

وأولوا حديث فضالة الدال على عدم حل مسألة مد عجوة فيما إذا كان الربوي المنفرد مساوياً أو أقل من الربوي المشارك لغيره، أما إذا كان المنفرد أكثر فإنه لا مفاضلة والحالة هذه⁽³⁾.

القول السادس: يجوز تداول أسهم هذه الشركات بدون مراعاة أحكام الصرف وأحكام بيع الديون إذا كانت الديون والنقود تابعة للأعيان والمنافع.

وهو قول الكثير من الباحثين المعاصرين، منهم⁽⁴⁾: د. علي القره داغي، ود. عبد الله العمار، ود. محمد بن عبد الرزاق الدويش، ود. نزيه حماد، ود. عبد الستار أبو غدة، وكذلك الهيئة الشرعية الموحدة للبركة وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية.

أدلة هذا القول:

1- حديث ابن عمر رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: "... وَبَيْنَ أَيْدَاعِ عِبَادِ اللَّهِ مَالٌ، فَمَالُهُ لِأَنْفِي بَاعَهُ، إِلَّا أَنْ يَشْرِبَ الْمَيْعَ " ⁽¹⁾.

1- ينظر: الاكتاب والمتاجرة بالأسهم د. آل سليمان ص: 55. الصناديق الاستثمارية د. حسن دائلة 534/1.

2- ينظر: الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن دائلة 534/1-535.

3- ينظر: الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن دائلة 535-536. وبحوث في فقه البنوك الإسلامية د. القره داغي ص: 316 و317.

4- ينظر: الاكتاب والمتاجرة بالأسهم د. مبارك بن سليمان آل سليمان ص: 59 و60. وبحوث في فقه البنوك الإسلامية د. القره داغي ص: 316-317. والمعايير الشرعية، معيار رقم (21) (19/3) ص: 399.

ووجه الدليل ان الحديث نص على جواز ذلك دون نظر إلى جنس الثمن، وعموم لفظ مال في الحديث يتناول جميع أحواله نقداً كان أو ديناً أو عرضاً قليلاً أو كثيراً ويدل على أن كونه ديناً أو نقداً أو قليلاً أو كثيراً في مقابلة ثمن العبد غير معتد به في الحكم؛ لأنه حينئذ تابع غير مقصود بالعقد أصالة⁽²⁾.

2- من القواعد الفقهية المقررة عند أهل العلم أن التابع تابع، والناظر في هذه القاعدة وما تفرع عنها من قواعد وما بني عليها من فروع يدرك أن هذه القواعد تنفذ بمجموعها أن التابع يتبع، وأنه لا يفرد بالحكم وأنه يملك بملك أصله، وأنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في الأصول المتبوعة⁽³⁾.

غير أن القائلين بمبدأ التبعية اختلفوا اختلافاً كبيراً في تحديد ضابط معين لتبعية النقود والديون لغيرهما على عدة آراء ليس هنا موضع بسطها⁽⁴⁾، وإنما أذكر منها الرأي الذي استدل بهذه القاعدة وهو رأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمصارف الإسلامية ومفاده: "إذا كان غرض الشركة التعامل في الأعيان والمنافع فالتداول فيها جائز شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع عن 30% من إجمالي موجودات الشركة، أما إن كان غرضها التعامل بالذهب والفضة أو العملات فلا بد من مراعاة أحكام الصرف عند التداول وكذا إن كان غرضها التعامل في الديون فلا بد من مراعاة أحكام بيع الدين"⁽⁵⁾، إذ اعتمدوا في تحديدهم نسبة 30% على قاعدة الأقل تبع للأكثر.

خامساً: مناقشة أدلة الأقوال المتعلقة بتداول الأسهم المختلطة:

نوقشت أدلة كل من هذه الأقوال واعترض عليها، وهذه طبيعة الفقه الإسلامي كما يقال الاعتراض وارد والفقه مسلم، وفيما يلي عرض مختصر لهذه المناقشات⁽⁶⁾:

1- أخرجه البخاري في صحيحه 115/3 برقم (2379). ومسلم في صحيحه 1173/3 برقم (80) (1543).

2- ينظر: المعايير الشرعية ص: 306. الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن دائلة 1/537. وبحوث في فقه البنوك الإسلامية د. القره داغي ص: 280.

3- ينظر: المعايير الشرعية ص: 306-307.

4- ينظر هذه الضوابط في: الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن دائلة 1/538-542. والاكتاب والمتاجرة بالأسهم د. مبارك بن سليمان آل سليمان ص: 60-64.

5- ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (21) ص: 299.

6- انظر هذه الأدلة ومناقشتها بشيء من التفصيل في كل: الاكتاب والمتاجرة بالأسهم د. مبارك بن سليمان آل سليمان ص: 52 وما بعدها. والصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن دائلة 1/528.

مناقشة أدلة القول الأول: نوقش الدليل - وهو حديث القلادة - بأن علة النهي فيه أن الذهب مقصود بالعقد أصالة لذا منع بيعها بالذهب حتى يحصل التماثل، أما إذا لم يكن الذهب مقصوداً بأن كان تابعاً لغير ربوي، فيجوز البيع كما في حديث العبد.

مناقشة أدلة القول الثاني: نوقش الدليل الثاني القاضي بأن الأسهم أصبحت سلعاً تباع وتشترى بأن ذلك لا يخرجها عن تكييفها الحقيقي وهو أن السهم هو حصة الشريك في موجودات الشركة.

ونوقش الدليل الثاني القاضي باعتبار الشركة شخصية اعتبارية وأنها هي من يملك الموجودات وأن الشركاء يملكون حقاً، بأن التكييف الصحيح للسهم هو أنه حصة شائعة وأن المساهمين هم من يملك هذه الموجودات بدليل أنه عند تصفية الشركة تعود موجوداتها إلى ملاك الأسهم وهم المساهمون، فإن كانوا غير مالكيين فكيف ترجع لهم إضافة إلى أنهم يستحقون الأرباح المترتبة على هذه الأسهم، فإن كانوا غير مالكيين فكيف يكون لهم الربح؟!

ونوقش الدليل الثالث بتخرج المسألة على التخرج بين الورثة بأن التخرج بين الورثة له شروط خاصة عند من يقول به، وفيه تفصيل كثير فهو قياس مع الفارق.

ونوقش دليل القول الثالث القاضي بأن العبرة للغالب بكيفية تحديد الغالب ومقداره هل هو 90% أو 80% إضافة إلى أن مجال تطبيق هذه القاعدة في السير النادر جداً.

ونوقش دليل القول الرابع القاضي بأن الأقل يتبع للأكثر بأن هذه القاعدة لا تدخل في باب الربا لا سيما إذا كان القصد من التعاقد تبادل ربوي بريوي، وحينها لا ينبغي النظر إلى القلة والكثرة إضافة إلى أن الكثرة لم يربطها الفقه الإسلامي بما زاد على 50% حيث ورد النص بإطلاق الكثرة على الثلث.

ونوقش دليل القول الخامس - وهو مسألة مد عوجة - بأن هذه المسألة يسوغ تطبيقها إذا كانت النقود مقصودة في العقد أصالة، أما إذا كانت غير مقصودة - كما هو الحال هنا - فلا يكون الجواز مقتضراً على كون النقود المفردة أكثر من المختلطة بغيرها؛ بل يجوز البيع مطلقاً عملاً بحديث العبد - المتقدم - وقواعد التبعية.

ونوقشت أدلة القول السادس على النحو الآتي:

- نوقش الاستدلال بحديث العبد أن القول بأن النقود بمجرد خلطها مع غيرها تصبح تابعة لم يقل به أحد، إضافة إلى أن جعل الديون والنقود هي التابعة تحكم باطل إذ لم لا تكون الموجودات هي التابعة؟!

كما أن في قياسها على العبد قياس مع الفارق؛ لأن المال الذي مع العبد تابع له حقيقة وواقعاً، أما الموجودات المختلطة فمن أين لكم أن بعضها تابع لبعض.

- ونوقش الاستدلال بقواعد التبعية بأن ذلك يصح إذا ثبتت التبعية حقيقة كما في الثمر فهو متصل معتمد على الشجر فيلحق بها، أما الموجودات المختلطة فلا يتبع بعضها بعضاً حقيقة، ودعوى التبعية تحتاج إلى دليل معتبر.

الترجيح

الذي يظهر للباحث رجحانه هو القول الأخير؛ لأن حديث العبد يشهد له شهادة قوية لا مرأ فيها؛ لأن الذي يفهم من الحديث هو أنه إذا تم شراء العبد واشترط المبتاع ماله فإنه يشتري العبد وما معه من نقد وديون بنقد، وهو عين مسألة السهم فمن اشترى السهم فقد اشترى موجودات ومعها ديوان أو نقد كما في شراء العبد، إضافة إلى أنه رأي اعتمدته المعايير الشرعية كما سبق أن قلنا، وواضعوا المعايير لهم مكانتهم الشامخة في مجال الصيرفة الإسلامية.

أثر هذه القاعدة في هذه المسألة

نلاحظ بوضوح أثر هذه القاعدة عند أصحاب القول الرابع حيث أجازوا تداول أسهم الشركات المختلطة إذا كانت الأعيان والمنافع أكثر من الديون والنقود، مستنديين في ذلك على هذه القاعدة.

كما نلاحظه أيضاً في رأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمصارف الإسلامية حيث اشترطوا أن لا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع عن الثلث شريطة أن يكون غرض الشركة التعامل في الأعيان والمنافع، مستنديين في التحديد على قاعدة الأقل تبع للأكثر حيث اعتبرت الديون والنقود إن كانت أقل من الموجودات كأنها غير موجودة أصلاً فجاز تداول الأسهم لأجل ذلك.

المسألة الثانية: تداول أسهم الشركات التي أصل نشاطها حلال وتتعامل أحياناً بالربا

أولاً: صورة المسألة:

الشركات التي أصل نشاطها واستثمارها حلال مثل شركات السيارات، والكهرباء، والهاتف، والأدوية... الخ إلا أنها تتعامل مع البنوك بالإقراض أو الاقتراض بفائدة - أي بالربا - هل يجوز شراء أسهمها وبيعها وتداولها أو لا؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

موطن الخلاف هو الاستثمار والمتاجرة في الشركات التي أصل نشاطها وغالبه حلال إلا أنها تتعامل في بعض الأحيان ببعض المحرمات كالإقتراض والإقراض بفائدة.

ثالثاً: سبب الخلاف يعود إلى (1):

- 1- هل القواعد الفقهية أدلة يتكأ عليها في استنباط الأحكام الشرعية؟ فمن رأى أنها أدلة أباح التعامل مع الشركات المختلطة مستثنين بعدة قواعد فقهية.
- 2- ما حقيقة الشركات المساهمة؟ وهل ميناها على الوكالة؟ فمن يرى أن ميناها على الوكالة يمنع تداول أسهم الشركات المختلطة؛ لأن المساهم ستتسب له تصرفات الشركة أما من يرى أن مبنى هذه الشركات ليست على الوكالة بل الشركة شخصية اعتبارية عليه فالتصرفات لا تنسب إلى المساهم فالإقراض والاقتراض ينسب إلى الشركة.

رابعاً: الحكم الشرعي:

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذه المسألة اختلافاً كبيراً ما بين مانع وممتد في المنع وما بين مجيز بضوابط، وفيما يلي عرض لهذه الأقوال:

القول الأول: لا يجوز المتاجرة بأسهم هذه الشركات:

ومن القائلين بذلك: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالملكة العربية السعودية، ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة، والهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، والهيئة الشرعية لبنك دبي، هذا على مستوى اللجان والهيئات الشرعية، أما على مستوى العلماء والفقهاء فمن القائلين بذلك: الشيخ علي السالوس والشيخ عبد الله بن بيه، والصادق الضرير، والشيخ المختار السلامي، والشيخ عبد الله المنيع (2).

أدلة هذا القول:

الدليل الأول: النصوص الدالة على تحريم الربا، ومنها: قوله تعالى: ﴿وَعَحَّمَ الرِّبَا﴾ (3)، وقوله تعالى: ﴿وَنُذِرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ (1). وعن جابر بن عبد الله قال: لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه. وقال: هم سواء (2).

1- ينظر: الصناديق الاستثمارية د. حسن دائلة 1/ 454.

2- ينظر: الصناديق الاستثمارية د. حسن دائلة 1/ 455-456. وتطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية د. محمد فاروق محمود الجعبري ص: 213-214، دار التفاس، عمان، ط1، ت 2012م.

3- [البقرة: 275].

ووجه الدلالة في هذه النصوص تظهر من خلال:

- 1- أن هذه النصوص عامة في قليل الربا وكثيره، وسواء أكان مستقلاً أم تبعاً؛ لأن الألف واللام في الربا للجنس، وهي من صيغ العموم (3)، فتشمل أي ربا.

فالربا الذي تأخذه الشركات نتيجة إيداعها بفائدة، أو تعطيه نتيجة اقتراضها بفائدة داخل في هذه النصوص وهو من ربا الجاهلية (4).

- 2- أن المساهم في مثل هذه الشركات مراب؛ لأن مبنى هذه الشركات على الوكالة، أي أن من يملك التصرف في أموال الشركة بمقتضى الوكالة عنهم وتصرفات الوكيل تقع للموكل، فكل تصرف يقوم به الوكيل فالمتصرف الحقيقي هو الموكل وأعضاء مجلس الإدارة وكلاء عن المساهمين؛ إذ هم يتصرفون بمقتضى الوكالة فينتج عن ذلك حرمة المشاركة في هذه الشركات (5).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَطْغَوْا فِي الدِّينِ وَالْغَوَانِ﴾ (6).

ووجه الاستدلال بالآية أننا نهينا عن التعاون على الإثم، ومن أعظم الآثام الربا، والمستثمر والمتاجر في مثل هذه الشركات معين لها على إثم الربا، فيكون من الداخلين في النهي المنصوص عليه (7).

الدليل الثالث: قول النبي ﷺ: "درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم، أشد من ستة وثلاثين زنية" (8).

1- [البقرة: 278].

2- أخرجه الإمام مسلم في صحيحه 1219/3 برقم (106) (1598).

3- ينظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي ص: 141، دار الفكر، بيروت، ط1، ت 1997م.

4- ينظر: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 75.

5- ينظر: الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 39-40.

6- [المائدة: 468/1-469].

7- [المائدة: 2].

8- ينظر: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 76.

9- أخرجه الإمام أحمد في مسنده 288/36 برقم (21957) مرفوعاً، ويرقم (21958) من كلام كعب الأحبار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ت 2001م.

والصحيح أنه من كلام كعب، فقد أورد ابن الجوزي كل طرقه وبين ضعفها في الموضوعات 245/2 وما بعدها، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، ط1، ت 1966م. وقال ابن الجوزي في "الموضوعات" 248/2: أعلم أن مما يرد صحة هذه الأحاديث أن المعاصي إنما يعلم مقاديرها بتأثيراتها، والزنا فسد الأنساب، ويصرف الميراث إلى غير مستحقه، ويؤثر من القبائح ما لا يؤثر أكل لقمة لا تعدى ارتكاب نهي، فلا وجه لصحة هذا.

وتوجه الدلالة أن الحديث رتب على أكل درهم واحد الوعيد الشديد، فكيف بمن يضع الآلاف؟!

الدليل الرابع: شيوع الحرام في مال الشركة يجعلها ملتبسة بالحرام، يقول الشيخ بن بيه: "شيوع الحرام في مال الشركة مما يجعلها ملتبسة بالحرام حتى لو أعطى قسطاً من الربا؛ حيث يظل ماله مخلوطاً ببقية مال الشركة الذي ينتشر فيه الحرام فإن ذلك لا يطهره؛ لأن المعاملات الربوية هي معاملات فاسدة، وبالتالي فإن المال مرهون بمعاملات فاسدة ينتشر فيها الحرام" (1).

الدليل الخامس: قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام" (2)، وهذه الشركات اختلط فيها الحلال بالحرام نتيجة الإقراض أو الاقتراض بالربا، فيجب تغليب جانب الحرام فيحكم بحرمة شراء وبيع أسهمها.

القول الثاني: جواز الاستثمار والمتاجرة في أسهم هذه الشركات بضوابط مع الاتفاق على وجوب التخلص من مال الحرام، ومن القائلين بذلك (3): الهيئة الشرعية لشركة الراجحي، والهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني، وندوة البركة السادسة، وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية.

ومن العلماء القائلين بذلك: ود. نزيه حماد. ود. تقي العثماني. ود. علي القره داغي. وقد استدل أصحاب هذا القول ب:

1- الدليل الأول: قاعدة: "الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة" (4).

ويوجه الاستدلال بالقاعدة أن حاجة الناس تقتضي الإسهام في هذه الشركة الاستثمارية لاستثمار أموالهم فيما لا يستطيعون الاستقلال بالاستثمار فيه، كما أن حاجة الدولة تقتضي استقلال الثروة الشعبية بما يعود على البلاد والعباد بالنفع والرفاهية (5).

1- ينظر: مقاصد المعاملات ومراسد الوقاعات للشيخ عبد الله بن بيه ص: 201، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ت 2010م.

2- ينظر: الأشباه والنظائر لابن السبكي 1/ 117، تحقيق: عادل أحمد عبد المقصود والشيخ علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ت 2001م.

3- ينظر: تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية د. الجعبري ص: 213. وأحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 66. والاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 11. والصناديق الاستثمارية د. حسن دائلة 471/1.

4- ينظر: البرهان في أصول الفقه 82/2، للجويني، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1997م.

5- ينظر: بحوث في الاقتصاد الإسلامي د. علي القره داغي ص: 197، دار البشائر، ط 1، ت 2002م.

2- الدليل الثاني: تحقيق المصلحة ورفع الحرج، فالشرعية الإسلامية مبناها وأساسها رفع الحرج ودفع المشقة.

إضافة إلى أن تملك أسهم هذا النوع من الشركات فيه مصلحة شرعية معتبرة، تتمثل في القضاء على المعاملات المحرمة في أنشطة هذه الشركات، وذلك عن طريق الدخول في مجلس إدارتها، ولا يتم ذلك إلا بعد امتلاك أغلب أسهمها (1).

3- الدليل الثالث: قاعدة: "لأكثر حكم الكل" فوجود نسبة قليلة من الحرام لا تؤثر في المال كله، فاختلاط المال الحلال بجزء يسير من الحرام لا يجعل المال كله محرماً كما قرر الفقهاء الأجلاء، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "الحرام إذا اختلط بالحلال فهذا نوعان، أحدهما: أن يكون محرماً لعينه كالميتة فإذا اشتبه المذكي بالميتة حرماً جميعاً. الثاني: ما حرم لكونه غصباً أو المقبوض بعقود محرمة كالربا والميسر، فهذا إذا اشتبه واختلط بغيره لم يحرم الجميع بل يميز قدر هذا من قدر هذا، فيصرف هذا إلى مستحقه وهذا إلى مستحقه" (2).

وقال العز بن عبد السلام: "ولن غلب الحلال بأن اختلط درهم حرام بألف درهم حلال جازت المعاملة" (3).

4- الدليل الرابع: قاعدة: "يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً". يقول د. سليمان خنجري: "فهذه الشركات تستثمر أموالها في الحلال ومشاريعها الأساسية مشروعة، هذا هو أصل معاملاتها المالية، بيد أنها توظف قسماً من سيولتها المالية في الفوائد الربوية، أو تضطر إلى الاقتراض بالربا، وما ينتج عن هذه المعاملة غير المشروعة من الكسب الحرام جاء بالتبعية وليس أصلاً مقصوداً من الاستثمار ومن ثم لا تعتبر بقية المال حراماً" (4).

ضوابط الاستثمار في هذه الشركات:

1- أن تكون نسبة الحرام يسيرة، وهناك اختلاف في تحديد هذه النسبة بين من أجازوا المتاجرة في مثل هذه الشركات، ويمكن أن نرتب القول فيها على النحو الآتي:

1- ينظر: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 66.

2- ينظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية 276/29، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ت 1995م.

3- ينظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام 60/1، صححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، ت 1999م.

4- ينظر: الأسواق المالية وأحكامها الفقهية د. سليمان خنجري ص: 134، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية، ط 1، 2010م.

- رأي الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي: حيث حددوا النسبة على النحو الآتي⁽¹⁾:

- أ- ألا يتجاوز المبلغ المقرض عن [25%] من إجمالي موجودات الشركة.
- ب- ألا يتجاوز مقدار الإيراد الناتج من عنصر محرم [5%]
- ج- ألا يتجاوز إجمالي العنصر المحرم - استثماراً أو تملكاً لمحرم - نسبة [15%] من إجمالي موجودات الشركة.

رأي البنك الأهلي: حيث حدد النسب على النحو الآتي⁽²⁾:

- أ- ألا تتجاوز الفوائد الربوية [5%] من إجمالي إيرادات الشركة.
- ب- أن يكون إجمالي المبلغ المقرض بالربا أقل من الثلث من قيمة الشركة السوقية.
- رأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: حيث حددت النسب على النحو الآتي⁽³⁾:
- أ- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المقرض بالربا [30%] من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة.
- ب- ألا يتجاوز إجمالي العنصر المحرم نسبة [5%] من إجمالي إيرادات الشركة
- ج- ألا يبلغ إجمالي المبلغ المودع بالربا [30%] من القيمة السوقية لمجموع أسهم الشركة.

وهذه النسب في تقدير اليسير اجتهادية كما نصت على ذلك الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، وليس لهم مستند شرعي، يقول د. عبد الله العمراني: "وإذا أردنا أن نستنبط متمسكاً للأخذ بهذه النسب فيمكن أن يقال التقدير بالثلث أو [25%] الربع احتياطاً للثلث أخذاً من حديث: "الثلث والثلث كثير.... والتقدير ب[5%] من الإيراد حد اليسير ربما قيل به استحساناً وأخذاً ببعض النصوص والفروع الفقهية... وعلى كل حال فإنه يلزم تحديد نسبة تصدق على اليسير مع كونه تابعاً غير مقصود ولتحقق فرض المسألة المستدل عليها كما أنه لا بد أن يراعى عدم تعارض حجم المال المقرض مع حجم المال المقرض المنتج للفائدة كما يبدو وأنه أخذ في الاعتبار عند تحديد هذه النسب أن يمكن تطبيقها في الواقع"⁽⁴⁾.

2- أن تكون هناك حاجة للتعامل بأسهم هذه الشركات: فإذا وجدت شركات مساهمة تلتزم اجتناب التعامل بالربا وتسد الحاجة، فيجب الاكتفاء بها عن غيرها ممن لا تلتزم ذلك⁽⁵⁾.

¹- ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي قرار رقم (485) 719/1 - 720، دار كنوز إشبيلية، السعودية، ط1، ت 2010م.

²- ينظر: الاستثمار في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 53.

³- ينظر: المعايير الشرعية، المعيار رقم (21) [3-4] ص: 297.

⁴- ينظر: الاستثمار في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 56 - 57.

⁵- ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي قرار رقم (485) 719/1.

3- تطهير المال من نسبة الفائدة الربوية: وذلك بإنفاقها في وجوه الخير مع نية التخلص من إثم الحرام، وليس من باب الصدقة، ويتأتى هذا التخلص والتطهير من خلال دراسة ميزانية الشركة أو موال مسؤولي الحسابات في الشركة أو الاستعانة بذوي الخبرة وإذا عجز اجتهد في تقدير نسبتها⁽¹⁾.

القول الثالث: جواز المساهمة في هذه الشركات شريطة أن تكون تؤدي خدمات عامة وضرورية كشركات المياه والكهرباء والنقل، وهو ما ذهب إليه الشيخ مصطفى الزرقا⁽²⁾.

ودليل هذا القول كما يقول د. فهد العريض: "أن الشركات التي تقدم خدمات عامة تمثل ضرورة قائمة وتحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة تعجز عنها كثير من الدول لا سيما النامية، بخلاف الشركات التجارية التي يمكن أن يسير المجتمع بدونها، ومتى قلنا بمنع الشركات التي تقدم الخدمات العامة والقائمة على أساس الشركات المساهمة لم تتحقق تلك الخدمات ولبقي البلد ممنوع فيها هذا النوع من الاستثمار متخلفاً في أهم المرافق الحيوية"⁽³⁾.

خامساً: مناقشة الأدلة:

نوقشت أدلة القول الأول على النحو الآتي:

نوقش الاستدلال بالنصوص الدالة على تحريم الربا بأن المساهم لا يأخذ الربا؛ لأنه يجب عليه التخلص منه في الحال وصرفه في وجوه البر، كما أنه في حال الاقتراض لا يأخذه أيضاً؛ إذ يقدر الربح المتولد منه ويتخلص من المقدار الواجب التخلص منه⁽⁴⁾.

وهي مناقشة ضعيفة؛ لأنه إن لم يأكل الربا فهو يوكله؛ لأن الشركة إنما قامت بمساهمة وبمساهمة بقية المساهمين والحديث جاء فيه لعن أكل الربا وموكله⁽⁵⁾.

ونوقش القول بأن الشركة مبناه على الوكالة بعدم التسليم بذلك بل مبناه على الشخصية الاعتبارية فأموال الشركة مملوكة لشخصية الشركة الاعتبارية.

وهو نقاش ضعيف أيضاً؛ لأن الأسهم في الحقيقة مملوكة للمساهمين، بدليل أن لهم الحق في التصرف في أسهم الشركة بالبيع والهبة ونحوها، وأن المساهم يستحق نصيبه من موجودات

¹- ينظر: الأسواق المالية وأحكامها الفقهية د. سليمان خنجري ص: 136.

²- ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد 7، 697/1.

³- ينظر: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 79.

⁴- ينظر: بحث في فقه البنوك الإسلامية د. علي القره داغي ص: 265.

⁵- ينظر: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 76.

الشركة عنه تصفيتها، إضافة إلى أنه يلزم من هذا القول جواز المساهمة في الشركات التي أصل نشاطها حرام إذ تتصرف بالشخصية الاعتبارية ولا قائل بذلك⁽¹⁾.

ونوقش الدليل الثاني - وهو الإعانة على الإثم بالمساهمة في هذه الشركات - بأن الشركات ماضية في إيداع الأموال بفوائد سواء ساهم هذا المستثمر أم لم يساهم فلم يتحقق كونه معيناً على الإثم⁽²⁾. وهو نقاش ضعيف جداً؛ لأن المساهم أعان على إيداع ما يقابل حصته من مال الشركة إضافة إلى أن الامتناع من المساهمة في هذه الشركات سيكون دافعاً للابتعاد عن الربا⁽³⁾.

ونوقش الدليل الثالث - وهو قول النبي ﷺ: "رهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم، أشد من ستة وثلاثين زنية"⁽⁴⁾ - بعدم صحة الحديث⁽⁵⁾.

ونوقش الدليل الرابع - وهو شيوع الحرام في المال - بعدم التسليم بذلك؛ لأن الحرام يتعلق بذات الشركة باعتبارها شخصية اعتبارية لا في موجوداتها⁽⁶⁾، وهو قول ضعيف لا يناقش، وإن قلنا بالشخصية الاعتبارية فلا يخرج ذلك الشركة المساهمة عن كونها شركة عنان مبنية على الوكالة إضافة إلى الانتقادات التي سبق توجيهها لهذا القول.

ونوقش الدليل الخامس - وهو قاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام" - فإن معارض بقواعد آخر مثل قاعدة الأقل يتبع الأكثر والحكم للغالب والحاجة العامة تنزل منزل الضرورة... الخ.

مناقشة أدلة القول الثاني:

نوقش الدليل الأول وهو الاتكاء على قاعدة الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة بعد التسليم بوجود الحاجة؛ لأن أفراد الأمة لا يلحقهم حرج من عدم الاشتراك في هذه الشركات، وحتى لو قلنا بوجود الحاجة لذلك فحتى تنزل الحاجة منزلة الضرورة لا بد من توافر شروط معينة، وهي

¹ - ينظر: الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 44-45.

² - ينظر: الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن بن غالب دالة 461/1.

³ - ينظر المصدر السابق نفسه 461/1.

⁴ - تقدم تخريجه.

⁵ - ينظر: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 77.

⁶ - ينظر: الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 48.

لا تعارض نصاً شرعياً معيناً. وأن تكون عامة لجميع الأمة. وأن يقطع بإرتفاع الحاجة بارتكاب المحظور. وأن تقدر الحاجة بقدرها⁽¹⁾ قلت: فمتى توافرت هذه الشروط فلا بأس.

ونوقش الدليل الثاني وهو المصلحة: بأن المصلحة شرطها ألا تعارض نصاً والربا منصوص على تحريمه.

ونوقش الدليل الثالث وهو قاعدة: الأقل تبعاً للأكثر: بأنها معارضة بقاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام" وبأن إعطاء الأكثر حكم الكل ليس على إطلاقه، فالشراب المسكر محرم وإن كانت الخمرة التي فيه أقل من الماء⁽²⁾.

ونوقش الدليل الرابع وهو: يجوز تبعاً ما لا يجوز استقلالاً، بأن هذه القاعدة وردت في مسائل منصوص على حرمتها استقلالاً وجوازها تبعاً فلا يصح الاحتجاج بها للحل الفائدة الربوية؛ لأنها محرمة مطلقاً إضافة إلى أنها معارضة بقاعدة التابع تابع فتكون الفائدة محرمة تبعاً لحرمة الإقراض ونحوه ولا تفرد بحكم. ومعارضة أيضاً بقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وقاعدة: إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام⁽³⁾.

ونوقش دليل القول الثالث وهو المصلحة: بأن المصلحة إذا صادمت نصاً فهي ملغاة كما سبق أن قلنا.

سائلاً: الترجيح:

وما يميل إليه الباحث من هذه الأقوال: هو القول الثالث عملاً بقاعدة الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة، وفي مثل هذه الشركات حاجات ترقى إلى مستوى الضرورة، لا ينكرها إلا مكابر فمنعها يؤدي إلى الضيق والحرج، وهما منفيان عن الشريعة الغراء.

مع التأكيد على أنها مسألة خلافية خاضعة للاجتهاد، ومن القواعد المقررة: لا إنكار في مختلف فيه.

سائلاً: تأثير هذه القاعدة على هذه المسألة:

¹ - ينظر: المصدر السابق نفسه ص: 15 . 16 . 17.

² - ينظر: أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم د. فهد العريض ص: 73 . 74.

³ - ينظر: الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني ص: 25 - 26.

يظهر أثر هذه القاعدة بوضوح في الرأي الثاني القاضي بجواز التعامل في هذه الشركات إذ كان من ضمن ما استندوا إليه قاعدة الأقل تبع للأكثر، وكذلك استندوا إليها في تحديد نسبة الحرام كما سبق تفصيله، مع مراعاة ضرورة التخلص من الحرام.

الخاتمة

بعد هذه الجولة مع قاعدة الأقل تبع للأكثر وأثرها في الصناعة المالية الإسلامية يمكن أن نجل أهم النتائج التي توصل إليها البحث، وهي:

- 1- أن القواعد الفقهية رافد عظيم من روافد الفقه الإسلامي في معالجة المسائل المستجدة وإيجاد الحلول الناجعة لها.
- 2- أن الاستدلال بالقواعد الفقهية يجوز متى تم الأخذ بالضوابط التي تضبط الاستدلال بها.
- 3- أن قاعدة الأقل تبع للأكثر لها دور مهم في معالجة بعض من قضايا الصناعة المالية، إذ يتم الاستجداد بها في معالجة بعض المسائل.
- 4- أن قاعدة الأقل تبع للأكثر يظهر فيها بوضوح روح التيسير ورفع الحرج؛ إذ القول به يجيز لنا تداول أسهم الشركات المختلطة، وعدم القول بها يوقع الأمة في ضيق وحرج وعنت.

التوصيات:

- 1- ضرورة دراسة القواعد الفقهية وبيان كيفية الاستفادة منها في مجال الصناعة المالية الإسلامية.
- 2- ضرورة الاتفاق على تحديد نسبة الأقل والأكثر بين هيئات الرقابة الشرعية حتى يسير عمل الصناعة المالية الإسلامية على نمط واحد.

المراجع والمصادر

1. أحكام تمويل الاستثمار في الأسهم فهد بن صالح العريض، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ط1، ت 2010م.
2. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكانى، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، ط1، ت 1999م.
3. الاستثمار والمتاجرة في أسهم الشركات المختلطة د. عبد الله العمراني، دار كنوز إشبيليا، السعودية، ط1، ت 2006م.
4. أسنى المطالب في شرح روض الطالب لذكرى الأنصاري، تحقيق: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ت 2000م.
5. الأسواق المالية وأحكامها الفقهية د. سليمان خنجري، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية، ط1، 2010م.
6. الأشباه والنظائر لابن السبكي، تحقيق: عادل أحمد عبد المقصود والشيخ علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ت 2001م.
7. أصول النظر في مقاصد التشريع الإسلامي وبيان علاقة القواعد الفقهية بها د. نمر أحمد السيد مصطفى، دار النوادر، ط1، 2013م.
8. إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للدمياطي، دار الفكر، بيروت، ط1، ت 1997م.
9. إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد المذهب المالكي للشيخ أحمد الشنقيطي، دار الفكر العربي، بيروت، ط1، 1997م.
10. الاكتتاب والمتاجرة بالأسهم د. مبارك بن سليمان آل سليمان، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ط1، ت 2006م.
11. بحوث في الاقتصاد الإسلامي د. علي القره داغي، دار البشائر، ط1، ت 2002م.
12. بحوث في فقه البنوك الإسلامية أ.د. علي محي الدين القره داغي، دار البشائر، بيروت، ط2، ت 2009م.
13. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني، دار الكتب العلمية، ط2، ت 1986م.
14. البدر المنير لابن الملقن، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وآخرون، دار الهجرة، الرياض، ط1، ت 2004م.
15. البرهان في أصول الفقه للجويني، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997م.

16. البيان في مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسين العمراني، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط1، ت 2000م.
17. البيان والتحصيل لابن رشد، تحقيق: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، ت 1988م. المقدمات الممهدة لابن رشد، دار الغرب الإسلامي، ط1، ت 1988م.
18. التحرير والتوير الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر 1984م.
19. تطبيقات القواعد الفقهية عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة د. الصادق الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، ت 2005م.
20. تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية د. محمد فاروق محمود الجعبري، دار النفائس، عمان، ط1، ت 2012م.
21. التعريفات للجرجاني. تحقيق: وليد عبد المنعم الحنفي، دار الرشد، القاهرة.
22. الجامع الكبير المعروف بسنن الترمذي تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ت 1998.
23. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني للعدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ت 1994م.
24. سنن أبي داود تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
25. شرح الزركشي على مختصر الخرق، دار العبيكان، ط1، ت 1993م.
26. شرح القواعد الفقهية أحمد محمد الزرقا، صحتها وعلق عليها مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط5، 1998م.
27. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للإمام أحمد المنجور، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، مكة، ط1، 2003م.
28. شرح البواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة في القواعد والنظائر والفوائد الفقهية لأبي عبد الله السجلماسي.
29. شرح تنقيح الفصول للقرافي، دار الفكر، بيروت، ط1، ت 1997م.
30. شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
31. صحيح الإمام البخاري تحقيق: محمد زهير الناصر، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار طوق النجاة، ط1، ت 1422هـ.
32. صحيح الإمام مسلم اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
33. الصناديق الاستثمارية دراسة فقهية تطبيقية د. حسن بن غالب دائلة، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ط1، ت 2012م.

34. الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار الفكر، بيروت، ت 1991م.
35. فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري لابن حجر العسقلاني، رقم كتيبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي. اعتنى به: محب الدين الخطيب، علق عليه: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، ت 1379هـ.
36. الفروع وتصحيح الفروع لابن مفلح، تحقيق: حازم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ت 1418هـ.
37. الفروق للقرافي. دار إحياء الكتب العربية، ط1، 1344هـ.
38. القاموس المحيط للفيروز آبادي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده. ط2. 1952م.
39. قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، دار كنوز اشبيليا، السعودية، ط1، ت 2010م.
40. قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، صححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ت 1999م.
41. القواعد الفقهية المبادئ والمقومات للباحسين. مكتبة الرشد، الرياض، ط5، ت 2010م.
42. القواعد الفقهية لابن اللحام، تحقيق: عايض بن عبد العزيز الشهراني وناصر بن عثمان الغامدي، مكتبة الرشد، الرياض، ت 2005م.
43. القواعد الفقهية مفهومها نشأتها تطورها علي الندوي، دار القلم، دمشق، ط1، 1986م.
44. القواعد الكلية والضوابط الفقهية د. محمد عثمان شبير. دار النفائس، عمان، ط2، ت 2007م.
45. القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي، راجعه وقدم له وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، ت 1972م.
46. القواعد والضوابط الفقهية القرافية زمرة التمليكات المالية د. عادل بن عبد القادر قوته، دار البشائر، بيروت، ط1، ت 2004م.
47. الكليات لأبي البقاء. تحقيق: د. عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ت 1992م.
48. لسان العرب لابن منظور، الدار المصرية للتأليف والترجمة.
49. المبدع في شرح المقنع لابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ت 1997م.
50. المبسوط للسرخسي، تحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر، بيروت، ط1، 2000م.
51. مجمع الضمانات للبغدادي الحنفي، دار الكتاب الإسلامي.
52. مجموع الفتاوى لابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، ت 1995م.

أحكام زوجة الغائب و المفقود

فقهها وقانونها

د. عيسى فتح الله أحمد

أستاذ الشريعة - كلية القانون بني وليد

53. المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م.
54. المسند الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ت 2001م.
55. معالم التنزيل في تفسير القرآن المعروف بتفسير البغوي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1420هـ.
56. معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، 1999م.
57. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.
58. المغني شرح مختصر الخرقي لابن قدامة، دار إحياء التراث العربي، ط1، ت 1985م.
59. مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات للشيخ عبد الله بن بيه، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ت 2010م.
60. مكونات الأسهم وأثرها على تداولها د. حسين حامد حسان، بحث مقدم لندوة البركة العشرين.
61. مكونات السهم وأثره على تداولها، بحث ضمن حولية البركة، العدد الثالث.
62. المنشور في القواعد الفقهية للزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، ت 1985م.
63. المنشور في القواعد للإمام الزركشي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط1، ت 2000م.
64. المنحول للغزالي، دار الفكر، ت 1980م.
65. الموافقات للشاطبي، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة.
66. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي د. علي الندوي، دار عالم المعرفة، ت 1999م.
67. الموضوعات لابن الجوزي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، ط1، ت 1966م.
68. الموطأ للإمام مالك اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ت 1985م.
69. نظرية التقييد الفقهي د. محمد الروكي. دار الصفاء، الجزائر. ودار ابن حزم، بيروت، ط1، ت 2000م.
70. نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة، ط1، ت 2007م.
71. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية د. محمد صدقي البورنو، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط5، 2002م.

أحكام زوجة الغائب و المفقود

فقها وقانونا

د. عيسى فتح الله أحمد

أستاذ الشريعة - كلية القانون بني وليد

53. المحيط البرهاني في الفقه النعماني لابن مازة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004م.
54. المسند الإمام أحمد ابن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ت 2001م.
55. معالم التنزيل في تفسير القرآن المعروف بتفسير البغوي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1420هـ.
56. معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، 1999م.
57. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.
58. المغني شرح مختصر الخرقي لابن قدامة، دار إحياء التراث العربي، ط1، ت 1985م.
59. مقاصد المعاملات ومراصد الوقاعات للشيخ عبد الله بن بيه، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ت 2010م.
60. مكونات الأسهم وأثرها على تداولها د. حسين حامد حسان، بحث مقدم لندوة البركة العشرين.
61. مكونات السهم وأثره على تداولها، بحث ضمن حولية البركة، العدد الثالث.
62. المنشور في القواعد الفقهية للزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، ت 1985م.
63. المنشور في القواعد للإمام الزركشي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، ط1، ت 2000م.
64. المنحول للغزالي، دار الفكر، ت 1980م.
65. الموافقات للشاطبي، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة.
66. موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي د. علي الندوي، دار عالم المعرفة، ت 1999م..
67. الموضوعات لابن الجوزي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، ط1، ت 1966م.
68. الموطأ الإمام مالك اعتنى به: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ت 1985م.
69. نظرية التقعيد الفقهي د. محمد الروكي. دار الصفاء، الجزائر. ودار ابن حزم، بيروت، ط1، ت 2000م.
70. نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة، ط1، ت 2007م.
71. الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية د. محمد صدقي البورنو، دار الرسالة العالمية، دمشق، ط5، 2002م.

المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

إن من أهم غايات الزواج:- الأُس والسكن، قال تعالى ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها...)) وقال - مخاطبا للبشر -:- ((سكن أنت وزوجك الجنة)) وهو ما يقتضي الحضور والتلازم الغالب المؤدي إلى الاستقرار النفسي والمعيشي للأسرة ولا تعارض لهذا التلازم والحضور مع السعي في الأرض للابتغاء من فضل الله للقيام بواجب القوامة والإعالة لكن ما يتعارض مع التلازم المراد ، والسكن المبتغي، هو غياب الرجل لمدة طويلة من الزمن فضلا عن افتقاده أصلا مما يؤدي الإضرار المحقق بالزوجة ، سواء من حيث انعدام الإنفاق - إن لم يترك مالا - أو من حيث فقدانها الأُس والمساكنة .

وغيبه الزوج هذه قد تكون معلومة متيقن فيها حياته سواء عرفت محل إقامته أم لم تعرف ، وقد تكون غيبه منقطعة غير معلومة لا يعرف له خبر، ولا يوقف له على اثر، ولا يعلم فيها حاله، أمن الأحياء هو أم من الأموات؟.

ولقد عاشت بلادنا أحداثا جساما، ومعارك عظاما، ولا تزال - نسال الله تعالى - أن تنتهي عاجلا غير آجل، وأن ينصر الحق وأهله، ويزهق الباطل وأتباعه، كما نسأله تقارب القلوب ومخافة الرب المعبود، وكان مما أسفرت عنه هذه الأحداث الخسائر الكبيرة ماديا وبشريا، ومما كان أكثر تأثيرا واسعا على الناس ما جاء منها بعد إعلان التحرير ، لقد فقد عديد الشهداء والمفقودين نسال الله تعالى الرحمة للجميع .

وأحكام الشريعة تجاه هؤلاء أن من عرفت وفاته فتقسم تركته ولا إشكال، لكن الإشكال إنما هو فيمن فقد ولم يعرف له خبر فكيف تتصرف زوجته من حيث البقاء في عصمته من عدمها، وما هو رأي الفقهاء في هذه الغيبة والفقد، ولأهمية هذه الدراسة فسنلقي الضوء وبإيجاز - غير مخل - عن هذه الجوانب الفقهية والقانونية والتطبيقات القضائية في البلاد الليبية المتعلقة بالمفقودين من حيث استمرارية الحياة الزوجية، ومن حيث مدي أحقية الزوجات المغيبات في طلب إنهاء العلاقة الزوجية ، وما يصاحب ذلك من أحكام شرعية وقانونية وفقا لاجتهادات الفقهاء وأدلتهم الشرعية وما جاء في هذا الباب من نصوص قانونية .

التالي:

المطلب الأول: الغيبة المعلومة للزوج، وآراء الفقهاء في ذلك.

المطلب الثاني: الغيبة المنقطعة للزوج (الفقد).

المطلب الثالث: موقف القانون الليبي رقم (84/10) من غيبة الزوج أو فقده.

الخاتمة.

هذا و أسأل الله التوفيق و السداد، إنه ولي ذلك و القادر عليه.

الباحث

المطلب الأول

الغيبه المعلومه للزوج

عند غياب الزوج لسبب من الأسباب ، وتتضرر الزوجه بغيته هذه ، وتخشى على نفسها الفتنة ، وتطلب الزوج فلم تجده ، أو وجدته وناشدته العوده فلم يستجب ، فهل يجوز لها حينئذ أن تطلب التفريق لهذا السبب الذي هو الغيبه ، أم لا؟

اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في التفريق بين الزوجين بسبب الغيبه على مذهبين ، مذهب يجيز التفريق للغيبه إذا تضررت الزوجه ، وآخر يرى أن الغيبه لا تكون سبباً للتفريق بين الزوجين .

فقد ذهب الأحناف⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والظاهرية⁽³⁾ إلى أنه لا يجوز لامرأة الغائب أن يفسخ نكاحها ، طالبت الغيبه أم قصرت ، بعذر كانت أو بغير عذر ، فعند الفقهاء الأحناف أن الزوج إذا دخل بزوجه مرة في العمر فقد أوفأها حقها ، وإن كانت تجب ديانه ، ومن باب المعاشرة بالمعروف ، وأيضاً لأنهم لا يجعلون الطلاق بيد القاضي إلا في حالات محدده ليس من بينها غيبه الزوج .

وثبت عند الإمام الشافعي قوله : ((لا يجوز لامرأة الغائب أن تعتد أو تنكح أبداً ؛ حتى يأتيها يقين وفاته وترثه))⁽⁴⁾ .

وقال ابن حزم عن زوجة الغائب : ((لم يفسخ نكاح امرأته أبداً ؛ حتى تصح موته أو تموت هي))⁽⁵⁾ .

بينما ذهب المالكية⁽¹⁾ والحنابلة⁽²⁾ إلى جواز التفريق بين الزوجين ، بسبب الغيبه الطويله التي تتضرر منها الزوجه ، حتى ولو كان الزوج قد ترك لزوجه ما لا تنفق منه على نفسها مدة غيبته ؛

(1) الهداية شرح بداية المبتدئ للإمام برهان الدين المرغيناني الحنفي ، مطبوع مع نصب الرأيه ، 217/3 .

(2) مختصر المزني على الأم 41/5 ، والأم للإمام الشافعي 221/5 .

(3) المحلى بالآثار لأبي محمد علي ابن احمد الأندلسي ، تحقيق د. عبد الغفار البنداري ، دار الكتب العلميه بيروت ، (د.ت.) ، 316/9 .

(4) مختصر المزني على الأم 41/5 .

(5) المحلى لأبي حزم 316/10 .

لأن إقامة المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويله مع محافظتها على العفة والشرف أمر قد لا تحتمله الطبيعة البشرية ، وهو ضرر يجب رفعه ، وذلك بالتفريق بين الزوجين ، إذا أبى الزوج أن يحضر إليها - بعد إعداره بذلك - أو ينقلها إلى البلد الذي يقيم فيه⁽³⁾ .

وهذا الفريق وإن اتفق من حيث المبدأ على جواز التفريق لغيبه الزوج إلا أنهم اختلفوا في نوع هذه الغيبه هل لعذر أو لغيره .

فإذا كانت لعذر مقبول ، كالخروج للدراسة مثلاً فلا يجوز عند الحنابلة طلب التفريق ، مهما طالبت مدة الغيبه ما دامت نفقتها حاضرة .

فإذا كانت بدونه وتضررت المرأة فيجوز التفريق بناءً على طلبها .

وحدد الحنابلة للغيبه غير المبررة مدة ستة أشهر ، استناداً عمل الخليفة الراشد عمر - رضي الله عنه - وقتاً للذات في مغازيهم ستة أشهر ، يسرون شهراً ويقيمون أربعة ، ويسرون شهراً راجعين⁽⁴⁾ .

أما المالكية⁽⁵⁾ فيرون أن المرأة - إذا تضررت - فخشيت على نفسها الوقوع في الحرام قلها الحق في طلب التطلاق سواء كانت لعذر أو لغيره .

وكلا الفريقين يشترط مكاتبه الزوج وإعداده غيبته مادام معروفاً أن يحضر إلى زوجته أو ينقلها إليه ، أو يطلقها ، وإلا فرق القاضي بينه وبينها في خلال مدة معينة ، يحددها .

(1) ينظر : الشرح الكبير 431/2 ، وحاشية الدسوقي 431/2 ، للشيخ الدردير ، ط دار الكتب العربيه مصر ، (د.ت.) .

(2) ينظر المغني لابن قدامة ، تحقيق : د. عبدالله التركي و د. عبد الفتاح الحلو ، دار الهجر ، القاهرة ، 1984م ، 717/9 .

(3) ينظر : حاشية الدسوقي 431/2 ، والمغني 716/9 ، 717 .

(4) المغني والشرح الكبير 713/9 ، فقد روي أن سيدنا عمر - رضي الله عنه - كان يحرس بالمدينه قمر بامرأة سمعها تقول : تطاول هذا الليل واسود جانبيه ... وطال علي أن لا خليل الاغيه

والله لولا خشية الله وحده ... لحرك من هذا السرير جوانبه .

وحين سأل عنها قيل له : إن زوجها غائب في سبيل الله ، فأرسل إليها امرأة تكون معها ، ويبحث إلى زوجها فأقلعه وسأل : كم تصبر النساء عن أزواجهن ، فقيل له : خمسة أشهر أو ستة ، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر .

ينظر : تفسير القرطبي : 108/3 ، والمنقذ 31/4 .

(5) المغني والشرح الكبير 710/9 ، وتفسير القرطبي 106/3 .

وقد اشترط المالكية - أن تخشى الزوجة على نفسها الوقوع في المحرم؛ وأن لا تقل غيبة الزوج عن سنة على المعتمد، وقيل: سنتان والثلاث ليست بطول بل لأبد من الزيادة عليها⁽¹⁾، والمعتمد الأول⁽²⁾.

ودليل هذا الفريق على ما ذهبوا إليه من جواز التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة - بما يلي:

- حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - من أن النبي - ﷺ - قال له: ((يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ قلت: بلى يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم، وأفطر، وقم، ونم، فإن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينك عليك حقاً وإن لزوجك عليك حقاً))⁽³⁾.

- وما روي من أن امرأة جاءت تشكو زوجها عمر بن الخطاب - ﷺ - في صورة مدح له، من أنه يبيت ليله قائماً، ويظل نهاره صائماً، وما فهمه منها كعب بن سوار - الذي كان جالساً عند عمر - ﷺ - فقال له عمر: إقص بينهما فإنك فهِمْتَ من أمرها ما لم أفهم، فقضى لها بيوم وليلة من أربعة أيام بليلتها، وهي قضية اشتهرت، فلم تنكر⁽⁴⁾.

ومرجع ذلك إلى قاعدة نفي الضرر، ورفعها، المعبر عنه بقول الرسول - ﷺ - ((لا ضرر ولا ضرار))⁽⁵⁾.

بينما كانت حجة الفريق الآخر - فقهاء الحنفية والشافعية - القائلين: بأن لا حق للزوجة في طلب التطلاق لغيبة زوجها وإن طال غيبته، هي:

- عدم قيام دليل شرعي يدل على جواز التفريق بين الزوجين للغيبة، والأصل بقاء الحال واستصحابه، إذا لم يوجد دليل على جواز التفريق، استصحاباً للحال⁽¹⁾.

(1) الشرح الكبير 431/2، وقيل: حكمه حكم المولى، المنتقى: 36/4.

(2) حاشية الدسوقي 431/2.

(3) فتح الباري، لابن حجر العسقلاني ت: عبد العزيز بن باز وآخرون، المكتبة السلفية، القاهرة، ط3، 1407هـ كتاب النكاح، باب: لزوجك عليك حق، 210/9، حديث رقم 5199.

(4) ينظر: بدائع الصنائع للكسائي ت: علي محمد عوض و عادل احمد، دار الكتب العلمية ط1 بيروت 1997م، ج 612/3، والمغني مع الشرح الكبير 711/9، والمبسوط للرخسي 193/3.

(5) رواء الدار القطني في سنته ج4، 228، و تدوير الحوالك لشرح الموطأ للسيوطي، المكتبة الثقافية، بيروت، 1973م، ج2/218.

- وإن الأصل أن: لا طلاق إلا لمن أخذ بالساق، فلا طلاق للقاضي إلا في عيوب محددة. والأدلة التي ساقها الفريق الأول - المالكية والحنابلة - هي الأقوى، فكان رأيهم الأرجح - في نظرنا -.

وما ذهب إليه الفريق الثاني من عدم جواز التطلاق حتى يحضر الزوج أو يحكم القاضي بموته، ولا يصدر هذا الحكم إلا بعد أن تبلغ الزوجة من العمر عتياً، بأن تبلغ الثمانين سنة أو التسعين، فهو إجحاف ظاهر، وضرر فادح، يقع على المرأة، فانتظارها للزوج هذا العمر الطويل يصل بها إلى الموت أو على الأقل استحالة زواجها - إن أرادته - وقد كان ممكناً قبل ذلك.

ومعلوم أن حق الزوجة في طلب التطلاق للغيبة لا يسقط أو يمتنع ولو مع وجود مال للزوج الغائب، تستطيع المرأة أن تتفق منه؛ لأن الفرقة هنا بسبب في الغيبة نفسها من الضرر على الزوجة، لا لعدم الإنفاق.

ولذا كان ما ذهب إليه الفريق الأول (المالكية والحنابلة) من عدم جواز التفريق بين الزوجين للغيبة، علته المحافظة على شرف الزوجة وعفتها، وغيبة الزوج عنها أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب، وكذلك منع مسببات الرذيلة ودرئها في المجتمع المسلم (وسداً للذرائع) فإن هذه العلة متحققة في مطلق الغياب، سواء كان غياب الزوج لعذر أو لغير عذر؛ لأن الزوجة تتضرر في الحالتين.

وهذا ما يجعلنا نميل إلى ترجيح ما ذهب إليه فقهاء المالكية في هذا السبيل، الذي لم يفرق بين الغيبتين - كما رأينا - طالما رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء، وتحققت الشروط التي أسس عليها فقهاء المالكية رأيهم هذا، والمنكورة آنفاً.

(1) وتطبيقاً لقاعدة: ((والأصل بقاء ما كان على ما كان)) المادة (5) من مجلة الأحكام العدلية، ينظر: شرحها المسمى درر الحكام لعلي حيدر، تعريب المحامي: فهمي الحسيني، دار الجبل، بيروت، ط1، 1411 هـ - 1991م 25/1.

المطلب الثاني

الغيبية المنقطعة (الفقد)

الغيبية المنقطعة (غير معلومة): هي لا يعلم فيها مكان الزوج، ولا يمكن الاتصال به، ولا يعلم حاله حي أم ميت⁽¹⁾، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بـ (الفقد)⁽²⁾.

وقد سبق الكلام عن الغيبية المعلومة وندرس في هذا المطلب : الغيبية المنقطعة (الفقد) فهي أيضاً اختلف الفقهاء في التفريق بسببها ما بين قائل بجواز التفريق وبين مانع له، مع اتفاقهم على ضرورة وجود مال تنفق منه الزوجة، وإلا فحكمه في باب آخر، هو التفريق لعدم الإنفاق.

فذهب الأحناف⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ في الجديد، والظاهرية⁽⁵⁾ إلى القول بعدم جواز التفريق بسبب فقد الزوج، إلى إرجع، أو يحكم بموته، ولا يحكم بموته إلا بموت أقرانه الذين هم من سنه، واختلفوا في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود فقترها بعضهم بسبعين سنة تبدأ من يوم ميلاده، وأوصلها آخرون إلى مائة وعشرين⁽⁶⁾.

وذهب فقهاء المالكية والحنابلة، وفي قول مرجوح للشافعية، بجواز التفريق لفقد الزوج⁽⁷⁾، وذلك لما روي عن جمع من الصحابة - رضوان الله عليهم -، منهم: عمر وعثمان وابن مسعود وابن

(1) الأحوال الشخصية لأبي زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3 (د.ت) ص491، وينظر: أحكام الأسرة للجليدي مطبعة عصر الجماهير، الخمس، ليبيا، ط2، 1998م، ج2/174 ((وهو من انقطع خبره ولا يعلم هل هو حي أم ميت))، وجاء في الفواكه الدواني لشرح رسالة القيرواني أن المفقود: ((من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فالأسير ونحوه لا يمكن الكشف عنه، فلا يسمى مفقوداً في اصطلاح الفقهاء))، 43/2.

(2) قال السرخسي: ((المفقود: الحي باعتبار أول حاله، والميت باعتبار مآله ... انقطع خبره، واستتر أثره)). الميسوط 30/6، وجاء في الدر المختار: ((هو غائب لم يدر أحي أم ميت)) 482/4.

(3) جاء في الهداية: ((ولا يفرق بينه وبين امرأته)) مطبوع مع نصب الرأية 717/3.

(4) ينظر إلى أحكام الأسرة، محمد شلبي، ص587، والألم 40/5، وكتاب المجموع 442/19، 445.

(5) ينظر: المحلى 316/9 مسألة 1937 قال: ((ومن فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف في حرب فقد أو في غير حرب ... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً ...)).

(6) الميسوط 31/6، وحاشية ابن عابدين 487/4 بل قيل: تردد ص إلى مائتين، سبل السلام 207/3.

(7) ينظر: الشرح الصغير 693/2، والمغني 75/11 وما بعدها، والمجموع شرح المذهب 442/19.

عمر وعن جمع من التابعين، منهم: النخعي وعطاء، والزهرى - في إحدى الروايتين عنه - واختاره ابن المنذر؛ لاتفاق خمسة من الصحابة عليه⁽¹⁾.

وأصحاب هذا الرأي - وإن اتفقوا على جواز التفريق للفقد، لكنهم اختلفوا في المدة التي يؤجل فيها لامرأة المفقود الحكم بعدها بالتفريق.

فالمالكية قسموا المفقود إلى خمسة أقسام، هي على النحو الآتي:

1) مفقود في بلاد المسلمين في غير زمن وباء: يبحث عنه بشئ الطرق، فإن عجز عن خبره، يحكم بموته بعد أربع سنوات، وتعد زوجته عدة وفاة، وتحل للأزواج، ولا تمس أمواله إلا بانتهاء مدة التعمير، ووفاة أقرانه⁽²⁾.

2) مفقود في أرض العدو، وكذلك الأسير، وتمكث الزوجة في هذه الحالة لمدة التعمير، وهي سبعون سنة على المشهور عندهم⁽³⁾.

3) مفقود في المعترك بين المسلمين، تعتد زوجته من حين انتهاء القتال على الأرجح إن شهدت بينة أنه حضر القتال، وإلا فكالْمفقود في بلاد الإسلام⁽⁴⁾.

4) مفقود في المعارك بين المسلمين والكفار، تعتد زوجته بعد سنة⁽⁵⁾، من النظر والتفتيش حتى يغلب على الظن وفاته.

5) مفقود زمن الطاعون وما حكمه في حكم الأويثة: تعتد زوجته بانتهاء فترة هذا الوباء؛ لغلبة الظن بموته⁽⁶⁾.

(1) ينظر: سبل السلام 207/3، وينظر: فتح الباري 339/9، 340، والمنقلى 949/4، والشرح الكبير للدردير 479/2، والمغني 77/11، 78، والمجموع 445/19.

(2) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية النسوي 479/2.

(3) ينظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي 698/2، وبداية المجتهد 90/2.

(4) ينظر: الشرح الصغير 699/2.

(5) ينظر: بداية المجتهد لأبي الوليد ابن رشد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد، شرح وتحقيق: د. عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، ط1، 1990م، 1353/3، وقيل: حكمه حكم الأسير والمفقود في أرض العدو، نفس المصدر والصفحة، وينظر: الأحكام للقاضي أبي المطرف، عبد الرحمن بن قاسم المالقي (ت: 402 - 497هـ)، تحقيق: د. الصادق الملوي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1992م، ص439.

(6) ينظر: الشرح الكبير وحاشية النسوي 483/2، والشرح الصغير 699/2.

واستدل الفريق الثاني - القائلون: بجواز التفريق بسبب فقد الزوج - بما يلي:

- 1- ما روي عن عمر - رضي الله عنه - في امرأة المفقود، من أنها: ((تتدّص أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم تحل)) (2).
 - 2- وما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال في امرأة المفقود: ((أنّها تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها)) (3).
 - 3- ما جاء في كتاب المغني: من أن الخليفة عثمان وابن الزبير رضي الله عنهما - قضيا بهذا، فكان قضاءً مشتهراً بين الصحابة، ولم ينكر، فكان إجماعاً منهم - رضي الله عنهم - (4).
 - 4- والغيبة ضرر، والضرر تجب إزالته في الإسلام؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: ((لا ضرر ولا ضرار)) (5).
- ويتضح مما سبق من عرض أدلة الفريقين، أن حجج المالكية ومن معهم هي الأقوى نقلاً، والأرجح عقلاً.

فرواية المغيرة بن شعبة التي استدلت بها الفريق الأول، قد طعن فيها العلماء (6)، ورواية علي - رضي الله عنه - عارضتها رواية أخرى استدلت بها المالكية ومن معهم، إضافة إلى مبدأ وجوب رفع الضرر في شريعة الإسلام عن كل متضرر.

ثم إن التقدم الهائل في وسائل الاتصالات، يجعل من الركوب لمسألة ما يُعرف بـ (التعمير) أمر بعيد جداً، بعد أن هيات تقنية الاتصالات سهولة الوصول إلى معرفة حال الغائب، في أي مكان على الكرة الأرضية، أو إن كان في عداد الأموات.

(1) ينظر: نصب الرأية 719/3، والمغني 79/11.

(2) موطأ مالك مع شرح المنتقى للباحث 90/4، وتنوير الحوالك للسيوطي 95/2، كتاب الطلاق، ولهذا الأثر قصة، وهي: أن رجلاً استهوت الشياطين فغاب عن زوجته أكثر من أربع سنين، فجاءت امرأته إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فحكّم بما ذكر أعلاه، فلما جاء زوجها خذّره عمر: إن شاء امرأته، وإن شاء الصداق. ينظر: المغني: 79/11 وما بعدها، ونصب الرأية 716/3 وما بعدها، والمنتقى 90/4.

(3) المغني 79/11.

(4) المرجع السابق 80/11.

(5) الحديث سبق تخريجه

(6) ينظر: سبل السلام 207/3، وفيه: ((ضعفه أبو حاتم، والبيهقي، وابن القطان، وعبد الحق، وغيرهم)).

والحكم: بموت المفقود فيما عدا الحالتان الأولى والثانية يشمل الزوجة والمال على السواء عند المالكية (1)، وهناك رأي بالتلوم لزوجة المفقود باجتهاد القاضي (2).

وذهب للشافعي في مذهبه القديم إلى أنه يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات من تاريخ فقده، وفي الجديد تترىص حتى يتيقن موته (3).

وذهب الحنابلة إلى تقسيم ظروف الفقد المنقطع (4) إلى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون ظاهر الفقد السلامة كسفر التجارة، وانقطعت أخباره، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت موته (5).

الحالة الثانية: أن تكون غيبته ظاهراً هلاك، كمن يفقد في المعركة، فانقطع خبره، فهذا تترىص زوجته أربع سنين، ثم تعتد للوفاة، وتحل للأزواج (6).

وقد استدلل القائلون بعدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الفقد - وأنه لا يحكم بوفاته قبل موت أقرانه، إلا بأن توجد بينة بالوفاة - بما يلي:

1- حديث المغيرة بن شعبة عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: ((امرأة المفقود، امرأته حتى يأتيها البيان)) (7).

2- قول الإمام علي - رضي الله عنه - في امرأة المفقود: ((هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق)) وفي رواية: ((تتدّص حتى تعلم أحيى هو أم ميت)) (8).

3- الاستصحاب، وهو حجة دالة على أن الغائب حي، وهي الأصل، في حين أن وفاته محتملة، ومحل شك، والنكاح ثابت، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال، فلا يزل النكاح بالشك (1).

(1) المرجع السابق 698/2، 699، وتبيين المسالك للشنقيطي 203/3.

(2) حاشية النسوقي 483/2.

(3) ينظر: المجموع 442/19.

(4) أي الذي انقطع خبره ولا يعلم له موضع.

(5) ينظر: المغني 75/11، 76.

(6) ينظر: المرجع السابق، 11-77.

(7) سبل السلام 207/3، والمغني 79/11، وفيه رواية: ((حتى يأتيها زوجها)).

(8) نصب الرأية 718/3، 719، وسبل السلام 207/3.

لذلك فإننا نرجح الرأي المميز للتفريق بسبب فقد الزوج من حيث الأصل، للأدلة السابق ذكرها.
ثم ينظر في حالة الفقد، فإن كان يغلب عليها الهلاك، ورفعت الزوجة أمرها للقاضي - فيجب
الايترص بها - بعد البحث والتقصي - أكثر من سنة، ثم يحكم لها بالتفريق.

وإن كان يغلب عليها السلامة - فبعد البحث بكافة السبل - يحكم بالتفريق بعد أربع سنوات
من تاريخ الفقد.⁽¹⁾

وقد تكون الحالة لا تستدعي أسابيع أو أياماً، ثم ينتهي اجتهاد القاضي إلى اعتقاد ما يحكم
بموجبه.⁽²⁾

وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الواحدة والعشرين المنعقدة بمكة المكرمة في شهر
محرم 1434هـ الموافق لشهر ديسمبر 2012 م أنه: ينتظر في المفقود فلا يحكم بموته حتى يثبت
ما يؤكد حاله من حياة أو موت، ويترك تحديد المدة للقاضي بحيث لا تقل عن سنة ولا تزيد عن
أربع سنوات من تاريخ فقده، ويستعين في ذلك بالوسائل المعاصرة في البحث والاتصال، ثم يحكم
بما يغلب عن ظنه فيها.

كما قرر للزوجة إذا تضررت من مدة الانتظار زوجها المفقود أن ترفع أمرها للقاضي للتفريق
بينها وبين زوجها المفقود للضرر وفق الشروط الشرعية لهذا النوع من التفريق⁽³⁾.

المطلب الثالث

موقف القانون رقم (84/10) وتطبيقاته القضائية من المفقود

نصت المادة (32) مدني ليبي على أنه : ((يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة
في قوانين خاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية))

(1) وأصل هذا التأجيل عمل سيدنا عمر السابق الإشارة إليه، وربما كذلك؛ لأن أقصى مدة الحمل عند بعضهم أربع
سنوات.

(2) إذ أن كثيراً من الفقهاء جعلوا مآل الأمر إلى اجتهاد القاضي، وبحسب ما يظهر له من الوقائع أمامه.

(4) مكة المكرمة الفترة 8-12-2012 م القرار رقم (2)

ومن القوانين الخاصة ذات العلاقة القانون رقم 15 لسنة 1991م القاضي بإنشاء الهيئة
العامّة للأوقاف، الذي نص في المادة (8) منه على إدارة أموال الغائبين، وكذا القانون رقم 84/10
م الذي تعرض في المادة (41) منه على بعض أحكام الغائبين، ونص فيها على ما يلي:

أ- إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، وتضررت زوجته، جاز لها أن تطلب التطلاق ولو كان
لها مال تتفق منه على نفسها.

ب- إذا كان الغائب معلوم الإقامة وأمكن إعلانه ضريت له المحكمة أجلاً، إما أن يحضر
إلى زوجته، ولما أن ينقلها إليه، ولما أن يطلقها.

ج- فإذا انتهى الأجل ولم يبد الزوج عذراً مقبولاً، فَرقت المحكمة بينهما بدون إعدار أو
ضرب أجلي، ويعتبر هذا التفريق طلاقاً رجعيّاً، حيث نص على أحكام الزوج الغائب بشيء من
التفصيل، فنجد أنه أخذ برأي الفريق القائل :- بجواز التطلاق للغيبة، وهم فقهاء (المالكية والحنابلة)،
فأجاز التطلاق للغيبة، ولكنها ليست الغيبة المطلقة - أي مجرد غيبة - كما في المذهب المالكي،
بل الغيبة المشروطة بأن تكون بدون عذر، كما هو رأي فقهاء الحنابلة، وسبق أن رأينا اتجاه
المذهبيين.

واشترط القانون لجواز التطلاق أيضاً، أن تتضرر الزوجة من غيبة الزوج، وهذا يعني إخراج
الزوجة المسنة وأمثالها ممن وصلن إلى حالة ليس معها لغياب الزوج أو حضوره - بالنسبة إليهن
- فرقاً دولياً، طالما وجد مال تتفق منه على نفسها، ((حيث تنتفي مظنة هذا الضرر، ينتفي
حق الزوجة في طلب التفريق))⁽¹⁾.

وهل مجرد غيبة الزوج الطويلة تعتبر دليلاً على ضرر الزوجة، طالما طلبت التطلاق، ودون
أن يطلب منها إثبات الضرر، مراعاة لحياء المرأة⁽²⁾، أم إن ذلك يتوقف على طول غيبة الزوج،
وكذلك سن الزوجة، نقول: نعم الأمر منظر فيه إلى ذلك، وهذا الذي نرجحه؛ لأن الفقهاء اشترطوا
- حتى يتم التطلاق - خشية المرأة على نفسها .

وتقدير كون الغياب لعذر مقبول، أو لغير عذر، تركه القانون لاجتهاد القاضي.

(1) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للقطرين المصري والسوري، (دار القلم، دمشق،
والشامية، بيروت، ط1، 1416هـ-1996م)، ص208.

(2) ينظر: أحكام الأسرة للجليدي، 174/2.

من ذلك: رفعت المرأة ((... المسماة ... دعوى ضد زوجها المدعو ... لمغادرته بيت الزوجية بتاريخ 2001/11/5 ف، ولم يعد حتى تاريخ رفع هذه الدعوى 2002/3/18 ف.

وأضافت العدة: أنه لم يترك لها كفيلاً، وأنه لا تعرف إن كان داخل ليبيا أو خارجها، أو أنه حي أم ميت، وهي تخشى على نفسها من الوقوع في الفتنة، وطلبت تطبيقها للغيبة، وفقاً للمادة (41) من القانون، مع كافة حقوقها.

وحكمت المحكمة بتطبيقها طلاق رجعية واحدة، اعتباراً من صيرورة الحكم نهائياً، وتأمرها بالدخول في العدة من ذات التاريخ، وأن يدفع لها الزوج نفقة العدة، والمتعة.

ومما جاء في الحيثيات: ((وحيث أن استمرار الزوجة هكذا يوقعها في العنت، وهي أمور تعتبر من الضرر ... لأنها من غير المعقول أن تبقى معلقة، لا هي زوجة ... ولا هي مطلقة ... وقد نص الفقهاء على جواز أن تطلب الزوجة التفريق إذا غاب عنها زوجها ... وحيث أن المنعي لم يقدم عنراً مقبولاً يبرر غيابه ... فإنه يتعين القضاء بتطبيق المدعية طلاق رجعية ... وفقاً للمادتين (30 ، 41) من القانون ...)).⁽¹⁾

ويستبين من هذه الدعوى والحكم ما يأتي:

- 1) أن رفع الدعوى تم بعد غياب الزوج بثلاثة أشهر فقط، بينما لم ترفع الزوجة دعواها - في المثال السابق إلا بعد مرور أكثر من أربع سنوات من غيبة الزوج.
- 2) الحكم بتطبيق الزوجة للغيبة في مدة لا تزيد عن خمسة أشهر من بداية غيبة الزوج أو أقل من ذلك، والتطبيق في هذه المدة لم يقل به أحد من الفقهاء، فأقل ما نص عليه الفقه الحنبلي هو ستة أشهر من يوم رفع الدعوى على المعتمد، والفقه المالكي لم يجزه لأقل من سنة، وكثير من فقهاء المذهب المالكي يقول: إن ثلاث سنوات قليل حتى يتم تطبيق الزوجة للغيبة، كما سبق القول، فهم لا يجيزونه إلا بعد إحاش المرأة وتضررها فعلاً من غياب زوجها.

(1) حكم محكمة مصراته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، رقم (2002/47) الجلسة المنعقدة بتاريخ 2002/4/11 ف، في الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم (2002/60) ف.

وأيضاً تقدير المدة التي يحق للزوجة أن ترفع بعدها أمرها للقاضي، تركها القانون للقاضي بقدرها بحسب ما يظهر له من ملابسات القضية التي أمامه، فهو لم يأخذ لا برأي الحنابلة، ولا برأي المالكية، فسن بذلك حكماً لا مصدر فقهي له، وأجاز الحكم بالتطبيق ولو بعد غياب الزوج الشهر أو أقل، ولا قائل بذلك من الفقهاء.

والقانون لم يعالج مسألة الغائب مجهول الإقامة، أو المفقود بشكل صريح، وإن كان بعض الشراح⁽¹⁾ أن الفقرة (أ) من نفس المادة تشمل أيضاً حكم الغائب - الذي لا يعرف موطنه - وتشمل كذلك المفقود - الذي لا تعرف حياته أو وفاته؛ لأنها أجازت طلب التطبيق للغيبة مطلقاً (الغيبة والفقد) وفي هذه الحالة يتم التطبيق دون إعدار أو طلب أجل، بخلاف ما جاء في الفقرة (ب) من ضرورة الإعدار والتخير بين فعل واحدة من الثلاث، وإلا طلقها عليه القاضي.

وبما أن القانون قد أخذ برأي الحنابلة - في اشتراط أن تكون الغيبة بلا عذر؛ حتى يتم التطبيق - فهو لم يأخذ بجواز التفريق للغيبة بسبب الحبس؛ لأن غيبة المحبوس، إنما تكون لعذر، وليست إخلالاً بواجب المساكنة، قياساً على الغائب بعذر.

واعتبر القانون التطبيق للغيبة، طلاقاً رجعياً، فاقتضى بذلك أثر القانون السوري، وخالف المذهب المالكي، وغيره من المذاهب الأخرى⁽²⁾

وكان الأولى بالقانون أن ينص على بينونة الطلاق لا رجعيته، حتى يكون له مسوغاً فقهيًا؛ إذ لا قائل من الفقهاء برجعية الطلاق للغيبة - فيما اطلع عليه الباحث من آراء الفقهاء.

وقد نص القانون على وجوب الإعدار، وضرب الأجل، للزوج معلوم الإقامة، فإذا كان غير معلومها، فلا إعدار ولا ضرب أجل؛ إذ لا معنى لهما حينئذ.

تطبيقات قضائية للقانون وتقييم بعضها :

(1) ينظر: د. الجليدي في كتابه أحكام الأسرة 174/2.

(2) التطبيق للغيبة بائن عند المالكية، وفسخ عند الحنابلة، وهو بائن أيضاً في القوانين: المصري والأرمني والسوداني، وفسخ في القانون اليمني (م52)، وسبق القول إن فقهاء الحنفية والشافعية، وكذلك الظاهرية، لا يجيزون التطبيق للغيبة والفقد أصلاً.

3) الحكم برجعية الطلاق للغيبية، وهذا لم يقل به أحد من الفقهاء - كما ذكرنا آنفاً -، لكن القاضي هنا محكوم بالنص القانوني، ولا يستطيع الخروج عنه، ونص المادتين (30، 41) صريح برجعية هذا النوع من الطلاق.

4) الحكم أجاب طلب المنع بتطبيقها، لكنه منعها من الدخول في العدة إلا بعد أن يصير الحكم نهائياً، فهو بذلك جعل من المنع معلقة مطلقة، وزوجة في آن معاً، وهذه وضعية شاذة انتقدها الحكم في حيثياته المذكورة أعلاه، لكن المرجع بالدرك في هذا على القانون ذاته، وليس على الحكم، فهو قد جعل الزوجة في وضعية شاذة وغريبة فعلاً، يجب على المقنن تداركها بالتعديل، بحيث يكون الحكم بالتطبيق نهائياً، لا يجوز استئنافه، يخرج من هذا الشذوذ.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية أيضاً: الحكم رقم (97/105) الصادر من محكمة مصراته الجزئية (دائرة الأحوال الشخصية)⁽¹⁾ الزوجة التي أقامت دعاها ضد زوجها الذي تغيب عنها لمدة سنتين - بعد أكثر من عشر سنوات من زواجهما - والمحكمة بعد أن ثبت لديها صحة الدعوى قررت: ((الحكم بطلبات الزوجة، وتطبيقها طلبة بئنة للضرر ... عملاً بنص المادة (39) من القانون رقم (91/22) بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (84/10) بشأن الزواج والطلاق وآثارهما))⁽²⁾.

وظاهر أن هذا الحكم قد عدل عن تطبيق المادة (41) المتعلقة بالتطبيق للغيبية، إلى تكيف الواقعة بأنها تطليق للضرر.

وهذا اجتهاد من المحكمة نرى أنه غير صائب - في نظرنا -، حيث إنها آثرت تفسير الضرر بمعناه العام، دون الخاص، وهذا اجتهاد مع النص؛ لأن المادة (39) من القانون المذكور تشترط تطبيق نص المادة (36) بضرورة إحالة الزوجين على حكم، في حالة عدم توصلهما إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق بالاتفاق، وفقاً لنص المادتين (35، 48) من القانون.

والتكييف الصحيح إذاً لهذه الدعوى هو التطليق للغيبية، ووفقاً لنص المادة (41) وليس نص المادة (39) من القانون، ونوع الطلاق رجعي، قانوناً، وليس بانناً كما جاء في منطوق الحكم.

(1) الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم (1997/5) الجلسة المنعقدة بتاريخ 1997/3/23م.

(2) نصت الفقرة (أ) من المادة (9) على أنه: ((إذا عجز الحكم عن الإصلاح بين الزوجين، تولت المحكمة الفصل في النزاع بالإصلاح بينهما، فإن تعذر حكمت بالتطبيق ...)).

وقد نحت هذا المنحى أيضاً في بعض أحكامها محكمة بني وليد الجزئية، فقد جاء في حيثيات بعض أحكامها:

((... وحيث إن التطليق للغيبات هو تطليق للضرر، فإن الطلاق يكون منه بئناً بينونة صغرى ...))، وقد جاءت على نفس المنوال أحكام أخرى، اعتبرت التطليق للغيبية طلاقاً بانناً بالمخالفة للمادة (41) من القانون.⁽¹⁾

وكيف فت دعوى التطليق للغيبية في أحكام أخرى تكييفاً قانونياً سليماً من حيث موافقتها لنص المادة (41) من القانون.⁽²⁾

والقانون لم ينظم - أيضاً - أحكام المفقودين والأسرى، وهل عدم تنظيمه لها اعتماداً واكتفاءً منه بنص المادة (41) من القانون؟ أم إحالة على المادة (39) المنظمة لأحكام التطليق للضرر؟

ففيما يتعلق بالاحتمال الأول، فقد اتجه إليه بعض شراح القانون، وذكر أن الفقرة (أ) من المادة (41) من القانون تشمل حكم المفقود - وهو الذي لا تعرف حياته ولا وفاته، كما تشمل الغائب الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته.⁽³⁾

لكن التطبيق القضائي للقانون ذهب في بعض أحكامه إلى غير هذا الرأي، بل ذهب إلى تطبيق نص المادة (29) بدلاً من نص المادة (41).

فقد جاء في حيثيات حكم لمحكمة مصراته الجزئية ما يلي: ((... قد ثبت أن زوجها قد فقد في أحداث حرب الجنوب سنة 1987م، بموجب الشهادة الصادرة من مكتب الشهداء والأسرى والمفقودين، وأنها قد تضررت من غياب زوجها لمدة تجاوزت التسع سنين، مما يتعين والحال كذلك - الحكم لها بتطبيقها من زوجها للضرر الذي لحقها من جراء الغياب الغير معروف المكان، العنوان، عملاً بالمادة (39) من القانون رقم (91/22) بتعديل بعض أحكام القانون رقم

(1) الدائرة الثانية، جلسة يوم 1996/5/27، الدعوى رقم 1995/85، أحوال شخصية.

(2) مثل الأحكام ذات الأرقام (2000/7)، (2001/107) محكمة مصراته الجزئية، والحكم رقم (2000/133) محكمة باب بن غشير الجزئية.

(3) ينظر: أحكام الأسرة للجليدي، 174/2.

(84/10) بشأن الزواج والطلاق، ...)) وفي المنطوق: ((حكمت المحكمة غيابياً بتطبيق المدعى ... من زوجها المدعى عليه ... طلاقاً بائنة للضرر من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً ...))⁽¹⁾.

وهذا اجتهاد من المحكمة - يرى الباحث أنه غير صائب؛ لأنه القانون - كما سبق القول - حدد للحكم بالتطليق وفقاً لهذه المادة، إجراءات لا بد من اتباعها قبل الحكم، تبدأ بتكليف حكيم، مروراً بمحاولة الإصلاح بين الزوجين بجلسة سرية، وانتهاءً بالفصل في الخصومة. والمفقود لا تتأتى في شأنه هذه الإجراءات، بداية؛ لأنه مفقود، وغير موجود.

وكما لا يجوز - قانوناً - تطبيق نص المادة (39) المذكورة آنفاً على المفقود، فكذلك نص المادة (41/1) لا ينسحب عليه أيضاً - كما يرى الباحث -؛ لأن مصدر هذا القانون الفقه الإسلامي، وقد مرت بنا تفصيلاً أحكام المفقود، وأن حالاته تختلف - في الفقه الإسلامي - من حالة إلى أخرى، وبحسب الأحوال.

ولم ينظم القانون - أيضاً - أحكام التطليق بسبب الحبس، والمادة (41) منه - بفقراتها الثلاث - والتي تنظم أحكام التطليق لغيبه الزوج - يرى الباحث - أنها لا تشمل أحكام المحبوس؛ لأنه معلوم الحياة، ومعلوم الإقامة في الغالب، ويمكن الوصول إليه، بل ويزار من قبل زوجه ونويه وفوق ذلك أعطت له كثير من التشريعات الحق في التمتع بإجازة يصبح خلالها طليقاً⁽²⁾، وقد يفرج عنه بعفو عام، والمفقود غير ذلك تماماً.

ولذلك فمعالجة هذا الوضع مهمة جداً بتنظيم قانوني يستقي من المذهب المالكي - باعتباره المذهب السائد بهذه البلاد - أو من مجمل المذاهب الأربعة التي تدين الله بها جماهير أمة الإسلام، ورضيت بها.

ولقد نظمت كثير من القوانين العربية للأحوال الشخصية أحكام السجن⁽³⁾، واعتبرته في حكم الغائب، وقياساً على ذلك، يجوز لزوجته أن تطلب التفريق منه، بغض النظر عن الفعل، أو الجرم

(1) الحكم رقم (1990/441ف) الصادر من محكمة مصراته الجزئية، (دائرة الأحوال الشخصية) جلسة يوم 1995/5/21، في الدعوى المقيدة تحت رقم (95/229).

(2) وقد سبقت الإشارة إلى القانون رقم (2005/5ف) بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل في ليبيا.

(3) القانون المصري رقم (29/25) (م14)، السوداني (م190)، الأردني (م130)، اليمني (م52).

المسبب لعقوبة السجن أو الحبس⁽¹⁾، ودوافعه، تأسيساً على أن كلاً من الغيبة، والحبس يلحقان ضرراً بالزوجة، وبهما تكون علة خوف الفتنة وغيرها، قائمة.

ويرجع بعض الشراح إلى أن حكم التطليق بسبب حبس الزوج، أصله مذهب الإمام مالك - رحمه الله -.⁽²⁾

وبالرجوع إلى مصادر المذهب، لم نجد - فيما اطلعنا عليه منها - من يقول: بأن حكم المحبوس هو كحكم الغائب سواء بسواء تطلق عليه زوجته بعد سنة من حبسه، بل إنك تجد ما يفيد أن فرقاً في الحكم بين السجين الذي يستطيع الكشف عنه، كالأسير معروف المكان مثلاً، وبين السجين الذي لا يستطيع الكشف عنه⁽³⁾، وقد سبق توضيح ذلك.

وغيبة الزوج - التي قيس عليها الحبس - في جواز أن تطلب الزوجة الطلاق بسببها: إما أن تكون بعذر أو بغير عذر، فبعض القوانين⁽⁴⁾ العربية، اشترطت أن تكون الغيبة بلا عذر حتى يحق للزوجة أن تطلب الطلاق، ومصدرها في ذلك الفقه الحنبلي، وبعضها الآخر⁽⁵⁾ أجازت التطليق لمجرد الغيبة، سواء أكلت لعذر، أو لغير عذر؛ لأن علة خوف الفتنة قائمة في الحالتين، ومصدرها في ذلك الفقه المالكي.

وهذا القياس الذي أسست عليه هذه القوانين - المشار إليها - أحكامها المتعلقة بغيباب الزوج بسبب الحبس، رآه بعض الباحثين⁽⁶⁾ أنه متحقق في القانون رقم (84/10) أيضاً (م41).

ولكن لما اشترط القانون لجواز التطليق للغيبة، أن تكون غيبة الزوج بلا عذر مقبول، ولما قسنا الحبس على الغيبة لاتحاد العلة في كل قلنا: إن المحبوس غائب، ولما كان لا يستطيع الخروج والعودة إلى أسرته، فهو معذور، وعذره مقبول؛ لأنه ((لا تكليف إلا بمستطاع))؛ لذلك فإن

(1) كثير من القوانين تفرق بين السجن والحبس، بالنظر إلى نوع ومدة العقوبة، ومنها ق.ع. الليبي (م17) منه. (2) ينظر: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة أحمد العقيلي، الدار الجماهيرية للنشر، ط1، 1990، ص234، ود. عبدالحكيم عطروس، أحكام الأسرة في القانون اليمني، (دار جامعة عدن للنشر، ط2، 2002ف)، ص152.

(3) الشرح الكبير 479/2.

(4) القانون المصري (م12/ق رقم 1929/25)، والأردني (م123).

(5) القانون السوداني (م185)، اليمني (م52).

(6) د. سعيد الجليدي، أحكام الأسرة، 175/25.

وحيث أن القانون (84/10ف) قد نظم أحكام التطلاق للغيبة (م41)، وحيث أن سجن المنع عليه على جريمة شرب وتصنيع الخمر، لا يصلح أن يكون عذراً له؛ ... وتأسيساً على جميع ما سبق فإن المحكمة تقضي بتطليقها طلاقاً رجعية واحدة ... لأن التطلاق للغيبة يقع رجعية، وفقاً لحكم المادتين (30، 41/ج) من القانون ... لذلك: حكمت المحكمة بتطلاق المنع ... من زوجها ... طلاقاً رجعية، وتأمراً بالدخول في العدة من صيرورة الحكم نهائياً⁽¹⁾

وواضح أن المحكمة لم تجد في نصوص القانون ما يحكم الدعوى المعروضة أمامها فالتجأت اجتهداً منها إلى تطبيق المادة (72 فقرة ب) نتيجة الفراغ الواقع في القانون وإن كانت في نهاية الأمر قد اعتبرت الحبس غيبة، ولكنها غيبة بدون عذر حتى تصل إلى غايتها من رفع الضرر عن الزوجة، بتطليقها من زوجها الضار.

والحق أن هذه الواقعة التي تصح عن تصرفات الزوج السيئة، وأخلاقه المشينة، تطي للزوجة التي في طلب التطلاق منه، حتى لمجرد شربه للخمر أو بيعه له، ولو لم يحبس أصلاً، وذلك للضرر الذي يلحق بالزوجة، من جراء سلوكه السيئ، والذي لا يمكن أن تحمله امرأة مسلمة سوية.

الترجيح وخاتمة البحث

بعد الحمد لله، والصلاة على الرسول الله.

وبعد دراستنا للموضوع من جميع جوانبه نخلص ونرجح ونختم بالآتي:-

اتفق الفقهاء على عدم جواز الحكم بوفاء الغائب ما لم يصبح مفقوداً فلا توزع أمواله أو تفرق عليه زوجته حتى تثبت وفاته أو يدع مفقوداً وتطبق عليه أحكام المفقود

فقد ذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز لزوجه أن تطلب التفريق للغياب، فلا تبين منه حتى تثبت وفاته، إلا إذا لم يترك لزوجه ما لا فتطلق عليه لعدم الإنفاق.

والمالكية والحنابلة أجازوا التفريق ولو ترك لها ما لا بشرط أن تطول المدة، ويلحقها الضرر، وكانت الغيبة دون عذر، فإن كان عذر فلا تفريق عند الحنابلة.

(1) الحكم رقم (2002/114ف) المشار إليه سابقاً.

القانون المذكور⁽¹⁾ ((لما أخذ بجواز التفريق للغيبة بسبب الحبس؛ لأذنه أخذ برأي الحنابلة في اشتراط أن تكون الغيبة بلا عذر مقبول، ولو أخذ برأي المالكية في عدم اشتراط العذر، واعتبار الغيبة الطويلة مطلقاً سبباً للتفريق لشم التفرق للغيبة، الغائب المحبوس وغيره))⁽²⁾.

وما سبق يظهر مدى أهمية وضرورة وضع تنظيم لأحكام التطلاق بسبب حبس الزوج، خاصة إذا علمنا أن نص المادة (41) لا ينسحب على المفقود والمحبوس والأسير، وبالتالي فلا مناص من معالجة هذه الحالات بنصوص واضحة وجليّة، حتى لا يذهب القضاء بتطبيقاته فيها كل مذهب.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية في التطلاق بسبب الغيبة للحبس، واجتهادات رجال القانون من محامين وقضاة، في مثل هذه الحالة، الحكم في الدعوى الآتية⁽³⁾:

((... ارتكب الزوج جرائم مشينة ألت به إلى أن يسجن لمدة ست سنوات، وتضررت الزوجة من هذا الوضع، ورفعت ضده دعوى مطالبة بتطليقها منه وفقاً لنص المادة (39) من القانون المذكور، وفي إحدى جلسات المحكمة، طالب محامي الزوجة بتطبيق موكلته وفقاً لنص المادة (41) من القانون المذكور، والمحكمة حين أخذت تؤسس لحكمها وتسبب له، ذكرت في حيثيات حكمها: ((إن القانون رقم (84/10ف) في شأن الزواج والطلاق لم ينظم أحكام التطلاق بسبب سجن الزوج أو أسرته، وبالتالي فإنه لا مناص أمام المحكمة إلا تطبيق نص الفقرة (ب) من المادة (72) من ذات القانون، التي تقضي بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون، وحيث أن فقهاء المالكية قد نصوا على أن سجن الزوج أو حبسه أو اعتقاله يعتبر من الغيبة التي تبيح للزوجة طلب الطلاق للضرر، وأن التطلاق بسبب حبس الزوج يأخذ نفس حكم التطلاق للغيبة، وهذا الرأي هو الأكثر ملاءمة لأحكام القانون، على اعتبار أن الفقه المالكي هو الفقه السائد في ليبيا، وهو الذي به العمل بين الناس وبالتالي فإن المحكمة تقضي في هذه النازلة بمقتضاه، وتعتبر سجن المنع عليه لمدة ست سنوات غيبة طويلة يبيح للمنع عليه طلب تطليقها.

(1) القانون (84/10).

(2) المرجع السابق، ن.ص.

(3) الحكم رقم (2002/114) الصادر من محكمة مصراته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية في الدعوى رقم (2002/127) بتاريخ 2002/7/25.

وحديث أن أصل هذه المسألة اجتهادية لخلوها من نص شرعي صحيح ، فقد اختلف في تحديد هذه المدة التي يتم بعدها الحكم بتفريق زوجته ، من حالة إلى أخرى، ومن سنة إلى ما يزيد على المائة سنة.

ومن حيث أن من مقاصد الشريعة حفظ الدين والعرض، وأن من قواعدها رفع الضرر وإزالة العنت ، ومن حيث إبقاء الزوجة السنين الطوال في عصمة زوج غائب لا يدرى حياته أو مماته، ومن حيث إن مراعاة الوسائل العلم الحديثة يجب أن تكون عاملا أساسيا يبني عليه القاضي اجتهاده في تبين حقائق هذه الوقائع .

فإننا نصل إلى أن الراجح هو ما ذهب إليه الأئمة من جواز التفريق رفعا للضرر، وتأكيذا لما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي المذكور في ثنايا هذا البحث من ضرورة رفع الضرر، حيث ما كان، وجواز التفريق بعد الطلب ومراعاة ما توصل إليه العلم الحديث في التحقق من حال حياة المفقود أو موته ، وأعطاء القاضي السعة في قراره بما يراه مناسبا من رفع الضرر وإزالة العنت . وأخيرا إن كنت قد أصبت فيتوفيق من الله سبحانه ولن أخطأت فمن نفسي.

وصلّى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

أهم المراجع

1. الهداية شرح بداية المبتدئ للإمام برهان الدين المرغيناني الحنفي، مطبوع مع نصب الراية.
2. مختصر المزني على الأم للإمام الشافعي .
3. المحلى بالآثار لأبي محمد علي ابن أحمد ، ابن حزم الأندلسي.
4. الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي للشيخ الدردير .
5. المغني للإمام ابن قدامه (ت630) و يليه الشرح الكبير للإمام ابن قدامه المقدسي (ت682) تحقيق : محمد خطاب ، والسيد محمد السيد، نشر دار الحديث ، القاهرة ط1، 416 هـ..
6. تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد القرطبي (دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1965م).
7. فتح الباري للحافظ أحمد ابن حجر العسقلاني ، تحقيق: عبد العزيز بن باز وآخرون ، (المكتبة السلفية ، القاهرة ، ط3 ، 1407هـ)
8. بدائع الصنائع لعلاء الدين الكسائي، تحقيق: علي محمد عوض ، وعادل أحمد ، (دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1، 1997م).
9. مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام لعلي حيدر، تعريب المحامي: فهمي الحسيني، دار الجبل، بيروت، ط1، 1411 هـ - 1991م .
10. الأحوال الشخصية لأبي زهرة دار فكر العربي، القاهرة ، ط3 (د.ت).
11. أحكام الأسرة د. سعيد محمد الجليدي، مطبعة عصر الجماهير، الخمس، ليبيا، ط2، 1998م.
12. أحكام الأسرة في الإسلام لمحمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية ، بيروت، 1393 هـ.
13. حاشية ابن عابدين ، دار الفكر، بيروت، 1421 هـ - 2000م.
14. سبل السلام شرح بلوغ المرام ، محمد إسماعيل الصنعاني ، دار الفكر، بيروت ، (د.ت).
15. المجموع للسراجي ، حقيق : محمد المطيعي ، مكتبة الارشاد ، السعودية (د.ت).
16. الشرح الصغير للدردير ، خرج أحاديثه د. مصطفى كمال وصفي ، نشر دار المعارف، مصر ، (د.ت).
17. حاشية الصاوي مطبوع مع الشرح الصغير ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1 1997م،
18. بداية المجتهد لأبي الوليد ابن رشد وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد، شرح وتحقيق: د. عبد الله العبادي، دار السلام، القاهرة، ط1، 1990م،

دلالة الأمر على الفور أو التراخي وأثره في العبادات

إعداد

الدكتور إبراهيم عبد الرحيم أحمد رابعة

الأستاذ المساعد بكلية الدراسات الإسلامية والعربية - دبي

قسم الشريعة - تخصص الفقه وأصوله

1435هـ - 2014م

19. تبیین المسالك للشنقيطي.
20. تنوير الحوالك، شرح الموطأ للإمام مالك للإمام جلال الدين السيوطي، المكتبة الثقافية، بيروت، 1973م.
21. الموسوعة الفقهية الميسرة، د. إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر (د.ت).
22. مجموع فتاوى النكاح وأحكامه لابن تيمية: ت: نشر الدار المصرية اللبنانية، تحقيق: أبو المجد حرك، ط6، 1422 هـ - 2001م.
23. المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للقطرين المصري والسوري، دار القلم، دمشق، والشامية، بيروت، ط1، 1416هـ-1996ف.
24. فتح العلي المالک، في الفتوى على مذهب الإمام مالك -رحمه-، لأبي عبد الله الشيخ محمد عlish، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة، 1378 هـ - 1958م.
25. الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة أحمد العقيلي، الدار الجماهيرية للنشر، ط1، 1990.
26. القانون المدني الليبي رقم 84/10.

19. تبیین المسالك للشنقيطي.
20. تنوير الحوالك، شرح الموطأ للإمام مالك للإمام جلال الدين السيوطي، المكتبة الثقافية، بيروت، 1973م.
21. الموسوعة الفقهية الميسرة، د. إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر (د.ت.).
22. مجموع فتاوى النكاح وأحكامه لابن تيمية: ت: نشر الدار المصرية اللبنانية، تحقيق: أبي المجد حرك، ط6، 1422 هـ - 2001م.
23. المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للقطرين المصري والسوري، دا القلم، دمشق، والشامية، بيروت، ط1، 1416هـ-1996ف.
24. فتح العلي المالک، في الفتوى على مذهب الإمام مالك -رحمه الله-، لأبي عبد الله الشيخ محمد عlish، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة، 1378 هـ - 1958.
25. الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة أحمد العقيلي، الدار الجماهيرية للنشر، ط 1990.
26. القانون المدني الليبي رقم 84/10.

دلالة الأمر على الفور أو التراخي وأثره في العبادات

إعداد

الدكتور إبراهيم عبد الرحيم أحمد رابعة

الأستاذ المساعد بكلية الدراسات الإسلامية والعربية - دبي

قسم الشريعة - تخصص الفقه وأصوله

1435هـ - 2014م

ملخص البحث

تعرضت هذه الدراسة لدلالة الأمر عند الأصوليين على الفور أو التراخي وما يترتب على ذلك من الحكم على بعض مسائل العبادات . وترجع أهمية البحث إلى وجوب معرفة دلالة الأمر حتى يتسنى للمكلف معرفة وجوب القيام بالعمل على الفور أو جواز التراخي في أدائه . والدراسة جمعت التعريفات الواردة في معنى الأمر والفور والتراخي مع ذكر آراء الأصوليين في إفادة الأمر للفور أو التراخي وذكر الأدلة مع مناقشتها وبيان الراجح منها . ثم ذكرت بعض ما يترتب على هذا الخلاف من مسائل عند الفقهاء في بعض مسائل العبادات كالصلاة والزكاة والصوم والحج مع بيان الرأي الراجح في ذلك . والله موفق .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم إمام المرسلين وخاتم النبيين، وبعد . فمن المعروف أن الله عز وجل عندما يأمر بشيء يكون لازماً على المكلف الإتيان به، ولما كان الأمر المطلق الذي يخلو من القرائن التي تدل على الأتيان بالفعل على الفور أو التراخي اختلفت آراء العلماء حول إمكانية الحكم على تنفيذ الأمر، هل يجب القيام به على الفور أم يمكن للمكلف تأخير، ويكون منفذاً للأمر وإن كان تنفيذه على التراخي . ومن خلال هذا البحث نحاول أن نبين معنى الأمر ووقت تنفيذه، هل هو على الفور أو التراخي، وذلك من خلال ذكر آراء العلماء حول دلالة الأمر ، وبيان طريقة الاستدلال، ومناقشة أدلة كل فريق، مع بيان الأمر الراجح في هذا الموضوع مع بيان أسباب الترجيح، معتمدين على توفيق الله أولاً ، ثم الأبحاث المنشورة في هذا المجال وعلى كتب الأصول التي تزخر بأقوال العلماء ودلالاتها على مقتضى الأمر المجرد عن القرائن؛ هل هو على الفور أو التراخي. وبالله التوفيق من قبل ومن بعد.

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية هذا الموضوع في مدى الفهم لدلالة كثير من الأوامر الشرعية المطلوبة من المكلف، من خلال توضيح آراء العلماء في صيغة الأمر إذا تجردت عن القرائن، ثم بيان الفرق بين التقرير الأصولي عند علماء الأصول وتطبيقاته العملية في كتب الفقهاء على بعض المسائل. وتوضيح المسألة عند عامة الناس في بيان الحكم الشرعي المطلوب عمله من المكلف.

نهج البحث:

لمنهج الذي اعتمدته هو:

نقل آراء الأصوليين من كتبهم المعتمدة.

ذكر آراء العلماء في إفادة الأمر المجرد عن القرائن على الفور أو التراخي.

يراد وجه الدلالة والمناقشات على الأدلة من كتب المذاهب.

الترجيح بين الأقوال مع بيان أسباب الترجيح.

ذكر بعض الفروع الفقهية التي تتعلق بالمسألة في بعض مسائل العبادات.

خطة البحث: اشتمل البحث على مقدمة ومبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: التعريف بمفردات البحث وتحرير محل النزاع وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: معنى الأمر.

المطلب الثاني: تعريف كلاً من الفور والتراخي.

المطلب الثالث: مقتضى الأمر.

المطلب الرابع: الأمر وإفادته الفورية.

المطلب الخامس: تحرير محل النزاع في خلافهم في إفادة الأمر للفور أو التراخي.

المبحث الثاني: آراء العلماء في إفادة الأمر الفور أو التراخي وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أقوال العلماء في المسألة.

المطلب الثاني: الأدلة ومناقشتها.

المطلب الثالث: الرأي الراجح.

المبحث الثالث: أثر الخلاف في دلالة الأمر على الفور أو التراخي في مسائل العبادات،

أربعة مطالب: المطلب الأول: قضاء الصلاة.

المطلب الثاني: قضاء الصوم.

المطلب الثالث: إخراج الزكاة. المطلب الرابع: أداء فريضة الحج.

الخاتمة. وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: التعريف بمفردات البحث وتحرير محل النزاع

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: في معنى الأمر.

أولاً: الأمر في اللغة:

الأمر ضد النهي¹، قال ابن منظور: "الأمر معروف... من ذلك قوله عز وجل: "وأمرنا

لنسلم لرب العالمين"²؛ العرب تقول: أمرتك أن تفعل، ولتفعل، ويأمر تفعل؛ فمن قال: أمرتك بأن

تفعل؛ فالباء للإلصاق، والمعنى: وقع الأمر بهذا الفعل، ومن قال: أمرتك أن تفعل؛ فعلى حذف

الباء، ومن قال: أمرتك لتفعل؛ فقد أخبرنا بالعلة التي لها وقع الأمر؛ والمعنى: أمرنا للإسلام³.

ثانياً: الأمر في الاصطلاح:

اختلفت تعابير العلماء في بيان معنى الأمر في الاصطلاح، وإن كان المؤدى على

الأغلب واحداً عرفه الجرجاني بقوله: "الأمر قول القائل لمن دونه: افعل"⁴.

وعرفه الإمام السرخسي الأمر بقوله: "وهو عند أهل اللسان قول المرء لغيره: افعل"⁵،

وعرفه الباجي: "الأمر قولك: افعل"⁶، وعرفه الإمام الغزالي بقوله: "القول المقتضي طاعة المأمور

به"⁷، وعرفه الشيرازي بأنه: "استدعاء الفعل بالقول ممن هو دونه⁸، وأما ابن قدامة فقد قال:

"الأمر: استدعاء الفعل بالقول على وجه الاستعلاء"⁹.

والمختار هو التعريف الأخير ووجه ترجيحه عند أغلب علماء الأصول لأن الأمر يكون من

الأعلى للأدنى وهو ما يناسب مقام الشارع الحكيم.

شرح التعريف:

¹ انظر لسان العرب، ابن منظور، مادة (أ م ر) وتاج العروس، للزبيدي، مادة (أ م ر)

² الأنعام / 174.

³ انظر لسان العرب، ابن منظور، 27/4.

⁴ انظر التعريفات، الجرجاني (ص 37).

⁵ أصول السرخسي (11/1).

⁶ إحكام القصول في أحكام الأصول، للباجي (73)

⁷ انظر المستصفى من علم الأصول، الغزالي (411/1)

⁸ التبصرة في أصول الفقه، الشيرازي، ص (17).

⁹ روضة الناظر للإمام، ابن قدامة المقدسي (106).

الاستدعاء هو: طلب الفعل بالقول يعني بالكلام، فإذا قلت لولدك: اسقني ماء فهذا فعل أمر .
وبالقول هذا قيد يخرج الإشارة .

وأما قوله على سبيل الاستعلاء . يعني: أن الأمر أعلى من المأمور، فذلك يكون الأمر من الأعلى للأدنى، ولا يكون من الأدنى للأعلى. يقول البخاري: إن صيغة الأمر لو صدرت من الأعلى نحو الأدنى على سبيل التضرع والشفاعة لا تسمى أمراً وعلى إنعكاسها أنها لو صدرت من الأدنى نحو الأعلى بطريق الاستعلاء تسمى أمراً¹.
ومثالنا على ذلك أن الولد إذا طلب من أبيه طلباً معيناً لا يسمى هذا أمراً في اللغة والعرف، ولما يسمى التماساً . وإذا كان من العباد والخلق من الله تعالى، فلا يسمى أمراً لأنه لا يمكن للمخلوق أن يأمر الخالق وإنما يسمى دعاء وهو ما يعرف لغة وعرفاً أيضاً.

المطلب الرابع: التعريف بالفور والتراخي.

الفرع الأول: التعريف بالفور لغةً واصطلاحاً .

الفور في اللغة: كون الشيء على الوقت الحاضر الذي لا تأخير فيه . يقال: فارت القدر فوراً وفوراً: غلت، ومنه قولهم: الشفعة على الفور². ومنه قولهم ذهبت في حاجة ثم أتيت فلاناً من فوري أي قبل أن أسكن³، وكذلك فور كل شيء أوله. وأصله القصد إلى الشيء والأخذ فيه بجد⁴.

وأما الفور اصطلاحاً فهو: تعجيل الفعل في أول أوقات الإمكان فلو أخر عصى بالتأخير⁵.

أو هو: وجوب الأداء في أول أوقات الإمكان بحيث يلحقه الذم بالتأخير⁶.

أو هو المبادرة إلى تنفيذ الأمر بمجرد سماع التكليف، ودون تأخير مع وجود الإمكان، وإلا كان مؤاخذاً⁷.

¹ المعجم الوسيط، فعل تراخي.

² البخاري، كشف الأسرار، 373/1.

³ أثر الاختلاف، مصطفى الخن (323).

⁴ كشف الأسرار، البزدي (373/1).

⁵ نكر الإمام الرازي في المحصول (39/2) أن صيغة "افعل" ترد لخمس عشرة معنى؛ المحصول للفخر الرازي،

ونكر الإمام البيضاوي أنها ترد لستة عشر معنى؛ انظر: منهاج الوصول إلى علم الأصول ص (72)، وزادها

السبكي في شرحه على منهاج (22/2) إلى اثنين وعشرين وجهاً

⁶ انظر: المحصول للرازي (41/2)، المحصول لابن العربي (56)، منهاج الوصول للبيضاوي (73)، الإبهاج

للسبكي (22/2)، نهاية السؤل للإسوي (395/1).

¹ انظر كشف الأسرار، البخاري، 101/1.

² أثر الاختلاف، مصطفى الخن (323)، أصول الفقه الاسلامي، الزحيلي (1/ 229).

³ مختار الصحاح، الرازي، 208/1.

⁴ مختار الصحاح، الرازي، 209/1.

⁵ البحر المحيط، الزركشي، 396/2.

⁶ التعريفات، الجرجاني، 566/1.

⁷ التعريفات، الجرجاني مادة فور، أثر الاختلاف للخن (323)، أصول الفقه الاسلامي للزحيلي (1/ 229).

المراجع السابقة، الأماكن نفسها

الفرع الثاني: معنى التراخي لغةً واصطلاحاً .

التراخي في اللغة: التمهّل، وامتداد الزمان، وتراخي الأمر تراخياً: امتد زمانه، وهو الإبطاء والتأخر وترك العجلة، يقال: (تراخت السماء): أي أبطأ المطر، ومعناه: التساهل، وترك الاستعجال والمبادرة¹.

أما المقصود من إفادة الأمر التراخي حال الإطلاق: "فهو تخيير المكلف بين الأداء فوراً عند سماع التكليف، وبين التأخير إلى وقت آخر، مع ظنه القدرة على أدائه في ذلك الوقت، فليس عليه أن يبادر إلى أداء المكلف به، فطلب الفعل غير متعلق بزمان واحد، وقال البخاري: انه لا يجب فوراً ويجوز تأخير الفعل عن أول أوقات الإمكان².

فبناءً على ما ذكر يمكن تعريف التراخي بأنه: تخيير المكلف بين الأداء فور السماع أو عند القدرة على الأداء .

لكن لا بد من التنبيه إلى أنه ليس من مقصود التراخي أن الفعل المأمور به يجب فعله في الزمان المستقبل ولا يحق فعله على الفور، وإن فعله على الفور كان آثماً³، فهذا الكلام لم يقل به أحد⁴.

المطلب الثالث: مقتضى الأمر .

من المقرر عند علماء الأصول أن صيغة "افعل" تأتي في اللغة لمعان كثيرة؛ كالإيجاب والندب والإرشاد والإباحة والامتنان والتسخير والتعجيز والتسوية وغيرها من المعاني⁵.

وقد ذكر العلماء على أنها ليست على الحقيقة في هذه المعاني كلها⁶، واختلفوا بعد ذلك؛

فمن قائل: إنها حقيقة للوجوب مجاز في بقیة المعاني، ومن قائل: إنها حقيقة في الندب فقط، ومن

قائل: إنها حقيقة في الإباحة، وقيل: مشترك بين الوجوب والندب، وقيل: مشترك بين المعاني كلها¹.

إلا أن الذي عليه جمهور العلماء أنه حقيقة في الوجوب ولا يصرف عن الوجوب إلا بقريضة؛ قال صدر الشريعة في بيان مقتضى فعل الأمر: "وهو الإباحة عند بعضهم؛ إذ هي الأدنى، والندب عند بعضهم؛ إذ لا بد من ترجيح جانب الوجوب وأدناه الندب، والوجوب عند أكثرهم"². وقال الشنقيطي: "وأما صيغة فعل الأمر وهو المراد بقوله: 'افعل' فمذهب أكثر المالكية وغيرهم أنه حقيقة في الوجوب، فيحمل عليه حتى يصرف عنه صارف"³.

وقال إمام الحرمين أبو المعالي الجويني: "وأما جميع الفقهاء، فالمشهور من مذهب الجمهور منهم أن الصيغة التي فيها الكلام للإيجاب، إذا تجردت عن القرائن، وهذا مذهب الشافعي"⁴، والإمام الغزالي⁵.

وهو مذهب الحنابلة والظاهرية، يقول ابن حزم الظاهري: "وذهب قوم من الطوائف التي ذكرنا⁶، وجميع أهل الظاهر إلى القول بأن كل ذلك على الوجوب في التحريم أو الفعل، حتى يقوم دليل على صرف شيء من ذلك إلى كراهة أو أباحة فتصير إليه"⁷.

المطلب الرابع: الأمر وفادته الفورية.

الأمر المطلق الخالي من القرائن هو المقصود، فلو قيد بلفظ ما، كان قال: "اخرج الآن"، فهو للفور اتفاقاً، ولو قال: "اخرج بعد سنة" أو: "اخرج متى شئت"، فهو للتراخي اتفاقاً،

¹ انظر: المحصول لابن العربي (56)، المستصفى للغزالي (419/1)، أصول السرخسي (14/1)، روضة الناظر ابن قدامة (107)، أحكام الفصول للباي (83).

² التقيح لصدر الشريعة (285/1)، وانظر بحاشيته: شرحه التوضيح (289/1)، وبحاشيته أيضاً- التلويح على التوضيح للإمام التفتازاني الشافعي (290/1)، أصول السرخسي (15/1).

(3) نشر البنود، الشنقيطي (121/1)، وانظر: أحكام الفصول (79)، الموافقات للشاطبي (71/3)، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب (165).

(4) البرهان، الجويني (68/1)، وانظر: قواعد الأدلة للسمعاني (60/1) التيسرة، ابن فرحون (26)، اللع في أصول الفقه، البيضاوي (13)، منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي (73)، الإحكام للآمدي.

(5) المنحول للغزالي (107).

(6) أراد الحنفية والمالكية والشافعية.

(7) الإحكام، ابن حزم، (275/1).

وليس في هذا موضوعنا، وإنما في الأمر المطلق الخالي عن القرائن¹. بمعنى أمر مطلق خالي من القرينة التي تحدد مقصوده

المطلب الخامس: تحرير محل النزاع.

الأمر من حيث اقتضاؤه الفورية أو التراخي على ثلاث صور: الصورة الأولى: أن توجد قرينة تدل على اقتضاء الأمر الفور، فيعمل بها. الصورة الثانية: أن توجد قرينة تدل على اقتضاء الأمر التراخي، فيعمل بها. الصورة الثالثة: أن لا توجد قرينة تدل على اقتضاء الأمر الفور، أو التراخي. وهذه الصورة هي محل النزاع؛ بمعنى أن الأمر المجرد عن القرينة يكون موضوع البحث.

ومن خلال هذا البحث بيان دلالة الأمر المجرد عن القرائن على الفور أو التراخي، مع ذكر أثر ذلك في بعض المسائل المترتبة على هذا الخلاف في العبادات.

المبحث الأول: مذاهب العلماء في إفادة الأمر الفور أو التراخي.

المطلب الأول: أقوال العلماء

اختلف علماء الأصول في دلالة الأمر المطلق، هل هي على الفور؟ أم أنها على التراخي؟ وذهبوا في ذلك إلى عدة أقوال هي:

القول الأول: أن الأمر المطلق لا يدل على الفور ولا على التراخي، وإنما يفيد مطلق الطلب، وهو ما ذهب إليه جمهور الأصوليين، وهو المنسوب إلى بعض فقهاء الحنفية والشافعية، فصيغة الأمر المجردة تفيد مطلق الطلب فحسب، فيجوز التأخير بالفعل على وجه لا يفوت المأمور به، والذي يدل على الفور أو التراخي هو القرائن الدالة على ذلك². القول الثاني: أن الأمر المطلق يقتضي الفور، وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة؛ فلو أخر المكلف الفعل المأمور به بلا عذر مشروع عصي بالتأخير³.

القول الثالث: أن الأمر المطلق يدل على التراخي، وهو ما ذهب إليه الرازي والبيضاوي⁴.

¹ انظر: المذهب في علم أصول الفقه المقارن للدكتور عبد الكريم النملة (3/ 1384).

² الأصول في الفصول، الجصاص 112/2. أصول السرخسي (26/1)، كشف الأسرار، البيضاوي (373/1)، التمهيد للإسنوي (287).

³ المستصفى، الغزالي (9/2)، التمهيد للإسنوي (288)، تفسير النصوص، محمد أديب للصالح (345/2).

⁴ المحصول للرازي (113/2)، التمهيد للإسنوي (287).

القول الرابع: بأن الأمر المطلق يدل على وجوب إيقاع الفعل في الحال، أو العزم على الفعل في ثاني الحال، وهو ما ذهب إليه الباقلاني وبعض الأصوليين¹.

القول الخامس: أن الأمر المطلق يفيد الاشتراك بين الفور والتراخي².

القول السادس: التوقف في دلالة الأمر المطلق على الفور أو عدمه، وهو المنسوب إلى الواقفية³. مما سبق يتبين أن أقوال علماء الأصول تنحصر في هذه المسألة في أربعة أقوال، هي: القول بأنه على الفور، أو التراخي، أو التوقف، أو أنه لا يدل لا على الفور ولا على التراخي بل على مطلق الطلب.

المطلب الثاني: الأدلة ومناقشتها.

أولاً: أدلة القائلين أن الأمر المطلق يدل على الفور⁴

وقد استدلت هؤلاء على ما ذهبوا إليه بعدة أدلة؛ أهمها:

1. قوله تعالى: ﴿ما منعك أن تسجد لما خلقت بيدي﴾⁵.

وجه الدلالة: أن الله تعالى ذم إبليس على ترك السجود لآدم عليه السلام، فلو أن الأمر لم يكن للفور لما استحق الذم من الله تعالى، ولقال إبليس لله عز وجل: إنك ما أوجبتني على الفور⁶.

أما الجواب عن هذا الدليل فهو: أنه حكاية حال، ففعل ذلك الأمر كان مقروناً بما يدل على الفور⁷.

كما أن هناك قرينة تدل على أن الأمر للفورية وليست من مطلق الأمر وحده، وهي الفاء، إذ إن الفاء في لغة العرب تدل على الترتيب والتعقيب والفورية.

2. قوله تعالى: ﴿وسارعوا إلى مغفرة من ربكم﴾¹.

¹ البحر المحيط للزركشي (397/2)، إرشاد الفحول للشوكاني (259/1).

² المحصول للرازي (113/2)، الإبهاج للسبكي (59/2).

³ البرهان للجويني (232/1)، المستصفى للغزالي (9/2)، أثر الاختلاف، مصطفى الخن (325).

⁴ قواطع الأدلة للسمعاني (76/1)، المحصول للرازي (115/2)، شرح مختصر الروضة للطوفي (386/1)، أصول السرخسي (28/1)، تفسير النصوح، محمد أديب للمصالح (354/2)، أثر الاختلاف للخن (324)، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (230/1).

⁵ سورة ص: جزء من الآية (٧٥).

⁶ المحصول للرازي (115/2)، الإبهاج للسبكي (60/2)، نهاية السؤل للإسنوي (428/1).

⁷ المحصول للرازي (120/2)، قواطع الأدلة للسمعاني (76/1).

وجه الدلالة: أن مبادرة الإنسان لما يدخله الجنة واجتنبه ما يوقعه في النار واجب، والمسارة إلى التوبة لتحقيق المغفرة، فإله -جل وعلا- لم يأمرنا بمجرد طلب المغفرة، ولكن أمرنا بوجوب المسارة إلى طلبها، فهذا يدل على أن الأمر يفيد الفور.

والجواب عنه: أن قوله تعالى: "وسارعوا إلى مغفرة من ربكم" مجاز من حيث ذكر المغفرة وأراد ما يقتضيها، وليس في الآية أن المقتضي لطلب المغفرة هو الإتيان بالفعل على سبيل الفور²، كما أن القورية هنا ليست مأخوذة من صيغة الأمر، أو بمجرد مطلق الطلب، وإنما جاءت من الأمر بالمسارة، وهو الذي اقتضى الفور، والمسارة هي التوبة من المعاصي وهي واجبة على الفور³.
3. وقوله تعالى: (فاستبقوا الخيرات)⁴، فوجه الدلالة: ظاهر الآية وجوب الاستباق إلى الخيرات، وهو ظاهر في أن الأمر يفيد الفور⁵.

الجواب عنه: أن الله تعالى أمرنا بفعل الخير؛ قال تعالى: "وافعلوا الخير لعلكم ترحمون"⁶، إفادة الفور ليست بمجرد طلب فعل الخيرات، وإنما بالأمر بالاستباق إلى فعل الخيرات، فالأمر بالاستباق قرينة صرفت الأمر إلى الفورية.

4. واستدلوا أيضاً بأن الأب لو قال لابنه: اسقني الماء، فهم منه التعجيل واستحسن العقلاء لوم الابن على التأخير، فدل على أن الأمر للفور⁷.

ويجاب عنه: أن قرينة احتياج الأب للماء هو الذي دل على الفورية، فلا يفهم هذا الكلام فيما لو قال الأب لابنه: احسن اختيار زوجتك، فلا يدل على الفور، فالذي دل على قرينة الحال وليس مطلق الأمر، والذي يفسر هذا أن قرائن الأحوال هي التي تحدد الفور من عدمه.

5. قالوا: (لو جاز التأخير لجاز إما إلى بدل أو إلى غير بدل، وهذا باطل، وذلك لأن البديل يقوم مقام المبدل عنه من كل الوجوه، فإذا أتى بالبديل سقط عنه التكليف، ولن كان إلى غير بدل

¹ سورة آل عمران: جزء من الآية (١٣٣).

² نهاية السؤل للإسنوي (429/1)، الإبهاج للسبكي (62/2).

³ شرح للمع، الشيرازي، 238/2.

⁴ سورة البقرة: جزء من الآية (١٤٨).

⁵ المحصول للرازي (116/2)، الإبهاج للسبكي (62/2)، شرح مختصر الروضة للطوفي (386/2)، نهاية السؤل للإسنوي (428/1)، قواطع الأدلة، السمعاني (76/1)، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (230/1).

⁶ سورة الحج / 77.

⁷ شرح مختصر الروضة للطوفي (389/2)، قواطع الأدلة، السمعاني (77/1).

فذلك يمنع من كونه واجباً؛ لأنه لا يفهم من قولنا إنه ليس بواجب، إلا أنه يجوز تركه من غير بدل¹.

ويجاب: أن جواز التأخير بغير بدل لا ينفي أصل الوجوب بقول القائل: "افعل متى شئت"، فالتراخي مقصود، ولا يعني ذلك انتفاء الوجوب.

6. أن تأخير المأمور به إما أن يكون إلى غاية معينة، بحيث إذا وصل المكلف إليها لا يجوز له أن يؤخر الفعل عنها، أو يجوز له التأخير أبداً، وهذا باطل².

ويجاب: أنه يشكّل بما إذا صرح وقال: "أوجب عليك أن تفعل هذا الفعل في أي وقت شئت" فكل ما جعلوه عذراً في هذه الصورة فهو العذر بما ذكره، وكذلك يشكّل بالكفارات والنذور وكل الواجبات الموسعة³.

7. أن الفعل أحد موجبات الأمر، فيجب على الفور قياساً على الاعتقاد، والجامع تحصيل المصلحة بسبب المسارعة إلى الامتثال⁴.

أما هذا الدليل فهو يبطل بما لو قال: "افعل في أي وقت شئت" وبالنذور والكفارات⁵.

8. القياس؛ حيث قاسوا الأمر على البيع من حيث إيقاع الفعل، وذلك لأن الأمر يقتضي إيقاع الفعل، فأشبهه العقود في البيع، فلما وقع العقد بعد الإيجاب والقبول وجب أن يكون الأمر مثله⁶.

أما عن هذا الدليل فإنه يبطل بقوله: "افعل في أي وقت شئت" ولأن الجامع الذي ذكره وصف طردي وهو غير معتبر⁷.

9. أن الأمر ضد النهي، فلما أفاد النهي وجوب الانتهاء على الفور وجب في الأمر أن يفيد الوجوب على الفور⁸.

¹ المحصول للرازي (116/2)، وانظر: نهاية السؤل للإسنوي (429/1)، الإبهاج للسبكي (60/2).

² الإبهاج للسبكي (60/2)، شرح مختصر الروضة للطوفي (388/2).

³ الإبهاج للسبكي (63/2).

⁴ نهاية السؤل للإسنوي (430/1)، الإبهاج للسبكي (64/2)، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (231/1).

⁵ الإبهاج للسبكي (64/2).

⁶ المحصول للرازي (119/2).

⁷ المحصول للرازي (121/2).

⁸ المحصول للرازي (119/2).

ورد هذا الدليل بأن النهي يفيد التكرار، فلا جرم يوجب الفور، والأمر لا يفيد التكرار، فلا يلزم أن يفيد الفور¹.

10. أن أفضل أوقات الأداء هو أول الوقت، فكان الفور أولى وأحوط².

أما هذا الدليل فينتقض بقوله: "افعل في أي وقت شئت".

11. أنه لو لم يكن الأمر للفور لكان التأخير جائزاً، لكنه لا يجوز؛ لأنه قد يؤدي إلى عدم امتثاله بسبب الموت³.

ثانياً: أدلة القائلين أن الأمر المطلق يدل على التراخي⁴

1- ما روي عن عائشة قالت: "كان يكون عليّ قضاء أيام من رمضان فلا أقضيها إلا في شعبان"⁵.

وجه الدلالة: أن الرسول - عليه السلام - أجاز تأجيل القضاء، ولو لزم الفور لما جاز التأخير.

2- أن الأمر له دلالة على استدعاء الفعل ولا دلالة له على الزمان، بل الأزمنة كلها بالإضافة⁶.

1- استدلت القائلون بالتراخي بالتفريق بين الأمر المقيد والأمر المطلق؛ فإن قول السيد للعبيد: "افعل كذا الساعة"، يدل على أن الأمر للفور وهذا أمر مقيد، والمقيد ينافي المطلق، فلا يجوز أن يكون حكم المطلق هو حكم المقيد فيما يثبت التقيد به؛ لأن في ذلك إلغاء صفة الإطلاق وإثبات التقيد من غير دليل، فيكون على التراخي كالأمر بالكفارات⁷.

3- واستدلوا بأن نسبة الفعل إلى جميع الأزمنة سواء؛ لعدم دلالة اللفظ على بعضها دون بعض، والقول بالفور تحكم وترجيح من غير مرجح.

¹ نهاية السؤل للإسنوي (430/1).

² أصول السرخسي 28/1.

³ أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (231/1).

⁴ أصول السرخسي (29/1)، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (231/1)، شرح مختصر الروضة للطوفي (1/394).

⁵ أخرجه الطبراني في المعجم الصغير، 341/1.

⁶ تخريج الفروع على الأصول، الزنجاني، محمود بن أحمد، 108/1.

⁷ أصول الفقه الإسلامي للزحيلي (231/1).

أما الجواب: عن القول بأن نسبة الفعل إلى الأزمنة سواء فالتخصيص بالفور تحكم، فبأن نسبة الفعل إلى الأزمنة سواء عقلاً أو شريعاً، فالأول مسلم كما ذكرتم. أما الثاني فممنوع، إذ قد يتعلق قصد الشرع بوقت دون وقت لمصلحة علمها، وحينئذ لا يكون التخصيص تحكماً، كيف وقد جاز للسيد معاقبة العبد على تأخير الامتثال.

3- أن الزمان من لوازم الفعل، فلا ينفك عنه، وكذلك المكان والآلة والمحل من لوازمه أيضاً، ثم إن الأمر المطلق لا يقتضي تعيين مكان أو آلة أو محل دون غيره، فلا يقتضي تعيين زمان دون غيره.

أما عن القول بأن عدم تعيين الزمان للفعل يفضي إلى تفويته وضاعته بالكلية، بخلاف عدم تعيين المكان والآلة والمحل، فإنه لا يفضي إلى تفويته، وإذا لم يكن بد من تعيين زمان الفعل، فالزمان الأول (الفور) أولى بالتعيين.

ثالثاً: أدلة القائلين بالوقف:

استدل القائلون بالوقف بأن أدلة الفور وأدلة التراخي تعارضت، فلا بد من الوقوف على مرجح¹؛ فإذا أوقع المأمور الفعل عقب فهم الصيغة لم يقطع بكونه ممثلاً لجواز أن يكون الأمر قد أراد التأخير².

الرد على الواقعية³: رد القائلون بالفور على الواقعية بقولهم: (قول الواقعية ضعيف، وبيان ضعفه: أنه ليس مطلق التعارض يبيح الوقف بل التعارض بعد البحث والنظر الصحيح، لا التعارض في بادي الرأي، وقد بينا أن طرف الفور راجح، فتعين المصير إليه، فلا يتسع لهم أن يققوا عن متابعة ما ظهر رجحانه.

رابعاً: أدلة القائلين أن الأمر المطلق يدل على مطلق الامتثال، ولا يدل على الفور ولا على التراخي⁴ أو أن الأمر المطلق مشترك بين الفور والتراخي بعدة أدلة هي:

¹ شرح مختصر الروضة للطوفي (1/ 394).

² البرهان في أصول الفقه، الجويني (1/ 232).

³ شرح مختصر الروضة للطوفي (1/ 394).

⁴ قواطع الأدلة للسمعاني (1/ 76)، المحصول للرازي (2/ 115)، شرح مختصر الروضة للطوفي (1/ 386)، أصول السرخسي (28/1)، تفسير النصوص محمد أديب للصالح (2/ 354)، أثر الاختلاف مصطفى للنز (324).

1. أن الأمر يرد تارة ويراد به الفور، ويرد تارة أخرى ويراد به التراخي، ولا بد من جعله حقيقة في القدر المشترك بين القسمين.

2. أنه يحسن من السيد قوله للعبد (افعل الفعل الفلاني في الحال، أو غداً) ولو كان المراد الفور من قوله (افعل) لكان الأول تكراراً والثاني نقضاً، وهذا لا يصح.

3. أن أهل اللغة قالوا: لا فرق بين قولنا يفعل وقولنا افعل سوى أن يفعل خبر وافعل أمر، فقولنا يفعل لا إشعار له بوقت، فيمكن إتيانه به في أي وقت كان في المستقبل، وكذلك افعل يمكن الإتيان به في أي وقت من أوقات المستقبل.

4. أن أهل اللغة قالوا في لفظ (افعل) أنه أمر، والأمر قدر مشترك بين الأمر بالشئ على الفور وبين الأمر به على التراخي، لأن الأمر حين يكون الأمر به على الفور أمر مع قيد كونه على الفور، وكذلك الأمر به على التراخي أمر مع كونه على التراخي، ومتى حصل المركب فقد حصل المفرد، فعلمنا أن مسمى الأمر قدر مشترك بين الأمر مع كونه فوراً وبين الأمر مع كونه متراخياً، فإذا ثبت أن لفظ افعل للأمر وثبت أن الأمر قدر مشترك بين هذين القسمين ثبت أن لفظ افعل لا يدل إلا على قدر مشترك بين هذين القسمين.

المطلب الثالث: الرأي الراجح.

ومن خلال العرض السابق يتبين لنا رجحان مذهب الجمهور لسببين:

الأول: أن الأمر يدل على مطلق الامتثال، ولا علاقة له بالفورية أو التراخي، والذي يحدد الفورية من عدمها هو قرائن الأحوال.

الثاني: أن فعل المأمور به من قبل المكلف سواء أكان المكلف مبادراً فيه أم مؤخراً عن آخر الوقت فإنه يكون فيه ممثلاً، ثم لقوة أدلة الجمهور، وسلامتها من النقد والمعارضة، والله أعلم.

المبحث الثالث: أثر الخلاف في دلالة الأمر على الفور أو التراخي في مسائل العبادات

بناءً على ما سبق من أن الأمر المطلق يفيد الفور أو التراخي فقد اختلف الفقهاء في بعض المسائل، هل يجب أدائها على الفور أم يجوز فيها التأخير، ومن ذلك.

المطلب الأول: قضاء الصلاة.

يقصد بالفور في قضاء الصلاة : القيام بفعل الصلاة حال تذكرها والتمكن من فعلها .
ويقصد بالتراخي في قضاء الصلاة : تأخير القيام بفعل الصلاة إلى أقرب فرصة .
اختلفت آراء الفقهاء في حكم قضاء الصلاة، هل هو على الفور أو على التراخي؟
أ-القاتلون بأن مطلق الأمر يفيد الفور، قالوا بوجوب القضاء فوراً للصلاة الفائتة¹

فقد ورد في الموسوعة الفقهية ما نصه " صرح المالكية والحنابلة بوجوب فورية قضاء الفوائت ،
لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " فليصلها إذا ذكرها " ² فأمر بالصلاة عند الذكر ، والأمر
للوجوب ، والمراد بالفور الفور العادي ، بحيث لا يعد مفراً ، لا الحال الحقيقي ، وقيد الحنابلة
الفورية بما إذا لم يتضرر في بدنه أو في معيشة يحتاجها ، فإن تضرر بسبب ذلك سقطت الفورية³

واحتج الجمهور بما يلي :
1-قوله صلى الله عليه وسلم : «إذا نام أحدكم عن الصلاة أو غفل عنها فليصلها إذا ذكرها»⁴ فإن
الله عز وجل يقول "أقم الصلاة لذكرى"⁵.

وجه الدلالة : أن وقت الصلاة المنسية هو وقت تذكرها، وهذا يفيد أدائها في ذلك الوقت .
الدليل الثاني يقول النووي : من لزمته صلاة ففانته لزمه قضاؤها ، سواء فاتت بعذر أو بغيره ،
فإن كان فواتها بعذر كان قضاؤها على التراخي ، ويستحب أن يقضيها على الفور⁶
والذين قالوا بأن مطلق الأمر يفيد التراخي قالوا: يجب القضاء للصلاة الفائتة على التراخي⁷
واحتجوا بما يأتي :

¹ فتح القدير ،الكمال بن الهمام ،485/1. حاشية ابن عابدين، 423/2. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 263/1
وكشاف القناع للبهوتي 260/1 وحاشية القليوبي على شرح المحلي 11/1 حاشية الشراقي على التحرير 276/1.

² صحيح مسلم - كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الصلاة الفائتة - حديث رقم 1132

³ الموسوعة الفقهية ، 34 / 33 .

⁴ صحيح مسلم - كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الصلاة الفائتة - حديث رقم 1132

⁵ سورة طه/ الآية 14

⁶ الموسوعة الفقهية ، وزارة الاوقاف الكويتية ،33/34.

⁷ المجموع، للنووي 74/3. الروضة للنووي، 14/2.

1-حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وفيه: «..... ، فافتادوا رواحلهم شيئاً ثم توضأ النبي صلى
الله عليه وسلم وأمر بلالاً فأقام لهم الصلاة وصلى بهم الصبح". فهذا يفيد جواز تأخير القضاء
لفعل الرسول عليه السلام .

2-لأنها عبادة مؤقتة ، فإذا فاتت لم يجب قضاؤها على الفور ، كصوم رمضان بل أولى ، لأن
الأداء موسع في الصلاة دون الصوم، فكانت التوسعة في القضاء أولى²
والزاجح في ذلك - والله أعلم - أنه إن أخرها لعذر قضاها على التراخي، وإن أخرها لغير عذر
قضاها على الفور وذلك بعد الاطلاع على آراء العلماء حول الاتفاق على جواز تأخير القضاء
لعذر .

المطلب الثاني : قضاء الصوم .

ومما يتفرع على خلافهم في الفورية والتراخي: قضاء صوم رمضان: هل هو على الفور أم على
التراخي؟

القاتلون بالفور وهم (الحنابلة) : يرون أن قضاء صوم رمضان على الفورية، ولا يجوز تأخيره،
واستدلوا بالتأصيل السابق، فانه تعالى قال : ﴿ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ
أُخَّرَ³

قال: ((فِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَّرَ))⁴ وهو خبر يراد به الإنشاء، كأن الله يقول: فعليكم أن تصوموا أياماً
أخرى مكان هذه الأيام التي أفطرتُم فيها، فكان الله أمرهم بالصيام، فقالوا: هذا أمر، وظاهر الأمر
الوجوب، وأيضاً قالوا: لا بد أن يصوم، والأمر يقتضي الفور⁵. وتنعني أن له أن يصوم إلى
رمضان القادم، وإن لم يصم حتى أتى رمضان أخر فعليه أن يصوم هذه الأيام وعليه كفارة تأخير،
وهو آثم بسبب التأخير، والكفارة هي أن يطعم عن كل يوم مسكيناً، ولكن هذه الكفارة لم أر عليها
دليلاً؛ ولذلك لا يؤخذ بها، وهو يأثم عندهم لأنه لم يأت بالفورية. وقال الشافعية : يجب قضاء

¹ سنن أبي داود - كتاب الصلاة، باب في من نام عن الصلاة ، حديث : 375

² الصلاة وحكم تاركها، ابن قيم الجوزية ، ص48

³ البقرة/184.

⁴ البقرة/184.

⁵ قواعد ابن اللحام / ص73

الصوم على الفور في أربعة مواضع : يوم الشك إن بان أنه من رمضان ، والمتعدي بالفطر ،¹ والمرتب بعد رجوعه إلى الإسلام ، وتارك النية ليلاً عمداً .
وذهب الحنفية ما عدا الكرخي إلى أن قضاء الصوم على التراخي، وعلى هذا له أن يصوم ما شاء من النوافل .²

والراجح جواز تأخير الصوم، فقد ثبت عن أبي سَلَمَةَ قَالَ : سَمِعْتُ عَائِشَةَ - رضي الله عنها - تَقُولُ : ((كَانَ يُؤَيِّدُ الصَّوْمَ مِنْ رَمَضَانَ ، فَمَا أَمْدَطِيعُ أَنْ أَقْضِيَ إِلَّا فِي شَعْبَانَ . قَالَ يَحْيَى : الشُّكُّ مِنَ النَّبِيِّ أَوْ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ))³.

قال ابن حجر: "وفي الحديث دلالة على جواز تأخير قضاء رمضان مطلقاً، سواء كان لعذر أو لغير عذر؛ لأن الزيادة كما بيّناه مدرجة، فلو لم تكن مرفوعة لكان الجواز مقيناً بالضرورة؛ لأن الحديث حكم الرفع، ولأن الظاهر اطلاع النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك، مع توفر دواعي أزواجه على السؤال منه عن أمر الشرع، فلو أن ذلك كان جائزاً لم تواظب عائشة عليه، ويؤخذ من حرصها على ذلك في شعبان أنه لا يجوز تأخير القضاء حتى يدخل رمضان آخر⁴ والقول بأن قضاء الصوم على التراخي هو مذهب الجمهور من الحنفية⁵، والمالكية⁶ وبعض الشافعية⁷، والحنابلة⁸

المطلب الثالث :إخراج الزكاة .

اختلف الفقهاء فيمن ملك النصاب ، وحال عليه الحال ، هل يجب عليه إخراج الزكاة على الفور أم على التراخي؟.

القول الاول : الحنفية ولهم في ذلك ثلاثة أقوال .

¹ الموسوعة الفقهية، وزارة الاوقاف الكويتية، 32/9

² بدائع الصنائع ، الكاساني ، 104/2 .

³ رواه البخاري برقم (184) ، ومسلم برقم (1146) .

⁴ فتح الباري، ابن حجر (191/4).

⁵ حاشية ابن عابدين (75/2).

⁶ حاشية الدسوقي (516/1)، الشرح الكبير للدرديري (516/1).

⁷ الوسيط، الغزالي (554/2)، والمجموع، النووي (385/6).

⁸ الكافي، ابي إسحق الرازي، (359/1)، المغني، ابن قدامة (40/3).

الاول : للمزكي التأخير ولا يأتى بذلك ، وذلك لأن الأمر لا يقتضي الفور، قال الكاساني " وقال عامة مشايخنا إنها على سبيل التراخي؛ أي أنها تجب مطلقاً عن الوقت غير عين ، ففي أي وقت أدى يكون مؤدياً للواجب ، ويتعين ذلك الوقت للوجوب ، ولذا لم يؤد إلى آخر العمر يتضيق عليه الوجوب ، بأن بقي من الوقت قدر ما يمكنه الأداء فيه ، وغلب على ظنه أنه لو لم يؤد فيه يموت فيفوت؛ فعند ذلك يتضيق عليه الوجوب ، حتى أنه لو لم يؤد فيه حتى مات يأتى " .¹

الثاني : تجب الزكاة على الفور؛ وذلك لأن هناك قرينة تدل على الفورية .

جاء في شرح فتح القدير : " والمختار أن الأمر بالصرف للفقير معه قرينة الفور، وهي أنه لدفع حاجته وهي معجلة ، فمتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الإيجاب على وجه التمام " .²

الثالث : قول الكرخي : تجب الزكاة على الفور ، فيأتى بالتأخير مع الإمكان .

القول الثاني : عند الشافعية الزكاة واجبة على الفور ، لا لأن الأمر يقتضي ذلك ؛ بل لأن حاجة المستحقين ناجزة³ ولأنه حق لزمه وقدر على أدائه .⁴

القول الثالث : للحنابلة : يجب إخراج الزكاة على الفور ولا يجوز تأخيرها . يقول ابن قدامة : " وتجب الزكاة على الفور ، ولا يجوز تأخير إخراجها مع القدرة عليه والتمكن منه ، إذا لم يخش ضرراً ثم قال " ولنا أن الأمر المطلق يقتضي الفور على ما يذكر في موضعه ولذلك يستحق المؤخر الإمتثال للعقاب " .⁵

والذي أختاره في هذه المسألة : أن الزكاة يجب إخراجها على الفور، ومن أقوى أدلة الفورية قول الله سبحانه وتعالى " كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ "، فمن حقه الزكاة، وقد أمر الله سبحانه وتعالى بها أن تخرج يوم الحصاد لكن الفورية لا تقتضي يوماً معيناً، وإنما تقتضي أنه بمجرد الحال جاء وقت الوجوب، وعليه أن

¹ بدائع الصنائع ، الكاساني ، 3/2

² فتح القدير ، الشوكاني ، 482/1،

³ مغني المحتاج ، الشربيني 413 /1

⁴ حاشية الرملي ، 134 /3

⁵ المغني ، ابن قدامة ، 684 /2

⁶ الأنعام /141

يخرج زكاته بالقدر الذي يحتاجه الناس، ولا يؤخرها لمصلحة نفسه، أما كونه كما ذكرنا لم يخرجها في يوم واحد فهذا أمر آخر، والأولى به أن يبدأ بإخراجها حتى قبيل وقت الوجوب، بحيث يتمكن من إخراجها خلال هذه الفترة فهي واجبة على الفور ولكن من غير تقيد بوقت معين ففي الأمر سعة .

المطلب الرابع : أداء فريضة الحج .

أولاً : معنى الفورية والتراخي في الحج :

والفورية في الحج تعني الفورية هي المبادرة إلى أداء الحج في أول أوقات الإمكان أي أن يبادر الإنسان إلى أداء الحج في أول أوقات الإمكان؛ أي أول وقت يتمكن فيه الشخص من أداء الحج يؤديه ، و التراخي في الحج تأخير أداء الحج عن وقت الأمر زمناً يمكن إيقاع الحج فيه لكن ليس بمجرد سماع التكليف .

ثانياً : اختلف الفقهاء في وجوب أداء الحج هل يلزم على الفور أو يجوز فيه التراخي .

القول الأول: إن الحج مطلوب فوراً، وهو قول بعض المالكية¹ والحنابلة² والظاهرية³ وفي رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف⁴.

أدلة القائلين بأن الحج واجب على الفور :

الدليل الأول: وقت الحج في العام واحد فإن فات الإنسان لا يعلم أنه سيركه في العام القادم أم لا بخلاف قضاء رمضان فإن لم يستطع القضاء في يوم قضى في غيره⁵.

الدليل الثاني : قوله تعالى ﴿فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾⁶. وجه الدلالة أن الأمر بالاستباق على الخير يدل على وجوب المبادرة إلى الفعل .

ويجاب عن ذلك : أن الآية أعم من موضع النزاع فهي تحث على المبادرة في فعل الخير والطاعات، وهناك سنن لا يجب المبادرة فوراً للقيام بها، لكن في أي وقت شاء الإنسان عملها حصل الأجر والثواب عليها وقد يكون الحج من هذه الطاعات .

الدليل الثالث : أن المبادرة للفعل أحوط وأبرأ للزمة.

ويجاب عن قولهم بما يأتي :

الأول : أن كون المبادرة للفعل أحوط وأبرأ للزمة فهذا لا يستلزم إيجاب المبادرة فالإيجاب حكم شرعي تكليفي يحتاج لنص صريح صحيح يحسم مادة الخلاف في المسألة . الجواب الثاني : أن العمل بالاحتياط إنما يكون عند تساوي الأدلة ، وليس عند عدم وجود أدلة تدل على وجوب الحج على الفور .

القول الثاني: إن الحج مطلوب على التراخي، وهو قول الشافعية¹ ومحمد بن الحسن وفي رواية عن الإمام أبي حنيفة² ورواية عن الإمام مالك³ ورواية عن الإمام أحمد⁴ ورواية عن أبي يوسف⁵.

أدلة القائلين بأن الحج على التراخي:

الدليل الأول: دلالة الأمر ليست على الفور، والفور يستفاد من القرينة ولا توجد قرينة على فورية الحج⁶.

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾⁷ وجه دلالة : أن الآية تدل على جواز التراخي في أداء الحج ثم أن الله أمر بالحج مطلقاً عن الوقت فتقييده بالفور تقييد للمطلق بلا مقيد ، ولا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل ، و لو أراد الشرع تقييده لقيدته فلما سكت عنه فلا يجوز لأحد أن يقيد.

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، ج4، ص24، والخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج1، ص673.

² ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج2، ص419.

³ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج4، ص144.

⁴ شمس الدين ابن قدامة، الشرح الكبير، ج3، ص174.

⁵ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج4، ص144.

⁶ مغني المحتاج ، الشربيني ، 460/1.

⁷ سورة آل عمران / 97 .

¹ عليش، شرح منح الجليل، ج1، ص433.

² المرادوي، الإنصاف، ج3، ص403.

³ ابن حزم، المحلى، ج7، ص273.

⁴ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج2، ص412.

⁵ السرخسي ، أصول السرخسي ، 30/1.

⁶ سورة البقرة / 148 .

الدليل الثالث: عن النبي - صلى الله عليه وسلم - " من ملك زاداً وراحلةً تبغله إلى بيت الله الحرام فلم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً ¹ .
الدليل الرابع: القياس على الصلاة في الوقت، فالشخص له أن يصلّيها في أول الوقت، و له أن يصلّيها في آخره، والعمر هو وقت الحج، فإن شاء حجّ أول العمر، و إن شاء آخره، لجواز تأخير الصلاة لآخر وقتها، فإن قيل: وقت الصلاة قصير، ولذلك وسع فيها، نقول: قصر الوقت ليس شرطاً في جواز التأخير، فالموت يأتي بغتة، وغالب الناس تموت إما وهي لم تؤد الصلاة ولم تتو أداها، ولما تموت وهي لم تؤد الصلاة، ولكن نوت أداها، فمن منا سمع عن شخص مات وهو مؤد للصلاة، وكما سمعنا عن أناس سألوا عن شخص مات وقت صلاة من الصلوات فلم يصلها، فهل يجوز أن نصلي عنه.

والراجع - والله أعلم - أقول بوجوب الحج على التراخي لفعل الرسول - صلى الله عليه وسلم - وذلك بأن الحج فرض في السنة السادسة للهجرة ولم يحج النبي إلا في السنة العاشرة ثم إن هناك مشقة على المكلف في وجوب الحج على الفور وقد يؤدي ذلك إلى التضيق على المكلفين في أداء العبادات وأحكام الشرع المبنية على التيسير ورفع الحرج.

الخاتمة وفيها أهم النتائج

وفي الختام نحمد الله سبحانه وتعالى أن وفقني أن أبحث هذا الموضوع الأصولي في دلالة الأمر المطلق المجرد عن القرائن وقد توصلت للنتائج التالية.

- تعريف الأمر استدعاء الفعل بالقول على وجه الاستعلاء ².
- في الفور يجب المسارعة للعمل وفي التراخي يمكن تأخير العمل.
- أن الأمر المجرد عن القرائن يفيد الفور في بعض المسائل وقد يفيد التراخي في البعض الآخر بناء على نوع العبادة.
- هناك خلاف بين العلماء في إفادة الأمر على الفور أو التراخي.

¹ رواه الترمذي - كتاب الحج باب ما جاء في التغليب في ترك الحج برقم 812/3 168 وقال عنه الترمذي هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

² روضة الناظر، ابن قدامة المقدسي، (106).

- الاختلاف الفقهي مترتب على الاختلاف الأصولي، وفيه إشارة إلى العلاقة الوثيقة بين علم الأصول وعلم الفقه.
- لا يمكن الفتوى بإلزام الناس بالفور لوجود الاختلاف بين العلماء في ذلك.
- ولقد عرفت المصطلحات حتى يتبين المراد، و فصلت في أقوال العلماء في دلالة الأمر على الفور التراخي، وما توصلت إليه في دلالة الأمر المطلق عند علماء الأصول، ثم ما يترتب على ذلك إكفيت بذكر بعض المسائل في مجال العبادات اختصاراً؛ لأن الموضوع يطول إن أخذنا الاختلاف في مسائل العبادات والمعاملات عامةً وغيرها من فروع الفقه.
- وأسأل الله أن أكون قد وفقت للصواب والحمد لله رب العالمين من قبل ومن بعد.

Research Summary

This study is subject to the significance of the command to the fundamentalists if it is immediately or inaction and what consequent on that of judgment on some matters of worships. The importance of this research due to the necessity to know the significance of the command so that the person who is in charg know the necessity of doing the work immediately or he may slacken in his performance. This study collected the definitions contained in the meaning of it immediately and lax and mention the views of fundamentalist scholars at abriefing it immediately or inaction and mention the evidence with discussion and which is more correct. Then mentioned some of the consequences of this dispute matters when scholars in some matters of worship such as prayer, almsgiving, fasting and pilgrimage with a statement of opinion likely.

قائمة المصادر والمراجع:

1. فيما يلي قائمة بالمراجع التي أفدنا منها حسب الترتيب الهجائي للكتاب:
إحكام الفصول في أحكام الأصول؛ سليمان بن خلف الباجي المتوفى سنة (474)هـ، تحقيق د. عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، ط1.
2. أصول السرخسي؛ للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة (490)هـ، حقق أصوله: أبو الوفا الأفعاني، دار الكتب العلمية- بيروت.
3. أصول الفقه الإسلامي؛ وهبة الزحيلي، تصوير عن دار الفكر المعاصر- بيروت/ دار الفكر- دمشق، ط1.
4. الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي، تأليف شيخ الإسلام علي عبد الكافي السبكي المتوفى سنة (756) هـ، وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي المتوفى سنة (771) هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
5. الإحكام للآمدي، أبو الحسن علي بن محمد الأمدي، تحقيق الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1.
6. الإرشاد والتقريب "الصغير" للقاضي أبي بكر محمد بن الطيب الباقلاني الأشعري المتوفى سنة (403)، قدم له عبد الحميد علي أبو زنيد، مؤسسة الرسالة، ط2، 1418 هـ- 1998م.
7. البرهان في أصول الفقه؛ لإمام الحرمين عبد الملك الجويني المتوفى سنة (478)هـ، تحقيق صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، ط1، 1418_1997.
8. التبصرة في أصول الفقه؛ للشيخ أبي إسحق الشيرازي، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر، تصوير عن الطبعة الأولى، 1983.
9. التعريفات، علي بن محمد الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط1 1403هـ.
10. الشافي على أصول الشاشي؛ للإمام نظام الدين الشاشي الحنفي، تأليف الدكتور ولي الدين الغرفور، دار الغرفور، دمشق، ط1، 1422-2001.

11. اللمع في أصول الفقه؛ الشيرازي الفيروز آبادي الشافعي المتوفى سنة 476هـ، دار الكتب العلمية ط1، 1985.
12. المحصول في أصول الفقه؛ أبي بكر بن العربي المعافري المالكي الأشعري، أخرجه واعتنى به حسين علي البدر، علق على مواضع منه سعيد بن عبد اللطيف فودة، دار البيارق، ط1، 1420-1999.
13. المحصول في علم أصول الفقه للفخر الرازي، تحقيق د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط2، 1412-1992.
14. المدخل لعبد القادر بن بدران الدمشقي، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط2، 1401هـ.
15. المستصفى للغزالي وبذيله فواتح الرحموت، دار صادر، تصوير عن الطبعة الأولى الأميرية ببولاق 1322هـ.
16. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، للأستاذ الدكتور محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418-1997.
17. المنحول في تعليقات الأصول، للإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تحقيق د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، ط2، 1400-1980.
18. الموافقات في أصول الأحكام، الشاطبي المتوفى سنة 790هـ، علق عليه الأستاذ الشيخ محمد حسنين مخلوف، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
19. الميسر في أصول الفقه الإسلامي، محمد مصطفى سلقيني، دار الفكر المعاصر بيروت/ دار الفكر - دمشق، ط3، 1996.
20. الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط7، 1421-2000.
21. تفسير النصوص في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة لمناهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة، محمد أديب صالح، ط4، 1413-1993.
22. تيسير التحرير، والتحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية للعلامة ابن همام الدين الإسكندري، وشرحة التيسير للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية

- والشافعية للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي المتوفى سنة (861)، دار الكتب العلمية.
23. جمع الجوامع؛ تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي مع حاشية العلامة البناني على شرح جلال الدين المحلي، ومعها تقرير شيخ الإسلام عبد الرحمن بن محمد الشربيني، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، 1418-1998.
24. حاشية العلامة البناني على شرح جلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي على متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي، ومعها تقرير شيخ الإسلام عبد الرحمن ابن محمد الشربيني، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، ط1، 1418-1998.
25. حاشية نسمات الأسرار للعالم العلامة خاتمة المحققين الشيخ محمد بن عابدين على إفاضة الأنوار على متن أصول المنار، محمد علاء الدين الحصني المفتي بدمشق، طبع بمطبعة دار الكتب العربية على نفقة أصحابها مصطفى البابي الحلبي وأخويه بكري وعيسى. بمصر.
26. روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار المطبوعات العربية، بيروت.
27. سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث.
28. سنن الترمذي - بشرح ابن العربي، دار الفكر.
29. سنن النسائي - بشرح السيوطي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
30. شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الشريعة، الشرح للإمام سعد الدين بن عمر التفتازاني المتوفى سنة (792) هـ، وبالحاشية التنقيح مع شرحه المسمى بالتوضيح للإمام القاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود البخاري الحنفي، تحقيق الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
31. شرح جلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي مع حاشية العلامة البناني، على متن جمع الجوامع للإمام تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، دار الكتب العلمية، ط1، 1418-1998.

32. شرح العضد للقاضي عضد الملة والدين عبد الرحمن بن أحمد الإيجي المتوفى سنة (756) على مختصر المنتهى الأصولي للإمام أبي عمرو جمال الدين عثمان ابن عمر بن أبي بكر المعروف بابن الحاجب المالكي المتوفى (646)، تحقيق فادي نصيف وطارق يحيى، دار الكتب العلمية، ط1، 1421_2000.
33. شرح النووي على صحيح مسلم، محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي على صحيح الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الناشر: مؤسسة مناهل العرفان - بيروت/ توزيع: مكتبة الغزالي - دمشق.
34. صحيح البخاري، أبي عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري - مع الفتح - للحافظ ابن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1410_1989.
35. صحيح مسلم بشرح النووي - الناشر: مؤسسة مناهل العرفان - بيروت/ توزيع: مكتبة الغزالي - دمشق.
36. عارضة الأحوذ بشرح صحيح الترمذي، للإمام الحافظ ابن العربي المالكي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
37. فتح الباري بشرح صحيح البخاري؛ للحافظ ابن حجر العسقلاني، عبد العزيز بن باز، ورقم كتبها وأبوابها محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411-1989.
38. قواطع الأدلة في الأصول للإمام أبي المظفر منصور السمعاني المتوفى سنة (489) هـ، تحقيق محمد إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418_2000.
39. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، للإمام علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة 730 هـ، تحقيق عبد عمر، دار الكتب العلمية، ط1، 1418_1997.
40. مباحث الكتاب والسنة، للأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي مطبعة دار الكتاب دمشق، 1987.

41. مختصر المنتهى الأصولين، للإمام أبي عمرو جمال الدين عثمان بن عمر بن أبي بكر المعروف بابن الحاجب المالكي بشرح العضد الإيجي، تحقيق فادي نصيف وطارق يحيى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421_2000.
42. مسلم الثبوت لابن عبد الشكور، والشرح لابن نظام الدين الأنصاري، بهامش المستصفي، دار صادر، عن الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة 1322 هـ.
43. مناهج الوصول إلى علم الأصول لقاضي القضاة عبد الله بن عمر بن محمد البيضاوي المتوفى سنة 685 هـ، ومعه تخريج أحاديث المنهاج للحافظ زين الدين العراقي المتوفى سنة 806 هـ، تحقيق سليم شبعانية، دار دانية للطباعة والنشر، دمشق، ط1، 1989.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن اتبع سنته إلى يوم الدين؛

تناولت في بحث سابق رواية الراوي المجهول العين (1) ومواقف أئمة الحديث ومذاهبهم في قبولها وردّها، وذكرت أن لهم مذاهب خمسة في ذلك، وتناولت هذه المذاهب وناقشتها وحققت فيها، وتوصلت فيها إلى أن الراجح قبول روايته إذا وثقه أحد أئمة الحديث، ويثبت بطلان مذهب من ذهب إلى قبولها ولو لم يوثقه أحد (2) وأشرت في ذلك البحث إلى أن من أئمة الحديث من ينسب هذا المذهب الأخير إلى ابن خزيمة (3) وابن حبان (4) في صحيحيهما وابن حبان في كتابه الثقات، وأشرت في ذلك البحث أيضاً إلى أن هذا يحتاج إلى تحقيق يطول به المقام في ذلك البحث، ولأني لعلني أقوم بذلك في بحث لاحق (5) وهو ما سأقوم به في هذا البحث.

أود أن أشير قبل تناولي لهذا البحث إلى أهمية هذا الموضوع، وهي تظهر في كونه ينبني عليه إمكانية الاعتماد على تصحيحات ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما، وفي توثيق الرواة الذين يوثقهم ابن حبان، ولا يوجد لغيره فيهم جرح ولا تعديل أو عدم الاعتماد على ذلك؛ لأنه إذا ثبت أنهما يقبلان الراوي المجهول العين، ويحكما بتعديله لمجرد كونه روى عنه راو واحد فقط وغير معروف الحال من حيث الجرح والتعديل، وروى عن ثقة وروى عنه ثقة فلا يمكن الاعتماد عليهما في ذلك بل يحكم بضعف الحديث

2 - المراد بالراوي المجهول العين هو الراوي الذي لم يرو عنه سوى راو واحد ولا يعرف من هو ولا حاله من حيث الجرح والتعديل. انظر فتح المغيث للسخاوي 46 / 2 والتكت على مقدمة ابن الصلاح للزركشي ص 264 وتدريب الراوي ص 272

2 - نشر هذا البحث في مجلة القلعة الصادرة عن كلية الآداب والعلوم - مسلاتة - جامعة المرقب - ليبيا - العدد الأول - يناير - 2014 م ص 289 وما بعدها.

3 - هو أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة السلمي النيسابوري المعروف بابن خزيمة من أئمة الحديث وفقهاء الشافعية ومن مصنفاته: الصحيح، المعروف بصحيح ابن خزيمة. (ت 312 هـ) وفي تذكرة الحفاظ والأعلام: (311 هـ) انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ص 105 وتذكره الحفاظ 2 / 730 وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شعبة 1 / 68 والأعلام 29 / 6.

4 - هو أبو جهم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد التميمي البستي من أئمة الحديث شافعي المذهب، ومن مصنفاته: المسند الصحيح المعروف بصحيح ابن حبان، ومعرفة المجروحين من المحدثين، وكتاب الثقات (ت 354 هـ). انظر تذكره الحفاظ 3 / 920 وما بعدها، وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي 2 / 100 وما بعدها، وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شعبة 1 / 104 والأعلام 6 / 78.

5 - انظر ص 309 من مجلة القلعة.

تحقيق في نسبة بعض أئمة الحديث لابن خزيمة وابن حبان قبول الراوي المجهول العين في صحيحيهما ولابن حبان في كتابه: الثقات.

د/ عبدالسلام عمران شعيب

أستاذ الحديث وفقهه بقسم اللغة العربية - شعبة الدراسات الإسلامية

كلية الآداب والعلوم - مسلاتة - جامعة المرقب - ليبيا

الذي يصحاحه إذا كان فيه راو من هذا النوع وعدم توثيق من يوثقه ابن حبان في ثقافته دون غيره بل يحكم بجهالته وضعف ما يرويه من أحاديث، وهذا تتبني عليه أيضا أحكام الحلال والحرام فلا يكون دليلا على إثبات هذه الأحكام إذا حكمنا بعدم ثبوت أحاديث رواية هذا النوع .

وكتبتهما الثلاثة . أعني صحيحيهما وكتاب الثقات لابن حبان . من أهم كتب الحديث التي تتبني عليهما كثير من أحكام الحلال والحرام ، فصحيحاهما من الكتب المخصصة لرواية الأحاديث الصحيحة كالصحيحين في تخصيصيهما لذلك، وقد أضافا على الصحيحين أحاديث كثيرة لم ترو في الصحيحين بعضها تحوي أحكاما مستقلة لم تذكر في أحاديث الصحيحين، وبعضها مخصصة لعمومها أو مفيدة لإطلاقها أو مبينة لمجملها، وغير ذلك من أمور يفيدها نص على نص .

ونسبة هذا المذهب لابن خزيمة وابن حبان تحتاج إلى تحقيق . كما أشرت . فإن من نسبه إليهما اعتمد . كما سيأتي بيانه . على ما بدا له أنه مذهبهما ولم يجزم بذلك ، وهذا لا يصح الاعتماد عليه في نسبة هذا المذهب لهما ؛ إذ لا يصح الاعتماد على الاحتمال في نسبة المذاهب والأقوال ، ولا يقوم الاحتمال لدليلا على ذلك ؛ فالدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال .

وقد نسب هذا المذهب لابن خزيمة ابن حجر ⁽¹⁾ والسخاوي ⁽²⁾ ونسبه لابن حبان في صحيحه وكتابه في الثقات ابن حجر ونسبه إليه في صحيحه السيوطي ⁽³⁾.

1 - هو أحمد بن علي بن محمد الكفائي السعدي نسبة إلى أصله بلدة عسقلان بفلسطين وولد وعاش ومات في القاهرة يكنى بأبي لفضل ويلقب بشهاب الدين وهو من أئمة الحديث من مصنفاته : شرح صحيح البخاري المسمى : فتح الباري وتهذيب التهذيب وتقريبه المسمى : تقريب التهذيب ، وتعميل المنفعة بزيادات الأئمة الأربعة ولسان ميزان الذهب والإصابة في تمييز الصحابة والتلخيص الحبير في تخريج الراقي الكبير وبلوغ المرام من أدلة الأحكام ونخبة الفكر في مصطلح الحديث وشرحها والمجمع المؤسس للمعجم المفهرس والدرر الكامنة في تراجم المائة الثامنة ونيل على الدرر المذكورة وإنباء الغمر بأبناء العمر ورفع الإصر عن قضاة مصر وغيرها (ت 852 هـ) . انظر الضوء اللامع 1/ 36 وما بعدها ولحظ الألبان 5/ 326 وما بعدها ونيل تذكرة الحفاظ للسيوطي 5/ 380 وما بعدها والأعلام 1/ 178.

2 - هو محمد بن عبد الرحمن بن محمد شمس الدين المخاوي المعروف بالسخاوي نسبة إلى قريته سخا قرية من قرى مصر وهو من أئمة الحديث ومؤرخ من كتبه : فتح المغني شرح الفية العراقي في الحديث والمقاصد الحسنة في الأحاديث المشتهرة على الألسنة والإعلان بالتوبيخ على من ذم التاريخ ووجيز الكلام في النيل على دول الإسلام للذهبي والتبر المسبوك في النيل على كتاب السلوك للمقرئ والضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، وهو في تراجم أعلام القرن التاسع وغيرها (ت 902 هـ) . انظر شذرات الذهب 4/ 16 و17 والبدر الطالع 2/ 87 و88 والأعلام 6/ 194.

3 - هو جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين السيوطي من أئمة الحديث والفقه الشافعي ومؤرخ أيضا من المكثرين من التصنيف له مصنفات في فنون متعددة في الحديث والفقه والنحو واللغة والتاريخ والتراجم وغيرها منها : تدريب الراوي شرح تقريب النووي في علوم الحديث ، والألفية في علوم الحديث ، وإسعاف المبدأ في رجال الموطأ ، وتبوير الحوالك شرح موطأ مالك ، والجامع الكبير في الحديث ، والجامع الصغير في الحديث أيضا ، ونيل تذكرة الحفاظ ، والخصائص النبوية ، والدرر المنتثرة في الأحاديث المشتهرة ، والديباج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، ولب الباب في تحرير الأنساب ، واللآلئ المصنوعة في الأحاديث الموضوعة ، ومناهل الصفاء في تخريج أحاديث الشفاء ، والإكليل في

وقد بنى ابن حجر نسبه هذه لابن حبان على كلام ابن حبان في مقدمتي صحيحه وكتابه الثقات عند ذكره شروطه في قبول الأحاديث والحكم بصحتها في صحيحه والحكم بثقة الرواة في ثقافته، وبنى السيوطي نسبه لابن حبان في صحيحه على كلام ابن حبان في صحيحه أيضا والحق ابن حجر ابن خزيمة بابن حبان عند نسبه هذا المذهب لابن حبان .

أما ابن حجر فقد قال في كتابه لسان الميزان عند ذكره كلاما ينسبه لابن حبان : ((قال ابن حبان : من كان منكر الحديث على قلته لا يجوز تعديله إلا بعد السبر ولو كان ممن يروي المناكير ووافق الثقات في الأخبار لكان عدلا مقبول الرواية ؛ إذ الناس في أقوالهم على الصلاح والعدالة حتى يتبين منهم ما يوجب القدر ، هذا حكم المشاهير من الرواة ، فأما المجاهيل الذين لم يرو عنهم إلا الضعفاء فهم متروكون على الأحوال كلها)) ⁽¹⁾ وهذا الكلام مع أنه لا يوجد لابن حبان بهذا اللفظ في مقدمتي كتابيه ليس فيه تصريح من ابن حبان من أنه يقبل رواية المجهول العين إذا كان الراوي عنه ثقة والذي روى عنه المجهول ثقة .

ثم قال ابن حجر بناء على ما بدا له من هذا الكلام أن ابن حبان يقبل رواية الراوي المجهول العين مشيرا إلى أنه مذهب ابن خزيمة أيضا : ((قلت : وهذا الذي ذهب إليه ابن حبان من أن الرجل إذا انتفت جهالة عينه كان على العدالة إلى أن يتبين جرحه مذهب عجيب والجمهور على خلافه ، وهذا مسلك ابن حبان في كتاب الثقات الذي ألفه ؛ فإنه يذكر خلقا ممن نص عليهم أبو حاتم وغيره أنهم مجهولون وكان عند ابن حبان جهالة العين ترتفع برواية واحد مشهور ، وهو مذهب شيخه ابن خزيمة ولكن جهالة حاله باقية عند غيره)) وكلام ابن حجر هذا واضح في أنه فيما بدا له من كلام ابن حبان وأنه غير متحقق من أن هذا مذهبه واستعماله لعبارة : ((وكان ابن حبان)) تشير إلى ذلك مع ما أشرت إليه من أن ابن حبان لم يصرح في كلامه السابق أن المجهول تقبل روايته بل هو تفسير من ابن حجر لكلامه بحسب ما بدا له منه .

استنباط التنزيل ، والإتقان في علوم القرآن ، وطبقات المفسرين ، والحاوي للفتاوى ، والأشباه والنظائر في الفقه ، وشرح شواهد معني النيب ، والمزهر في اللغة ، والألفية في النحو وشرحها والأشباه والنظائر في النحو ، وبغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ، وجمع البوامع في النحو وشرحه ، وتاريخ الخلفاء ، وحسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة ، والشماریخ في علم التاريخ . (ت 911 هـ) . انظر شذرات الذهب 4/ 51 وما بعدها والبدر الطالع 1/ 229 وما بعدها وهدية العارفين 5/ 534 والأعلام 3/ 301 و302.

1 - لسان الميزان 1/ 25 .

ثم قال ابن حجر بعد كلامه السابق : ((وقد أفصح ابن حبان بقاعدته فقال : العدل من لم يعرف فيه الجرح ؛ إذ التجريح ضد التعديل فمن لم يجرح فهو عدل حتى يتبين جرحه ؛ إذ لم يكلف الناس ما غاب عنهم)) واستخدام ابن حجر في كلامه هذا لعبارة : (وقد أفصح) مما يدل على ما سبقت الإشارة إليه من أن كلامه السابق في تفسير كلام ابن حبان هو بحسب ما بدا له وليس مما يتحققه ويجزم به أي أن كلام ابن حبان السابق ليس صريحا فيما فسره به ابن حجر ، وهذا الكلام الثاني الذي نسبته لابن حبان قد ذكره ابن حبان في مقدمة ثقاته باللفظ نفسه فلم يذكره ابن حجر هنا بمعناه .

وما بدا لابن حجر من معناه غير صحيح عندي ؛ فهو ليس صريحا أيضا في أن ابن حبان يقبل المجهول العين ، وإنما يريد ابن حبان منه أن عدم معرفة جرح في الراوي هو توثيق للراوي ، فلا يحتاج معه إلى أن يجد من يقول فيه : هو ثقة ، وذلك بعد البحث في حال الراوي حيث لا يجد فيه ما يجرح بسببه ؛ فيقبله ويحكم بثقته بما يظهر له من حال الراوي وليس عليه البحث في أحواله الخفية ، ولا يحكم عليه بالثقة وهو لم يبحث في حاله ؛ فيحكم بقبوله وثقته بمجرد الرواية عنه وهو مجهول الحال من حيث الجرح والتعديل ، والذي يدل على أن هذا مراده أنه قال في مقدمة كتابه الثقات : ((فكل من أذكره في هذا الكتاب الأول فهو صدوق يجوز الاحتجاج بخبره)) (1) .

فكيف يحكم على الراوي بأنه صدوق وهو مجهول لا يعرف حاله من حيث الجرح والتعديل ؟ ! .

ويدل على ذلك أيضا قوله في مقدمة صحيحه : ((فمن صح عندنا منهم أنه عدل احتجنا به ، وقبلنا ما رواه وأدخلناه في كتابنا هذا)) (2) .

وكذلك قوله في شروط الرواة الذين يروي عنهم في صحيحه : ((وأما شرطنا في نقلة ما أودعناه كتابنا هذا من السنن ؛ فإننا لم نحتج فيه إلا بحديث اجتمع في كل شيخ من رواة خمسة أشياء : الأول : العدالة في الدين بالستر الجميل ، والثاني : الصدق في الحديث بالشمرة فيه ، والثالث : العقل بما يحدث من الحديث ، والرابع : العلم بما يحيل من معاني ما يروي ، والخامس : المتعري خبره عن التدليس فكل من اجتمع فيه هذه الخصال الخمس احتجنا بحديثه وبنينا الكتاب على روايته وكل من تعرض عن خصلة من هذه الخصال الخمس لم نحتج به)) (3) ونراه هنا لم يذكر في الرواة الذين يقبلهم الراوي المجهول الذي

1 - ثقات ابن حبان 1/ 11 .

2 - صحيح ابن حبان 1/ 87 .

3 - المصدر السابق 1/ 83 .

ثم قال ابن حبان في بيانه مراده بالعدالة في الراوي بالمعنى الذي ذكرته وليس بالمعنى الذي بدا لابن حجر : ((والعدالة في الإنسان هو أن يكون أكثر أحواله طاعة الله ؛ لأننا متى ما لم نجعل العدل إلا من لم يوجد منه معصية بحال أننا ذلك إلى أن ليس في الدنيا عدل ؛ إذ الناس لا تخلو أحوالهم من ورود خلل الشيطان فيها بل العدل من كان ظاهر أحواله طاعة الله والذي يخالف العدل من كان أكثر أحواله معصية الله)) (1) فهو يريد أن يبين أن الحكم على الرجل بالعدالة لا يكون بالاطلاع على جميع أحواله فذلك شبه مستحيل ، فلا بد أن يكون للرجل أوقات يخلو فيها مع نفسه ولا يعلم أحد ما يفعله فيها كشراب خمر ونحو ذلك مما لا يطلع عليه أحد غير الله . سبحانه وتعالى . وهذا هو حال جميع أئمة الجرح والتعديل في حكمهم على الرجال يحكمون بما يظهر على أحوال الرجال ولا يطلعون على أحوالهم الخفية ، وهذا المعنى يتفق مع المعنى الذي ذكره الشافعي لعدالة الرواة حيث قال الشافعي : ((وكان الواجب ألا يقبل خبر أحد على شيء يكون له حكم حتى يكون عدلا في نفسه ورضا في خبره وكان بينا إذ افترض الله علينا قبول أهل العدل إنه إنما كلفنا العدل عندنا على ما يظهر لنا ؛ لأننا لا نعلم مغيب غيرنا)) (2) ولم يقل أحد : إن الشافعي يقبل خبر الراوي المجهول .

وأما ما ذكره ابن حجر من أن ابن حبان يعرف قبوله للرواة المجهولين من حكم أبي حاتم الرازي (3) على رواة بأنهم مجهولون ، فيوثقهم ابن حبان أو يصحح حديثهم بروايته عنهم في صحيحه فهو باطل مردود بأن كثيرا من أئمة الحديث يحكمون بجهالة راو فيأتي غيرهم من أئمة الحديث فيحكمون بثقة الراوي ويعمل بقول الموثقين وليس بقول الذين حكموا بجهالتهم بناء على أن ما جهله من حال من جهله قد عرفه غيره ، وحكم بعدالته ، وكتب الجرح والتعديل في حكمهم على الرجال وكتب التجريح وغيرها في حكم أصحابها على الأحاديث تكتظ بهذه الحالات فيأخذون بقول من وثقهم لا من جهلهم .

1 - المصدر السابق الجزء 1 والصفحة نفسها .

2 - اختلاف الحديث 8 / 713 .

3 - هو أبو حاتم محمد بن إدريس بن المنذر التميمي الحنظلي الرازي من كبار أئمة الحديث والجرح والتعديل المتقدمين المعاصر لكبار أئمة الحديث أيضا المتكلمين في الرجال كالحمد بن حنبل ويحيى بن معين وأبني زرعة الرازي ، وهو والد أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم المعروف بابن أبي حاتم من أئمة الحديث ورواته والعارفين برجاله جرحا وتعديلا صاحب كتاب الجرح والتعديل الذي هو من أقدم كتب الجرح والتعديل والذي أصبح عمدة لمن جاء بعده في هذا الشأن وقد حوى كتابه هذا كثيرا من كلام أبيه في الرجال وكلام معاصريه الذين سبق ذكرهم وغيرهم ، وكذلك في كتابه في علل الحديث . (ت 277 هـ) . انظر تذكرة الحفاظ 2/ 567 و 3/ 729 والبداية والنهاية 6/ 11 و 59 و 184 .

فمن ذلك اعتراضات ابن الملقن⁽¹⁾ على من يحكم على الراوي بأنه مجهول فيستدرك عليه بأنه معروف ويبين حاله من حيث الجرح والتعديل كاعتراضاته على ابن حزم⁽²⁾ في حكمه على رواية بأنهم مجهولون وهم ثقات كقوله في اعتراضه عليه في تضعيف حديث: ((لا تنفق المرأة شيئا من بيت زوجها إلا بإذنه . قيل : يا رسول الله ولا الطعام ؟ قال : ذاك أفضل أموالنا))⁽³⁾ مستغنيا منه ذلك ، ووصفا لما وقع فيه ابن حزم بأنه زلة منه مشيرا إلى وقوعه في شيء أكبر من ذلك في حديث آخر بتجهيله من هو ثقة ، وأن لابن حزم من هذا القبيل أشياء كثيرة جمعها في كتاب مفرد : ((وأما ابن حزم ، فإنه ومأه بأن قال : إسماعيل ضعيف ، وشريحيل مجهول لا يدرى من هو . وهذا غريب ؛ فإسماعيل حجة فيما يروي عن الشاميين ، وشريحيل شامي ، وحاشاه من الجهالة روى عن جماعة ، وعنه جماعة ، وقال أحمد : هو من ثقات التابعين . ووثقه العجلي نعم ضعفه ابن معين ، وهذه زلة من ابن حزم ، وأعظم من ذلك قوله في حديث ابن عمر : سئل رسول الله . صلى الله عليه وسلم . ما حق الزوج على زوجته ؟ قال : ((لا تصدق إلا بإذنه ، فإن فعلت كان له الأجر ، وعليها الوزر)) قال بعد أن رواه : خبر هالك فيه موسى بن أعين ، وهو مجهول ، وليث بن أبي سليم ليس بالقوي . انتهى ، وموسى هذا جزري حراني روى عن خلق ، وعنه خلق ، ووثقه أبو زرعة وأبو حاتم والنسائي ؛ فلا حول ولا قوة إلا بالله ، وله من هذا القبيل عدة جمعتها في جزء مفرد⁽⁴⁾ .

ومنها اعتراضاته على ابن القطان⁽¹⁾ في حكمه على رواية بأنهم مجاهيل ، فيعترض عليه بأنهم معروفون حيث قال بعد الاعتراض عليه مطولا في حكمه على راو بالجهالة : ((قلت : فمن هذه حالته كيف يكون مجهولا ؟ ! ولابن القطان من هذا القبيل نظائر جمعتها في جزء مفرد . والله المعين على إكماله .))⁽²⁾ .

ومن ذلك أيضا قول ابن الملقن أيضا معترضا على البيهقي⁽³⁾ في تضعيفه حديث : ((لا زكاة في الحلبي)) بسبب جهالة راو فيه ، وعلى الذهبي⁽⁴⁾ في تبعيته للبيهقي في ذلك ، ومستركا على ابن دقيق العيد⁽⁵⁾ فيما ذكره في كتابه الإمام من الحاجة لمعرفة حال هذا الراوي بأنه عُل ، وزالت عنه الجهالة الحالية والعينية : ((فقال في الإمام : يحتاج المحتج به أن يبلغه ما يوجب تعديله . قلت : قد عُل . والله الحمد . ذكره ابن أبي حاتم ، وقال : روى عن أسامة بن زيد بن أسلم روى عنه عبدالعزيز بن عمران . ثم نقل عن أبي زرعة أنه قال : هو أبو عبيدة مصري ليس به بأس . وفي الإكمال لابن ماكولا : عافية بن أيوب بن عبد الرحمن بن مسلم مولى دوس أبو عبيدة يروي عن حيوة بن شريح ، ومعاوية بن صالح ، والمحرر بن بلال بن أبي هريرة ، وسعيد بن عبدالعزيز والليث بن سعد ، ومالك ابن أنس ، وغيرهم آخر

¹ - هو أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك بن يحيى بن إبراهيم بن القطان القاسمي المعروف بابن القطان من أئمة الحديث ، ومن مصنفاته : بيان الوهم والإيهام ، والنظر في أحكام النظر ، وغيرهما (ت 628 هـ) انظر تذكرة الحفاظ 4 / 1407 وشذرات الذهب 3 / 5 / 128 والأعلام 4 / 331 .

² - البئر المنير 2 / 428 .

³ - هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي من أئمة الحديث شافعي المذهب ، ومن مصنفاته : السنن الكبرى والسنن الصغرى ومعرفة السنن والآثار ، ودلائل النبوة ، وشعب الإيمان ، والقراءة خلف الإمام ، وغيرها (ت 458 هـ) . انظر تذكرة الحفاظ 3 / 1132 والعبر 1 / 476 و477 وطبقات الشافعية الكبرى للسيكي 2 / 348 وما بعدها ، والعقد المذهب ص 93 و94 وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شعبة 1 / 199 و200 والأعلام 1 / 116 .

⁴ - هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المعروف بالذهبي من أئمة الحديث بدمشق شافعي المذهب من مصنفاته : دول الإسلام ، والمشتبه في الأسماء والأنساب والكنى والألقاب ، وسير أعلام النبلاء ، وتذكرة الحفاظ ، وتذهيب تذهيب الكمال في أسماء الرجال ، والكاشف في من له رواية في الكتب الستة ، والمعر في خبر من غير ، وميزان الاعتدال في نقد الرجال ، وتجرید أسماء الصحابة ، وتاريخ الإسلام ، والمستدرك على مستدرك الحاكم على الصحيحين ويسمى : تلخيص المستدرك أيضا (ت 748 هـ) . انظر طبقات الشافعية الكبرى للسيكي 5 / 61 وما بعدها ، وذيل تذكرة الحفاظ للحسيني 5 / 34 وما بعدها ، وذيل الصيني على عبر الذهبي 2 / 447 مطبوع مع العبر تاليا له ، والذيل على طبقات ابن الملقن لابن الملقن ص 523 والدرر الكامنة 3 / 366 وما بعدها . طبعة دار الجبل ، وذيل تذكرة الحفاظ للسيوطي 5 / 347 وما بعدها ، والأعلام 5 / 326 .

⁵ - هو أبو الفتح تقي الدين محمد بن علي بن وهب بن مطيع المعروف بابن دقيق العيد ، وهو من أئمة الحديث كان مالكا ، ثم تحول شافعي من مصنفاته : شرح عمدة الأحكام للمقنسي المسمى : الإحكام شرح عمدة الأحكام ، والإمام بأحاديث الإحكام ، وشرحه لم يكمله ، والإمام في أحاديث الأحكام ، والاقتراح في بيان الاصطلاح ، وهو في علوم الحديث ، وغيرها (ت 702 هـ) انظر تذكرة الحفاظ 4 / 1481 وما بعدها ، وطبقات الشافعية الكبرى للسيكي 5 / 115 وما بعدها ، والعقد المذهب ص 175 ، والتبيين لبديعة البيان 3 / 1439 ، وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شعبة 2 / 23 وما بعدها ، والدرر الكامنة 4 / 58 طبعة دار الكتب العلمية . وشذرات الذهب 3 / 6 / 5 ، والأعلام 6 / 282 .

¹ - هو سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري المعروف بابن الملقن من فقهاء الشافعية وأئمة الحديث بمصر في القرن الثامن الهجري من مصنفاته : التوضيح في شرح الجامع الصحيح - صحيح البخاري - والإعلام بفوائد عمدة الأحكام وهو شرح لعمد الأحكام فيما اتفق عليه الشيخان للمقنسي والمقنع في علوم الحديث ، واليدر المنير في تخريج أحاديث وأثار الشرح الكبير للرافعي لوجيز الغزالي وغنية الفقيه في شرح تنبيه الثيراني وعمدة المحتاج في شرح منهاج النووي وله كتاب في تراجم الفقهاء الشافعية يسمى : العقد المذهب في طبقات حملة المذهب . وغيرها من المصنفات . (ت 804 هـ) . انظر العقد المذهب في طبقات حملة المذهب لابن الملقن ص 334 . والمجمع المؤسس ص 307 وإنشاء الغمر 5 / 41 ، ودرر العقد المذهب في طبقات حملة المذهب 2 / 429 والضوء اللامع 3 / 6 / 100 وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شعبة 2 / 281 ، ولحظ الألبان 5 / 197 ، ووجيز الكلام في الذيل على دول الإسلام 1 / 362 ، والدليل الشافي على المنهل الصافي 1 / 502 وشذرات الذهب 4 / 7 / 44 ، واليدر الطالع 1 / 346 ، وهدية العارفين 5 / 791 والأعلام للزركلي 5 / 57 ومجمع المؤلفين 7 / 297 .

² - هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الاندلسي المعروف بابن حزم من أئمة الحديث ، وفقهاء المذهب الظاهري من مصنفاته : الفصل في المال والأهواء والنحل في العقيدة ، والمحلى في الفقه ، والناسخ والمنسوخ ، وحجة الوداع ، والإحكام في أصول الأحكام ، وإبطال القياس والرأي ، وغيرها (ت 456 هـ) وفي قول ذكره الذهبي أنه توفي سنة : 457 هـ . انظر وفیات الأعيان 2 / 155 . وتذكرة الحفاظ 3 / 1146 وما بعدها ، والبداية والنهاية 6 / 12 / 90 والأعلام 4 / 254 .

³ - عز ابن الملقن هذا الحديث قبل كلامه الذي سأذكره للترمذي ، وابن ماجه عن أبي أمامة ، وقد رواه الترمذي في 5- كتاب الزكاة - 34- باب في نفقة المرأة من بيت زوجها - حديث رقم : 670 وابن ماجه في 12- كتاب التجارات - 65- باب ما للمرأة من مال زوجها - حديث رقم : 2295 . انظر سنن الترمذي 3 / 57 وسنن ابن ماجه 2 / 770

⁴ - تحفة المحتاج 2 / 262 وانظر الجرح والتعديل 8 / 137 ومعرفة الثقات للعجلي 1 / 451 والمحلى 8 / 315 و317 و319 .

من حدث عنه بمصر بحر بن نصر . قلت : فقد زالت عنه الجهالة العينية والحالية إذن والحافظ شمس الدين الذهبي في ميزانه تبع البيهقي ؛ فقال : عافية بن أيوب روى عن الليث بن سعد تكلم فيه ما هو بحجة ، وفيه جهالة . هذا لفظه .))⁽¹⁾ .

ومن ذلك اعتراضه على النووي⁽²⁾ والذهبي بتضعيف حديث : ((وكان رسول الله . صلى الله عليه وسلم . إذا ركع قال : سبحان الله ربي العظيم ويحمده ثلاثا ، وإذا سجد قال : سبحان ربي الأعلى ويحمده)) . أي بزيادة لفظة : ((ويحمده)) . بدعواهما جهالة راو في سنده حيث اعترض عليهما بما يفيد توثيق الراوي ، ويرفع عنه الجهالة الحالية والعينية حيث قال : ((قال . ابن حبان . : إياس ابن عامر من ثقات المصريين . قلت : وقال ابن يونس : كان من شيعة علي والوافدين عليه من أهل مصر ، وشهد مشاهده . وقال العجلي : مصري تابعي لأبأس به . قلت : فقد علم إذن عينه وحاله ؛ فانفتت الجهالة عنه كما ادعاه النووي وظهر به أيضا رد قول الذهبي الحافظ في اختصاره للمستترك : إياس هذا ليس بالمعروف))⁽³⁾ .

وقوله مغلطا ومعترضا على ابن القطان في حكمه بالجهالة على راو في حديث : ((العينان وكاء السه⁽⁴⁾ فإذا نامت العينان استطلق الوكاء فمن نام فليتوضأ)) : ((ورواه أبوداود وابن ماجه من رواية

¹ - البدر المنير 570 / 5 وانظر الجرح والتعديل 44 / 7 ومعرفة السنن والآثار 298 / 3 والإكمال لابن ماكولا 24 / 7 وميزان الاعتدال 72 / 3 .

² - هو أبو زكرياء محيي الدين يحيى بن شرف النووي نسبة إلى نوا قرية من قرى حوران بسموريا ، وهو من أئمة الحديث والفقه الشافعي من مصنفاته : شرح صحيح مسلم والتقريب والتيسير في علوم الحديث وخصلاصة الأحكام من مهمات السنة وقواعد الإسلام ومنهاج الطالبين وروضة الطالبين والمجموع شرح المذهب لأبي إسحاق الشيرازي وتصحيح تنبيه أبي إسحاق الشيرازي وتنبيه الأسماء واللغات (ت 676 هـ) وجعل ابن قاضي شعبة وفاقه سنة : 677 هـ . انظر تذكرة الحفاظ للذهبي 4 / 1470 وما بعدها وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي 4 / 471 وما بعدها ، وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شعبة 1 / 473 وما بعدها وشذرات الذهب 3 / 354 وما بعدها والأعلام 8 / 149 و150 .

³ - البدر المنير 610 / 3 وقد عزا هذا الحديث قبل كلامه هذا لأبي داود عن عتبة بن عامر ، وأشار إلى أن في سند أبي داود : عن رجل عن عتبة بن عامر . ثم أشار إلى تضعيف النووي له ؛ لكون هذا السند فيه هذا الرجل المجهول ، فنكر ابن الملقن أنه جاء التصريح باسمه في رواية الحاكم بأنه إياس بن عامر الذي يقن حاله في كلامه هذا ، ثم اعترض على الذهبي في حكمه عليه بالجهالة أيضا كما رأينا . وقد رواه أبوداود في كتاب الصلاة - باب ما يقول الرجل في ركوعه وسجوده - حديث رقم : 870 والرواية التي عزاها للحاكم رواها الحاكم في 4 كتاب الصلاة - حديث رقم : 817 . انظر سنن أبي داود 1 / 230 والمستترك على الصحيحين 1 / 347 وانظر صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان 3 / 386 وتلخيص الذهبي لمستترك الحاكم بهامش المستترك 1 / 347 .

⁴ - ((الوكاء)) بكسر الواو وجمعه أوكية مثل سلاح وأسلحة : الخط الذي يربط به الكيس والصرة والقرية ونحوها و ((السه)) : حلقة الدبر ، وهي مخرج الريح والغائط ، ويسمى : الاست أيضا وأصل الاست : سته وجمعه استاه مثل : فرس وأفراس ، فحذفت الهاء من سته وجيء بهمة الوصل تعويضا عنها وعند إعادة الهاء إليها تحذف همزة الوصل التي هي بديل عنها وتحذف التاء ، فيقال : (سه) ، ومعنى : ((العينان وكاء السه)) أن الإنسان مادام مستيقظا كانت بقلته ضابطة ومقعة من خروج الريح إلا باختياره كما يمنع الوكاء خروج ما في القرية ونحوها منها ، فإذا نام أو غاب عنه الوعي أمكن خروج الريح منه وهو لا يدري ، فيكون نومه وغيبه عن الوعي ناقضا من نواقض الوضوء ؛ لهذا السبب . انظر النهاية في غريب الحديث

عبدالرحمن بن عائذ ، وإدعى ابن القطان جهالته ، وهو غلط منه ؛ فقد وثقه النسائي وغيره))⁽¹⁾ وابن الملقن هنا لا يعني بالاعتراض هنا ثبوت الحديث ؛ فقد ضعف الحديث بعد كلامه هذا لسبب آخر ، واعتراض على ابن الصلاح⁽²⁾ والمنذري⁽³⁾ والنووي في تحسينهم للحديث ، ولكن هذا الاعتراض على حكم ابن القطان على هذا الراوي بالجهالة ؛ لأنه لم يقف على حاله من حيث الجرح والتعديل ، وهو معروف الحال عند غيره بالعدالة .

وقوله معترضا على ابن حزم في تضعيفه حديث : ((صلى بنا رسول الله . صلى الله عليه وسلم . في كسوف لا تسمع له صوتا)) بجهالة راو فيه بعد ذكره . ابن الملقن . تصحيح الترمذي والحاكم ، وابن حبان بروايته له في صحيحه : ((وأما أبو محمد بن حزم فقال : لا يصح ؛ لأنه لم يروه إلا ثعلبة بن عباد العبدي ، وهو مجهول . وكأنه تبع في ذلك ابن المديني ؛ فإنه قال : الأسود بن قيس يروي عن مجاهيل . وهو راوي هذا الحديث ، ولا يحضرني روى عنه غيره لكن ذكره ابن حبان في ثقاته ، وتصحيح الأئمة الماضين لحديثه يرفع عنه الجهالة))⁽⁴⁾ .

وقد وقع ذلك في رواية من رواة الصحيحين وممن حكم عليهم بالجهالة أبو حاتم نفسه لكن وتقيم غيره فحكم بقتنهم ، وقد ذكر ابن حجر نفسه منهم في كتابه فتح الباري شرح صحيح البخاري عند اعتراضاته

لابن الأثير ص 619 و1287 - تحقيق : رضوان مامو - الطبعة الأولى - 1422 هـ - 2011 م - مؤسسة الرسالة ناشرون - دمشق - سوريا - بيروت - لبنان . والمصباح المنير لليومي 1 / 262 و2 / 925 - دار القلم - بيروت - لبنان .

¹ - خلاصة البدر المنير 52 / 1 والرواية التي عزاها لأبي داود وابن ماجه رواها أبوداود في كتاب الطهارة - باب الوضوء - حديث رقم : 203 ، وابن ماجه في 1 - كتاب الطهارة وسننها - 62 - باب الوضوء من النوم - حديث رقم : 477 كلاهما من طريق عبدالرحمن ابن عائذ عن علي بن أبي طالب ، وقد أشار ابن الملقن بعد كلامه هذا إلى أنهما روياه عن علي بن أبي طالب . انظر سنن أبي داود 1 / 52 وسنن ابن ماجه 1 / 161 وانظر بيان الوهم والإيهام 3 / 9 وخصلاصة الأحكام 1 / 119 والمجموع شرح المذهب 2 / 14 .

² - هو أبو عمرو تقي الدين عثمان بن صلاح الدين عبدالرحمن بن عثمان بن موسى الكردي الشهرزوري ثم الدمشقي المعروف بابن الصلاح من أئمة الحديث ، وفقهاء الشافعية من مصنفاته : علوم الحديث المعروف بمقدمة ابن الصلاح ، وشرح قطعة من صحيح مسلم ، وشرح وسيط الغزالي يسمى : الإشكالات على الوسيط أو مشكل الوسيط ، وتكت على مذهب الشيرازي ، وطبقات الفقهاء (ت 643 هـ) وانظر وفيات الأعيان 2 / 116 ، وتذكرة الحفاظ 4 / 1430 وسير أعلام النبلاء 16 / 407 والبداية والنهاية 7 / 13 و157 وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي 4 / 428 ، والعقد المذهب ص 163 ، وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شعبة 1 / 434 .

³ - هو أبو محمد زكي الدين عبدالعظيم بن عبدلوقي المنذري المعروف بالمنذري من أئمة الحديث ، وفقهاء الشافعية من مصنفاته : مختصر سنن أبي داود مع حاشية له عليه ، وهي التي يشير إليها ابن الملقن ، ومن مصنفاته أيضا : مختصر صحيح مسلم ، وشرح جزءا من تنبيه الشيرازي (656 هـ) . انظر تذكرة الحفاظ 4 / 1436 والبداية والنهاية 7 / 13 و196 وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي 4 / 387 والعقد المذهب ص 163 وحسن المحاصرة 1 / 306 .

⁴ - البدر المنير 129 / 5 و قد رواه الترمذي عن سمرة بن جندب في أبواب الصلاة - 397 - باب مجاء في صفة القراءة في الكسوف - حديث رقم : 562 والحاكم في 11 - كتاب الكسوف - حديث رقم : 1230 وابن حبان في كتاب الصلاة - باب صلا الكسوف - حديث رقم : 2840 . انظر سنن الترمذي 2 / 451 والمستترك على الصحيحين 1 / 487 وصحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان 4 / 222 وانظر المحلى 5 / 102 .

على من طعن في بعض رواة صحيح البخاري ، وهذا يناقض به كلامه السابق ، فمن ذلك قوله في أحد رواة الصحيحين ممن جهل حالهم أبوحاتم وعرفهم غيره : ((أسباط أبو اليسع جهله أبوحاتم وعرفه غيره))^(١) وقوله في راو آخر : ((بيان بن عمرو جهله أبوحاتم وعرفه غيره))^(٢) وفي راو آخر : ((الحسين بن الحسن بن بشار جهله أبوحاتم وعرفه غيره))^(٣) وكذلك في غيرهم من الرواة .

وكذلك ذكر السيوطي جماعة من الرواة في الصحيحين وغيرهما حكم عليهم بعض أئمة الحديث بأنهم مجهولون وعرفهم غيرهم بتوثيقهم حيث قال السيوطي : ((جهل جماعة من الحفاظ قوما من الرواة ؛ لعدم علمهم بهم وهم معروفون بالعدالة عند غيرهم وأنا أسرد ما في الصحيحين من ذلك :

عاصم البلخي جهله أبوحاتم ؛ لأنه لم يخبر بحاله ووثقه ابن حبان وقال : روى عنهم أهل بلده .

إبراهيم بن عبدالرحمن المخزومي جهله ابن القطان وعرفه غيره ؛ فوثقه ابن حبان ، روى عنه جماعة ((واستمر في ذكر رواة آخرين جهلهم بعض أئمة الحديث وعرفهم غيرهم ؛ فوثقهم .

والأمثلة على ذلك كثيرة جدا يطول بنا ذكرها .

ثم قال ابن حجر في لسان الميزان بعد كلامه السابق الذي نسب لابن حبان محاولا الاستدلال بكلام آخر لابن حبان في أحد الرواة حيث قال : ((وسياق كلامه في أيوب آخر مذكور في حرف الألف))^(٤) أي أن كلام ابن حبان في هذا الراوي مما يبدو منه أن ابن حبان يذهب هذا المذهب حيث قال ابن حجر عند ذكره هذا الراوي في حرف الألف : ((وذكره ابن حبان في الثقات ، وقال : روى عن مهدي بن ميمون لا أدري من هو ؟ ولا ابن من هو ؟ . وهذا القول من ابن حبان يؤيد ما ذهبنا إليه من أنه يذكر في كتاب الثقات كل مجهول روى عنه ثقة ولم يجرح ولم يكن الحديث الذي يرويه منكرا هذه قاعدته ، وقد نبه على ذلك الحافظ صلاح الدين العلائي والحافظ شمس الدين بن عبد الهادي وغيرهما))^(٥) .

واستخدام ابن حجر هنا لعبارة : (يؤيد) يدل على ما سبقت الإشارة إليه من أن ابن حجر لم يتحقق من مذهب ابن حبان في ذلك وإنما هو بحسب ما بدا له من كلامه ، وهذا الكلام من ابن حبان في هذا

الراوي لا يدل على أنه يقبل المجهولين وليس صريحا فيه بل قد يستدل به على عكس ما ذهب إليه ابن حجر وهو أن ابن حبان لكونه لا يذكر في كتابه إلا الثقات على حسب ما ذكره في مقدمة كتابه ، فإنه حين ذكر هذا الراوي الذي لا يعرفه ولم يتحقق من ثقته ووجده خارجا عن الرواة الذين يحكم بتقتهم نبه إلى أنه لا يعرفه ، ولو كان غيره من الرواة لا يعرفهم لنبه على ذلك ، فلماذا نبه عليه إذا كان ثقة عنده ؟! فهذا يدل على أن هذا الراوي أو غيره ممن ينسب إليه أنهم لا يعرفهم ليسوا داخلين في الرواة الذين يوثقهم في كتابه ، فنبه لذلك وأما سبب ذكره هذا الراوي في كتابه الثقات مع مخالفته لشروطه في توثيق الرواة فقد يكون ؛ لكونه لا زال يبحث عن حاله أو غيره من الأسباب المحتملة ، وبهذا لا يمكن الاعتماد على قوله هذا في قبوله للرواة المجهولين وحكمه بأنهم ثقات ؛ لأن هذا يتعارض مع ذكره من شروط في مقدمة كتابه لقبول الرواة والحكم بتقتهم ، فكيف يقبل مجهولا لا يدري ما حاله من حيث الجرح والتعديل ؟ ! وقد مر بنا تفسيره لعدالة الراوي عنده وأنه من يكون الغالب على أحواله طاعة الله ، فكيف يقبل المجهول وهو لا يعرف غالب أحواله هل هي على طاعة الله أو معصيته ؟ !

وفي كتب التراث كثير من الحالات التي يخالف فيها أصحابها لشروطهم ومنهجيتهم فيها في ثانيا كتبهم ، ثم ينبهون إلى ذلك عند وقوعها ومنهم ابن خزيمة في صحيحه كما سيأتي مثال على ذلك من صحيحه عند الكلام على ما يبطل نسبة هذا المذهب لابن خزيمة حيث يروي بعض الأحاديث في صحيحه مع إشارته إلى توثقه في الحكم بصحتها على ثبوت الاتصال في رواية راو عن راو أو ثبوت عدالة راو من الرواة أو غير ذلك من أمور تتوقف عليها صحة الحديث مع أن كتابه مخصص لرواية الأحاديث الصحيحة ، وهو شرطه في مقدمة صحيحه . كما سيأتي كلامه .

وقال ابن حجر فيما نسب إليه السخاوي أنه قال في الرواة الذين يروي عنهم ابن حبان في صحيحه والذين يذكر منهم في ثقاته : ((يخرج في الصحيح ما كان راويه ثقة غير مدلس سمع ممن فوّه وسمع منه الأخذ عنه ولا يكون هناك إرسال ولا انقطاع وإذا لم يكن في الراوي جرح ولا تعديل وكان كل من شيوخه والراوي عنه ثقة ولم يأت بحديث منكر فهو عنه ثقة وفي كتاب الثقات كثير ممن هذه حاله))^(٦) وهذه العبارة أيضا صاغها ابن حجر مما بدا له أنه مذهب ابن حبان من كلامه في مقدمتي كتابيه الصحيح والثقات ، ويرد عليها ما سبق رده على كلامه السابق .

^١ - فتح المغيب للسخاوي 1/ 56 .

^١ - فتح الباري ص 593 .

^٢ - المصدر السابق الصفحة نفسها .

^٣ - المصدر السابق الصفحة نفسها أيضا .

^٤ - تريب الراوي ص 276 .

^٥ - لسان الميزان 1/ 25 .

^٦ - لسان الميزان 1/ 551 وانظر ثقات ابن حبان 6/ 60 .

وقد ذكر السيوطي هذه العبارة نفسها في تدریب الراوي (1).

وهذه العبارة التي نسبها السخاوي لابن حجر والتي أشرت إلى أن السيوطي ذكرها أيضا باللفظ نفسه ذكرها كل منهما . السخاوي والسيوطي . في التعليق على ما ذكره النووي والعراقي بعد وصفهما الحاكم صاحب المستدرک على الصحيحين (2) بالتساهل في التصحيح في مستدرکه وأنه يقاربه في التساهل ابن خزيمة وابن حبان في صحيحهما فذكر السخاوي هذه العبارة التي نسبها لابن حجر في اعتراض ابن حجر على ما ذكره النووي والعراقي من الحكم بتساهل ابن حبان في صحيحه بأنه ليس بتساهل تساهل الحاكم بروايته عن رواية حكم بعض أئمة الحديث عليهم بالضعف والوضع أحيانا (3) ولما تساهله من جهة أنه يسمي الصحيح حسنا ومن جهة أنه يقبل الراوي المجهول إذا روى عن ثقة وروى عنه ثقة وأن هذا اصطلاح لابن حبان فلا يشاح فيه، ولا يعترض عليه بسببه حيث جاء في أول تلك العبارة : ((مع أن شيخنا نازع في نسبته إلى التساهل إلا من هذه الحيثية وعبارته : إن كان باعتبار وجدان الحسن في كتابه فهي مشاحة في الاصطلاح ؛ لأنه يسميه صحيحا وإن كان باعتبار خفة شروطه ؛ فإنه يخرج في الصحيح من جعلهم في الثقات من لم يعرف اصطلاحه ولا اعتراض عليه ؛ فإنه لا يشاح في ذلك)) ولا يعترض عليه في الاصطلاح ولكن يعترض عليه بقبول المجهولين وجعلهم من الثقات لكن ذلك لم يثبت عليه ولما بما بدا لابن حجر كما سبق بيانه .

وأصل عبارة النووي والعراقي (4) في نسبة التساهل للحاكم وابن حبان أصلها لابن الصلاح ؛ فإنه الذي ذكره في كتابه المقدمة في علوم الحديث (5) والنووي ذكره في كتابه التقریب (1) لكون كتابه التقریب

1 - تدریب الراوي ص 81 .

2 - هو أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن حمدويه بن نعيم الضبي النيسابوري المعروف بالحاكم من أئمة الحديث شافعي المذهب ، ومن مصنفاته : المستدرک على الصحيحين ، والمدخل إلى علم الصحيح ، ومعرفة علوم الحديث (ت 405 هـ) . انظر تذكرة الحفاظ 3 / 1039 وما بعدها وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي 2 / 443 وما بعدها ، وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شهاب 1 / 169 وما بعدها .

3 - انظر تدریب الراوي ص 79 .

4 - هو أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي من أئمة الحديث بمصر ومن فقهاء الشافعية من مصنفاته : الألفية في مصطلح الحديث وشرحها في كتاب سماه : فتح المغيث شرح ألفية الحديث ، والمغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من الأخبار ، ونيل على نيل الحسيني على عبر الذهبي ، وتقریب الأسانيد وترتيب المسانيد وشرحه في كتاب سماه : طرح التثريب . والتحرير في أصول الفقه (ت 806 هـ) . انظر طبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شهاب 271 وما بعدها ولحظ الألبان 5 / 220 وما بعدها والضوء اللامع 2 / 171 وما بعدها ، ونيل تذكرة الحفاظ للسيوطي 5 / 370 وما بعدها ، وحسن المحاضرة 1 / 310 وشذرات الذهب 4 / 55 وما بعدها ، والبدر الطالع 1 / 246 وما بعدها ، والأعلام 3 / 444 و 445 .

5 - انظر مقدمة ابن الصلاح ص 36 .

مختصرا لمقدمة ابن الصلاح وذكرها العراقي أيضا في ألفيته وشرحه لها (2) لكون ألفيته اختصارا أيضا لمقدمة ابن الصلاح والسيوطي ذكر تلك العبارة التي نسبها السخاوي لابن حجر ؛ لكون السيوطي يشرح كتاب التقریب للنووي في كتابه تدریب الراوي .

وأما نسبة هذا المذهب لابن خزيمة فهي غير صحيحة عندي أيضا لما سيأتي بيانه بإثبات بطلان هذه النسبة له بأدلتها ، وقد مر بنا أن ابن حجر والسخاوي قد نسبوا إليه ذلك ، فأما ابن حجر فقد مررت بنا نسبته هذا المذهب لابن خزيمة في كتابه لسان الميزان عند كلامه على نسبته هذا المذهب لابن حبان .

وأما السخاوي فإنه قال : ((ذهب ابن خزيمة إلى أن جهالة العين ترتفع برواية واحد مشهور)) (3) وهي نسبة غير صحيحة عندي أيضا ؛ لأن ابن حجر والسخاوي لم يقدموا دليلا عليها من ناحية ولا صدامها بما ينقصها من كلام ابن خزيمة نفسه ومواقفه من الرواة المجهولين فهو قد وصف صحيحه في ذكر عنوانه وما يحويه كتابه وذكره لشروطه في رواية الأحاديث في صحيحه وما يقبله من الرواة فيها حيث قال : ((مختصر المختصر من المسند الصحيح عن النبي . صلى الله عليه وسلم . بنقل العدل عن العدل موصولا إليه . صلى الله عليه وسلم . من غير قطع في أثناء الإسناد ولا جرح في ناقلتي الأخبار التي نذكرها . بمشيئة الله . تعالى .)) (4) فهذا تصريح من ابن خزيمة بأنه لا يقبل من الرواة إلا من كان عدلا لا جرح فيه والذي يثبت ذلك ويبطل دعوى ابن حجر والسخاوي أن ابن خزيمة يصرح في صحيحه بأنه لا يقبل الراوي المجهول حيث يعلق . كما سبق الإشارة . صحة بعض الأحاديث على ثبوت عدالة الراوي أو اتصال روايته أو غيره من الأمور التي اشترطها للحكم على صحة الحديث وروايته في صحيحه مما حواه كلامه السابق ، فمن ذلك قوله في الباب الذي عقده لروايته لحديث : ((من ترك جمعة من غير عذر فليصدق بدينار ، فإن لم يجد فنصف دينار)) (5) : ((باب الأمر بصدقة دينار إن وجده أو بنصف دينار إن أعوزه دينار لترك جمعة من غير عذر إن صح الخبر ؛ فإنني لا أقف على سماع قتادة عن قدامة بن وبرة ولست أعرف قدامة بعدالة ولا جرح)) (6) وهذا مبطل تماما لدعوى ابن حجر والسخاوي في نسبة هذا المذهب لابن خزيمة فلو كان يقبل المجهول لما أوقف صحة الحديث على معرفة حاله من حيث الجرح

1 - انظر التقریب ص 81 .

2 - انظر ألفية العراقي مع شرحها له المسمى : فتح المغيث ص 17 .

3 - فتح المغيث للسخاوي 2 / 48 .

4 - صحيح ابن خزيمة ص 1 .

5 - رواه ابن خزيمة في كتاب الجمعة - 116 - باب الأمر بصدقة دينار إن وجده أو بنصف دينار إن أعوزه دينار لترك جمعة من غير عذر - حديث رقم : 1861 . انظر صحيح ابن خزيمة ص 431 .

6 - المصدر السابق الصفحة نفسها .

والتعديل، وقد ذكر ابن حجر في كتابه النكت على مقدمة ابن الصلاح شرط ابن خزيمة في صحيحه، ثم قال: ((وهذا الشرط مثل شرط ابن حبان سواء ؛ لأن ابن حبان تابع لابن خزيمة مغترف من بحر ناسج على منواله))^(١).

وهذا فيه أيضا إثبات أن ابن حبان لا يقبل المجهولين ؛ فقد مر بنا أن ابن حجر نفسه قد ذكر أن ابن حبان على نهج ابن خزيمة في هذا الشأن ، وقد ثبت أن ابن خزيمة لا يقبل المجهولين فيثبت هذا لابن حبان أيضا .

ومما يضعف نسبة هذا المذهب لابن خزيمة وابن حبان . مع خطورته في الحكم على الأحاديث وعلى روايتها . قلة من ينسب لهما هذا المذهب فإنني لم أجد قبل ابن حجر من ينسب لهما هذا المذهب سوى ما ذكره هو في كلامه السابق من أن العلاني^(٢) وابن عبد الهادي^(٣) ذهبا إلى ذلك ولم يقدم لنا ابن حجر ما اعتمدا عليه في هذه النسبة فقلعها مبنية على ما بنى عليه ابن حجر وغيره هذه النسبة ويرجح ذلك أنه لو كان لهما مستندا صريحا في ذلك لاعتمد عليه ابن حجر ولم يعتمد على الظن وعلى ما بدا له من كلام ابن خزيمة وابن حبان، وقد ثبت صراحة ما ينفي عنهما ذلك فلا يترك الصريح للمحتمل ، وتكاد نسبة هذا المذهب لهما تنحصر في ابن حجر ؛ فهو الذي ذكر أن ابن عبد الهادي والعلاني قد نسبا إليهما ذلك والسخاوي قد ذكر عبارة ابن حجر ناسبا إياها له فيما يخص ابن حبان وكذلك السيوطي قد ذكر عبارة مطابقة لعبارة ابن حجر ولعله قد اعتمد عليها وهؤلاء قلة ، وأما ما عداهم فلم أجدهم يذكر ذلك بل هم من الناحية العملية يستدلون في مواقف الاستدلال على ثبوت الحديث بتصحيح ابن خزيمة وابن حبان له ويتوثق ابن حبان للرواية في ثقاته بل ويذكرون ذلك في مواقف الاعتراض على من جهل حالهم أو حكم بضعفهم بسبب ذلك ومنهم ابن حجر نفسه وإن حصل له فيه تناقض . كما سيأتي بيانه . وهو بهذا قد ناقض نفسه ، وتكتظ كتبهم في الجرح والتعديل بذلك حيث لا يذكرون في حال الراوي سوى توثيق ابن

حبان له ولا يقولون فيه : هو مجهول ، وكذلك في كتبهم في تخريج الأحاديث وشروحه وغيرها والحكم عليها بذلك .

وقد بدا ابن حجر متناقضا مع نفسه في موقفه من الرواة الذين يوثقهم ابن حبان في ثقاته ، والذين لا يذكر فيهم ابن حجر سوى توثيق ابن حبان وقد بدا هذا التناقض بين كتابيه تهذيب التهذيب وتقريب التهذيب الذي هو مختصر لتهذيب التهذيب فهو أحيانا لا يذكر فيه سوى توثيق ابن حبان في كتابيه تهذيب التهذيب ثم يحكم بأنه مقبول في كتابه تقريب التهذيب وعبارة : ((مقبول)) يطلقها . بحسب ما ذكره في مقدمة كتابه تقريب التهذيب . على الرواة الذين لم يثبت فيهم ما يرد به حديثهم ووقعت لهم متابعات في بعض مروياتهم أي لم ينفردوا بكل مروياتهم^(٤) وهذا يبدو منه اعتماده على توثيق ابن حبان فيهم فلو لم يعتمد على توثيقه لقال في الراوي من هذا النوع : ((مجهول)) فإنه ذكر في مقدمة كتابه تقريب التهذيب أن هذه العبارة يطلقها على الرواة الذين لم يرو عنهم سوى راو واحد ولا يوجد فيهم توثيق^(٥) بل إنه يطلق عليهم أحيانا عبارة : ((صدوق)) وهي عبارة يطلقها على الرواة الذين وجد فيهم توثيقا مع أنه لم يذكر لهذا الراوي في كتابه تهذيب التهذيب سوى توثيق ابن حبان فهذا فيما يبدو أيضا اعتماد منه على توثيق ابن حبان ولو لم يعتمد عليه لقال فيه : ((مجهول)) بل إنه أيضا يذكر توثيق ابن حبان في الراوي ويذكر معه من حكم بجهالة الراوي ويطلق عليه عبارة : ((مقبول)) في كتابه تقريب التهذيب وأحيانا يناقض ذلك فيذكر فيهم توثيق ابن حبان دون غيره عبارة : ((مجهول)) .

وسأذكر فيما يأتي أمثلة يظهر فيها ما وقع لابن حجر من هذه الأمور وتناقضه فيها :

فمن أمثلة ما ذكر في كتابه تهذيب التهذيب توثيق ابن حبان وحده للراوي ثم قال فيه عبارة : ((مقبول)) في كتابه تقريب التهذيب قوله في تهذيب التهذيب : ((عبدالله بن نجيد بن عمران بن حصين الخزاعي عن أبيه وعنه ابنه يوسف ، ذكره ابن حبان في الثقات))^(٦) .

وقوله : ((عبدالله بن محمد بن صيفي المخزومي ، روى عن حكيم بن حزام وعنه صفوان بن موهب ،

ذكره ابن حبان في الثقات ، روى له النسائي حديثا واحدا))^(٧) .

^١ - النكت على كتاب ابن الصلاح لابن حجر ص 66 .

^٢ - هو أبو سعيد صلاح الدين خليل بن كلبكي بن عبدالله العلاني الدمشقي المعروف بالعلاني من أئمة الحديث وفقهاء الشافعية ، عاش بدمشق والقدس ودرس بهما ، من مصنفاته : جامع التحصيل لأحكام المراسيل ، وتلقيح القهوم في تنقيح صيغ العموم وغيرهما . (ت 761 هـ) . انظر ذيل الحسيني على تذكرة الحفاظ للذهبي 43 / 5 والدرر الكامنة 51 / 2 وذيل السيوطي على طبقات الحفاظ للذهبي 360 / 5 .

^٣ - هو شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد بن عبد الهادي بن محمد بن يوسف المقدسي الجماعلي والدمشقي الصالح من أئمة الحديث وفقهاء الحنابلة ، من مصنفاته : المحرر في اختصار كتاب الإمام لابن دقيق العيد وغيره . (ت 744 هـ) . انظر ذيل الحسيني على تذكرة الحفاظ للذهبي 49 / 5 والدرر الكامنة 201 / 3 وذيل السيوطي على تذكرة الحفاظ للذهبي 351 / 5 وشذرات الذهب 141 / 6 / 3 .

^٤ - انظر تقريب التهذيب ص 74 .

^٥ - انظر تقريب التهذيب ص 74 .

^٦ - تهذيب التهذيب 6 / 55 وانظر تقريب التهذيب ص 326 .

^٧ - تهذيب التهذيب 6 / 9 وانظر تقريب التهذيب ص 321 .

وقوله : ((القاسم بن عبدالله بن ربيعة بن قانف الثقفي وربما نسب إلى جده وهو ابن أخي ليلى بنت قانف الصحابية روى عن سعد بن أبي وقاص في قوله . تعالى . : ((ما ننسخ من آية)) وعنه يعلى بن عطاء العامري ، ذكره ابن حبان في الثقات . قلت : وقرأت بخط الذهبي : ما حدث عنه سوى يعلى)) (١) وعبرة : ((قلت)) يأتي بها ابن حجر للفصل بها بين كلامه وبين ما يذكره المزي في كتابه تهذيب الكمال ؛ فإن كتاب تهذيب التهذيب لابن حجر هو مختصر لكتاب تهذيب الكمال للمزي حيث يذكر ابن حجر كلام المزي مختصرا ثم إن كانت له تعليقات على كلام المزي أتى بها بعد عبارة : ((قلت)) .

ومن أمثلة ذكره في تهذيب التهذيب توثيق ابن حبان وحده في الراوي ثم يذكر في هذا الراوي نفسه عبارة : ((صدوق)) في كتابه تقريب التهذيب قوله : ((عبدالله بن نهيك كوفي ، روى عن علي في التفسير وعنه أبو إسحاق السبيعي ، ذكره ابن حبان في الثقات)) (٢) .

ومن أمثلة ذكره في كتابه تهذيب التهذيب توثيق ابن حبان وحده في الراوي مع ذكر كلام غيره بأنه مجهول ثم ذكره في الراوي نفسه عبارة : ((مقبول)) في تقريب التهذيب قوله : ((عمر بن أبي سحيم الهنلي أبو معقل البصري ، روى عن عبدالله بن مغفل أنه : كان يقرأ في الظهر والعصر خلف الإمام . وعنه يحيى بن أبي إسحاق الحضرمي . ذكره ابن حبان في الثقات . قلت : وقال الذهبي : لا يعرف)) (٣) . وهذا اعتراض واستدراك منه على الذهبي بالحكم بأنه مجهول اعتمادا منه على توثيق ابن حبان له .

وقوله : ((عبدالله بن المساور ، روى عن ابن عباس وابن الزبير وعنه عبدالله بن أبي بشير ، ذكره ابن حبان في الثقات . قلت : وقال ابن المديني : مجهول لم يرو عنه غير عبدالله)) (٤) .

وقوله : ((كليب بن ذهل الحضرمي المصري روى عن عبيد بن جبر ، روى عنه يزيد بن أبي حبيب ، ذكره ابن حبان في الثقات تقدم حديثه في عبيد . قلت : قال ابن خزيمة : لا أعرفه بعدالة . قال الذهبي : تفرد عنه يزيد بن أبي حبيب)) وهذا يضاف إلى ما سبق أن ذكرته من أدلة على عدم قبول ابن خزيمة الراوي المجهول ؛ فهذا تصريح منه بذلك حيث قال : ((لا أعرفه بعدالة)) ولو كان مقبولا عنده لقال : هو عدل أو ثقة أو نحوهما من عبارات التعديل، ومع ذلك فقد قبله ابن حجر فنسبة هذا المذهب لابن حجر أولى من نسبته لابن خزيمة لولا تناقض ابن حجر في مواقفه من هؤلاء الرواة .

ومن أمثلة إطلاقه عبارة : ((مجهول)) في كتابه تقريب التهذيب على من يذكر فيه توثيق ابن حبان وحده في تهذيب التهذيب قوله : ((عبدالله بن يسار أبوهمام الكوفي ، روى عن علي وعمر بن حريث وأبي عبدالرحمن الفهري في غزوة حنين ، وعنه يعلى بن عطاء العامري ذكره ابن حبان في الثقات ، قلت : وقال ابن المديني : هو شيخ مجهول وكذا قال أبو جعفر الطبري)) (١) .

وقوله : ((عبيد الله مولى عمر بن مسلم الباهلي ، عن الضحاک بن مزاحم قوله ، وعنه عيسى بن عبيد الكندي ، ذكره ابن حبان في الثقات)) (٢) .

بل إن ابن حجر قد وقع في أشد من ذلك مما يزيد من مناقضته لنفسه حيث ذكر في كتابه تهذيب التهذيب كلام المزي في وصف أحد الرواة بأنه من المجاهيل ؛ فبعد ذكره كلام المزي في هذا الراوي بأنه أحد المجاهيل استدرك عليه بأن ابن حبان وثقه وأخرج حديثه في صحيحه، وهذا اعتماد منه على توثيق ابن حبان وتصحيحه للحديث وإن أضاف إلى هذا الاستدراك تصحيح الحاكم لحديث هذا الراوي ، فإن الحاكم لا يعتمد عليه ؛ لكونه معروفا عند أئمة الحديث بالتساهل في التصحيح بتصحيحه أحاديث من ثبت جرحهم جرحا شديدا لدرجة الوضع أحيانا فاعتماد ابن حجر هنا على توثيق ابن حبان بالدرجة الأولى فالحاكم أسوأ حالا من ابن حبان بحسب دعوى ابن حجر بأنه يوثق المجهولين ، وأضاف ابن حجر في هذا الاستدراك على المزي استدراكا آخر على الذهبي في حكمه على هذا الراوي أيضا بأنه لا يعرف ، قال ابن حجر : ((عمران بن حذيفة أحد المجاهيل قال : ((كانت ميمونة تدان)) الحديث ، وعنه زياد بن عمرو بن هند الجملي . قلت : ذكره مسلم في الطبقة الثالثة من أهل الكوفة وذكره ابن حبان في الثقات وأخرج حديثه في صحيحه وكذا الحاكم ، وقال الذهبي : لا يعرف)) (٣) .

ثم أكد ابن حجر اعتماده توثيق ابن حبان لهذا الراوي نفسه بتصحيحه بذلك في كتابه تقريب التهذيب حيث حكم عليه بأنه مقبول ، فقال : ((عمران بن حذيفة ، مقبول)) (٤) .

بل قد وجدت لابن حجر ما يفيد أنه يذهب هذا المذهب الذي نسبته لابن حبان بحسب دعواه بقبول الرواة مجهولي الحال من حيث الجرح والتعديل ولم يرو عنهم سوى راو واحد فهم من نوع الراوي مجهول

١- تهذيب التهذيب 6 / 85 وانظر تقريب التهذيب ص 330 .

٢- تهذيب التهذيب 7 / 57 وانظر تقريب التهذيب ص 375 .

٣- انظر تهذيب التهذيب 8 / 125 .

٤- تقريب التهذيب ص 429 .

١- تهذيب التهذيب 8 / 320 وانظر تقريب التهذيب ص 450 .

٢- تهذيب التهذيب 6 / 58 وانظر تقريب التهذيب ص 327 .

٣- تهذيب التهذيب 7 / 450 وانظر تقريب التهذيب ص 413 .

٤- تهذيب التهذيب 6 / 27 وانظر تقريب التهذيب ص 322 .

العين حيث ذكر في كتابه تهذيب التهذيب توثيق ابن حبان وحده في راو ثم ذكر كلام عبدالحق⁽¹⁾ وابن القطان في حكمهما عليه بالجهالة حيث قال : ((عبدالله بن يونس حجازي روى عن سعيد المقبري ومحمد بن كعب القرظي ، وعنه يزيد بن عبدالله بن الهاد روى له أبوداود والنسائي حديثا واحدا عن سعيد عن أبي هريرة : ((أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء)) الحديث . قلت : ذكر عبدالحق أنه لا يعرف إلا بهذا الحديث ، وقال ابن القطان : مجهول الحال))⁽²⁾ ثم قال في كتابه تقريب التهذيب في هذا الراوي : ((مجهول الحال مقبول)) فهذا تصريح منه بأنه يقبل مجهول الحال من حيث الجرح والتعديل ، وهو ما ينسبه لابن حبان بحسب دعواه التي تبين بطلانها ، فلولا تناقض مواقف ابن حجر من هؤلاء الرواة . كما مر بنا . لكان ينبغي أن ينسب هذا المذهب لابن حجر وليس لابن خزيمة وابن حبان .

ومن أمثلة غير ابن حجر ممن ذكرت أنهم في كتبهم في الجرح والتعديل وتخريج الحديث وغيرهما من كتب الحديث يذكرون توثيق ابن حبان وحده ولا يعلقون بأن الراوي مجهول مع أنهم يقولون في رواة آخرين لا يوجد فيهم توثيق لابن حبان ولا غيره يقولون فيهم مجهولين ، ويعتمدون كذلك على تصحيحات ابن خزيمة وابن حبان قول الذهبي في الراوي الذي لم يضعف ولم يوثق : ((وإن صح له مثل الترمذي وابن خزيمة فحيد أيضا وإن صح له كالدارقطني والحاكم ، فأقل أحواله حسن حديثه))⁽³⁾ . فهذا دليل على اعتماد الذهبي على تصحيح ابن خزيمة وأن تصحيح ابن خزيمة لهذا الراوي توثيق منه له .

ومن ذلك كثرة الرواة الذين يذكرفهم المزي⁽⁴⁾ في كتابه تهذيب الكمال والذهبي في كتابه تهذيب التهذيب . وهو مختصر لكتاب المزي تهذيب الكمال . توثيق ابن حبان وحده ولا يعلقان بأنه مجهول مع إطلاقهما عبارة : ((مجهول)) على الرواة الذين لا يوجد فيهم توثيق لابن حبان ولا غيره كقول المزي : ((

عمير مولى عمر بن الخطاب ، روى عن مولاه في صلاة الرجل في بيته (ق) وعنه عاصم بن عمرو البجلي (ق) ذكره ابن حبان في الثقات))⁽¹⁾ ورمز : (ق) لابن ماجه أي روى عنه ابن ماجه في سننه .

وقوله : ((عبدالرحمن بن سمير ويقال : ابن سميرة . ويقال : ابن أبي سميرة . ويقال : ابن سبرة . ويقال : ابن سمية . حديثه في الكوفيين ، روى عن عبدالله بن عمر (د) روى عنه عون بن أبي جحيفة (د) ذكره ابن حبان في كتاب الثقات روى له أبوداود حديثا واحدا))⁽²⁾ ورمز : (د) لأبي داود أي روى عنه أبوداود في سننه .

وقوله : ((عبدالرحمن بن أبي عقبة الفارسي المدني مولى الأنصار ، ويقال : مولى جابر بن عتيك . ويقال : مولى بني هاشم . روى عن أبيه أبي عقبة الفارسي (د ، ق) وله صحبة ، روى عنه داود بن الحصين (د ، ق) ذكره ابن حبان في الثقات))⁽³⁾ ورمز : (د ، ق) لأبي داود وابن ماجه .

وذكر الذهبي أيضا في تهذيب التهذيب توثيق ابن حبان وحده في هذين الراويين نفسيهما اللذين ذكرهما المزي ، ولم يعلق بأنهما مجهولان أيضا⁽⁴⁾ ولم يذكرهما في كتابه المغني في الضعفاء على أنهم ضعفاء ؛ لكونهم مجهولين ، ولو كانا مجهولين عنده لذكرهما فيه ، وهذا اعتماد منه على توثيق ابن حبان لهما .

ومن ذلك أيضا استدراك ابن الملقن على ابن منده⁽⁵⁾ في حكمه بجهالة راويين في سند حديث أنه . صلى الله عليه وسلم . قال في الهرة ((إنها ليست بنجس إنها من الطوايف عليكم أوالطوافات))⁽⁶⁾ في اعتراضه المطول عليه في حكمه بتضعيف الحديث بسببهما بعد بيانه لصحته بأن ابن حبان ذكرهما في ثقاته حيث قال ابن الملقن : ((وخالف ابن منده ؛ فأعله بأن قال : في سنده حميدة وكبشة ومطهما محل الجهالة . قلت : لا بل ذكرهما ابن حبان في ثقاته))⁽⁷⁾ .

1 - هو أبو محمد عبدالحق بن عبد الرحمن بن عبدالله الأزدي الإشبيلي من أئمة الحديث ، وفقهاء المالكية من مصنفاته : الجمع بين الصحيحين ، والأحكام الصغرى ، والكبرى ، وهما في أحاديث الأحكام ، وكتاب المعتل في الحديث ، وغيرها من المصنفات (ت 581 هـ) انظر تذكرة الحفاظ 4 / 1350 ومرة الجنان للياقبي 3 / 319 - الطبعة الأولى - 1417 هـ - 1997م - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان . والتبيان لبديعة البيان 3 / 1314 ، والديباج المذهب لابن فرحون ص 276 - الطبعة الأولى - 1417 هـ - 1996م - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان . وشذرات الذهب 2 / 4 / 271 .

2 - تهذيب التهذيب 6 / 88 وانظر بيان الوهم والإيهام 4 / 472 .

3 - الموقظة ص 78 .

4 - هو جمال الدين يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف القضاعي الكلبلي المزي المعروف بالمزي بكسر الميم نسبة إلى المرة قرية في ضواحي دمشق ، وهو من أئمة الحديث بدمشق شافعي المذهب من مصنفاته : تهذيب الكمال في أسماء الرجال ، وتحفة الأشراف في معرفة الأطراف (ت 742 هـ) . انظر تذكرة الحفاظ 4 / 1498 وما بعدها ، ونيل عبر الذهبي للحسيني 2 / 432 ومطبقات السبكي 4 / 440 وما بعدها والعقد المذهب ص 431 ومطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شهبة 2 / 147 وما بعدها والدرر الكامنة 4 / 457 وما بعدها - طبعة دار الجيل ، وشذرات الذهب 4 / 136 و137 والأعلام 8 / 236 و237 .

1 - تهذيب الكمال 14 / 423 .

2 - المصدر السابق 11 / 222 .

3 - المصدر السابق نفسه 11 / 300 .

4 - انظر تهذيب التهذيب 6 / 22 و 7 / 243 .

5 - هو أبو عبدالله محمد بن إسحاق بن محمد بن يحيى بن منده المعروف بابن منده من أئمة الحديث ، ومن مصنفاته : معرفة الصحابة (ت 395 هـ) . انظر تذكرة الحفاظ 3 / 1031 وشذرات الذهب 2 / 146 .

6 - رواه مالك في كتاب الطهارة - 3 باب الطهور للوضوء - حديث رقم : 2 . انظر الموطأ المطبوع مع شرح التمهيد 1 / 85 .

7 - خلاصة البدر المنير 1 / 19 وانظر ثقات ابن حبان 5 / 344 و6 / 250 والبدر المنير 1 / 556 وما بعدها .

ومن استدلالهم على صحة الحديث بتصحيح ابن خزيمة وابن حبان له استدلال ابن الملقن في مواقف كثيرة من كتبه على صحة الحديث وثبوته بروايتيهما لها في صحيحيهما .

فمن ذلك استدلاله على وجوب قراءة الفاتحة في ركعات الصلاة كلها ، وأنها شرط في صحة الصلاة باللفظ الذي يصرح بذلك في روايتي ابن خزيمة وابن حبان ردا على من يقول إن قوله . صلى الله عليه وسلم . : ((لا صلاة لمن يقرأ بفاتحة الكتاب)) هو نفي كمال وليس بنفي صحة وعلى ذكر الفاتحة في رواية لابن حبان وعلى ذكرها في حديث الأعرابي المسمى صلته في رواية ابن حبان عند كلامه على هذا الحديث المروي في الصحيحين بدون تعيين الفاتحة في قول النبي . صلى الله عليه وسلم . له : ((ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن)) ثم قوله . صلى الله عليه وسلم . له في الحديث نفسه : ((ثم اقل ذلك في صلاتك كلها)) حيث قال ابن الملقن : ((السابعة : فيه وجوب القراءة في الصلاة كلها ، وهو مذهب الشافعي والجمهور ، ولكن ظاهر هذا الحديث من هذا الطريق أن الفاتحة غير متعينة ، والفقهاء الأربعة عينوها للوجوب إلا أبا حنيفة منهم جعلها واجبة ، وليست بفرض على أصله في الفرق بين الواجب والفرض ، وحكى القاضي عياض عن علي بن أبي طالب وربيعة ومحمد بن أبي صفرة وأصحاب مالك أنه لا تجب قراءة أصلا ، وهي شاذة عن مالك . وفي مذهب مالك في قراءة الفاتحة في كل ركعة ثلاثة أقوال : أحدها كمذهب الجمهور تجب في كل ركعة ، والثاني في الأكثر ، والثالث تجب في ركعة واحدة ، وقال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة : لا تجب القراءة في الركعتين الأخيرتين بل له الخيار إن شاء قرأ ، وإن شاء سبح ، وإن شاء سكت ، والصحيح الذي عليه جمهور العلماء من السلف ، والخلف وجوب القراءة في كل ركعة لقوله . عليه الصلاة والسلام . للأعرابي : ((ثم اقل ذلك في صلاتك كلها)) مع قوله . عليه الصلاة والسلام . : ((لاتجزئ صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب)) رواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما من رواية أبي هريرة ، وهو مبين المراد من قوله . صلى الله عليه وسلم . : ((لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب)) عدم الإجزاء لا نفي الكمال ، والجواب عن الرواية في هذا الحديث : أن المراد منه : أقرعوا ما تيسر ما زاد على الفاتحة بعدها . جمعا بينه ، وبين دلائل إيجابها ، وتأييده الأحاديث الحسنة التي رواها أبو داود في سننه مرفوعة : ((ثم اقرأ بفاتحة الكتاب ، وما تيسر من القرآن)) وفي رواية : ((وما شاء الله)) وروى ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد الخدري : ((أمرنا نبينا . صلى الله عليه وسلم . أن نقرأ بفاتحة الكتاب ، وما تيسر في الصلوات)) قلت : وأعلى من هذا كله أن أحمد في مسنده ، وابن حبان في صحيحه روايا من حديث رفاعه بن زريق قال : جاء رجل ، ورسول الله . صلى الله عليه وسلم . في المسجد ، فصلى قريبا من النبي . صلى الله عليه وسلم . ثم انصرف ، فسلم عليه ، فقال له النبي . صلى

الله عليه وسلم . : ((أعد صلاتك ؛ فإنك لم تصل)) إلى أن قال : يارسول الله كيف أصنع ، فقال : ((إذا استقبلت القبلة ، فكبر ، ثم اقرأ بأم القرآن)) إلى أن قال : ((ثم اقل ذلك في كل ركعة)) ترجم عليه ابن حبان في صحيحه : ذكر البيان بأن فرض المصلي في صلاته قراءة فاتحة الكتاب في كل ركعة من صلاته لا أن قراءته في ركعة واحدة تجزئه عن باقي صلاته . قلت : فاستفد هذا ؛ فإنه مهم جدا)) (1).

ومن ذلك استدراكه على المنذري في تبييضه لحديث في كلامه على أحاديث المذهب ، وعلى النووي في شرحه للمذهب المسمى المجموع في وصفه الحديث بالغريب واعتراضه عليه بتضعيفه له ، وفي ذكره له في خلاصته في فصل الضعيف أيضا ، وإن غير النووي أيضا أشار إلى أحاديث أخرى صحيحة تغني عنه للاستدلال للمسألة ومنها حديث رواه ابن خزيمة ؛ لكونهم لم يظفروا برواية ابن حبان له في صحيحه وإذا عليهم ، وهو عن ابن عمر . رضي الله عنهما . أن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال : ((إذا سجدت ، فمكّن جبهتك من الأرض ، ولا تتفرق نقر)) ((حيث قال ابن الملقن : ((هذا الحديث كرهه الرافعي في الباب ، وذكره الشيخ أبو إسحاق في مذهب ، ويض له المنذري في كلامه على أحاديثه ، وقال النووي في شرحه : هذا حديث غريب ضعيف . وذكره في خلاصته في فصل الضعيف ، وأشار غيره إلى غنية الأحاديث الصحيحة عنه لما لم يظفر به ، وهي أنه . عليه الصلاة والسلام . : ((كان يسجد على جبهته ، ويمكنها)) ومن ذلك حديث أبي حميد الساعدي أنه . عليه الصلاة والسلام . : ((كان إذا سجد أمكن جبهته وأنفه)) رواه أبو داود مطولا ، ومنها حديث وائل ابن حجر قال : ((رأيت رسول الله . صلى الله عليه وسلم . يسجد على الأرض واضعا جبهته ، وأنفه في سجوده)) رواه أحمد ، ومنها حديث رفاعه . رضي الله عنه . أنه . عليه الصلاة والسلام . قال لرجل : ((إذا أنت سجدت فأثبت وجهك ويدك حتى يطمئن كل

1- الإعلام بفوائد عمدة الأحكام 2/ 74 وما بعدها ، وحديث المسمى صلته رواه البخاري في 10- كتاب الأذان - 95- باب وجوب القراءة للإمام والمأموم والمفتد في الصلوات كلها في الحضر والسفر وما يجر فيها وما يخافت - حديث رقم 757 ومسلم في 4- كتاب الصلاة - 11- باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة - حديث رقم : 397 كلاهما عن أبي هريرة وحديث : ((لاتجزئ صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب)) الذي عزاه لابن خزيمة ، وابن حبان رواه ابن خزيمة في 97- باب ذلك الدليل على أن الخداج الذي أعلم النبي . صلى الله عليه وسلم . في هذا الخبر هو النقص الذي لاتجزئ الصلاة معه - حديث رقم : 490 وابن حبان في باب ذكر بيان بأن الخداج الذي قال رسول الله . صلى الله عليه وسلم . في هذا الخبر هو النقص الذي لاتجزئ الصلاة معه دون أن يكون نقصا تجوز معه الصلاة - حديث رقم : 1786 . وحديث : ((لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب)) رواه البخاري في الكتاب والباب نفسيهما اللذين روى فيهما حديث المسمى صلته السابق - حديث رقم : 756 ومسلم في الكتاب والباب نفسيهما أيضا اللذين روى فيهما حديث المسمى صلته السابق - حديث رقم : 394 كلاهما عن عباد بن الصامت ، والحديث الذي عزاه لأبي داود رواه أبو داود في كتاب الصلاة - باب من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود - حديث : 859 وحديث أبي سعيد الخدري الذي عزاه لابن حبان رواه ابن حبان في الباب نفسه السابق الذي عزاه إليه فيه حديث : ((لاتجزئ صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب)) حديث رقم : 1787 والحديث الذي عزاه لأحمد ، وابن حبان رواه أحمد في الحديث رقم : 18896 وابن حبان في الحديث رقم : 1784 واللفظ لابن حبان ، وفي لفظ أحمد : ((ثم اصنع ذلك في كل ركعة ، وسجدة)) انظر صحيح البخاري 2/ 281 ، وصحيح مسلم 1/ 295 ، 298 ، وسنن أبي داود 1/ 227 ومسنن أحمد 14/ 346 ، وصحيح ابن خزيمة 1/ 220 و221 - طبعة الدار العثمانية ، وصحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان 3/ 138 و139 و140.

والأئمة على ذلك كثيرة يطول بنا ذكرها .

ومما ذكرته وأوضحته في هذا البحث بدلالته يتضح بطلان نسبة هذا المذهب لابن خزيمة وابن حبان ، فينبغي عني بناء على ذلك الاعتماد على تصحيحاتها في صحيحهما وعلى توثيق ابن حبان للرواة في كتابه الثقات إلا إذا ثبت ما ينقض ذلك في راو من الرواة أو حديث من الأحاديث لسبب من أسباب الضعف الأخرى غير ما ينسب لهما نسبة غير صحيحة في أنهما يقبلان رواية الراوي المجهول العين مع عدم معرفتهما حاله من حيث الجرح والتعديل ؛ فهذا قد ظهر بالأدلة بطلانه .

وهذه الأسباب الأخرى التي أشرت إليها في الطعن ببعض الأحاديث التي يرويانها في صحيحهما أو في بعض الرواة الذين يوثقهم ابن حبان في كتابه الثقات ليس بالضرورة أن تكون صحيحة أو مقبولة ، فقد يكون الراجح أو الصواب معهما فيها بظهور ما يثبت بطلان تلك الطعون أو يكون مجرد خلاف في ذلك بينهما وبين غيرهما في الحكم على ذلك ، وللباحث بعد ذلك أن يرجح من هذا الخلاف ما تتوفر له الأدلة على رجحان هذا أو ذلك ، فقد يطعن بعض أئمة الحديث بضعف حديث في صحيحهما أو أحدهما أو يحكم بعدم ثقة الراوي الذي يثقه ابن حبان في كتابه الثقات ؛ لكونه وقف على ما يطعن في عدالة راو من الرواة ولم يقف عليها ابن خزيمة وابن حبان أو أحدهما أو يقنان على الطعن فيه لكنهما لم يقبلاه فيه كأن يكون الجرح فيه غير مفسر وهما ممن يذهب إلى عدم قبول الجرح إلا إذا كان مفسراً ؛ فيقدمان التعديل فيه أو يكون الجرح مفسراً لكنهما لم يقبلاه ؛ لكنهما يريان طعناً ضعيفاً لا يسقط عدالة الراوي أو غير ذلك من الأسباب التي ترجح هذا أوذاك .

وقد وقع هذا الطعن الذي لم يقبله بعض أئمة الحديث في بعض رواة صحيح البخاري ومسلم ، فرد عليه بعض أئمة الحديث بأنه طعن ضعيف لا يسقط عدالة الراوي حين يكون الجرح مفسراً أو يردون بأنه غير مفسر ، فيقدمون التعديل ومنهم ابن حجر في مقدمة شرحه لصحيح البخاري حيث ذكر بعض الرواة المطعون فيهم في الصحيحين ورد بما أشرت إليه ، ولذلك قبل البخاري ومسلم الرواية عن هؤلاء الرواة في صحيحهما ، فمن ذلك قوله : ((أحمد بن عبد الملك بن واقد الحراني وقد ينسب إلى جده ، قال ابن نمير : تركت حديثه لقول أهل بلده . وقال الميموني : قلت لأحمد : إن أهل حران يسيئون الشاء عليه . فقال : أهل حران قل أن يرضوا عن إنسان هو يخشى السلطان بسبب ضيعة له . قلت : فأفصح أحمد بالسبب الذي طعن فيه أهل حران من أجله ، وهو غير قاذح)) (1) .

¹ - فتح الباري - المقدمة - ص 500 .

عظم منك إلى موضعه)) رواه ابن خزيمة في صحيحه ، وهذا غريب من هؤلاء ؛ فالحديث موجود بعينه في المعجم الكبير للطبراني عن إسحاق بن إبراهيم الدبري عن عبدالرزاق عن ابن مجاهد عن أبيه عن ابن عمر مطولاً ، وفيه : ((فإذا قمت إلى الصلاة ، فركعت فضع يدك على ركبتيك ، وفرج بين أصابعك ، ثم ارفع رأسك حتى يرجع كل عضو إلى مفصله ، وإذا سجدت ، فأمكن جبهتك من الأرض ، ولا تنقر)) ، ثم ذكر باقيه بطوله . إسحاق الدبري صدوق احتج به أبو عوانة في صحيحه ، وإن استصغر في شيخه عبدالرزاق الإمام ولا عبرة بمن تكلم فيه ، ومجاهد سمع من ابن عمر قال البريدي : الذي صح لمجاهد من الصحابة ابن عباس ، وابن عمر وأبو هريرة على خلاف فيه . قلت : لكن الشأن في ابن مجاهد ؛ فإنه أحد الضعفاء كذبه سفيان الثوري ، وقال النسائي وغيره متروك . ثم رأيت بعد ذلك بإسقاطه من غير هذا الوجه أخرجه أبوحاتم بن حبان في صحيحه ؛ فالحمد لله على زوال الغرابة والضعف عنه كما ادعي)) (1) .

وكذلك قوله مستدركا على النووي من أنه غوّ لفظتي : (المقام المحمود) في منهاجه المذكورتين في المحرر للرافعي (2) . لكون منهاج النووي مختصراً لمحرر الرافعي . بالتعريف غوّهما بلفظ : (مقاما محمودا) بالتكثير اللتين تقالان في الدعاء الذي يذكر بعد الفراغ من الأذان غوّهما ؛ لكنهما بالتكثير هو الذي جاء في الحديث ، وأنهما بالتعريف إنما تذكران في كتب الفقه ، وليس موافقا لما في الحديث : ((وقع فيه : (المقام المحمود) بالتعريف فيهما ، وهو ما رواه ابن حبان في صحيحه بسند شيخه ابن خزيمة في الحديث ، ولم يقف المصنف . رحمه الله . على هذه الرواية ؛ فإنه قال في الدقائق : إنما أثبت به منكراً ؛ لأنه ثبت كذلك في الصدح . بوح موافقة لقوله . تعالى . : ((عسى أن يعكركم رقبة مأمّوناً)) [الإسراء : 79] . وقال في التحرير : إنه الصواب كما هو في البخاري ، وسائر كتب الحديث المعتمدة . قال : ووقع في التنبيه ، وكتب الفقه بالتعريف ، وهو صحيح من حيث المعنى والإعراب لا من حيث الرواية . قلت : في رواية ابن حبان وشيخه موافقة لكتب الفقه ؛ فاستفدها)) (3) .

¹ - البدر المنير 3/ 642 وما بعدها والحديث الذي عزاه ابن الملقن للطبراني رواه الطبراني في الحديث رقم : 13566 ، والذي عزاه لابن حبان رواه ابن حبان في كتاب الصلاة - باب صفة الصلاة - ذكر وصف بعض السجود والركوع للمصلي في صلاته - حديث رقم : 1884 . انظر معجم الطبراني الكبير 12/ 325 وصحيح ابن حبان 3/ 181 وانظر المذهب والمجموع شرح المذهب 3/ 396 و397 وخلاصة الأحكام 1/ 408 .

² - هو أبو القاسم عبدالكريم بن محمد بن عبدالكريم الرافعي القزويني المعروف بالرافعي من أئمة الفقه الشافعي من مصنفاته : الشرح الكبير وهو شرح لكتاب الوجيز في الفقه الشافعي للغزالي وشرح آخر صغير لوجيز الغزالي أيضاً ، ومن مصنفاته أيضاً : التتوين في ذكر أخبار قزوين (ت 623 هـ أو 624 هـ) . انظر طبقات الشافعية الكبرى للسبكي 4/ 400 وما بعدها وطبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شهبة 393 وما بعدها وشذرات الذهب 3/ 108 و109 والأعلام 4/ 55 .

³ - عمدة المحتاج 1/ 120 ب ، والرواية التي عزاه لابن حبان رواها ابن حبان عن جابر في كتاب الصلاة - باب الأذان - حديث رقم : 1687 والتي عزاه للبيهقي رواها البيهقي عن جابر أيضاً في كتاب الصلاة - باب إذا فرغ من ذلك - حديث رقم : 1972 انظر صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان 3/ 99 وسنن البيهقي 2/ 174 وانظر التحرير ص 33 .

وقوله : ((أحمد بن عيسى التستري المصري عاب أبوزرعة على مسلم تخريج حديثه ولم يبين سبب ذلك ، وقد احتج به النسائي مع تعنته ، وقال الخطيب : لم أر لمن تكلم فيه حجة توجب ترك الاحتجاج بحديثه))⁽¹⁾ .

وغير ذلك من رواة الصحيحين الذين ذكرهم ممن طعن فيهم وعلى طعنهم اعتراضات ؛ لهذه الأسباب وغيرها .

والله موفق والحمد لله رب العالمين .

المصادر والمراجع :

1. الإعلام بفوائد عمدة الأحكام لابن الملقن - الطبعة الأولى . 1428 هـ . 2007 م - دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . اعتنى به : محمد علي سمك ، وآخر .
2. الإعلام للزركلي . الطبعة الحادية عشرة . 1995 م . دار العلم للملايين . بيروت . لبنان .
3. الإكمال لابن مأكولا . الطبعة الأولى . 1411 هـ . 1990 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
4. الإمام في أحاديث الأحكام لابن دقيق العيد - الطبعة الأولى . 1420 هـ . دار المحقق . السعودية . تحقيق : سعد عبدالله آل حميد .
5. إنباء الغمر بأبناء العمر لابن حجر العسقلاني . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . مصور عن طبعة دائرة المعارف العثمانية . الهند .
6. البداية والنهاية لابن كثير . الطبعة الأولى . 1421 هـ . 2001 م . دار المنار . القاهرة .
7. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للشوكاني - الطبعة الثانية . 1428 هـ . 2007 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . وضع حواشيه : محمد أحمد عبدالعزيز سالم .
8. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في شرح الرافعي الكبير لابن الملقن . الطبعة الأولى . 1425 هـ . 2004 م . دار الهجرة . الرياض . السعودية . تحقيق : أحمد سليمان أيوب وآخرين .
9. بيان الوهم والإيهام لابن القطان - الطبعة الأولى . 1418 هـ . 1997 م . دار طيبة . السعودية . دراسة وتحقيق : د/ حسين آيت سعيد .
11. تاريخ ابن يونس . الطبعة الأولى . 1421 هـ . 2001 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . تحقيق : د/ عبدالفتاح فتحي عبدالفتاح .
12. التبيان لبديعة البيان لابن ناصر الدين - الطبعة الأولى . 1329 هـ . 2008 م . دار النوادر . دمشق . سوريا . بيروت . لبنان .

¹ - المصدر السابق الصفحة نفسها .

13. تحرير-الفاظ التنبيه للنووي - مطبوع على هامش التنبيه للشيرازي . الطبعة الأولى . 1415 هـ . 1995 م . دارالكتب العلمية . بيروت . لبنان .
14. تحفة المحتاج إلى كتاب المنهاج لابن الملقن . الطبعة الأولى . 1406 هـ . 1986 م . دار حراء . مكة . تحقيق : عبدالله سعاف اللحاني .
15. تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للسيوطي . دار الحديث . القاهرة . 1425 هـ . 2004 م .
16. تذكرة الحفاظ للذهبي . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
17. التقريب للنووي . مطبوع مع شرحه تدريب الراوي للسيوطي . دار الحديث القاهرة . 1425 هـ . 2004 م
18. تلخيص الذهبي لمستدرك الحاكم بهامش المستدرك . طبعة دار القلم الآتية .
19. الثقات لابن حبان . الطبعة الأولى . 1399 هـ 1979 م . مطبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن بالهند . مؤسسة الكتب الثقافية .
20. الجرح والتعديل لابن أبي حاتم الرازي . الطبعة الأولى . 1371 هـ . 1952 م . مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن . الهند . دار الكتاب الإسلامي . القاهرة . الفاروق الحديثة . القاهرة .
21. حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة للسيوطي الطبعة الأولى . 1418 هـ . 1997 م . دار الفكر العربي . القاهرة . تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم .
22. خلاصة الأحكام من مهمات السنة وقواعد الإسلام للنووي . الطبعة الأولى . 1424 هـ . 2003 م . دارالكتب العلمية . بيروت . لبنان . تحقيق : أحمد محمد عبدالعالي سليمان .
23. خلاصة البدر المنير لابن الملقن . دارالرشد . الرياض . السعودية . 1406 هـ . تحقيق : حمدي عبدالمجيد السلفي .
24. دررالعقود الفريدة في تراجم الأعيان المقيدة للمقريزي . الطبعة الأولى . 1423 هـ . 2002 م . دار الغرب الإسلامي . بيروت . لبنان . تحقيق : محمود الجليلي .

25. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر العسقلاني . الطبعة الأولى . 1418 هـ . 1997 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
26. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر العسقلاني . دار الجيل . بيروت . لبنان .
27. الدليل الشافي على المنهل الصافي لابن تغري بردي مركز البحث العلمي ولحيا التراث الإسلامي . جامعة أم القرى بمكة . تحقيق : فهيم شلتوت .
28. الديباج المذهب لابن فرحون . الطبعة الأولى . 1417 هـ . 1996 م . دارالكتب العلمية . بيروت . لبنان .
29. ذيل تذكرة الحفاظ للسيوطي . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
30. ذيل الحسيني على تذكرة الحفاظ للذهبي . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
31. ذيل الحسيني على العبر في خبر من عبر للذهبي . الطبعة الأولى . 1418 هـ . 1997 م . دار الفكر . بيروت . لبنان .
32. ذيل طبقات ابن الملقن لابن المقن . مطبوع مع طبقاته العقد المذهب تاليا له . الطبعة الأولى . 1417 هـ 1997 م . دارالكتب العلمية . بيروت . لبنان . تحقيق : أيمن نصر الأزهرى وآخر .
33. سنن أبي داود . المكتبة العصرية . صيدا . لبنان . تحقيق : محيي الدين عبدالحميد .
34. سنن الترمذي . دار عمران . بيروت . لبنان . تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرين .
35. السنن الكبرى للبيهقي . دار الفكر . بيروت . لبنان .
36. سير أعلام النبلاء للذهبي . دار القلم . بيروت . لبنان . تحقيق : محب الدين عمر بن غرامة العمروي .
37. شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلي . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
38. شرح الإمام بأحاديث الأحكام لابن دقيق العيد . الطبعة الأولى الثالثة . 1431 هـ . 2010 م . دار النوادر . سوريا . لبنان . تحقيق : محمد مخلوف عبدالله .

39. صحيح البخاري . مطبوع مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني . الطبعة الأولى . 1419 هـ . 1999 م . دارالمنار . القاهرة .
40. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان . الطبعة الثانية . 1417 هـ . 1996 م . دارالكتب العلمية . بيروت . لبنان . قدم له وضبط نصه : كمال يوسف الحوت .
41. صحيح ابن خزيمة . الطبعة الأولى . 1428 هـ . 2007 م . الدار العثمانية للنشر . عمان . الأردن . مؤسسة الريان . بيروت . لبنان . اعتنى به : صالح اللحام .
42. صحيح ابن خزيمة . الطبعة الثالثة . 1430 هـ . 2009 م . مكتبة الأعظمي . الرياض . السعودية . اعتنى به : د / مصطفى الأعظمي .
43. صحيح مسلم . دار الحديث . القاهرة . تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقى .
44. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للسخاوي . منشورات مكتبة الحياة . بيروت . لبنان .
45. طبقات الشافعية الكبرى للسيكي . الطبعة الأولى . 1420 هـ . 1999 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . تحقيق : مصطفى عبدالقادر أحمد عطا .
46. طبقات الفقهاء الشافعية لابن قاضي شهبة . مكتبة الثقافة الدينية القاهرة . تحقيق : د/ علي محمد عمر .
47. طبقات الفقهاء للشيرازي . الطبعة الثانية . 1401 هـ . 1981 م . دار الزائد العربي . بيروت . لبنان . تحقيق : د/ إحسان عباس .
48. العبر في خبر من عبر للذهبي . الطبعة الأولى . 1418 هـ . 1997 م . دار الفكر . بيروت . لبنان .
49. العقد المذهب في طبقات حملة المذهب لابن الملقن . الطبعة الأولى . 1417 هـ . 1997 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . تحقيق : أيمن الأزهر ، وآخر .
50. عمدة المحتاج شرح منهاج النووي لابن الملقن . مخطوط بدار الكتب المصرية . المجلد الأول تحت رقم : 29244 . ب .

51. فتح الباري لابن حجر العسقلاني . الطبعة الأولى . 1419 هـ . 1999 م . دارالمنار . القاهرة .
52. فتح المغيث في شرح ألفية الحديث للعراقي . الطبعة الثانية . 1408 هـ . 1988 م . عالم الكتب . بيروت . لبنان .
53. فتح المغيث في شرح ألفية العراقي في الحديث للسخاوي . الطبعة الأولى . 1424 هـ . 2003 م . مكتبة السنة . القاهرة .
54. لحظ الألاحظ في الذيل على تذكرة الحفاظ لابن فهد المكي . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
55. المجمع المؤسس للمعجم المفهرس لابن حجر العسقلاني . الطبعة الأولى . 1417 هـ . 1997 م . مؤسسة الرسالة . بيروت . لبنان . تحقيق : محمد شكور امرير الميادينى .
56. المجموع شرح المذهب للنووي . مكتبة الإرشاد . جدة . السعودية . تحقيق : محمد نجيب المطيعي .
57. المحلى لابن حزم . دار التراث . القاهرة . تحقيق : أحمد محمد شاكر
58. مرآة الجنان لليافعي . الطبعة الأولى . 1417 هـ . 1997 م . دارالكتب العلمية . بيروت . لبنان . والتبيان لبديعة البيان 3/ 1314 ،
59. المستدرک على الصحيحين للحاكم . دار القلم . بيروت . لبنان . تحقيق : مصطفى عبدالقار عطا .
60. مسند أحمد . الطبعة الأولى . 1416 هـ . 1995 م . دار الحديث . القاهرة . تحقيق : أحمد شاكر وآخر .
61. المعجم الكبير للطبراني . الطبعة الثانية . 1405 هـ . 1985 م . وزارة الأوقاف والشئون الدينية . العراق . تحقيق : حمدي عبدالمجيد السلفي .
62. معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة . مكتبة المثنى ، ودار إحياء التراث العربي . بيروت . لبنان .
63. معرفة الثقات للعجلي بترتيب السبكي والهيتمي . الطبعة الأولى . 1405 هـ . 1985 م . مكتبة الدار . المدينة النبوية . دراسة وتحقيق : عبدالحليم البستوي

العرف وأثره في الأحكام الفقهية

الدكتور

سميح عبدالوهاب الجندي

الجامعة الاسمرية الاسلامية - زليتن

- 64 . معرفة السنن والآثار للبيهقي . الطبعة الأولى . 1422 هـ . 2001 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . تحقيق : سيد كسروي حسن .
- 65 . مقدمة ابن الصلاح في علوم الحديث . الطبعة الأولى . 1424 هـ . 2003 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
- 66 . الموطأ لمالك بن أنس . مطبوع مع شرحه التمهيد لابن عبدالبر . الطبعة الثانية . 1422 هـ . 2001 م . الفاروق الحديثة . القاهرة . تحقيق : أسامة إبراهيم ، وآخر .
- 67 . الموطأ لمالك بن أنس . مطبوع مع شرحه تنوير الحوالك للسيوطي . الطبعة الأخيرة . 1370 هـ . 1951 م . مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي . القاهرة .
- 68 . الموقظة في علوم الحديث للذهبي . الطبعة السادسة . 1428 هـ . 2007 م . دار السلام . القاهرة .
- 69 . النكت على مقدمة ابن الصلاح للزركشي . الطبعة الأولى . 1425 هـ . 2004 م . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
- 70 . النكت على مقدمة ابن الصلاح لابن حجر العسقلاني . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان .
- 71 . هدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادي . دار الكتب العلمية . بيروت . لبنان . 1413 هـ . 1992 م .
- 72 . وجيز الكلام في الذيل على دول الإسلام للسخاوي . الطبعة الأولى . 1416 هـ . 1995 م . مؤسسة الرسالة . بيروت . لبنان . تحقيق : بشار عواد معروف ، وآخرين .
- 73 . وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلكان . الطبعة الأولى . 1417 هـ . 1997 م . دار إحياء التراث العربي . بيروت . لبنان .

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد/

فإن العرف دليل من الأدلة الشرعية المختلف فيها، بحثت عنه في طبائ الكتب، فوجدته قليل المورد، كثير التشعب، يحتاج إلى بحث عميق، وإطلاع دقيق، ومعرفة شاملة لمعناه وتقسيماته، وأسباب قوته، ثم هل يصلح دليلاً على الأحكام، ويحقق مصالح الأنام؟ وهل تتبدل به الأحكام؟ وهل يعارض اللغة والأدلة الشرعية ونصوصها؟ من أجل هذا، قسمت بحثي إلى مبحثين بعد مقدمة صغيرة، تناولت في المبحث الأول، تعريف العرف وحجتيه، وفي الثاني، شروط اعتبار العرف، وأقسامه، ومقاصده، ثم أنهيته بخاتمة صغيرة، وضحت فيها ما توصلت إليه من نتائج، كما أوصيت كل من يهمه أمر الفتوى والقضاء، والفصل بين الناس، وحل مشاكلهم، واستنباط الأحكام من الأدلة، أن يهتموا بمعرفة شروط اعتبار العرف، ويميزوا بين الصحيح منه والفاقد، وأنه دليل شرعي معتبر حال غياب النص، وعدم مخالفته للقواعد الشرعية.

أسأل الله تعالى أن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل، وحسن الختام عند انتهاء الأجل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

العرف وأثره في الأحكام الفقهية

- المبحث الأول: العرف (تعريفه، وحجتيه)

• المطلب الأول: تعريف العرف، والفرق بينه وبين أشباهه

أولاً: تعريف العرف

العرف لغة:

الْعُرْفُ، بالضم: الجُرْدُ، وقيل: هو اسم ما تَجَلَّه وتَظَّاه، وَالْعُفُ: ضِدُّ التَّكْر، وهو: اسم من الاعتراف الذي هو بمعنى الإقرار، والتوف: علم وقيل: هو الرُّطْبُ والمكان المودَّعَان¹.

العرف اصطلاحاً:

هو: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول، وهو حجة أيضاً، لكنه أسرع إلى الفهم"²، والُوف أيضاً "ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول، أو فعل، أو ترك، ويسمى العادة، وفي لسان الشرعيين: لا فرق بين العرف والعادة"³، وقيل: هو "العادة الجارية بين الناس، أما عادات الإنسان الخاصة به فلا تسمى عرفاً"⁴.

ثانياً: الفرق بين العرف وأشباهه

1- الفرق بين العرف والعادة:

العرف كما سبق تعريفه، هو "ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"⁵، وهناك من اعتبر العرف هو العادة¹، وقد جعلها الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى-

1 انظر: تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي ج 139/24 - 140 - تحقيق مجموعة من المحققين - دار للهداية.

2 التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ج 1/193 - تحقيق: إبراهيم الأبياري - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى / 1405.

3 عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه ج 1/89 - مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم) - د. محمد سليمان الأشقر - الواضح في أصول الفقه للمبتدئين 153 - دار النفائس - للنشر - الأردن - عمان - الطبعة السابعة 2008م - د. عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه 250 - دار التوزيع والنشر الإسلامية - القاهرة - الطبعة الأولى / 1993م.

4 الواضح في أصول الفقه للمبتدئين - د. محمد سليمان الأشقر / 153.

5 لأشباه والنظائر للسيوطي / 182 - انظر: التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني ج 1/193.

قسمين، فقال: "العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها، والعوائد الجارية بين الخلق، بما ليس فيه نفيه أو إثباته دليل شرعي"².

فالعوائد الشرعية، هي التي كف بها الشرع أمراً أو نهياً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً، كستر العورة في الصلاة، والقصاص في القتل، والأمر بإزالة النجاسات، والنهي عن الطواف بالبيت عارياً، وهذه ثابتة لا تتبدل .

أما التي لم يتناولها الدليل الشرعي بإثبات أو نفي، وهي إما ثابتة، أي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، كشهوة الطعام والشراب والكلام والمشي وغير ذلك³.

أو متبدلة، وهي التي تختلف بسبب أمر طبيعي، كاختلاف العادة في البلوغ، ومدة الحيض، وسن اللباس، بحسب الحرارة والبرودة، أو بسبب الألفاظ، كالألفاظ المتعارف عليها عند أهل الحرف والصناعات، أو الأفعال، كعادة البيع بالأجل أو الوفاء، ومثل قبض نصف الصداق قبل الدخول، أو الأوصاف حسناً وقبحاً، ككشف الرأس لذوي المروءات⁴، أما حكمها، فيختلف باختلاف هذه العادات من مكان لآخر⁵.

ثم ذكر الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى- في المسألة السادسة عشرة، أن العوائد ضربان: "الأول: عوائد عامة لا تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، كالأكل والشرب والنوم، وحكمها ثابت، والثاني: عوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال، كهيئة اللباس والمسكن وغيرها، وهذه عوائد يتعلق بها الظن لا العلم، وحكمها غير ثابت بسبب تغيرها واختلافها"⁶.

و هناك من يفرق بين "العادات التي تعتبر عرفاً، وبين عادات الإنسان الخاصة به فلا تسمى عرفاً"¹.

2- الفرق بين العرف والإجماع:

فروق بين العرف والإجماع، يمكن إجمالها بما يأتي:

1- أن يكون أهل الإجماع في مرتبة الاجتهاد، لأنهم هم أهل الاستنباط، من إباحة

وتحريم²، بينما العرف، فيكفي أن يتعارف الناس على أمر ما.

2- "يشترط في الإجماع اتفاق جميع المجتهدين على الحكم"³، بينما في العرف "فلا يشترط تعارف الجميع على أمر ما، بل يكفي الأكثرية أو الأغلبية"⁴.

3- يتم "الإجماع في عصر من العصور، على حكم معين، بحيث يتم الاتفاق على هذا الحكم في نفس الزمن، من قبل جميع علماء الأمة"⁵، بينما العرف فهو "عادة استقرت في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول"⁶ مما يجعله يستغرق وقتاً طويلاً ليصبح مألوفاً ومقبولاً ومستقراً في النفوس.

4- في حال انعقاد الإجماع، فإن "الحكم الصادر عنه ثابت لا يتغير، ويصبح غير قابل للنقض"⁷، بينما "الأعراف والعادات تتغير من مكان إلى مكان، ومن زمن إلى زمن، وبالتالي فالحكم المتعلق بها يدور معها كيفما دار"⁸.

5- "الإجماع دليل شرعي معتبر، متفق عليه، ويجب اتباعه، ولا يجوز مخالفة حكمه بعد انعقاده، ويكفر من أنكره"¹، بينما "العرف، فمنه الفاسد الذي يحرم العمل به"².

¹الواضح في أصول الفقه للمبتدئين- د. محمد سليمان الأشقر/153- عبد الوهاب خلاف- علم أصول الفقه ج1/89

²انظر: الموافقات للشاطبي ج2/488- دار ابن عفان- الطبعة الأولى/1997م.

³المصدر السابق ج2/509.

⁴انظر الموافقات للشاطبي ج2/494-495- د. أحمد فهمي أبو سئة- العرف والعادة في رأي الفقهاء/49- دار البصائر- مصر- القاهرة- الطبعة الثالثة/2004م.

⁵انظر، الموافقات للشاطبي ج4/16.

⁶انظر، المصدر نفسه ج2/509-510.

¹انظر: الواضح في أصول الفقه للأشقر/153.

²انظر: أصول الفقه - محمد أبو النور زهير ج3/143- المكتبة الأزهرية للتراث- القاهرة/1998م.

³انظر: الشيخ محمد الخضر- أصول الفقه/267- دار الحديث- القاهرة- الطبعة الأولى/2001م.

⁴انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/185.

⁵انظر: أصول الفقه - محمد أبو النور زهير ج3/144- الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان/182.

⁶الأشباه والنظائر للسيوطي/152.

⁷انظر: الوجيز في أصول الفقه لزيدان/183.

⁸انظر، الموافقات للشاطبي ج4/16.

• - المطلب الثاني: حجية العرف، وتغير الأحكام

أولاً: حجية العرف:

اعتبر الأصوليون العرف دليلاً تبنى عليه الأحكام، وأنه "غير مستقل، لكنه يرجع إلى أدلة شرعية معتبرة، كالإجماع، والمصلحة المرسلّة، والذرائع"3، فقالوا: "العادة محكمة، و المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، و الثابت بالعرف كالثابت بالنص"4، وذلك كالذي شتم إنساناً بلفظ فاذعى المشتوم أن الشاتم قذفه، روعي في ذلك ما جرى به العرف في استخدام ذلك اللفظ، وكذلك لو اختلف المستأجر مع صاحب المنزل في إصلاح تلف في المنزل، من يقوم به أو يدفع أجرته، كان الحكم فيه بينهما بالعرف.

ومما يدل على أن العرف معتبر شرعاً، ورود النصوص الشرعية التي تدل على اعتباره من مصادر مختلفة، أهمها:

أ- من القرآن الكريم:

- 1- قول الله تعالى: ﴿خُذِ الزَّكَاةَ وَأَوْرِ بِالْعَرَفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾5، وهذه الآية تدل على اعتبار العرف بشكل صريح، وقد ذكر ذلك كثير من العلماء6.

والعرف ما "لا يكره الناس من المحاسن التي انتفت عليها الشرائع"1، وهو "اسم مرادف للمعروف من الأعمال، وهو الفعل الذي تعرفه النفوس، أي لا تنكره"2.

2- قوله سبحانه: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُضِغْنَ أَوْلَادَهُنَّ حُلُوبٍ كَامِلِينَ لَعَنَ أَرَادَ أَنْ يَنْتُمِ الرُّضَاعَةَ وَطَيَّ الْوُلُودَ لَهُ زُفًى نَّ وَكَمَوْهُ نَّ بِالْمَعْوِفِ لَا تَكْلَفُ هُنَّ إِلَّا وَسْعًا لَا تَضَارُّ وَالَّةٌ يُولَدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ يُولَدُهَا وَطَيَّ الْوَارِثَ مِثْلَ ذَلِكَ فَمَنْ لَمْ يَرَ أَنَا فَصَالًا عَنْ تَرْضَاعٍ مِنْهُ مَا وَتَشَابَهَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا إِنْ أَرْتَمَ أَنْ تَسْتَرْضِيَا أَوْلَاكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ سَلِمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْوِفِ وَادُّوا وَاللَّاهُ لَعَلَّكُمْ أَنْ اللَّاهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾3.

يتضح من الآية الكريمة اعتبار العرف في التشريع، فالكسوة بحسب العرف والعادة4.

3- قوله تعالى: ﴿وَالطَّلَاقَاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْوِفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾5، ترى أن المعروف في هذه الآية معتبر في هذه الأحكام المهمة، "وأن المعروف فيها هو المعهود بين الناس في المعاملات والعادات، فتحديده وتعيينه باجتهاد بعض الفقهاء بدون مراعاة عرف الناس مخالف لنص كتاب الله تعالى"6.

ب- من السنة الشريفة:

1- عن ابن مسعود- رضي الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"7.

11الأصول من علم الأصول لابن عثيمين ج1/66- دار ابن الجوزي- 1426هـ- المستصفي في علم الأصول-

للغزالي ج1/149- دار الكتب العلمية - بيروت- الطبعة الأولى/ 1413هـ.

2انظر علم أصول الفقه- عبد الوهاب خالف ج1/89.

3انظر: د. عبد الكريم زيدان- الوجيز في أصول الفقه 252-253.

4الأشياء والنظائر للسيوطي/182- دار الكتاب العربي- بيروت/2006م- القواعد الكلية والضوابط الفقهية في

الشرعية الإسلامية/229- دار النفائس- الأردن- عمان- الطبعة السابعة/2007م- تيسير علم أصول الفقه- عبدالله

بن يوسف الجيع ج2/65- انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خالف ج1/89.

5سورة الأعراف/199.

6انظر، الفروق للرافعي ج3/275- تحقيق خليل المنصور- دار الكتب العلمية- بيروت/1998م- إغاثة اللهفان من

مصائد الشيطان لابن القيم الجوزية ج2/59- دار المعرفة - بيروت/1975م - تحقيق : محمد حامد الفتحي - ربح

الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي ج2/80- عالم الكتب - لبنان / بيروت - الطبعة : الأولى/1999م-

تحقيق : علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود- تفسير المنار - محمد رشيد رضا ج9/466-الهيئة المصرية

العامّة للكتاب/1990 م.

3سورة البقرة- الآية/233.

4انظر القواعد الكلية والضوابط الفقهية للدكتور محمد شبير/234- انظر: د. عبد الكريم زيدان- الوجيز في أصول

الفقه/255.

5سورة البقرة- الآية/241.

6 تفسير المنار - محمد رشيد بن علي رضا - الهيئة المصرية العامة للكتاب/1990 م.

7الأشياء والنظائر للسيوطي ج1/89، دار الكتب العلمية- بيروت/ 1403، قال القاضي: هو أصل لقاعدة " العادة

محكمة"، قال الغلاني: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف، بعد طول البحث وكثرة

الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود موقوفاً عليه -المبسوط للسرخسي ج12/242- تحقيق: خليل

2- عن عائشة رضي الله عنها- أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني وولدي ما يكفيني، إلا ما أخذت من ماله وهو لا يعلم، قال: "أخذي ما يكفيك ووليك بالمعروف"1. والمراد بالمعروف، الذي عرف بالعادة أنه الكفاية2، وهذا يدل على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي، فمقدار النفقة يختلف باختلاف الزمان والمكان، بحسب العرف والعادة.

3- عن ابن عباس رضي الله عنه- قال: قدم النبي ﷺ المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث، فقال: "من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"3، أقره النبي ﷺ مع أنه مخالف للقاعدة الشرعية التي تمنع بيع المعدم، لما في ذلك من مصلحة تعارف عليها الناس.

4- عن حرام بن محيصة الأنصاري، عن البراء بن عازب، قال: كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائطا فأفسدت فيه، فكلم رسول الله ﷺ فيها، "فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل"4، وفي هذا الحديث دلالة على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية، لأن عادة الناس إرسال مواشيهم بالنهار للرعي.

محي الدين الميس- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت- لبنان- الطبعة : الأولى/ 2000م- وفي المستدرك على الصحيحين للنيسابوري ج3/ 83 رقم/ 4465- دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى/ 1990م- تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا- وهو بلفظ "ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، و ما رأى المسلمون سيئا فهو عند الله سيء"، قال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، و له شاهد أصح منه، إلا أن فيه إرسالا، تعليق الذهبي في التلخيص: صحيح .

1مسند الإمام أحمد بن حنبل ج50/ 6- رقم/ 24277- باب حديث السيدة عائشة رضي الله عنها - مؤسسة قرطبة - القاهرة- تعليق شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين- الجامع الصحيح للبخاري حسب ترقيم فتح الباري- باب بدء الوحي- رقم/ 7180 - دار الشعب - القاهرة- الطبعة : الأولى / 1987م.

2 نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار لمحمد بن علي الشوكاني- باب المرأة تتفق من مل زوجها بدون علمه ج80/ 7- إدارة الطباعة المنيرية.

3صحيح البخاري- باب السلم- رقم/ 2240- صحيح مسلم- باب السلم رقم/ 128- نيل الأوطار للشوكاني- كتاب السلم ج281/ 5.

4 سنن أبي داود لأبي داود السجستاني الأزدي- كتاب البيوع رقم/ 3570 إسناده حسن- دار الفكر - تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

وحبسها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين أن يكونوا في أموالهم بالنهار-غالبا- دون الليل، فبنى النبي ﷺ التضمين على ما جرت به عادتهم.

ج-من الإجماع:

عرف العلماء الإجماع أنه: "اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ على شيء من الأحكام"1.

وقد أجمع علماء الأمة، على اعتبار العرف في الأحكام الشرعية، قال القرافي: "أما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرأها وجددهم يصرحون بذلك فيها"2، وقال الصاوي: "ترجيح القول بعدم لزوم خياطة ثوبه وثوبها- أي الزوج- وأنه يجري على العرف والعادة، فإن جرى العرف به لزمها، وإلا فلا"3، كما ذكر الدسوقي "أن الأيمان مبناه العرف"4، ولو حلف رجل لا يأكل رأسا، فيمينته على رؤوس تباع في بلده، "فإذا لم يرد به الحقيقة، وجب اعتبار العرف، وكان أبو حنيفة-رحمه الله- يقول: يدخل فيه رأس الإبل والبقر والغنم، ثم رجع فقال: يحنث في رأس البقر والغنم خاصة، وقال أبو يوسف ومحمد-رحمهما الله- لا يحنث إلا في رأس الغنم خاصة، وهذا اختلاف عَصِرَ وزمان، وتَبَلَّ عَادَةً لا اختلاف حَجَّةَ وبرهان، إذ مسائل الأيمان مَبْدِيَّةٌ على العرف فتدور معه"5.

الإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول- الشوكاني ج1/ 200- تحقيق: الشيخ أحمد عزو غناية، دار الكتاب العربي- دمشق - الطبعة الأولى/ 1999م- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للفتاواني الشافعي ج89/ 2- تحقيق: زكريا عميرات- دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان- الطبعة الأولى/ 1996م.

2 الذخيرة للقرافي ج152/ 1- تحقيق: محمد حجي- دار الغرب- بيروت/ 1994م.

3 بلغة السالك لأقرب المسالك- أحمد الصاوي ج480/ 2- تحقيق: محمد عبد السلام شاهين- دار الكتب العلمية- لبنان- بيروت/ 1995م.

4 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج496/ 6.

كانظر: المبسوط للسرخسي ج44/ 1- تحقيق: خليل محي الدين الميس- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان- الطبعة: الأولى/ 2000م

ستبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزليعي ج8/ 198- 199- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل ج322/ 11- دار الفكر - بيروت- الطبعة الأولى/ 1405هـ.

وفي قوله ﷺ: "للمملوك طعامه وكنوته بالمعروف" 1، والمعروف هو اعتبار الوف بالمألوف 2، وقال الماوردي في كسوته: "وأصل هذا اعتبار الوف والعادة" 3، كما فصل الشافعي رحمه الله تعالى - الأحرار باختلاف الأحوال "على حسب زمانه وعوف أهله، وقد يتغير ذلك باختلاف الزمان وتغير العادات" 4، وفي قول النبي ﷺ: (والثلث كثير) 5، قيل: "بالسدس وقيل ما لا يتغابن الناس به في العادة، لأن ما لا يرد الشرع بتحديد، يرجع فيه إلى العرف" 6، وأن النبي ﷺ "لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق، فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته" 7، والأمثلة على اعتبار العرف في كتب الفقهاء كثيرة ولا حصر لها، "فاحتجاج الفقهاء بالعرف في مختلف العصور، واعتبارهم إياه في اجتهادهم، وعلمهم به، ينزل منزلة الإجماع السكوتي، فضلاً عن تصريح بعضهم به، وسكوت الآخرين عنه، فيكون ثابتاً بالإجماع" 8.

د- من المعقول:

إن مراعاة العرف ضرب من ضروب المصلحة، التي تحقق رفع الحرج والتيسير على المكلفين، فقد ذكر الإمام القرافي رحمه الله تعالى - أن "العرف ضابط للمصلحة التي تجلب التيسير فيما لا نص فيه، وأن الفقهاء يحيلون على العرف عند سؤالهم" 9، كما ذكر الإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى -

1 السنن الكبرى للبيهقي - باب ما على مالك المملوك ج 8/6 - رقم 16191 - الناشر: مجلس دائرة المعارف في الهند - حيدر آباد - الطبعة الأولى/ 1344 هـ - الموطأ لمالك بن أنس - باب الفرق بالمملوك ج 5/1427 - رقم 3593 - تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي - مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان - الطبعة الأولى/ 2004 م.

2 كتاب الحاوي الكبير للماوردي ج 11/1205 - باب نفقة المماليك - دار الفكر - بيروت.

3 المصدر نفسه ج 11/1210.

4 المصدر نفسه ج 13/594.

5 فتح الباري شرح صحيح البخاري للعسقلاني - باب الوصية بالثلث ج 5/370 - رقم 2592 - دار المعرفة - بيروت/ 1379 هـ.

6 المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل - لابن قدامة المقدسي ج 4/92 - دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى/ 1405 هـ.

7 المصدر نفسه ج 6/197 - وانظر: كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ج 9/495.

8 عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه/ 253.

9 انظر: الفروق للقرافي - الفرق الرابع عشر ج 1/218.

أن الرجوع إلى العرف فيما يشق على الناس وما لا يشق عليهم ضروري لا بد منه" 1، وقد اعتبر العلماء: "أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً" 2، والذي نفهمه من هذا الكلام أن عدم اعتبار العرف في التشريع، هو تكليف للناس بما لا يطيقون، وهذا مما لا يقبله العقلاء، لأن من أهم مقاصد الشريعة رفع الحرج، والتيسير على العباد، قال تعالى: ﴿وَمَا جِئَ بِكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ 3 وقال سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ 4، وقال أيضاً: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يَخَفَّ عَكُمْ وَيُخَفِّيَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفاً﴾ 5، كما أن العقول الراجحة، تدرك أن مراعاة أعراف الناس في الأحكام، تلقى قبولاً أكثر من أن تطبق في حقهم أحكاماً مخالفة لأعرافهم، طالما أنها أعراف صحيحة 6.

ثانياً: تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والأحوال:

تتغير الأحكام المبنية على العرف والعادة بتغير العادة، يقول الإمام القرافي: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، فإذا تغيرت العادة في النقد والسكة إلى سكة أخرى، حمل الثمن في البيع عند الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها، وإذا كان الشيء عيباً في الثياب في عادة رددنا به المبيع، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء" 7.

من أمثلة تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان، أن أبا سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - قال: "فإنما نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من

1 انظر: الشاطبي - الموافقات ج 2/268.

2 المبسوط للسرخسي ج 13/25 - تحقيق: خليل محي الدين الميس - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى/ 2000 م - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي - عبد العزيز البخاري ج 2/246 - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى/ 1997 م.

3 سورة الحج - الآية/ 78.

4 سورة البقرة - الآية/ 185.

5 سورة النساء - الآية/ 28.

6 علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ج 1/89.

7 انظر: الفروق للقرافي ج 1/320 - وانظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية لمحمد عثمان شبيب/ 259.

أقعد، أو صاعاً من زبيب"1، وهذه كانت غالب أقواتهم بالمدينة، فأما أهل بلد أو محلة قوتهم غير ذلك فإنما عليهم صاع من قوتهم كانوا ما كان"2.

ومثل ذلك قوله ﷺ: "من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة، ولا يبقى في بيته منه شيء"3، فنهى ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام، وأمر بالتصدق بالباقي، ثم في العام التالي أباح لهم الادخار، فقال ﷺ: "إن ذلك عام كان الناس فيه بجهد، فأردت أن يفشرو فيهم"4، فالنهي في السنة الأولى يحمل على حالة معينة طارئة، حيث وصل المهاجرون إلى المدينة، وهم بحاجة إلى المواساة والإكرام، وقد ارتفع ذلك الحال الطارئ في السنة التالية، فتغير الحكم بتغير تلك الحالة.

وفي بيع المصرة قال رسول الله ﷺ "من اشترى غنماً مصراً فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها، ففي حلبتها صاع من تمر"5، فتعيين صاع التمر "لأنه غالب قوت ذلك البلد، يخرج في كل موضع صاعاً من قوت ذلك البلد الغالب، فيخرج في البلاد التي قوتهم البر صاعاً من بر، وإن كان قوتهم الأرز، فصاعاً من أرز، وإن كان الزبيب والتين عندهم كالتمر، في موضعه أجزاء صاع منه، وهذا هو الصحيح"6.

وفي الطلاق الثلاث بلفظ واحد، عن ابن عباس قال: "كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيتم عليه، فأمضاه عليهم"7.

وفي مسألة النقاط ضالة الإبل، فقد أمر عثمان رضي الله عنه - بالنقاطها والتعريف بها، لتغير حال الناس في زمنه، فقد روى الإمام مالك رضي الله عنه - أنه سمع ابن شهاب يقول: "كانت

1 عمدة القاري شرح صحيح البخاري - باب صدقة الفطر - رقم/6051.

2 انظر ابن القيم - أعلام الموقعين ج3/12 - دار الجيل - بيروت/1973م.

3 الجامع الصحيح للبخاري - باب بدء الوحي رقم/5569 - صحيح مسلم - باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم - رقم/5222، وهو بلفظ من ضحى منكم فلا يصبحن في بيته بعد ثالثة شيئاً.

4 المصدر السابق نفسه، وفي لفظ البخاري، قال: "كلوا وأطعموا وادخروا فإن ذلك العام كان بالناس جهد، فأردت أن تعينوا فيها"، وفي رواية لمسلم، قال ﷺ: "إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دقت، فكلوا وادخروا وتصدقوا" - صحيح مسلم - باب النهي عن أكل لحوم - رقم/5215.

5 عمدة القاري شرح صحيح البخاري - باب إن شاء رد المصرة - رقم/1512.

6 ابن قيم الجوزية - أعلام الموقعين ج3/13.

7 صحيح مسلم - باب طلاق الثلاث رقم/1472.

ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلًا مؤيلة تتأتج، لا يمسها أحد، حتى إذا كان زمان عثمان بن عفان، أمر بتعريفها، ثم تباع، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها"1، مع العلم أن النبي ﷺ قال في ضالة الإبل: "معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها"2، فتغير حكم النقاط ضالة الإبل، بسبب تغير حال الناس.

ومن أمثلة تغير الحكم بتغير الأحوال، ما قال ابن القيم رحمه الله تعالى - "أن مقتضى قواعد الشرع، أن السنة إذا كانت سنة مجاعة وشدة، غلب على الناس الحاجة والضرورة، فلا يكاد يسلم السارق من ضرورة تدعوه إلى ما يسد به رمقه، وهذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج"3.

والإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى - "اكتفى بالعدالة الظاهرة للشهود فيما عدا الحدود والقصاص، لغلبة الصدق والصلاح عند الناس، فلما كثر الكذب في زمان أبي يوسف ومحمد - صاحب أبي حنيفة - صار هذا الحكم مفسدة وضياعا للحقوق، فقالا بتركه الشهود، إنه اختلاف عصر وزمان"4.

ومن ذلك أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم، على ما افتوا به متأخري الفقهاء، "لأن العادة قد تبدلت، فكانوا يعطون من بيت المال سابقاً، فلما انقطع، أفتوا بجواز الأخذ لئلا يهجر القرآن"5.

وقد ميز العلماء بين نوعين من هذه الأحكام، "الأول: ما يستند إلى صريح النص من الكتاب والسنة والإجماع، فهذا النوع لا يخضع للتبديل والتغيير، أما الثاني: فهو الذي يستند إلى الاجتهاد، فهذا النوع هو محل التغيير والتبديل"6، ومقصود ذلك هو تبدل الأساليب والوسائل، للوصول إلى مقصود الشارع، هذه الوسائل لم تحددتها الشريعة، بل تركتها مطلقة، يَخْتار منها في كل زمن ما هو أصلح، والمقصود الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان، هو تحقيق المصالح، ودفع المفاسد، ورفع الحرج عن الناس والتيسير.

1 موطأ الإمام مالك ج2/759 - دار إحياء التراث العربي - مصر - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

2 صحيح البخاري - كتاب بدء الوحي ج1/34 رقم/91.

3 انظر: أعلام الموقعين لابن القيم ج3/11-12.

4 البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج7/63.

5 الوجيز في أصول الفقه - د. عبد الكريم زيدان/256.

6 القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد عثمان شبير/263 - انظر الوجيز في أصول الفقه - د. عبد الكريم زيدان/256.

أما أسباب بغير الأحكام بتغير الزمان، فلأن "الزمان ظرف يجمع عادات الناس وأحوالهم وعلومهم وضرورياتهم وحاجياتهم، وما يحقق لهم مصالحهم، ويدفع عنهم المفاسد"¹.

ثالثاً: بناء الأحكام على العرف عند الأئمة:

اعتمد الأحناف على العرف في بناء الأحكام، فقالوا: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"²، وكذلك "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"³، كما أجازوا تقييد المطلق بالعرف⁴، وذكر المالكية "أن كل من أطلق لفظه، حمل على عرفه، ولذلك حملنا قوله عليه السلام: لا يقبل الله صلاة بغير طهور، على الصلاة الشرعية"⁵، وأيضاً فإن "قواعد كل متكلم له عرف، يحمل لفظه على عرفه، في الشرعيات والمعاملات والإقرارات وسائر التصرفات"⁶، كما أكدوا "اعتبار جميع الأحكام المرتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء، لا خلاف فيه بينهم"⁷.

قال العدوي في حاشيته، مؤكداً أهمية العرف في مذهبه، أن: "قاعدة العمل بالعرف الذي هو أصل من أصول المذهب"⁸، أما الشافعية، فذكروا "أن الله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له، فوجب الرجوع إلى العرف"⁹ وفي شأن الحرز، فإن "الشرع دل على اعتبار الحرز، وليس له حد من جهة الشرع، فوجب الرجوع فيه إلى العرف"¹⁰، كما ذكر الإمام الشاطبي -رحمه الله تعالى- أنه لا يرد على هذا اختلاف الأحكام عند اختلاف العرف والعادة، فإنه ليس باختلاف في أصل

¹ القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية - د. محمد عثمان شبير/ 263.

² المبسوط للسرخسي ج 272/4 - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان - الطبعة الأولى، 2000م.

³ المصدر نفسه ج 5/9 - وانظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبيدي ج 235/10.

⁴ انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاظمي ج 478/6.

⁵ الذخيرة للقرافي ج 178/2 - دار الغرب - بيروت/ 1994م.

⁶ المصدر نفسه ج 22/4 - الفروق للقرافي - القاعدة الأولى ج 135/1.

⁷ انظر الفروق للقرافي ج 320/1.

⁸ حاشية العدوي ج 234/7 - حاشية الموسوي ج 234/7.

⁹ كفاية الأختار في حل غاية الاختصار - تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصري الشافعي ج 233/1 - تحقيق علي عبد الحميد بلطجي و محمد وهبي سليمان - دار الخير - دمشق/ 1994م - المجموع شرح المذهب للنووي ج 163/9 - كتاب البيوع.

¹⁰ المجموع شرح المذهب للنووي ج 278/2.

الخطاب، وتحقيقه أن العوائد إذا اختلفت، رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يختص بها، وينطبق حكمه عليها"¹، والأمثلة كثيرة في كتب الأئمة، تبين بناء الأحكام على العرف، كما أنه من الضروري أن نفهم أن هذا التغير في الأحكام، لا يتناول الأحكام القطعية "قواعد الشرعية، التي أمر بها الشارع أو نهى عنها أو أذن فيها لا تتبدل، بل هي دائمة ثابتة"².

رابعاً: تعارض العرف مع الشرع واللغة:

أ- تعارض العرف مع الشرع:

إن تعارض العرف مع الشرع نوعان: "الأول: ألا يتعلق بالشرع حكم، فيقدم عليه عرف الاستعمال، والثاني: أن يتعلق به حكم، فيقدم على عرف الاستعمال"³.

أما الأول: فهو كمن حلف ألا يجلس على بساط، أو تحت سقف، أو في ضوء سراج، فهذا لم يحنث إذا جلس على الأرض، علماً أن الله سبحانه سماها بساطاً⁴، ولا تحت السماء، وقد سماها الله تعالى سقفاً⁵، ولا في الشمس، وقد سماها الله تعالى سراجاً⁶، في هذه الأمثلة قدم العرف، لأنها استعملت في الشرع تسمية لم يتعلق به حكم.

أما الثاني: فهو كمن حلف لا يصلي، لم يحنث إلا بالصلاة ذات الركوع والسجود، أو حلف لا يصوم، لم يحنث بمطلق الإمساك عن الطعام والشراب.

ب- تعارض العرف مع اللغة:

يكون تعارض العرف مع اللغة من وجهين، "الأول: الحقيقة اللفظية عملاً بالوضع اللغوي، والثاني: الدلالة العرفية، لأن العرف يحكم في التصرفات سيما في الأيمان"⁷.

¹ الموافقات للشاطبي ج 109/1 - دار ابن عفان - الطبعة الأولى/ 1997م.

² المصدر السابق ج 509/2.

³ انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/ 187.

⁴ المقصود قول الله تعالى: "وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ سَبَاطًا تَرْمُونَ".

⁵ المقصود قوله تعالى: "وَجَعَلَ السَّمَاءَ سَقْفًا مَرْفُوعًا" الأنبياء/ 32.

⁶ المقصود قوله تعالى: "وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجًا" نوح/ 16.

⁷ انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/ 188-189.

المبحث الثاني: شروط اعتبار العرف، وأقسامه، ومقاصده

• المطلب الأول: شروط اعتبار العرف:

لا بد من توفر شروط لاعتبار العرف لبناء الأحكام عليه، وهذه الشروط:

1- "ألا يكون مخالفاً للنص" 2، فإن خالفه فلا عبرة به، كالتعامل بالربا، وتقديم الخمر في الولائم وحفلات الزواج، وكشف العورات 3، والعرف المخالف للنص، هو ما خالفه من كل وجه، بحيث يترتب على الأخذ به إبطال العمل بالنص بالكلية، أما إذا لم يخالفه من كل وجه، فلا يعد مخالفاً للنص، بل يعمل به، ويعمل بالنص فيما لم يقص به العرف، كما في عقد الاستصناع، فهو بيع للمعدوم، وبيع المعدوم في الشريعة الإسلامية لا يجوز، لكنه جاز لتعامل الناس به دون إنكار، فيعمل به عرفاً، بينما يمنعه عداة التزاماً بقاعدة "بيع المعدوم لا يجوز" 4.

2- "أن يكون مطرداً أو غالباً" 5، فالاطراد، أن تكون العادة كلية لا تتخلف، أي أنها شائعة بين أهلها، معروفة معمول بها عندهم، وأما الغلبة، فهي أن تكون أكثرية، فلا تتخلف إلا قليلاً، فإذا اختلفت العادات في مسألة ما، وكان من يفعلها أقل ممن لا يفعلها، لم يلزم العمل بهذه المسألة.

3- "أن يكون لعرف الذي يحمل عليه التصرف موجوداً وقت إنشائه" 6، أي يكون حدوث العرف قبل التصرف، ثم يستمر إلى وقت حدوث هذا التصرف، وبمعنى آخر، أن يكون العرف مقارناً لفعل أمر ما، فإن كان قبلها ثم لم يعد معمولاً به، لم يلزم اعتباره، وكذلك لو أن العرف لم يتحقق إلا بعد الفعل.

¹ الأشباه والنظائر للسيوطي/189.

² عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه/ 253.

³ جاء في المبسوط للرخسي ج 348/12 قوله: (وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر).

⁴ المصدر نفسه ج 217/12 - شرح السنة للإمام البغوي ج 263/8 - المكتبة الإسلامية - دمشق - بيروت - الطبعة الثانية/1983 م - تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ج 480/1 - دار ابن حزم - الطبعة الأولى - مجموع الفتاوى - ابن تيمية ج 544/20 - تحقيق: أنور الباز - عامر الجزائر - دار الوفاء - الطبعة: الثالثة / 2005 م - إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ج 24/2 - دار الجيل - بيروت، 1973 - تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد - الفروق للقرافي ج 478/3 - الهداية شرح بداية المبتدي - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني ج 78/3 - فصل بيع الفضولي - المكتبة الإسلامية.

⁵ انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/ 185 - تحقيق محمد المعتصم بالله البغدادي - دار الكتاب العربي - بيروت/ 2006م - الواضح في أصول الفقه للذكور محمد سليمان الأشقر -/157.

⁶ انظر: الوجيز في أصول الفقه لزيدان/ 254 - الأشباه والنظائر للسيوطي/ 193 -

أما الأول: فقد ذكر الأصوليون أن "الألفاظ تدور بين حقائق لغوية وحقائق شرعية" 1، وأن "الحقيقة اللغوية تنقسم إلى وضعية وعرفية، والحقيقة الوضعية: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في اللغة، وأما الحقيقة العرفية اللغوية: فهي اللفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال اللغوي، وهي قسمان: الأول أن يكون الاسم قد وضع لمعنى عام، ثم يخصص بعرف استعمال أهل اللغة ببعض مسمياته" 2، كلفظ الدابة بذوات الأربع عرفاً، الثاني: أن يكون الاسم في أصل اللغة بمعنى، ثم يشتهر في عرف استعمالهم، بالمجاز الخارج عن الموضوع اللغوي، بحيث إنه لا يفهم من اللفظ عند إطلاقه غيره" 3، كاسم الغائط، فإنه وإن كان في أصل اللغة للموضع المنبسط من الأرض، غير أنه قد اشتهر في عرفهم بالخارج المستقذر من الإنسان، لكثرة مباشرته وغلبة التخاطب به، مع ترك ذكر الاسم الخاص به، لنفرة الطباع عنه، فكثروا عنه بلازمه.

وأما "الحقيقة الشرعية: فهي استعمال الاسم الشرعي فيما كان موضوعاً له أولاً في الشرع، وسواء كان الاسم الشرعي ومسماه لا يعرفهما أهل اللغة، أو هما معروفان لهما، غير أنهم لم يضعوا ذلك الاسم لذلك المعنى، أو عرفوا المعنى كاسم الصلاة والحج والزكاة ونحوه" 4.

وأما الثاني: وهو الدلالة العرفية، فلو دخل رجل دار صديقه، فقدم إليه طعاماً فامتنع، فقال إن لم تأكل فأمرأتني طالق، فخرج ولم يأكل، ثم قدم اليوم الثاني، فقدم إليه ذلك الطعام، فأكل، ففعل الأول (الحقيقة اللفظية) لا يحنث، وعلى الثاني (العرفية) يحنث، ومن حلف لا يشرب ماء، فشرب ماء مالاً حنث، وإن لم يعتد شربه، اعتباراً بالإطلاق، والاستعمال اللغوي.

ذكر الإمام السيوطي: "إن كان العرف ليس له في اللغة وجه البتة، فالمعتبر اللغة، وإن كان له فيه استعمال، ففيه خلاف، وإن هجرت اللغة حتى صارت نسباً منسياً، قدم العرف" 1.

1 أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير ج 2/ 256 - انظر: الوجيز في أصول الفقه لزيدان/ 326.

2 الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج 1/ 52 - انظر: المحصول في علم الأصول للرازي ج 410/1 - الناشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض - الطبعة الأولى/ 1400 هـ - تحقيق طه جابر فياض العلواني.

3 الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج 1/ 53 - انظر: شرح الورقات في علم أصول الفقه لكمال الدين محمد المصري/ 100 - دار ابن عفان - القاهرة - الطبعة الأولى/ 2007م.

4 انظر: أصول الفقه - محمد أبو النور زهير ج 2/ 257 - الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج 1/ 53 - الإيهام شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي - علي بن عبد الكافي السبكي ج 1/ 377 - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى/ 1404 هـ - الوجيز في أصول الفقه - عبد الكريم زيدان/ 326.

4- "لا يجازضه تصريح بخلافه، لأن النص مقدم على السكوت"¹

ذكر ابن عبد السلام- رحمه الله تعالى- أن "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح"2، ففي حال اتفق المتعاقدان على خلاف المعروف، يعمل بالاتفاق، ولا يعمل بالعرف، ويعمل بالعرف إذا سكوت المتعاقدان، فإذا كان العرف في السوق تقسيط النص، واتفق العاقدان صراحة على الأداء، أو كان العرف أن على المشتري مصاريف النقل، واتفق العاقدان على أن مصاريف النقل على البائع، فإن القاعدة هنا "ما يثبت بالعرف بدون ذكر، لا يثبت إذا نص على خلافه"3

5- "أن يكون العرف عاماً، أي عند جميع المسلمين"⁴.

أما في حال العرف الخاص فقد اختلف في الأخذ به، فقد "ظهر أن قول بعض المحققين: الأخذ بمذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير باعتباره، فيما

عدا الأيمان، أما هي فالعرف الخاص معتبر فيها⁵، "والموجب في موضع الوفاق العرف العام، وهو أقوى من العرف الخاص لعمومه، فالعرف العام، إنما قضى به لما فيه من الظهور في الدلالة"⁶.

• **المطلب الثاني: أقسام العرف**

1- باعتبارہ قولی و عملی:

فالعرف القولي:

¹البواضح في أصول الفقه- د. محمد سليمان الأشقر/ 157- الوجيز في أصول الفقه- د. عبد الكريم زيدان/ 254

²قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبدالسلام ج2/158.

³الوجيز في أصول الفقه لزيدان/ 255.

⁴الواضح في أصول الفقه - د. محمد سليمان الأشقر/157.

كانظر: حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة لابن عابد ج 3/775- دار الفكر للطباعة والنشر -

بيروت / 2000م..

6 النخيرة للقرافي 94/9- تحقيق : محمد حجي- دار الغرب - بيروت/1994م- التأويل بين ضوابط الأصوليين وقراءات المعاصرين ((دراسة أصولية فكرية معاصرة)) إعداد : إبراهيم محمد طه بويدان ج1/162- رسالة ماجستير - جامعة القدس - قسم الدراسات الإسلامية- غرائب القرآن و غرائب الفرقان للنيسابوري ج47/1- تحقيق: الشيخ زكريا عمران -دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان- الطبعة : الأولى/1996 م

فإن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى¹. وكذلك أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة، وذلك قسمان: أحدهما في المفردات، نحو الدابة للحمار، والدرهم على النقد، وثانيهما في المركبات، وهو أن يكون شأن الوضع العرفي، تركيب لفظ مع لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره وله مثل أحدهما²، فقوله تعالى: ﴿هُوَ عَظِيمٌ أَمَلَهُمْ وَيَلْذَكُّهُمْ³﴾، وَيَقُولُ تَعَالَى: ﴿هُوَ عَظِيمٌ أَمَلَهُمْ وَيَلْذَكُّهُمْ⁴﴾ فإن التحريم والتحليل إنما تحسن إضافتهما لغةً للأفعال دون الأعيان⁵، فلا يمكن القول بأن الميتة هي الحرام بذاتها، بل فعل مناسب لها يتعلق بها، كالأكل للميتة والتم ولحم الخنزير، والشرب للخمر، والاستمتاع للأمتعات، ومن نكر معيّن، ومن هذا الباب قوله ﷺ: "ألا وإنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا"⁶، فالأعراض والأموال لا تحرم، بل أفعال تضاف إليها، فيكون التقدير ألا وإنّ سفك دمائكم، وأكل أموالكم، وهتك أعراضكم، عليكم حرام، وعلى هذا المنوال جميع ما يرد من الأحكام كان أصله أن يضاف إلى الأفعال، ويربّط معها، فيصبح هذا التركيب عرفاً في التعبير عن تحريم الأفعال المضافة لتلك النوات، على أن يكون هذا الفعل مناسباً لتلك النوات، وكذلك أفعال ليست بأحكام، كقولهم في العرف: "أكلت رأساً"، فلا يكادون ينطقون بلفظ الأكل كيفما كان إلا مع رؤوس الأنعام⁷ ومثل ذلك، نقول: قتل الرجل ولده، هو في اللغة موضوع لإدخال الحياة، واليوم في عرف الكثير من الناس، موضوع للضرب، فيقولون قتله، ولا يريدون إلا ضربه، فهو من باب المنقولات الوقيّة، وهي طائفة على اللغة، ومثل ذلك أيضاً القول: فلان يعصر الخمر، مع أنّ الخمر لا تصو، بل

التقرير والتحرير في علم الأصول- ابن أمير الحاج ج1/350- دار الفكر- بيروت/1996م.

2/نظر: أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ج2/221- و ج1/318- انظر: نفروق للقرافي- الفرق الثامن
المشهور ج1/313- تحقيق : خليل المنصور- دار الكتب العلمية- بيروت/1998م- د. محمد سليمان الأشقر-
الموضح في أصول الفقه/154- دار التفاس- الأردن- عمان- الطبعة السابعة/2008- قواطع الأدلة في
الأصول- منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي ج1/193- تحقيق محمد حسن
سماعيل الشافعي- دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى/1999م- المنشور في القواعد للزركشي
ج2/393- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت- الطبعة الثانية / 1405هـ.

سورة النساء / 23

سورة المائدة 3/

البروق في أنواع الفروق للقرافي ج 2/221.

1392هـ - الجامع الصحيح للبخاري ج 1/26 - رقم 67 - دار الشعب - القاهرة - الطبعة الأولى / 1407هـ.

أنظر: الأشباه والنظائر للسيوطي/190.

صار هذا التركيب موضوعاً لعصر العنب، ومقتضى اللغة، لا يصح هذا الكلام إلا بمضاف محذوف، تقديره فلان يعصر عنبالخم، لكن أهل العرف يعبرون بهذا العُكْب عن عصر العنب، كما يعبرون بتحريم الميتة عن تحريم أكلها.

ومثل ذلك أيضاً "قول أهل العرف قتل فلان قتيلاً، وطحن دقيقاً، وهذا كلام صحيح في العرف، وفي اللغة لا يصح"1، فالقتيل لا يقتل، وإنما يقتل الحي، والدقيق لا يطحن، إنما يطحن القمح، فأهل العرف صار هذا اللفظ المركب معروفاً عندهم، لقتل الحي وطحن القمح.

العرف العملي:

هو "ما اعتاده الناس من أعمال، كالبيع بالتعاطي، وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، ودخول الحمامات العامة بدون تعيين مدة المكث فيها، ولا مقدار الماء المستهلك، واستصناع الأواني البيتية والأحذية"2، وقيل: "أن تجري العادة بفعل أمر ما حتى يصبح مألوفاً لدى الناس"3، كان تجري العادة أن يلبس الناس لباساً معيناً، كلبس العمامة مثلاً، وقيل: "هو ما تعارفه الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم، كالعادات التي تتعلق بالأكل والشرب والزراعة، والمعاملات المدنية"4

2- باعتبار عمومته وخصوصه:

العرف العام أو العرف الخاص، وهو منقول اصطلاحياً، كاصطلاح النحاة والنظار، أما اصطلاح النحاة فكالفعل، فإنه كان موضوعاً لما صدر عن الفاعل، كالأكل والشرب والضرب، ثم نقله النحويون إلى كلمة دلت على معنى في نفسها، مقترنة بأحد الأزمنة الثلاثة.

فالعرف العام كما عرفه الجرجاني أنه "المنقول العرفي، ويسمى حقيقة عرفية، كالدابة فإنها في أصل اللغة، لكل ما يدب على الأرض، ثم نقله العرف العام إلى ذات القوائم الأربع، من الخيل

1 القرافي - أنوار البروق في أنواع الفروق ج2/222-223.

2 د. عبد الكريم زيدان - الوجيز في أصول الفقه/250.

3 د. محمد سليمان الأشقر - الواضح في أصول الفقه/155.

4 د. محمد عثمان شبير - القواعد الكلية والضوابط الفقهية/240.

والبغال والحمير"1، وقيل هو ما انتشر في مناطق واسعة، كالتوسع في النفقة في الأعياد والأعراس في الدول الإسلامية، واستعمال لفظ (الولد) للذكور من الأولاد دون الإناث"2.

والعرف "الخاص كالاصطلاحات التي لكل طائفة من أهل العلم، أو لكل أهل فن في فنهم"3، وقيل: "ألفاظ خصوها بمعنى مخالفة للمفهوم اللغوي، كاصطلاح المتكلم في الجوهر والعرض، واصطلاح الفقيه في الجمع والفرق، واصطلاح الجندي في الكسر والنقض والقلب، واصطلاح النحوي في النصب والرفع والجر"4.

3- باعتبار صحته وفساده:

فالعرف الصحيح: هو "ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليلاً شرعياً، ولا يحل محرماً ولا يبطل واجباً"5، كتعارف الناس عقد الاستصناع، وتعارفهم تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر، وتعارفهم أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءاً من مهرها، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من حلي وثياب هو هدية لا من المهر"6.

فالعرف الصحيح "يجب مراعاته في التشريع وفي القضاء، وعلى المجتهد مراعاته في تشريعه، وعلى القاضي مراعاته في قضائه، لأن ما تعارفه الناس وما ساروا عليه، صار من حاجاتهم ومتفقاً مع مصالحهم، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته"7، والشارع راعى الصحيح من عرف العرب في التشريع، ففرض الدية على العاقلة8، وشرط الكفاءة في الزواج1.

1 التعريفات للجرجاني ج1/302- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه للمرداوي الحنبلي ج1/390- تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح- مكتبة الرشد - السعودية / الرياض- 2000م- المحصول في علم الأصول للرازي ج1/313- الناشر/ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض- الطبعة الأولى/ 1400هـ- تحقيق: طه جابر فياض العلواني.

2 انظر: د. محمد سليمان الأشقر- الواضح في أصول الفقه/ 154- البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج1/393- الإحكام للآمدي ج1/393.

3 انظر: الواضح في أصول الفقه - د. محمد الأشقر/ 154.

4 البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج1/393- تحقيق د. محمد محمد تامر- دار الكتب العلمية- لبنان/ بيروت/ 2000م.

5 عبد الوهاب خلاف- علم أصول الفقه ج1/89.

6 الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان/251.

7 علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ج1/89.

8 قوله ﷺ "قضى بدية المرأة على عاقلتها"، انظر سبل السلام للصنعاني ج3/238- رقم/10.

ولهذا قال العلماء: "العادة شريعة محكمة، والعرف في الشرع له اعتبار"2، والإمام مالك- رحمه الله تعالى- بنى كثيراً من أحكامه على عمل أهل المدينة، والشافعي لما هبط إلى مصر، غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد لتغير العرف، ولهذا له مذهبان قديم وجديد.

وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف، منها "إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما، فالقول لمن يشهد له العرف، وأن اسم الدراهم عند الاطلاق يتناول نقد البلد، لوجود العرف الظاهر في التعامل به"3، وفي "الأيمان تترك الحقائق لدلالة العرف"4 وإذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف، "ومن حلف لا يأكل لحماً، فأكل سمكا لا يحنث، وإن ساء الله لحماً في القرآن"5 وذلك بناء على العرف، "والشرط في العقد يكون صحيحاً إذا ورد به الشرع، أو اقتضاه العقد، أو جرى به العرف"6.

ومن العبارات المشهورة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والثابت بالعرف كالثابت بالنص"7.

وأما العرف الفاسد:

فهو "ما تعارفه الناس، ولكنه يخالف الشرع، أو يحل المحرم، أو يبطل الواجب"8، مثل تعارف الناس كثيراً من المنكرات في الحفلات والمآتم، وتعارفهم أكل الزنا وعقود المقامرة.

"العرف الفاسد لا تجب مراعاته، لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي، أو إبطال حكم شرعي"1، فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة، كعقد ريوبي، أو عقد فيه غرر، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد، بينما ذكر ابن حزم- رحمه الله تعالى- أنه "لا عرف إلا ما بين الله تعالى نصاً أنه عرف، وأما عرف الناس فيما بينهم، فلا حكم له ولا معنى، وما عرف الناس مذنبوا إلا الظلم والمكوس"2.

4- باعتبار تخصيصه للعام، وتقيدده للمطلق:

أ- تخصيص العام بالعرف:

تعريف التخصيص: "هو بيان أن بعض الأفراد لم يرد بالحكم المتعلق بالعام"3، وقيل أيضاً: "إذا ثبت تخصيص العام ببعض ما اشتمل عليه، علم أنه غير مقصود بالخطاب، وأن المراد ما عداه"4 تعريف العام: "هو اللفظ المستغرق لما يصلح له من غير حصر"5.

لم يكن هناك مانع من تخصيص النصوص العامة بالعرف6، وقد ذكر المالكية "أن العوائد مخصصة للعموم"7، وقال الباجقني أن "العرف يخصص العام، ويقيد المطلق، ويفسر الألفاظ في العقود وكنايات الطلاق"8.

1 انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ج1/90.

2 الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج398/7- دار الحديث - القاهرة - الطبعة الأولى / 1404 هـ.

3 التقرير والتحرير لابن الأمير الحاج ج1/242- دار الفكر - بيروت/1996م- أصول الفقه للدكتور محمد أبو النور زهير ج2/425- دار المدار الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى/2001م.

4 إرشاد الفحول للشوكاني ج1/351، نقله عن الشاشي- التقرير والتحرير في علم الأصول لابن أمير الحاج ج1/342- التوضيح في حل غوامض التنقيح لعبد الله بن مسعود البخاري ج1/78- دار الكتب العلمية- بيروت/1996م- تحقيق زكريا عميرات.

5 أصول الفقه - د. محمد أبو النور زهير ج2/388- إرشاد الفحول للشوكاني ج1/285- دار الكتاب العربي - الطبعة الأولى/1999م- الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج2/217- دار الكتاب العربي - بيروت/1404 هـ- أنظر منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب للدكتور عبد السمیع أحمد إمام/73- دار المدار الإسلامي- لبنان - بيروت - الطبعة الأولى/2001م.

6 الذخيرة للقرافي ج1/90- دار الغرب- بيروت/1994م- تحقيق محمد حجي- والفروق ج1/312.

8 الوجيز الميسر في أصول الفقه المالكي- محمد عبد الغني الباجقني ج1/48- الطبعة الثالثة/2005م- انظر: الموافقات للشاطبي ج2/499.

ومن العلماء من اعتبر أن العرف العملي لا يختلف عن القولي في تخصيصه للعام، قال ابن أمير الحاج: "والحق صدقهما، أي التخصيص بالعرف العملي والتخصيص بالعرف القولي"1، كما أن "العرف العملي لقوم مخصص للعام الواقع في مخاطبتهم وتخطبهم" عند الحنفية خلافاً للشافعية2 - كحرم الطعام، وعادتهم - أي المخاطبين أكل البر - انصرف الطعام إليه3، وقال ابن القراء رحمه الله تعالى - أن العرف العملي على نوعين:

الأول: "عرف عملي، وجد في عصر الرسول ﷺ فأقره، فهذا يعتبر مخصصاً، والحقيقة: أن المخصص هو تقرير النبي ﷺ، والثاني: عرف عملي وجد بعد عصره ﷺ، فإذا استمر العمل حتى كان إجماعاً عملياً، فهو يخصص العموم، عند من يقول بحجية الإجماع العملي، والحقيقة: أن المخصص هو الإجماع، أما إذا لم يكن كذلك، فالجمهور على أنه لا يعتبر مخصصاً"4.

ومن الأمثلة المناسبة قوله تعالى:

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُضِيقْنَ حُلِيِّنَ لِمَن لَّيْنُ أَرَادَ أَنْ يَتَمَّ الرِّضَاعَةَ﴾5.

اختلف العلماء فيمن يجب عليه رضاع الولد على ثلاثة أقوال، الذي يهمنها منها هو قول المالكية: "رضاع الولد على الزوجة ما دامت الزوجية، إلا لشرفها أو مرضها، فعلى الأب حينئذ رضاعه في ماله، والدليل قوله تعالى في الآية السابقة، والعرف يقضي بأنه عليها، إلا أن تكون شريفة، وما جرى به العرف فهو كالشرط، حسبما بيّناه في أصول الفقه، من أن العرف والعادة أصل من أصول

الشرعية، يفتى به في الأحكام، والعادة إذا كانت شريفة ألا ترضع، فلا يلزمها ذلك"1، وهذا يدل دلالة واضحة أن العرف العملي يخصص العموم.

قال القرافي في الفرق الثامن والعشرون: "بين قاعدة العرف القولي، يقضي به على الألفاظ ويخصصها، وبين قاعدة العرف الفعلي، لا يقضي به على الألفاظ ولا يخصصها، وذلك أن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين"2.

كما أن "العرف القولي يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً وتقييداً وإبطالاً، وأن العرف الفعلي لا يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً ولا تقييداً ولا إبطالاً، وقد حكى جماعة من العلماء: الإجماع في أن العرف الفعلي لا يؤثر بخلاف العرف القولي"3. وذكر الدسوقي عن ابن عبد السلام أن "ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً، ونقل الأثر في عن الباغي أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً ومقيداً، قال: وبه يؤيد ما زعمه القرافي، وصرح به اللخمي باعتباره أيضاً"4.

ومن الأمثلة أيضاً: شرط بقاء الثمر على الشجر بعد شرائه، فقد نهى رسول الله ﷺ "عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها"5 وذلك قطعاً للمنازعة، وجوز محمد صاحب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - العقد في هذا الفصل استحساناً لأنه شرط متعارف6، وقال ابن عابد: "الصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به في ثاني الحال، إن لم يكن منتفعاً به في الحال"7.

كما أن "العرف العملي مخصص للعام عند الحنفية، خلافاً للشافعية، أما تخصيص العام بالعرف القولي، وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى، كلفظ الدابة على الحمار، والدرهم على النقد الغالب، فوجب كون العرف العملي مخصصاً

1 انظر، أحكام القرآن لابن العربي ج4/402 - ينظر، تفسير الأحكام للصابوني ج1/250 - دار القرآن الكريم - بيروت - الطبعة الأولى/2004م - ينظر، تفسير آيات الأحكام - محمد علي السائس ج1/268 - دار المدار الإسلامي - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى/2001م.

2 الفروق للقرافي ج1/312 - تحقيق خليل المنصور - دار الكتب العلمية - بيروت/1998م.

3 انظر: المصدر نفسه ج1/318.

4 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن أحمد الدسوقي ج6/462 - انظر: شرح خليل للخرشي ج9/214.

5 عمدة القاري شرح صحيح البخاري للدين العيني الحنفي ج14/78 - رقم/6841.

6 المبسوط للسرخسي ج12/349.

7 حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - ابن عابد ج4/555 - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت/2000م - وانظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج5/327 - دار المعرفة - بيروت.

كالقولي¹، وقد ورد في فقه أبي حنيفة "تخصيص العام بالعرف يصح"²، أكد هذا القول ابن القيم - رحمه الله تعالى - بقوله إن: "تخصيص العام بالعرف والعادة، وهذا أقرب لغة وعرفاً وعقلاً وشرعاً"³.

ب- تقييد المطلق بالعرف:

تعريف المطلق: "هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه"⁴.

أما تعريف المقيد: "فإنه يطلق باعتبارين: الأول: ما كان من الألفاظ الدالة على مدلول معين، كزيد وعمرو وهذا الرجل ونحوه، والثاني: ما كان من الألفاظ دالا على وصف مدلوله المطلق بصفة زائدة عليه، كقولك دينار مصري، وهذا النوع من المقيد، وإن كان مطلقاً في جنسه، من حيث هو دينار مصري، غير أنه مقيد بالنسبة إلى مطلق الدينار، فهو مطلق من وجه ومقيد من وجه"⁵، قال الإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى -: "والعرف عند من يقول به كالمالكية، إنما يؤخذ به تخصيص العام أو تقييد المطلق"⁶.

ومن الأمثلة على تقييد المطلق: أن التوكيل في البيع المطلق، "يتقيد بثمن المثل، وغالب نقد بلد البيع، ويدل على هذا، أن الرجل إذا قال لوكيله: بع داري هذه، فباعها بجوزة، فعند أهل العرف، أن هذا غير مراد ولا داخل تحت لفظه، وكذلك لو وكله في بيع جارية تساوي ألفاً، فباعها بتمرة، فإن العقلاء يقطعون بأن ذلك غير مندرج في لفظه لأطراد العرف بخلافه"⁷.

¹ انظر، التقرير والتحرير في علم الأصول لابن أمير الحاج ج 1/350.

² حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة لابن عابد محمد علاء الدين أفندي ج 3/784 - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت/2000م - تيسير التحرير - محمد أمين . المعروف بأمير بادشا ج 1/387 - دار الفكر.

³ إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ج 3/350 - دار الجيل - بيروت/1973م - تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.

⁴ الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ج 3/5 - دار الكتاب العربي - تحقيق: د. سيد الجميلي - بيروت - الطبعة الأولى/1404هـ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج 2/6 - دار الكتاب العربي - الطبعة الأولى/1999م - الواضح في أصول الفقه - د. سليمان الأشقر/213.

⁵ الأحكام للأمدى ج 3/6 - إرشاد الفحول ج 2/6.

⁶ الموافقات للشاطبي ج 2/499.

⁷ انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأئمة للزبيدي ج 2/107.

ومثل ذلك، اختلاف العلماء في أقل الحيض عند المرأة، فالتي لم تكن لها عادة سابقة، ولا تميز بين الحيض وغيره، ترجع إلى عادة غالب النساء، كما قال رسول الله ﷺ: "تحيضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله - عز وجل - ثم اغتسلي حتى إذا رأيت أنك قد طهرت واستنقأت، فصلي ثلاثاً وعشرين ليلة، أو أربعاً وعشرين ليلة و أيامها و صومي، فإن ذلك يجزئك، و كذلك فافعلي كل شهر، كما تحيض النساء"¹.

وكذلك "حمل الإذن في النكاح على الكفء ومهر المثل هو المتبادر إلى الأفهام، بدليل أنه إذا قال من هو أشرف الناس وأفضلهم وأغناهم لوكيله: وكلتك في تزويج ابنتي، فزوجها بعيد فاسق مشوه الخلق، على نصف درهم، فإن أهل العرف يقطعون بأن ذلك غير مراد باللفظ، لأن اللفظ قد صار عندهم مقيداً بالكفء ومهر المثل، ولا شك أن هذا طارئ على أصل الوضع"².

ونذكر ابن القيم - رحمه الله تعالى - "أن المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين، كما في النقد والسكة والصفة والوزن، والعادة جارية بين الأزواج بترك المطالبة بالصداق إلا بالموت أو الفراق، فجرت العادة مجرى الشرط"³.

• -المطلب الثالث: علاقة العرف بمقاصد الشريعة:

مكانة العرف في التشريع الإسلامي عظيمة، حيث يستند إليه الكثير من الأحكام الفقهية، في شتى أقسام الفقه وأبوابه، "وقد أوجبت الشريعة الرجوع إليه عند الاختلاف في الدعاوى، كالنقد والحملولة والسير وفي الأبنية وغيرها"⁴.

أما علاقة العرف بمقاصد الشريعة، فتبدو واضحة، وذلك من خلال ما يلي:

1- العرف يقرر قواعد التيسير ورفع الحرج والمشقة، فقد ذكر الإمام القرافي - رحمه الله تعالى - أن "العرف ضابط للمشقة التي تجلب التيسير فيما لا نص فيه، وأن الفقهاء يحيلون على العرف عند

¹ المستدرک على الصحيحين للنيسابوري ج 1/279 - رقم/615 - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى/1990 - لجامع الصحيح سنن الترمذي ج 1م 221 - رقم/128 - دار إحياء التراث العربي - بيروت - السنن الكبرى للبيهقي ج 1/338 - رقم/1665.

² قواعد الأحكام في مصالح الأئمة للزبيدي ج 2/107.

³ ابن القيم - أعلام الموقعين ج 3/82.

⁴ ابن القيم - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية/79 - دار الحديث - القاهرة - الطبعة الأولى/2002م.

سؤالهم¹، كما ذكر الإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى - "أن الرجوع إلى العرف فيما يشق على الناس وما لا يشق عليهم ضروري لا بد منه"²، وأما السيوطي فكان واضحاً في قوله: "أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجاً بيّناً"³.

2- العرف الصحيح الذي لا يخالف نصاً شرعياً، والذي يراعي أحوال الناس وطبائعهم، تأكيد لمحاسن الآداب، ومكارم الأخلاق، وهو يحقق مصالحهم، ويدرك المفاصل عنهم، وما ذاك إلا مقصداً من مقاصد الشريعة.

3- العرف من الأدلة الشرعية التي تساعد المكلفين على امتثال تعاليم الشرع، لأنه يوافق أوضاعهم، ويلبي حاجاتهم، مما يزيد تمسكهم بأحكامه، فالعقول الراجحة، تدرك أن "مراعاة أعراف الناس في الأحكام، تلقى قبولاً أكثر من أن تطبق في حقهم أحكاماً مخالفة لأعرافهم، طالما أنها أعراف صحيحة"⁴.

4- اعتبار العرف دليلاً شرعياً، يؤكد صلاحية هذه الشريعة الغراء لكل زمان ومكان، والتعامل مع الأعراف المختلفة، مع الحفاظ على ثوابت الشريعة، وما هذا إلا تحقيقاً لمقاصد الشريعة.

والذي نفهمه من هذا الكلام أن عدم اعتبار العرف في التشريع، هو تكليف للناس بما لا يطيقون، وهذا مما لا يقبله العقل، لأن من أهم مقاصد الشريعة رفع الحرج، والتيسير على العباد، قال تعالى: "وَمَا جِئَ بِكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ"⁵، وقال سبحانه: "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ"⁶، وقال أيضاً: "يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ يَخْلُقُ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا"⁷.

1 انظر: الفروق للقرافي - الفرق الرابع عشر ج 218/1.

2 انظر: الشاطبي - الموافقات ج 268/2.

3 المبسوط للسرخسي ج 25/13 - تحقيق: خليل محي الدين الميس - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الطبعة: الأولى، 2000م.

4 من شروط العرف الصحيح سبق ذكرها، انظرها ص/2.

5 سورة الحج - الآية/78.

6 سورة البقرة - الآية/185.

7 سورة النساء - الآية/28.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم، على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن العرف الصحيح دليل من الأدلة الشرعية، أقره الشارع الحكيم، واعتبره معظم الأئمة والمجتهدين، بنوا عليه أحكامهم عند غياب النص، وتغيرت كثير من الأحكام والفتاوى بتغير العادة والعرف، يتر على الناس أمور دينهم ودنياهم، ورفع عنهم الكثير من المشقة والحرج، خصص به العام، وقيد به المطلق، كما أن علاقته بمقاصد الشريعة وطيدة وواضحة، كغيره من الأدلة الشرعية المعتمدة، مع ذلك، فإنني أجد أن الكتابة في هذا المجال قليلة، والبحوث فيه ضئيلة، هذا الأمر دعاني إلى البحث في هذا الموضوع، وهو في الحقيقة يحتاج إلى بحث أعمق، للدخول في شأيا تفصيلية، واستخراجها من بطون الكتب القديمة منها والحديثة، لتكون ميسرة وسهلة في متناول طلاب العلم، للبحث والتجديد، وللاستفادة من هذا الدليل على أكمل وجه ممكن.

أسأل الله العظيم، رب العرش الكريم، أن ينفعنا بما علمنا، ويعلمنا ما ينفعنا، ويزيدنا علماً، آمين، والحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم، على رواية حفص عن عاصم.
- إمام، عبد السمیع أحمد- منهاج الطالب في المقارنة بين المذاهب - دار المدار الإسلامي- لبنان بيروت- الطبعة الأولى/2001م.
- ابن أمير الحاج - التقرير والتحريز في علم الأصول- دار الفكر- بيروت/1996م.
- الباجقني، محمد عبد الغني الوجيز- الميسر في أصول الفقه المالكي- الطبعة الثالثة/2005م
- البخاري- الجامع الصحيح - دار الشعب - القاهرة- الطبعة الأولى/ 1987م.
- البخاري- عبد العزيز- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي- دار الكتب العلمية - بيروت- الطبعة الأولى/ 1997م.
- البغوي- شرح السنة - المكتب الإسلامي - دمشق - بيروت - الطبعة الثانية/1983م - تحقيق : شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش.
- البهوتي- منصور بن يونس بن إدريس- كشف القناع عن متن الإقناع .
- البيهقي- السنن الكبرى - الناشر: مجلس دائرة المعارف في الهند- حيدر آباد- الطبعة الأولى/1344 هـ .
- بويدان، إبراهيم محمد طه - التأويل بين ضوابط الأصوليين وقرآيات المعاصرين ((دراسة أصولية فكرية معاصرة)) - رسالة ماجستير . جامعة القدس . الدراسات العليا . قسم الدراسات الإسلامية- إشراف الأستاذ الدكتور حسام الدين عفانه .
- الترمذي- الجامع الصحيح - دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- النفثازاني- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه - تحقيق زكريا عميرات- دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان- الطبعة الأولى/1996م.
- التميمي، - منصور بن محمد - قواعد الأدلة في الأصول .
- ابن تيمية - مجموع الفتاوى - تحقيق: أنور الباز - عامر الجزار- دار الوفاء- الطبعة: الثالثة 2005 م.

- الجرجاني، علي بن محمد بن علي- التعريفات - تحقيق إبراهيم الأبياري- دار الكتاب العربي - بيروت- الطبعة الأولى /1405.
- الجيع، عبدالله بن يوسف - تيسير علم أصول الفقه.
- ابن حزم- الإحكام في أصول الأحكام ج3/398- دار الحديث - القاهرة - الطبعة الأولى / 1404هـ.
- ابن حنبل، أحمد- مسند الإمام أحمد- مؤسسة قرطبة - القاهرة- تعليق شعيب الأرنؤوط.
- الخضري، الشيخ محمد - أصول الفقه- دار الحديث- القاهرة- الطبعة الأولى/2001م.
- خلاف، عبد الوهاب -علم أصول الفقه - مكتبة الدعوة - شباب الأزهر (عن الطبعة الثامنة لدار القلم).
- الرازي- المحصول في علم الأصول-الناشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية- الرياض- الطبعة الأولى/ 1400 هـ - تحقيق طه جابر فياض العلواني.
- رضا، محمد رشيد- تفسير المنار - الهيئة المصرية العامة للكتاب/1990م.
- الدسوقي، محمد بن أحمد (المتوفى/1230هـ)- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .
- الزبيدي - تاج العروس من جواهر القاموس - تحقيق مجموعة من المحققين- دار الهداية.
- الزركشي - البحر المحيط في أصول الفقه - تحقيق د. محمد محمد تامر - دار الكتب العلمية- لبنان- بيروت/ 2000م.
- الزركشي- المنشور في القواعد - وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت- الطبعة الثانية/ 1405هـ.
- زهير، محمد أبو النور- أصول الفقه - المكتبة الأزهرية للتراث - القاهرة/ 1998م.
- زيدان، عبد الكريم - الوجيز في أصول الفقه- دار التوزيع والنشر الإسلامية- القاهرة- الطبعة الأولى/1993م.
- الزيلعي- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق.
- - السائيس، محمد علي- تفسير آيات الأحكام - دار المدار الإسلامي- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى/2001م.
- السبكي - الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى/ 1404هـ.

- السبكي - رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب - عالم الكتب - لبنان/بيروت - الطبعة الأولى/1999م - تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود.
- السجستاني، أبي داود الأزدي - سنن أبي داود - دار الفكر - تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد.
- السرخسي - المبسوط - تحقيق: خليل محي الدين الميس - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان - الطبعة : الأولى / 2000م.
- أبو سئة، أحمد فهمي - العرف والعادة في رأي الفقهاء - دار البصائر - مصر - القاهرة - الطبعة الثالثة/ 2004م.
- السيوطي - الأشباه والنظائر - دار الكتاب العربي - بيروت/ 2006م.
- الشاطبي - الموافقات - دار ابن عفان - الطبعة الأولى/ 1997م.
- شبير، محمد عثمان - القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية - دار النفائس - الأردن - عمان - الطبعة السابعة/ 2007م.
- الأشقر، محمد سليمان - الواضح في أصول الفقه للمبتدئين - دار النفائس - للنشر - الأردن - عمان - الطبعة السابعة/ 2008م.
- الشوكاني، محمد بن علي - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - تحقيق الشيخ أحمد عزو عناية - دار الكتاب العربي - دمشق - الطبعة الأولى/ 1999م.
- الشوكاني، محمد علي - السيل الجرار المتدفق على حقائق الأزهار - دار ابن حزم - الطبعة الأولى.
- الشوكاني، محمد بن علي - نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار - إدارة الطباعة المنيرية.
- الصابوني - تفسير الأحكام - دار القرآن الكريم - بيروت - الطبعة الأولى/ 2004م.
- الصاوي، أحمد - بلغة السالك لأقرب المسالك - تحقيق محمد عبد السلام شاهين - دار الكتب العلمية - لبنان - بيروت/ 1995م.
- ابن عابد - حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة - دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت/ 2000م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر - التحرير والتنوير - الطبعة التونسية - دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس/ 1997م.
- ابن عثيمين - الأصول من علم الأصول - دار ابن الجوزي - 1426هـ.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى : 543هـ) - أحكام القرآن.
- العز بن عبد السلام - قواعد الأحكام في مصالح الأنام - تحقيق محمود الشنقيطي - دار المعارف - بيروت - لبنان.
- العسقلاني - فتح الباري شرح صحيح البخاري - دار المعرفة - بيروت/ 1379هـ.
- الغزالي - المستصفى في علم الأصول - دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى/ 1413هـ.
- ابن الفراء، محمد - العدد في أصول الفقه للقاضي أبو يعلى - تحقيق د. أحمد بن علي بن سير المبارك - الطبعة الثانية/ 1990م.
- القرافي - أنوار البروق في أنواع الفروق - تحقيق خليل المنصور - دار الكتب العلمية - بيروت/ 1998م.
- القرافي، النخيرة - تحقيق : محمد حجي - دار الغرب - بيروت/ 1994م.
- ابن القيم - إعلام الموقعين عن رب العالمين - دار الجيل - بيروت ، 1973 - تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.
- ابن القيم - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية/ 79 - دار الحديث - القاهرة - الطبعة الأولى/ 2002م.
- ابن القيم - إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان - دار المعرفة - بيروت/ 1975م - تحقيق محمد حامد الفقي.
- مالك بن أنس - الموطأ - تحقيق محمد مصطفى الأعظمي - مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان - الطبعة الأولى/ 2004م.
- الماوردي - كتاب الحاوي الكبير - دار الفكر . بيروت.
- الأمدي - الإحكام في أصول الأحكام - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى/ 1404هـ.

- * المرداوي- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه-تحقيقه. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح- مكتبة الرشد -السعودية / الرياض- 2000م.
- * المرغيانى، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل- الهداية شرح بداية المبتدي- المكتبة الإسلامية.
- * المروزي، منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي- قواطع الأدلة في الأصول - تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي- دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى/1999م.
- * المقدسي- ابن قدامة - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل- دار الفكر - بيروت- الطبعة الأولى/1405هـ.

* الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت- الطبعة: (1404 - 1427 هـ).

* ابن نجيم- البحر الرائق شرح كنز الدقائق -دار المعرفة- بيروت.

* النووي- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج-دار إحياء التراث العربي- بيروت- الطبعة الثانية / 1392هـ.

* النيسابوري- غرائب القرآن و رغائب الفرقان - تحقيق الشيخ زكريا عميران - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى / 1996م.

* النيسابوري- المستدرك على الصحيحين-دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى / 1990م-تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.

الصناعة الفقهية

في

الربط بين القواعد الكلية والنصوص الجزئية

د. خالد سلامة الغرياني

عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة - مسلاته

الصناعة الفقهية

في

الربط بين القواعد الكلية والنصوص الجزئية

د. خالد سلامة الغرياني

عضو هيئة التدريس بكلية الشريعة - مسلاته

- المرداوي- التخبير شرح التحرير في أصول الفقه-تحقيق. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح- مكتبة الرشد -السعودية / الرياض- 2000م.
- المرغيانى، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل- الهداية شرح بداية المبتدي- المكتبة الإسلامية.
- المروزي، منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي- قواطع الأدلة في الأصول - تحقيق محمد حسن اسماعيل الشافعي- دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى/1999م.
- المقدسي- ابن قدامة - المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل- دار الفكر - بيروت- الطبعة الأولى/1405هـ.

• الموسوعة الفقهية الكويتية-صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت- الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ).

• ابن نجيم- البحر الرائق شرح كنز الدقائق -دار المعرفة- بيروت.

• النووي- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج-دار إحياء التراث العربي- بيروت-الطبعة الثانية / 1392هـ.

• النيسابوري- غرائب القرآن و رغائب الفرقان - تحقيق الشيخ زكريا عميران - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى /1996م.

• النيسابوري- المستدرك على الصحيحين-دار الكتب العلمية - بيروت -الطبعة الأولى/ 1990م-تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد عليه وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة وأتم التسليم . وبعد :

إن في الفقه الإسلامي أدلة تفصيلية مبنوثة في كتاب الله وفي سنة الرسول - صلى الله عليه وسلم - وتوجد كذلك أدلة إجمالية وقواعد كلية تعتبر مبادئ وضوابط وأصولاً عامة في نصوص دستورية موجزة تستوعب كثيراً من الأحكام الجزئية، وتساعد على التفقه والفهم لأحكام الشريعة عموماً، وفروع الأحكام العملية خصوصاً، فتجمع شتاتها، وتبرز عللها وأسبابها، فمن أخذ بالفروع الجزئية دون النظر إلى القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت، واحتاج لحفظ جزئيات لا تنتهي، ومن ضبط الفقه بقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لا ندرجها في الكليات.

من هنا اتسع صدر التشريع الإسلامي بما احتواه الشرع الحنيف من الكليات المتناولة لما لا ينحصر من الجزئيات، ولولا هذه الكليات لما كان الإسلام تشريعاً أبدياً خالداً، ولكان الأمر بالرجوع إلى الكتاب والسنة في كل مستجداته ومستحدثاته أمراً مستحيلاً غير متأت ولا ممكن؛ لأن الجزئيات فيه محصورة، والجزئيات التي تلدها العصور لا انحصار لها، ومع هذا فإن الشريعة لم تلق الحبل على الغارب وتجعل هذه القواعد الكلية حاكمة أبداً على الجزئيات، وتهدر النصوص والقواعد الجزئية في سبيل الأخذ بتلك الكليات والمقاصد، إذ لو كان كذلك لما بقي أمام المجتهد ما يتعذر عليه إدخاله تحت عنوان السنة من قريب أو بعيد .

ثم إن الشريعة المحكمة لم تترك الخيار للمجتهد في سلوك أحد هذين المسلكين إن شاء أخذ بالجزئيات ووقف عند الظواهر، وإن شاء تعمق في موارد المعاني والمقاصد واستخرج ما يشتهي من تأويل، إذا كان الأمر أهون، فيكون كل الناظرين في الشريعة مهتدين ومصيبين للسنة مهما اختلفوا وتفرقت بهم السبل، فضلاً عن أن الشريعة تصبح بذلك مجموعة من الأضداد والمتناقضات فيكون الفعل الواحد حلالاً وحرماً في وقت واحد.

فيضطر المجتهد تبعاً لذلك للتنسيق بين هذه القوانين: بين النظر في الجزئيات والاهتمام بظواهر النصوص، وبين العمل بالكليات والقواعد، نظراً لعدم صلاحية التوجه الواحد بين هذه

المناهج، فالتعمق في الجزئيات والظواهر يجعل الشريعة ناقصة محتاجة إلى التكميل، جامدة لا لين فيها، وقتية لا بقاء لها، والاعتماد على الكليات وحدها يؤدي إلى إغراق الشريعة في اللين الذي لا عزيمة فيه، والسعة التي لا حدود لها، حتى تصبح وضعا عقلياً لا هدياً سماوياً.

لم يبق إذا للمجتهد إلا أن يلتمس جادة يلتقي عندها هذان الجانبان، فلا غنى له عند النظر في القواعد والمقاصد عن الاسترشاد بنماذجها من الجزئيات القولية والفعلية، لكيلا يذهب به التأويل إلى ساحة الهوى والضلال البعيد، ولا مناص له عند النظر في الجزئيات من الاستئناس بأسبابها وعللها لوضع كل حكم في الموضع الذي يناسبه، ولكي يتم الاعتبار بها والقياس عليها في أمثالها من النوازل المتجددة، وليتمتع عن تطبيقها حرفياً إذا اختلفت طبيعة الحوادث وتغيرت مناطاتها، والا لأدت به المحافظة على ظواهر النصوص إلى الإخلال بمقاصد الشريعة والوقوع في الحرج في الدين، وقد قال تعالى: «وما جعل عليكم في الدين من حرج» (1).

والخلاصة: أنه لا بد من الجمع بين هذين الطرفين على وجه تتحقق به تلك المرونة التشريعية والتي هي خاصة الدين الإسلامي، فالوسط الذي لا إفراط فيه ولا تفريط هو الصراط المستقيم، وهو السنة التي كان عليها النبي الكريم صلى الله عليه وسلم (2).

ويتكون هذا البحث من مقدمة وخمسة مطالب :

المطلب الأول: مفهوم الكليات والجزئيات

المطلب الثاني: مراتب الاستدلال عند العلماء

المطلب الثالث: تعارض الخبر مع القواعد والكليات

المطلب الرابع: تعارض الخبر مع المصلحة

المطلب الخامس: موقف الشاطبي وابن العربي من هذا التعارض

1 الحج : الآية 78

2 انظر الميزان بين السنة والبدعة : الشيخ محمد عبد الله دراز : دار القلم للنشر والتوزيع : (ط2) : 62 (2006) : ص 62

المطلب الأول : مفهوم الكليات والجزئيات

المراد بالأمر الكلي: « الذي انتجز من متفرق الصور، والمجموع من وقائع فردة، أعطت بانتظامها القانون الشائع، والقاعدة التي يستند إليها، ولا يقدح في قطعيته خروج بعض جزئياته عن عمومته وشموله »(1).

والمراد بالكليات العامة: الكليات النصية، والكليات الاستقرائية؛ فالكليات النصية هي التي جاءت في نصوص الكتاب والسنة من مثل قوله تعالى: «+إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى» (2)، وقوله: «+ولا تزرؤوا وزر أخرى» (3)، وقول الرسول « لا ضرر ولا ضرار »(4)، و حديث: « إنما الأعمال بالنيات »(5).

أما الكليات الاستقرائية : فهي المعاني والحكم المستنبطة من جزئيات كثيرة ، وأدلة ماثلة في مواطن مختلفة من أبواب الشريعة، فمنها ما يندرج في أعلى المقاصد التي وضعها الشارع، ومنها ما يندرج فيما أخذ معناه من جنس الأدلة ملائماً لتصرفات الشارع كالمصالح المرسله، ومنها ما يندرج في خدمة مبادئ التيسير ورفع الحرج والمشقة عن المكلفين.

فهي الكليات التي يتوصل إليها عن طريق استقراء مجموعة من النصوص والأحكام الجزئية، كحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وسائر المقاصد الشرعية العامة والقواعد الفقهية الجامعة، من مثل: الضرورات تبيح المحظورات والمشقة تجلب التيسير وغيرها (6).

1 مفهوم القطع والظن وأثره في الاختلاف الأصولي : حميد الوافي : دار السلام (ط1، 2011م) :

ص 147

2 النحل: آية 90

3 الأنعام : آية 164

4 خرجه مالك في الموطأ من رواية عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، باب: القضاء في المرفق، رقم: (1429)، 745/2، ورواه الحاكم في المستدرک عن أبي سعيد الخدري: في كتاب البيوع، رقم: (2345) ، 66/2، والبيهقي في سننه عنه أيضاً، باب: (لا ضرر ولا ضرار) رقم: (11166) : 69/2

5 صحيح البخاري ، باب: بدء الوحي ، حديث (1) ، 3/1

6 نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي : أحمد الريسوني: المعهد العالمي للفكر الإسلامي : 1997م :

369 ، 370

أما المراد بالأدلة الخاصة والجزئية فهي: ما يتعلق بأية معينة أو حديث معين، مما يختص بالحكم في مسائل بعينها . أو هي: عبارة عن كل فرد خاص إذا انتظم مع غيره في استقراء معتبر أدى إلى كلي عام(1).

والحاصل أن الجزئيات عبارة عن آحاد معينة لا يمكن النظر إليها إلا بإرجاعها إلى أصولها الكلية (2).

ويقصد بالكليات أيضاً؛ تلك القواعد الكلية القطعية التي يلجأ إليها المجتهدون عند الاختلاف، وما يحصل ويستقر من تلك القواعد القطعية هو ما يطلق عليه اسم مقاصد الشريعة(3)، ولا يقتصر في تحديد القواعد الكلية على الآيات القرآنية وحسب، بل يكون تحديد القواعد الكلية المقصودة للشارع بالسنة الموافقة للقرآن والمؤكد له، وبالسنة المبينة للقرآن، وبالسنة المستقلة، فكما بينت السنة مقاصد الأحكام الجزئية الواردة في القرآن، بينت مقاصد كلية مستخرجة من جملة نصوص القرآن من مثل قوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار ».

يقول الشاطبي : « وقد كملت قواعد الشريعة في القرآن والسنة فلم يتخلف عنها شيء ، والاستقراء بين ذلك، ويسهل على من هو عالم بالكتاب والسنة »(4) .

ولعل من أهم فوائد دراسة أنواع هذه المصالح والمقاصد الكلية بالنسبة للفقيه والمستنبط إدراك حقيقة الموازنة بين المصالح الكلية والأدلة الجزئية في الاستنباط والترجيح بين الأحكام الفقهية المتعارضة، فالتناقض بين الكلي والجزئي هو ما تتخزم به قواعد المصلحة، ويدخل بأصل العدل الذي هو غاية الحكم والمقصد الأساسي من التشريع.

وقد أطل الشاطبي النفس في تاصيل المقاصد الثلاثة - الضرورية والحاجية والتحسينية وبيان أن أصول الشريعة بالنسبة لهذه المقاصد تعتبر جزئية لقوة هذه المقاصد وشمولها واستعلائها، من أجل ذلك فقد حاول الشاطبي دراسة العلاقة بين هذه الكليات وبين ما يتفرع عنها من جزئيات ، فوضع قوانين وأساساً للتوفيق والتكامل بين القواعد الكلية والأدلة الجزئية الفرعية باعتبارها مكوناً ومنشأً لهذه الكليات، فنأدى بضرورة اعتبار الجزئيات مع كلياتها، والنظر للكليات عند استشكل

1 أثر تخلف حكم آحاد الجزئيات أو حكماتها في الكليات الوضعية : عز الدين عبد الدائم : الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية : العدد 3 : (2010م) : ص15

2 المرجع السابق

3 مقاصد الشريعة الإسلامية : الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : تح: محمد الطاهر الميساوي : دار الفناش/الأردن (2001م): 142

4 الموافقات : أبو إسحاق الشاطبي : تح: مشهور بن حسن آل سلمان : دار ابن عفان ، 349/4

الجزئيات، وذلك عند كلامه عن الموازنة بينهما، فقد صرح بأن هذه المصالح إنما هي من قبيل الكليات باعتبار تعلقها بكل باب وكل مسألة من مسائل الفقه والحياة بالنسبة للإنسان، فهي ليست مختصة بباب دون باب، ولا بقاعدة دون أخرى، فهي بهذه الصفة الكلية كما يقول الشاطبي تقضي على كل جزئي تحتها سواء كان جزئياً إضافياً أو حقيقياً، وليس فوق هذه الكليات كلي تنتهي إليه بل هي أصول الشريعة، ثم إنه إذا كانت هذه الجزئيات مستمدة من تلك الأصول فمن الواجب اعتبارها عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إذ من المحال أن تكون الجزئيات مستغنية أو مستقلة عن كلياتها، فمن أخذ بنص جزئي معرضاً عن كليه فقد أخطأ، وكذلك من أخذ بالكلي معرضاً عن جزئيه؛ فالعلم بالكلي ليس إلا نتاجاً من عرض الجزئيات واستقرائها، وإلا فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم قبل حصر الجزئيات، فالوقوف مع الكلي مع الإعراض عن الجزئي هو وقوف مع شيء لم يتقرر العلم به بعد دون العلم بالجزئي، والجزئي هو مظهر العلم به، وأيضاً فإن الجزئي لم يوضع جزئياً إلا لكون الكلي فيه على التمام وبه قوامه، فالإعراض عن الجزئي من حيث هو جزئي إعراض عن الكلي نفسه في الحقيقة وذلك تناقض؛ لأن الإعراض عن الجزئي جملة مؤد إلى الشك في الكلي، من جهة أن الإعراض عنه إنما يكون عند مخالفته للكلي أو توهم المخالفة له، وإذا خالف الكلي الجزئي مع أنا إنما نأخذه من الجزئي دل على أن ذلك الكلي لم يتحقق العلم به لإمكان أن يتضمن ذلك الجزئي جزءاً من الكلي لم يأخذه المعتبر جزءاً منه، وإذا أمكن هذا لم يكن بد من الرجوع إلى الجزئي في معرفة الكلي، ودل ذلك على أن الكلي لا يعتبر بإطلاقه دون اعتبار الجزئي، وهذا كله يؤكد لك أن المطلوب المحافظة على قصد الشارع؛ لأن الكلي إنما ترجع حقيقته إلى ذلك، والجزئي كذلك أيضاً، فلا بد من اعتبارهما معاً في كل مسألة (1).

يقول الشاطبي: «فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، فمن المحال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها، فمن أخذ بنص في جزئي معرضاً عن كليه فقد أخطأ، وكما أن من أخذ بالجزئي معرضاً عن كليه فقد أخطأ، كذلك من أخذ بالكلي معرضاً عن جزئيه» (2).

ويقول أيضاً: «فإذا ثبت بالاستقراء قاعدة كلية ثم أتى النص على جزئي يخالف القاعدة بوجه من وجوه المخالفة، فلا بد من الجمع في النظر بينهما؛ لأن الشارع لم ينص على الجزئي إلا مع

1 ينظر الموافقات : تح: مشهور بن حسن آل سلمان : 175/3

2 المرجع السابق : 174/3

المحافظة على تلك القواعد، إذ كلية هذا معلومة ضرورة بعد الإحاطة بمقاصد الشريعة، فلا يمكن والحالة هذه أن تخرم القواعد بإلغاء ما اعتبره الشارع، وإذا ثبت هذا لم يمكن أن يعتبر الكلي ويلغى الجزئي»، إلى أن يقول رحمه الله «فالحاصل أنه لا بد من اعتبار خصوص الجزئيات مع اعتبار كلياتها وبالعكس (1).

يقول: «ولا يلزم أن يعتبر كل جزئي وفي كل حال بل المراد أن يعتبر الجزئي إذا لم تتحقق استقامة الحكم الكلي فيه، كالعرايا وسائر المستثنيات، كما يعتبر الكلي في تخصيصه للعام الجزئي أو تقييده لمطلقه وما أشبه ذلك، بحيث لا يكون هنالك إخلال بالجزئي على الإطلاق» (2).

ويقول أيضاً رحمه الله: «الأمر الكلي إذا ثبت كليا، فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي لا يخرجها عن كونه كليا، وأيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبر في الشريعة اعتبار العام القطعي؛ لأن المتخلفات الجزئية لا ينتظم منها كلي يعارض هذا الكلي الثابت، هذا شأن الكليات الاستقرائية» (3).

ويقول أيضاً في نفس السياق: «لا اعتبار بمعارضة الجزئيات في صحة وضع الكليات للمصالح» (4).

موقف القرافي من القاعدة :

يقول القرافي في الفروق: «ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية؛ تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خراطره فيها واضطربت، وضاعت نفسه لذلك وقطعت، واحتاج لحفظ الجزئيات التي لا تنتاهي، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلبه مناها، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات، لاندراجها في الكليات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب، وأجاب الشاسع البعيد وتقارب، وحصل طلبته في أقرب الأزمان، وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان. فبين المقامين شأو بعيد، وبين المنزلتين تفاوت شديد» (5).

موقف ابن العربي من هذه المسألة :

1 المرجع السابق: 176/3

2 المرجع السابق: 183/3

3 المرجع السابق : 83/2

4 الموافقات : 85/2

5 الفروق : أحمد بن إدريس القرافي : تح : خليل المنصورى : دار الكتب العلمية/ بيروت : 7/1

وقد وضع ابن العربي وأصل هذه الرؤية عند كلامه عن حكم الصيام عن الميت ؛ بعد جلبه لأدلة المجيزين المتمثلة في حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - : «من مات وعليه صيام صام عنه وليه» (1) .

وحديث ابن عباس من أن امرأة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت : « إن أُمِّي ماتت وعليها صوم أفأقضيه عنها؟ » فقال صلى الله عليه وسلم : «فدين الله أحق أن يقضى» (2). ومع هذا فقد رجح ابن العربي قول مالك في هذه المسألة وهو : « لا يصلي أحد عن أحد ، ولا يصوم أحد عن أحد» (3). فقال مؤصلاً لمذهبه ومذهب إمامه رضي الله عن الجميع : «لا يخلو هذا الميت أن يكون قدر على الصوم وتركه ، أو لم يقدر عليه قط ، فإن لم يقدر عليه لم يجب عليه شيء ، وإن قدر عليه وتركه مختاراً فكيف تشتغل به ذمة وليه؟ ! ، وقد قال تعالى : +ولا تزرؤا وزرأة وذراً أخرى" ، وقال أيضاً +وإن ليس للإنسان إلا ما سعى" (4).

يقول رحمه الله - : «وهاتان الآيتان محكمتان عامتان غير مخصصتين ، ركن في الدين وأصل للعالمين ، وأم من أمهات الكتاب المبين ، إليها ترد البنات وبها يستتار في المشكلات ، وقد عارضت هذه الأحاديث ظاهرها وباطنها ، فكان جعل القرآن أما والحديث بنتاً يتناول واجبا في النظر ، فقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - : «أرأيت لو كان على أمك دين أكننت تقضيه» ، إشارة إلى ما تتبعته إليه نفوس الأبناء والأولياء من مراعاة الآباء والأقرباء في تحمل ديونهم وحفظ أعراضهم ومطابقة أغراضهم ، حتى أن أهل الجاهلية كانوا ينحرون على قبر الكريم بعد مماته إحياء لفعله في حياته ، فإن قيل وكيف يقضى؟ : قلنا : جبر الشيء قد يكون بصورته أو بنظيره الشرعي ، فإن تمكن من صورته فيها ونعمت ، وإن تعذر فالنظر الشرعي ، وقد كان ما اختل من الصوم للحي يجبره بالقضاء ، وقد تعذر فبالصدقة والكفارة ، وقد أمكنت الصدقة للولي . ولو تظن لهذه الأغراض الحسن وأحمد لما تاهوا عن سبيل المسألة ، ولتفطنوا إلى ما تظن له مالك ، إذ قال « لا يصلي أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » ، فإن قيل : هذا رأيكم ولا يرد نص الحديث بالرأي (... قلنا : إنما استقرنا أدلة الشريعة ودخلنا إليه من أبوابها إذ ليس لها باب واحد ، وردنا

برأي ابن العربي أيضاً ضرورة استحضار القواعد الكلية عند النظر في الأدلة الشرعية للمسائل الجزئية ، فالجزئي لا يفهم إلا في إطار كلي ، فلا بد عنده من مراعاة الكليات والجزئيات في آن واحد عند النظر الاجتهادي ؛ بحيث يكون الاجتهاد مبنياً عليهما معا في وقت واحد ، وقد صرح بهذا القانون في كتبه فقال : « مراعاة القاعدة أولى من مراعاة الألفاظ » (1) ، وقال أيضاً : « إذا اعترض اللفظ على القاعدة وخالف معنى من أول الكلام أخره سقط ، فكيف إذا خالفه كله » (2) ، وصرح كذلك في معرض النقل عن علماء المالكية بأنه : « إذا خالف خبر الواحد الأصول بطل في نفسه » (3) .

وقد عبر ابن العربي عن الكليات بالأمهات تمثيلاً مع النص القرآني +منه آيات محكمات هن أم الكتاب" (4) ، وعن الجزئيات بالبنات ، ونادى بضرورة إرجاع البنات إلى الأمهات لحل ما يمكن أن يعرض من إشكال بالنسبة للفقهاء الناظر في أدلة الأحكام الشرعية من مصادرها الأصلية . وقد استدلل ابن العربي على ما ذهب إليه بدليل الاستقراء لأدلة الأحكام الشرعية في القرآن وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقال رحمه الله : « ولما استقرنا أدلة الشرع ودخلنا إليه من أبوابها إذ ليس لها باب واحد ورددنا بناتها إلى أمهاتها لتعلم أنسابها حسماً أمرنا به من قوله تعالى : +منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهاً فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة » ، فرد البنات إلى الأمهات ، والجزئيات إلى الكليات من صفات أهل الهدى والنقى والعلم ، لما في عدم الرجوع إلى هذا القانون من مشاكل وتداخل في الفهم وتعارض بين الأدلة والأحكام يستفيد منه من في قلبه زيغ ومرض وترص بالدين» (5).

يقول ابن العربي : «فأنت إن اتبعت حديثاً واحداً دون أن تضربه بسائر الآيات والأحاديث وتستخلص الحق من بينها فأنت ممن في قلبه زيغ أو عليه رين » (6) .

تطبيق فقهه للقاعدة من تأصيلات ابن العربي :

1 أحكام القرآن : أبو بكر بن العربي : دار الكتب العلمية 122/1

2 القبس : أبو بكر بن العربي : تح: محمد عبد الله ولد كريم : دار الغرب الإسلامي: 986

3 أحكام القرآن : 279/4

4 آل عمران : الآية 7

5 القيس : 517 ، والمسالك : 303 ، 304

6 المرجع السابق نفسه

1 صحيح البخاري ، كتاب: الصيام ، باب: من مات وعليه صوم ، حديث رقم (1851) ، 690/2

2 صحيح البخاري ، كتاب: الصيام ، باب: من مات وعليه صوم ، رقم (1852) ، 690/2 . وصحيح

مسلم ، كتاب: الصيام ، باب: قضاء الصوم عن الميت ، حديث رقم (1148) ، 804/2 .

3 موطأ مالك ، كتاب: الصيام ، باب: في النذر والصيام عن الميت ، حديث رقم (669) ، 303/1

4 النجم : 39

موقف الشافعية من تعارض الكليات والجزئيات الفقهية :

من خلال البحث والاستقراء اتضح بالنص الصريح أن الشافعي كان في اجتهاده يعتمد النظر في كليات الشريعة ومصالحها العامة ، وما أحسن ما قاله الإمام الشافعي فيما حكاه عنه الغزالي من أنه: « إذا وقعت الواقعة للمجتهد فليعرضها على نصوص الكتاب، فإن أعوزه عرضها على الخبر المتواتر ثم الأحاد، فإن أعوزه لم يخض في القياس بل يلتفت الى ظواهر الكتاب فإن وجد ظاهراً نظر في المخصصات من قياس وخبر، فإن لم يجد مخصصاً حكم به وإن لم يعثر على ظاهر من كتاب ولا سنة نظر الى المذهب، فإن وجدها مجعاً عليها اتبع الإجماع، وإن لم يجد إجماعاً خاض في القياس ويلاحظ القواعد الكلية أولاً ويقدمها على الجزئيات كما في القتل بالمتقل فتقدم قاعدة الردع على مراعاة الاسم، فإن عدم قاعدة كلية نظر في المنصوص ومواقع الإجماع فإن وجدها في معنى واحد الحق به وإلا انحدر به إلى القياس فإن أعوزه تمسك بالشبه » (2).

وقد لخص الغزالي في المنحول موقف الإمام الشافعي -رضي الله عنه- من مراتب الأدلة وكيفية التعامل مع الفروع والجزئيات الفقهية، فكان -رضي الله عنه- يقدم النصوص على المقاييس، وأخبار الأحاد عليها، ويقدم معظم الظواهر التي ظهر فيها مقصد العموم ويسلك فيها نهجا مستقيماً ومسلكاً قوياً يعترف له كل أصولي بالسبق والفضل، وكان يحسن النظر في الفروع، وتنبه لأمرين عظيمين: أحدهما: تقديم القواعد الكلية على الأقيسة الجزئية؛ ولذلك أوجب القتل بالمتقل خيفة انتهاضه ذريعة إلى إهدار الدماء في نفيه إبطال قاعدة القصاص (3).

يقول الجويني في البرهان: « ذكر الشافعي في الرسالة ترتيباً حسناً فقال: إذا وقعت واقعة فأحوج المجتهد إلى طلب الحكم فيها، فينظر أولاً : في نصوص الكتاب، فإن وجد مسلكاً دالاً على الحكم فهو المراد، وإن أعوزه انحدر إلى نصوص الأخبار المتواترة، فإن وجدته وإلا انحط إلى نصوص أخبار الأحاد ، فإن عثر على مغزاه وإلا انعطف على ظواهر الكتاب، فإن وجد ظاهراً لم

بناتها إلى أمهاتها لتعلم أنسابها حسب ما أمرنا به في قوله تعالى : +منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهاً فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة (1) ، والمعنى : وأما الذين في قلوبهم هدى فيردون البنات المشكلات إلى الأمهات البنات ، فأنت إن اتبعت حديثاً واحداً دون أن تضربه بسائر الآيات والأحاديث وتستخلص الحق من بينها فأنت ممن في قلبه زيغ، أو عليه رين ، والذي تظن له مالك -رضي الله عنه- تلقفه من عبد الله بن عمر لتعليم لا تقليداً » (2).

يقول الشاطبي في الموافقات مؤكداً على ما ذهب إليه ابن العربي في القبس : « ومن ذلك أن مالكا أهمل اعتبار حديث من مات وعليه صيام صام عنه وليه، وقوله : رأييت لو كان على أبيك دين (...) الحديث، لمنافاته للأصل القرآني الكلي نحو قوله: + ألا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى" ، كما اعتبرت عائشة في حديث ابن عمر ، وأنكر مالك حديث إكفاء القدر التي طبخت من الإبل والغنم قبل القسم تعويلاً على أصل رفع الحرج الذي يعبر عنه بالمصالح المرسلة فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج وفي مذهبه من هذا كثير » (3). وأصل الترجيح الذي هو معضلة الوصول، أن يقوم المقطوع به على المظنون، والأكثر رواية على الأقل فهذا الذي قصد مالك مما لا يدركه إلا مثله ولا يتفطن له أحد قبله، ولا بعده وهو إمام الأمة غير مدافع في ذلك « (4) فالظني المعارض لأصل قطعي ولا يشهد له أصل قطعي مردود بلا إشكال ، والدليل على ذلك مخالفته لأصول الشريعة، بالإضافة إلى أنه ليس له ما يشهد بصحته، وما هو كذلك ساقط الاعتبار .

قال الشاطبي : « الثابت في الجملة أن مخالفة الظني لأصل قطعي يسقط اعتبار الظني على الإطلاق وهو مما لا يختلف فيه » (5).

كما ورد عن ابن العربي أيضاً قوله: «المقطوع به مقدم على المظنون، والأكثر رواية مقدم على الأقل» (1) .

1 آل عمران : آية 7

2 القيس : 517 ، 518. والمسالك : 303/6 ، 304

3 الموافقات : 22 ، 23

4 العارضة : أبو بكر ابن العربي : دار الكتب العلمية/ بيروت: 6 / 6

5 الموافقات : 3 / 18

1 العارضة : 6 / 6

2 المنحول : أبو حامد الغزالي : محمد حسن هيتو : دار الفكر المعاصر/بيروت ، دار الفكر/دمشق

(1998م) : 1 / 466 ، 467 . إرشاد الفحول : محمد بن علي الشوكاني: تح: أحمد عزو عناية : دار

الكتاب العربي ط الأولى 1999م 432

3 المنحول : 498

يعمل بموجبه حتى يبحث عن المخصصات، فإن لاح له مخصص ترك العمل بفحوى الظاهر، وإن لم يتبين مخصص طرد العمل بمقتضاه، ثم إن لم يجد في الكتاب ظاهراً نزل عنه إلى ظواهر الأخبار المتواترة مع انتفاء المختص، ثم إلى أخبار الأحاد، فإن عدم المطلوب في هذه الدرجات لم يخض في القياس بعد؛ ولكنه ينظر في كليات الشرع ومصالحها العامة وعد الشافعي من هذا الفن إيجاب القصاص في المثل فإن نفيه يخرم قاعدة الزجر ثم إذا لم يجد في الواقعة مصلحة عامة التفت إلى مواضع الإجماع فإن وجدهم أطبقوا على حكم نصوا عليه فقد كفه مؤنة البحث والفحص» (1).

ويقول أيضاً: «ومن خصائص هذا الضرب أن القياس الجزئي فيه وإن كان جلياً إذا صادم القاعدة الكلية ترك القياس الجلي للقاعدة الكلية» (2).

وبيان ذلك كما يقول الجويني: «أن القصاص معدود من حقوق الأديبين وقياسها رعاية التماثل عند التقابل على حسب ما يليق بمقصود الباب وهذا القياس يقتضي ألا تقتل الجماعة بالواحد ولكن في طرده والمصير إليه هدم القاعدة الكلية ومناقضة الضرورة فإن استعانة الظلمة في القتل ليس عسيراً وفي درء القصاص عند فرض الاجتماع خرم أصل الباب» (3).

والخلاصة أنه يمكن القول أن هذه القضية تعتبر أساس القضايا الأصولية المتعلقة بالأدلة الشرعية، فقد بين العلماء ومن بينهم الشاطبي وابن العربي شدة ارتباط القضايا الأصولية بالأدلة الشرعية التفصيلية والقواعد الشرعية بحيث لا يمكن استغناء المجتهد عن النظر للأمرين معاً، فلا يمكن أن يستغنى بالنظر في الجزئيات عن النظر في الأدلة والقواعد الكلية ليعرف بها هذا الجزئي ومرتبته الاستدلالية عند الأصوليين، وما مقصد الشارع منه، كما أنه لا يمكن أن يستغنى بالنظر في الأدلة الكلية دون أن يعين النظر في الدليل الجزئي الخاص الوارد من الكتاب والسنة (4). وعدم اعتبار هذه المعاني الكلية والمراتب الاستدلالية مما سبق ذكره والكلام على

1 البرهان في أصول الفقه : عبد الملك الجويني: تح : عبد العظيم الديب: دار الوفاء/ المنصورة - مصر 875 / 2 :

2 البرهان : 604 / 2 ، 605

3 البرهان : 604 / 2 ، 605

4 هامش الموافقات : للشيخ عبد الله دراز : 5/3

إجمالاً؛ يؤدي إلى أحد غلوين: غلو في اعتبار القرآن بلا سنة، أو السنة بلا قرآن، أو غلو في اعتبار النصوص مطلقاً بلا فقه ولا منهج معلوم، وإنما هي الفوضى في المنهج وفي التفكير (1).

موقف ابن تيمية من هذه الموازنة :

يقول ابن تيمية : « لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية يرد إليها الجزئيات ، ليتكلم بعلم وعدل، ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت، والا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات، وجهل وظلم في الكليات ، فيتولد فساد عظيم » (2).

وقال أيضاً : « ومن عرف الكليات من غير معرفة المعين؛ فمعه الميزان فقط، والمقصود بها وزن الأمور الموجودة في الخارج، والا فالكليات لولا جزئياتها المعينات لم يكن لها اعتبار ، كما أنه لولا الموزونات لم يكن إلى الميزان حاجة » (3).

المطلب الثاني : مراتب الاستدلال كما يراها العلماء

فيه علماء أصول الفقه على قاعدة تشريعية عظيمة متعلقة بمراتب التشريع مفادها : أن ما كان من أصول الدين من قبيل الأحكام العملية والاعتقادية فإنه لا يمكن أن يخلو القرآن من أصل تشريعي، حتى ولو كان تفصيله وبيانه مستطرداً في كتب السنة، فلا يترك للسنة من هذه الأصول إلا ما كان من قبيل البيان والتفصيل، فالإيمان بالله واليوم الآخر والصلاة والصيام والزكاة والحج من الواجبات ؛ والنهي عن أكل الربا، والخمر والميسر والزنا، وأكل الميتة والدم ولحم الخنزير وما ذبح على النصب، من المحرمات، كلها مذكورة في القرآن الكريم، فهذه الأوامر والنواهي أصول الواجبات والمحرمات في الدين، وهي ما عناه الله تعالى في قوله: «ما فرطنا في الكتاب من شيء» (4)؛ أي من أصول التشريع وكليات الأحكام، فلا حكم شرعي مما هو مقصود في الدين أصالة إلا وأصله التشريعي في القرآن، فلا ينبغي أن يعتقد بناء على هذه المقدمة أن بعض الأصول الدينية التشريعية قد أهملت في القرآن لتتولى السنة تشريعها، فهذا مما يخالف مقاصد

1 ينظر كتاب : الفطرية ، بعثة التجديد المقبلة من الحركة الإسلامية إلى دعوة الإسلام : فريد الأنصاري : ط : الأولى : دار السلام : 2009 ، ص 180 :

2 منهاج السنة : أحمد بن تيمية : تح: محمد رشاد سالم : مؤسسة قرطبية : ط 1 : 44/5

3 الرد على المنطقيين : أحمد بن تيمية : دار المعرفة/ بيروت : 372

4 الأنعام : آية 38

فليس ما شرعه الشارع بنص الكتاب مساويا لما شرعه بنص السنة، ولا ما شرع بنص السنة مساويا لما شرع بالاجتهاد، وفي ذلك يقول القاضي ابن العربي «لم يرد الله عز وجل أن يجري السنة مجرى القرآن حتى يتولى حفظها كما تولى حفظه، وإنما أراد عز وجل أن يكون القرآن محفوظا نصا معلوما قطعاً، وأن تكون السنة يلتقطها الرواة التقاطاً، ويؤخذ من كل أحد ما سمع منه (...) فما اجتمع من السنة اجتمع، وما خفي منها في وقت سيظهر في وقت آخر، بل كان كثير من الصحابة يقبضون أنفسهم عن ذكرها... ولا ينكرون شيئاً مما سمعوا؛ لأن تبليغ الأحاديث فرض على الكفاية» (1)، كما استدلت أيضاً بالإضافة إلى ما سبق من فعل الصحابة؛ بأن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم يقيد ويكتب إلا القرآن، ولو كانت للسنة أهمية القرآن لما تأخر عن كتابتها وحفظها، فدل على أولويته عليها، وعلى تأخرها عنه في الرتبة (2).

والأصول الكلية؛ وهي التي عبر عنها القرآن ووصفها بالمحكمات في قوله تعالى: «منه آيات محكمة هن أم الكتاب وآخر متشابهات»، «فصنف المحكمات ينزل من الكتاب منزلة أمه، أي أصله ومرجعه الذي يرجع إليه فيه في فهم الكتاب ومقاصده» (3). «فالمحكمات هي أصول الاعتقاد والتشريع والآداب والمواعظ» (4).

فالآيات المحكمات أصول وأمهاات لغيرها، مما يندرج فيها أو يتفرع عنها من التفصيلات والجزئيات والتطبيقات، فجمل الدين والشرعية مؤسس على هذه الكليات ونابع منها، والقرآن الكريم باعتباره الأصل الأول والمرجع الأعلى للإسلام لا بد أن يكون هو مستودع هذه الكليات، ولا بد أن تكون هذه الكليات مقدمة على غيرها في الاعتبار، والاعتبار في أول الأمر بجمال الشرائع وكلياتها دون الواحد من تفاصيلها والجزء من جزئياتها؛ هو المعروف من القرآن وهو الواجب في الحكمة، من أجل ذلك فقد وعد الله عز وجل بحفظ القرآن فقال: «إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون» (5). فالأصول التشريعية كلها، والكليات الدينية عامتها، قد تم النص عليها في السور المكية

الشارع، وقواعده الكلية، فوظيفة السنة بيان الهيئات التزليلية والكيفيات التطبيقية، من مثله قوله صلى الله عليه وسلم: «صلوا كما رأيتموني أصلي» (1)، وقوله: «خذوا عني مناسككم» (2)، وكما في حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم: «والذي بعثت بالحق ما أحسن غيره فعلمني، فقال صلى الله عليه وسلم: «إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن»، وبيان مقادير الزكاة وأنصبتها، وكيفية الصيام والصلاة، والحج ونحو هذا كثير.

وعليه فلا يترك للسنة من التشريع إلا ما كان بمنزلة الفروع والجزئيات، فلا حكم في الأصول والكليات إلا وهو موجود في كتاب الله -تعالى-، دل على ذلك الاستقراء التام لأصول الشريعة وفروعها، وما وجد في السنة من إيجاب لبعض الكليات الموجودة في القرآن فهو من قبيل التأكيد لا التأسيس، وأما ما تفردت السنة بتشريع تأسيساً مما لا وجود لأصله في القرآن فلا يكون من الأصول والكليات، وإنما يعد ويعتبر من الفروع والجزئيات بالنسبة لما ورد في القرآن من تشريع، وذلك كأحاديث النهي عن كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير، فما اقتصر في تشريعه على السنة؛ كان في الإيجاب والتحريم من الدرجة الثانية بالنسبة لما أوجبه الله أو حرمه في القرآن، وأما ما سكنت عنه النصوص جميعاً من الكتاب والسنة وأحيل على الاجتهاد، فهو في المرتبة التشريعية الثالثة، من حيث قصد الشارع إليها وليس فقط من حيث كونها مسألة اجتهادية. فإعمال الشارع أمراً ما بعدم النص عليه في الكتاب والسنة مع وجود المقضي لذلك لا يكون من قبيل النسيان والغفلة وإنما هو تشريع؛ من حيث قصد الشارع إغفال ذلك الحكم قصداً، وعدم جعله من المقاصد الأصلية في الدين، فقد قرر علماء الأصول أن: «السكوت في معرض الحاجة بيان» (3).

مرتبة السنة في الاستدلال

رتبة السنة التأخر عن الكتاب في الاعتبار كما صرح بذلك الشاطبي في الموافقات، وليس المقصود مجرد الترتيب في المصدرية التشريعية، وإنما ما يترتب عليه من قيمة للحكم الشرعي.

- 1 خرجه البخاري في صحيحه: كتاب الأذان: باب: الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة: رقم الحديث: (631)
- 2 رواه النسائي في سننه: كتاب: مناسك الحج: باب: الركوب إلى الجمار واستغلال المحرم: حديث رقم: (3060)
- 3 انظر البيان الدعوي وظاهرة التضخم السياسي: فريد الأنصاري: دار السلام: (ط1: 2009م): 68-59

1 العارضة: 286، 287

2 المرجع السابق

3 التحرير والتتوير: الشيخ الطاهر بن عاشور: دار سحنون للنشر والتوزيع/تونس: سنة 1997م: 160/3

4 المرجع السابق: 155/3

5 ينظر القبس: 517

وما ورد في المدينة إنما هو كالفروع والجزئيات بالنسبة لما شرع بمكة، وينبغي على الفقيه أن يفهم الجزئيات منزلة على ميزان الكليات كما سنوضح ذلك لاحقاً .

يقول الإمام الشاطبي: «إن أحكام الشريعة تشتمل على مصلحة كلية في الجملة وعلى مصلحة جزئية في كل مسألة على الخصوص، أما الجزئية فما يعرب عنها كل دليل لحكم في خاصته، وأما الكلية فهي أن يكون كل مكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته، فلا يكون كالبهيمة المسبية تعمل بهواها حتى يرتاض بلجام الشرع» (1).

ويقول أيضاً : « اعلم أن القواعد الكلية هي الموضوعات أولاً والذي نزل بها القرآن على النبي صلى الله عليه وسلم بمكة، ثم تبعها أشياء بالمدينة كملت بها تلك القواعد التي وضع أصلياً بمكة، وكان أولها الإيمان بالله ورسوله والناس بالآخر ثم تبعه ما هو من الأصول العامة كالصلاة وإتفاق المال وغير ذلك، ونهى عن كل ما هو كفر أو تابع للكفر كالافتراءات التي افتروها من الذبح لغير الله، وللشركاء الذين ادعواهم افتراء على الله، وسائر ما حرموه على أنفسهم أو أوجبوه من غير أصل مما يخدم أصل عبادة غير الله، وأمر مع ذلك بمكارم الأخلاق كلها كالعدل والإحسان والوفاء بالعهد وأخذ العفو والإعراض عن الجاهل والدفع بالتي هي أحسن، والخوف من الله وحده، والصبر والشكر ونحوها، ونهى عن مساوى الأخلاق من الفحشاء والمنكر والبغى والقول بغير علم والتطفيف في المكيال والميزان، والفساد في الأرض، والزنى والقتل والوادة وغير ذلك مما كان سائراً في دين الجاهلية، وإنما كانت الجزئيات المشروعات بمكة قليلة، والأصول الكلية كانت في النزول والتشريع أكثر؛ ثم لما خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة واتسعت خطة الإسلام كملت هنالك الأصول الكلية على تدرج كإصلاح ذات البين والوفاء بالعقود، وتحريم المسكرات، وتحديد الحدود التي تحفظ الأمور الضرورية وما يكملها ويحسنها ورفع الحرج بالتخفيفات والرخص وما أشبه ذلك كله تكميل للأصول الكلية»، ثم قال: « إن المنزل بمكة من أحكام الشريعة هو ما كان من الأحكام الكلية والقواعد الأصولية في الدين على غالب الأمر». وتأكيذاً لذلك فقد صرح الشاطبي بضرورة أن يفهم المدني من السور بالتزويل على المكي، والنيل على ذلك أن معنى الخطاب المدني في الغالب مبني على المكي، كما أن المتأخر من كل واحد منهما مبني على المتقدم، واستدل الشاطبي على ما ذهب إليه في هذا القول بالاستقراء.

وقد أشار ابن العربي إلى هذا المعنى عند بحثه في قوله تعالى - (وأتوا حقه يوم حسابه) واختلاف العلماء في حكم أخذ الزكاة من الخضروات استناداً إلى عموم هذه الآية، وقد استدل من ذهب إلى عدم وجوب أخذ الزكاة من الخضار بكون الآية منسوخة؛ لأنها مكية وآية الزكاة مدنية .

قال ابن العربي: «القول بأنها مكية أو مدنية يطول، فهبكم أنها مكية؛ إن الله أوجب الزكاة بها إيجاباً مجعلاً فتعين فرض اعتقادها، ووقف العمل بها على بيان الجنس والقدر والوقت، فلم تكن بمكة حتى تمهد الإسلام بالمدينة؛ فوقع البيان فتعين الامتثال وهذا لا يفقهه إلا العلماء بالأصول» .

ففي هذا المقطع دلالة صريحة من ابن العربي على أن ما ذكر في القرآن من المكيات خاصة إنما هو الأمور الكلية والأصول الإجمالية، أما تفصيلها فقد تأخر حتى ما بعد الهجرة إلى المدينة المنورة.

ومما يؤكد هذا المعنى عند ابن العربي أيضاً قوله في الأحكام: «إذا احتمل اللفظ القرآني معنيين فأثبتت السنة أن المراد أحدهما، فلا يجوز أن يقال إن القرآن اقتضى أحدهما، وزادت السنة الثاني، ولكن يقال: إن السنة أثبتت المراد منهما، والعدول عن هذا جهل بالدليل، أو مراغبة وعناد في التأويل» (1)، وفي هذا النص تأكيداً لوظيفة السنة البيانية عند ابن العربي كما تمت الإشارة إلى ذلك من قبل، وهذا يدل على أن الأحكام القرآنية نفسها ليست على وزن واحد، فمن أخل بالجزئي لا يكون من حيث الوزر كمن أخل بالكلي، فالكليات المبنية في القرآن يجب التحلي بها والاحتكام إليها والاستعداد منها فيما لا نهاية له من القضايا والحوادث والمشاكل التي تجد وتتكاثر في كل يوم وفي كل مكان، مما ليس له حكم خاص.

لا ينسخ القرآن بخبر الآحاد

ويتربط على هذا الكلام من ابن العربي والشاطبي فيما يتعلق بظنية خبر الآحاد وقطعية النص القرآني والقواعد والأصول الكلية قاعدة جديدة تتمثل في عدم جواز نسخ السنة للقرآن، فالظني لا ينسخ القطعي وهو ما ذهب إليه ابن العربي ونص عليه في المسالك عند كلامه عن قوله تعالى: «يؤصّيكم الله في أول دكم للذكر مثل حظ الأنثيين» (2). فقد صرح أقوام بأن نزول هذه الآية نسخ

آية الوصية، وضعفه ابن العربي؛ لأنه لا تعارض بينهما، والنسخ من شروطه أن لا يمكن الجمع بين النصين المتعارضين، وقد ذكر بعض العلماء أن آية الوصية نسخت بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». ورد ابن العربي هذا القول بأن الحديث ضعيف، ولو سلمنا صحته لم يجز أن ينسخ القرآن؛ لأنه خبر آحاد، ونسخ القرآن لا يكون بخبر الواحد بإجماع الأمة (1).

وقد صرح بذلك الشاطبي أيضا فقال: «إن الأحكام إذا ثبتت على المكلف فادعاء النسخ فيها لا يكون إلا بأمر محقق؛ لأن ثبوتها على المكلف أولا محقق، فرفعها بعد العلم بثبوتها لا يكون إلا بمعلوم محقق؛ ولذلك أجمع المحققون على أن خبر الواحد لا ينسخ القرآن ولا الخبر المتواتر؛ لأن رفع للمقطوع به بالمظنون» (2).

المطلب الثالث: تعارض الأخبار مع القطعيات أو الكليات

القطع: رفع الاحتمال عن مسائل الأصول من حيث ثبوتها أو دلالتها (3).

والأدلة القطعية هي من أقوى ما نُبِّه به عن الشريعة، ومن أمتع ما حفظت به الشريعة من زنج المبتطلين المبتغيين الفتنة بالتأويل، فإنها التي تقطع السنة المؤولين، وتقسم ظهور المعاندين المتشبهين بمتشابه النصوص الذين يجدون في المحتملات ما يلوون أسنتهم به في مطالبهم، فكم من ظواهر امتدت إليها أيدي المؤولين وحرفها الملحدون إلى مرادهم وأنزلوها على أهوائهم وخرجوها عن منهاج الله وشرعته، لكن القواطع المحكمات تستعصي على هؤلاء وأولئك، فدون تأويلها حصن منيع من البيان، وفصل مبين من الخطاب، قال الله تعالى: (هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هِيَ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَدْرُونَ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ غَائِبًا بِهِ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ) (4).

قال ابن كثير عند قوله تعالى: «فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ» أي إنما يأخذون منه المتشابه الذي يمكنهم أن يحرفوه إلى مقاصدهم الفاسدة وينزلوه عليها، لاحتمال لفظه لما يصرفونه، فأما المحكم فلا نصيب لهم فيه، لأنه دافع لهم وحجة عليهم» (1).

العمل عند التعارض:

القاعدة تقتضي عند حصول التعارض بين القطعيات والظنيات، ترجيح جانب العمل بالقطعيات وتقديمها على الظنيات.

وقد وقع الخلاف بين العلماء في المدارس الفقهية المختلفة في حكم العمل بخبر الآحاد عند تعارضها مع الأصول والقواعد الكلية؛ هل يعمل بهذا الخبر باعتبار صحته - دون عرض أو تسقيق وجمع مع ذلك الأصل القطعي، أو يتم الترجيح بين كليهما فيعمل بالأقوى منهما تبعا للقاعدة المذكورة سابقا. قال الشافعي: لا يجب الترجيح؛ بل يقدم الخبر على الأقيسة والأصول؛ لأنه لا تتكامل شروطه إلا وهو غير مخالف لها. ويرى غيره وجوب الترجيح بينهما ولجراء الموازنة، محتجا بحديث في هذا المعنى وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا روى لكم حديث فاعرضوه على كتاب الله، فإن وافق فاقبلوه، وإلا فردوه» (2). فهذا الخلاف كما يرى الباحث راجع إلى الوفاق.

قال صاحب كشف الأسرار: «وحكي عن مالك أنه رجح القياس على خبر الواحد، فإنه عمل بالقياس في الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا، ولم يعمل بالخبر الوارد فيه، واحتج في ذلك بأنه قد اشتهر بين الصحابة الأخذ بالقياس ورد خبر الواحد، فإن ابن عباس لما سمع أبا هريرة رضي الله عنهم يروي توضحوا مما مسته النار قال لو توضأت بماء سخن أكننت تتوضأ منه، ولما سمعه يروي من حمل جنازة فليتوضأ، قال أيلزمنا الوضوء من حمل عيدان يابسة !!!، ورد علي رضي

1 المسالك: 546/6، 547، 108/7، 149. وينظر: القبس: 1034.

2 الموافقات: 105/3، 106.

3 مفهوم القطع والظن وأثره في الخلاف الأصولي: حميد الوافي: دار السلام: (ط1: 2011م): ص22.

4 آل عمران: الآية(7)

الله عنه حديث (بروع) بالقياس، ورد عمر رضي الله عنه - حديث فاطمة بنت قيس بالقياس» (1).

يقول: «والحق خلاف ذلك، فقد روى المديون عنه أن الخبر مقدم على القياس، قال القاضي عياض: مشهور مذهب مالك أن الخبر مقدم على القياس (...) قال صاحب القواطع: وقد حكى عن مالك أن خبر الواحد إذا خالف القياس لا يقبل، وهذا القول باطل سمج مستقبح عظيم، وأنا أجل منزلة مالك عن مثل هذا القول ولا يدرى ثبوته منه» (2).

والى هذا القول ذهب الباجي من المالكية فقال: «والذي عندي أن الخبر مقدم على القياس وأنه لا يقف الاحتجاج بالخبر إذا عورض بالقياس، فإن عورض القياس بالخبر بطل الاحتجاج به» (3).

الترجيح :

والراجح أن الإمام مالكا رضي الله عنه - كان يقدم القياس القطعي على الخبر الظني، وهو ما اختاره أبو بكر الأبهري من المالكية (4)، وهذا متفق عليه بين الأئمة، وليس محل نزاع بينهم. وبهذا يتأكد قول من قال بتقديم مالك للخبر على القياس؛ لأن التقديم في هذه الحالة خارج محل النزاع، وبهذا يتحقق قول صاحب كشف الأسرار؛ من أن الأصل تقديم الخبر على القياس، وأن تقديم الأقيسة على الأخبار إنما كان لعارض من العوارض.

فقد قال: «وأما ما ذكر من ردهم خبر الواحد فذلك لأسباب عارضة، لا لترجيحهم القياس عليه ويان الخبر يقين بأصله لأنه قول الرسول -عليه السلام- لا احتمال للخطأ فيه، وإنما الشبهة في طريقه وهو النقل» (5).

- 1 كشف الأسرار : عبد العزيز بن أحمد بن محمد ، (علاء الدين البخاري): تح: عبد الله محمود محمد عمر : دار الكتب العلمية/بيروت : (ط1 : 1997) 551 / 2
- 2 المرجع السابق : 551 / 2
- 3 إحكام الفصول في أحكام الأصول: للباجي : تح: عبد المجيد التركي: دار الغرب الإسلامي : 2 / 673
- 4 ينظر إرشاد الفحول: محمد بن علي الشوكاني: تح: أحمد عزو عناية : دار الكتاب العربي (ط1 : 1999م) 151/1
- 5 كشف الأسرار : 552 / 2

رأي ابن العربي في المسألة :

وقد لخص أبو بكر ابن العربي موقف المدارس الفقهية المختلفة من هذا التعارض بين أخبار الأحاد الظنية والنصوص القطعية في كتاب المسالك ونسب التردد في هذه المسألة لمذهب مالك ابن أنس رحمه الله-، ورجح هو العمل بخبر الواحد بشرط أن تعاضده وتقويه قاعدة أخرى .

قال ابن العربي: «إذا جاء خبر الواحد معارضا لقاعدة من قواعد الشرع هل يجوز العمل به أم لا ؟، فقال أبو حنيفة: لا يجوز العمل به؛ وقال الشافعي: يجوز ، وتردد مالك في المسألة؛ والمشهور من قوله والذي عليه المعول أن الحديث إن عضدته قاعدة أخرى قال به، وإن كان وحده تركه ولهذا قال في مسألة غسل الإناء من ولوغ الكلب: قد جاء هذا الحديث ولا أدري ما حقيقته؛ لأن هذا الحديث عارض أصليين عظيمين، أحدهما: قوله تعالى: (فكلوا مما أمسكن عليكم) (1) قال مالك: يؤكل صيده فكيف يكره لعبه.

والثاني: أن علة الطهارة هي الحياة؛ وهي قائمة في الكلب» (2).

وفي القبس يقول ابن العربي: «والحديث إذا خالف قواطع الأدلة تؤول أو رد، إن لم يمكن تأويله» (3)، وفي العارضة : «الأصول لا ترد بالفاظ من الحديث محتملة، يعارضها مثلها من القرآن» (4).

رأي الشاطبي :

وقد رد الشاطبي بعض الأحاديث بقوله : «إن هذه أخبار آحاد في قضية واحدة لا ينتظم منها استقراء قطعي، والظنيات لا تعارض القطعيات فإن ما نحن فيه من قبيل القطعيات» (5).

ثم قال مسهبا في بيان هذه القاعدة: «كل دليل شرعي إما أن يكون قطعيًا أو ظنيًا؛ فإن كان قطعيًا فلا إشكال في اعتباره، كادلة وجوب الطهارة من الحدث، والصلاة والزكاة والصيام والحج

1 المائدة: آية 4

2 ينظر المسالك : 6 / 76 ، والقبس : 811

3 القبس : 543

4 العارضة : 5 / 37

5 الموافقات : 2 / 130

ثم مثل ذلك برعي العدو المجذبة و العدو المخصبة وأن الجميع بقدر الله ثم أخبر بحديث الوباء الحاوي لاعتبار الأصلين.

يقول الشاطبي : « وفي الشريعة من هذا كثير جدا وفي اعتبار السلف له نقل كثير » (1).

ولقد اعتمده مالك بن أنس في مواضع كثيرة لصحته في الاعتبار، ألا ترى قوله في حديث غسل الإثاء من ولوغ الكلب سبعا : (جاء الحديث ولا أدري ما حقيقته) وكان يضعفه ويقول يؤكل صيده فكيف يكره لعبه (2).

ولمّا هذا المعنى أيضا يرجع قوله في حديث (خيار المجلس) حيث قال بعد قوله (وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به) فيه إشارة إلى أن المجلس مجهول المدة ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل إجماعا فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطا بالشرع فقد رجع إلى أصل إجماعي. وأيضا فإن قاعدة الغرر والجهالة قطعية وهي تعارض هذا الحديث الظني.

فإن قيل: فقد أثبت مالك خيار المجلس في التملك ، قيل الطلاق يعلق على الغرر ويثبت في المجهول فلا منافاة بينهما بخلاف البيع (3).

ومن ذلك أن مالكا أهمل اعتبار حديث (من مات وعليه صيام صام عنه وليه) وقوله : (أرأيت لو كان على أبيك دين) الحديث ؛ لمنافاته للأصل القرآني الكلي نحو قوله + ألا تزرّ وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى" كما اعتبرته عائشة في حديث ابن عمر .

وأنكر مالك حديث إكفاء القنود التي طبخت من الإبل والغنم قبل القسم تعويلا على أصل رفع الحرج الذي يعبر عنه بالمصالح المرسلة فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج. وفي مذهبه من هذا كثير (4).

1 المرجع السابق: 18 / 3

2 المرجع السابق: 18 / 3

3 المرجع السابق: 18 / 3

4 الموافقات : 18 / 3

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجتماع الكلمة والعدل وأشباه ذلك ، وإن كان ظنيا فإما أن يرجع إلى أصل قطعي أولا ، فإن رجع إلى قطعي فهو معتبر أيضا ؛ وإن لم يرجع وجب التثبت فيه ولم يصح إطلاق القول بقبوله... فأما الأول: فلا يفتر إلى بيان، وأما الثاني : وهو الظني الرجوع إلى أصل قطعي فإعماله أيضا ظاهر وعليه عامة أخبار الأحاد، فإنها بيان للكتاب لقوله تعالى : (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم) (1)، ومثّل ذلك ما جاء في الأحاديث من صفة الطهارة الصغرى والكبرى والصلاة والحج وغير ذلك مما هو بيان لنص الكتاب، وأما الثالث: وهو الظني المعارض لأصل قطعي ولا يشهد له أصل قطعي فمردود بلا إشكال ، ومن الدليل على ذلك أمران؛ أحدهما : أنه مخالف لأصول الشريعة ومخالف أصولها لا يصح؛ لأنه ليس منها، وما ليس من الشريعة كيف يعد منها. والثاني : أنه ليس له ما يشهد بصحته وما هو كذلك ساقط الاعتبار « (2).

موقف السلف من هذه القاعدة :

وللمسألة أصل في السلف الصالح فقد ردت عائشة رضي الله تعالى عنها - حديث : « إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه » بهذا الأصل نفسه لقوله تعالى: + ألا تزرّ وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى". وردت أيضا هي وابن عباس خبر أبي هريرة في غسل اليدين قبل إدخالهما في الإثاء استنادا إلى أصل مقطوع به وهو رفع الحرج وما لا طاقة به عن الدين .

وردت أيضا خبر ابن عمر في الشؤم وقالت: « إنما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحدث عن أقوال الجاهلية » لمعارضته الأصل القطعي أن الأمر كله لله، وأن شيئا من الأشياء لا يفعل شيئا، ولا طيرة ولا عدوى.

ولقد اختلفوا على عمر بن الخطاب حين خرج إلى الشام فأخبر أن الوباء قد وقع بها فاستشار المهاجرين والأنصار فاختلقوا عليه إلا مهاجرة الفتح فإنهم اتفقوا على رجوعه فقال أبو عبيدة : أفرار من قدر الله فهذا استناد في رأي اجتهدني إلى أصل قطعي. قال عمر : لو غيرك قالها يا أبا عبيدة نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله فهذا استناد إلى أصل قطعي أيضا وهو أن الأسباب من قدر الله

1 النحل: آية 44

2 الموافقات : 17 ، 16 ، 15 / 3

المطلب الرابع : تعارض المصلحة مع الخبر أو تخصيص المصلحة للنص

المصلحة أصل من الأصول القطعية عند المالكية

قرر الشاطبي رحمه الله أن المصلحة تعتبر أصلاً من أصول الفقه الإسلامي وقاعدة من قواعده، واعتبرها من الأصول والأدلة القطعية حين قال في الموافقات : «كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع وماخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح بينى عليه ويرجع إليه ، إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها، كما تقدم؛ لأن ذلك كالمعتذر، ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي، فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين وقد يرى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه» (1).

وقد حرص الشاطبي على التصريح بأن المصلحة التي لا تلائم تصرفات الشارع مصلحة مسكوت عنها، وهذا يعني أن المصلحة المرسله ليست مصلحة مسكوتاً عنها، بل مصلحة اعتبرت الشرعية بجملة نصوص ومجموع أدلة، ووصف كتب الأصول لها بالإرسال مجرد اصطلاح قصد منه التفريق بين الاستدلال المرسل والقياس، إذ للقياس أصل معين يشهد لعين المصلحة، في حين أن الاستدلال المرسل توجد له أصول غير معينة، بمعنى أنها لم تشهد لعين المصلحة وإنما شهدت لجنسها بالاعتبار (2). وهو ما دعا ابن العربي في القبس إلى أن يطلق على هذا النوع من المصالح مصطلح: (القواعد المؤسسة العامة) (3).

تعارض المصلحة مع النص:

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يمكن أن تعارض المصلحة النص وأن ما كان من هذا القبيل المذكور آنفاً إنما هو من باب تخصيص العموم وتقييد المطلق، فعند التعارض بينهما يقدم النص لا محالة ، وتعتبر المصلحة إذ ذاك ملغية لا اعتبار لها؛ إذ من شروط العمل بالمصلحة أن لا تعارض نصاً من كتاب أو سنة، والتعارض الظاهر في مثل هذه الحالات هو في الحقيقة تعارض

(1) الموافقات : 39/1

(2) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي : حسين حامد حسان : مكتبة المتنبّي : 65 ، نظرية المقاصد عند الشاطبي : للريسوني : 208 ، 232

(3) القبس : 820

بين دليلين شرعيين، وليس بين مصلحة متوهمة ونص ثابت، ويرجع الأمر في مثل هذه الحالات إلى إعمال النظر والترجيح من أهل الاجتهاد بين الأخذ بالمصلحة الجزئية العارضة، والمصلحة المقصودة من النص، وفي هذا الترجيح مساحة للاجتهاد العقلي من أهل العلم، فالأحكام الشرعية (الأعمال الشرعية) غير مقصودة لنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها (1)، ولهذا فقد صرح ابن العربي بانتفاء الشيء لانتفاء فائدته ومقصوده، فالشيء إنما يراد لمقصوده ، فإذا عدم المقصود فكأنه لم يوجد (2).

ونص ابن العربي على جواز التخصيص بالمصلحة، والمعروف بالاستقراء أن النصوص لا بد أن تكون متضمنة لرعاية مصالح العباد في المعاش والمعاد، وقد وقع خلاف بين العلماء في جواز تخصيص العموم بالمصالح ، وانقسم العلماء في ذلك إلى قسمين :

القسم الأول : لم يجيزوا مطلقاً تقديم المصلحة على النص؛ لأن الشريعة إنما تؤخذ من نص أو إجماع أو قياس، فإذا تصادمت مصلحة مع نص فلا يعتد بها أبداً .

القسم الثاني : أجازوا تقديم المصلحة على النص، وهم المالكية والأحناف؛ فيخصصون بالمصلحة النصوص الظنية الدلالة أو الثبوت، إذا كانت المصلحة قطعية ومن جنس المصالح المعبرة شرعاً، وبناء على هذا الكلام فإنهم يجيزون تخصيص عموم القرآن والسنة بالمصلحة، ويريدون خبر الأحاد إذا عارض المصلحة القطعية؛ لأنه إذا تعارض ظني وقطعي قدم القطعي على الظني (3).

وأما ما يقال من وجود قسم ثالث يقدم المصلحة على النص على الإطلاق ، ويدون تقييد، وتزعم الطوفي له بل وتفرده فيه بهذا الرأي ، فلم يرجحه الباحث، بل رجح ما ذهب إليه الشيخ القرضاوي ومن قبله الشيخ رشيد رضا ، من أن من يدقق النظر في رسالة الطوفي في شرحه

(1) انظر الموافقات للشاطبي : 385/2

(2) أحكام القرآن : 475 /2

(3) ينظر المصلحة المرسله والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية ، عبد اللطيف العلمي ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ط1 ، 2004م ، ص92، 93

مسألة : الحلّي؛ هل تجري فيه أحكام الريا كلها أو أنها تأخذ حكم العروض ؟ :

اختلف العلماء فيه، وهذه المسألة مستمدة من بحر المقاصد-كما يقول ابن العربي- فإنه كان عينا في أصله فأخرجه القصد والصياغة إلى باب العروض، وعضد هذا الأصل بتعين حكم الشرع بإيجاب الزكاة فيه، وإسقاطها في الحلّي حين تغيرت هيئته وخرج عن الذهب والفضة في هينتهما ، والمقصود بهما ، وهذا الدليل لا غبار عليه .

فقال جماعة : الريا منصوص عليه متروك فيه ، والمقاصد والمصالح مستنبطة ، فقد تعارضت قاعدتان :

إحداهما قاعدة الريا: وهي قاعدة متفق عليها منصوص فيها .

الثانية : قاعدة والمصالح والمقاصد ، وهي مستنبطة مختلف فيها ، فكيف يتساويان ، فضلا عن أن ترجح قاعدة المصالح والمقاصد . واستهول هذا القول جماعة.

يقول ابن العربي : « والجواب فيه سمح ، فإن الريا وإن كان منصوصا عليه في ذاته وهي الزيادة ، فإنه عام في الأحوال والمحال والعموم يتخصص بالقياس فكيف بالقواعد المؤسسة العامة »(1).

وقد صرح في القيس بأن المصالح والمقاصد من أهم أصول الأحكام التي انفرد بها الإمام مالك رضي الله عنه- دون سائر العلماء، فقال :«ولا بد منها لما يعود من الضرر في مخالفتها، وينخل من الجهالة في العدول عنها»(2).

ومن أجل ذلك أيضا استدلل ابن العربي بهذا النوع من المصالح الكلية العامة والقطعية على وجوب الزكاة في عروض التجارة وإن لم يرد في حكم الزكاة فيها نص صريح صحيح عن الله ورسوله، وابتغ فيها إجراء القياس الكلي، فإذا كانت الزكاة تجب في العين فإن قسما كبيرا منها يتحصل عليه الناس من خلال التجارة والبيع والشرء في العروض، فلو سقطت الزكاة عن هؤلاء - مع أنهم يمثلون طبقة كبيرة من الناس - لخرج جزء كبير من الأغنياء عن هذه العبادة ولذهب بذلك حق الفقراء في المال ، ولكان ذلك ذريعة لإسقاط فرض الزكاة والاستبداد بالأموال دون الفقراء ، قال

1 القيس : 820

(2) القيس : 786 ، وينظر 749 ، 301

لحديث : (لا ضرر ولا ضرار) (1) ، من ضمن شرحه للأربعين النووية، يلاحظ بشكل واضح أن ما قيل عن الطوفي وتناقلته الأقاليم في الكلام عنه غير دقيق وفيه بعض تجن عليه .

ترجيح المصلحة على أخبار الآحاد:

أما مسألة تقديم المصالح على أخبار الآحاد عند المالكية ، فحاصلها أن الإمام مالكا رحمه الله يشترط ضمن ما يشترطه للعمل بخبر الآحاد أن لا يعارض الأصول القطعية، فإن عارض أصلا قطعيا تركه، ما لم يعضده أصل آخر؛ ذلك أن خبر الآحاد-إذا لم يعتضد بأصل آخر - ظني ، فإذا عارض أصلا قطعيا قدم الأصل القطعي عليه دون شك ، ولما كانت المصلحة المرسلة عند المالكية من الأصول القطعية لا ندرجها ضمن مقاصد الشرع وشهادة الأدلة لها في الجملة بالاعتبار ، كانت مقدمة على خبر الآحاد الذي لم يعتضد بأصل آخر، من أجل ذلك ترك الإمام مالك رحمه الله- العمل بحديث إكفاء القدر الذي طبخت من الإبل والغنم قبل القسم تعويلا على أصل رفع الحرج الذي يعبر عنه بالمصالح المرسلة، فأجاز أكل الطعام قبل القسم لمن احتاج إليه (2).

والى هذا المعنى أيضا يرجع رأيه في حديث خيار المجلس حين قال :«وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به .» وقد فسره ابن العربي بقوله : « فيه إشارة إلى أن المجلس مجهول المدة ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل إجماعا ، فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطا بالشرع، فقد رجع إلى أصل إجماعي ، وأيضاً فإن قاعدة الغرر والجهالة قطعية وهي تعارض هذا الحديث الظني »(3).

ومن ذلك أن مالكا أهمل اعتبار حديث : «من مات وعليه صيام صام عنه وليه»، وقوله : « رأيت لو كان على أبيك دين... » الحديث؛ لمنافاته للأصل القرآني الكلي في نحو قوله : (ألا تزرى وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى) ، كما اعتبرته عائشة في حديث ابن عمر (4).

تطبيق عملي لتخصيص الأخبار بالقواعد المؤسسة الكلية عند ابن العربي :

(1) رواه مالك في الموطأ : 2 / 745 ، رقم (1429) ، وأحمد في المسند : 1 / 313 ، رقم (2867) ،

المستدرک علی الصحیحین ، للحاکم : 2 / 66 ، رقم (2345)

2 الموافقات : 3 / 22 ، 23

3 (القيس : 845

4 الموافقات : 3 / 23

ابن العربي: « فاقترضت المصلحة العامة ، والأمانة الكلية في حفظ الشريعة ومراعاة الحقوق ، أن تؤخذ الزكاة من هذه الأموال إذا قصد بها النماء » (1).

تصور هذه المسألة عند القرافي :

يقول القرافي في النفائس : « قال بعض علماء العصر : إذا قلتم بالمصلحة المرسلة ، فكيف تصنعون في العمومات والأدلة ؟ فإنها متعارضة نفياً وإثباتاً ، فإنه ما من مصلحة في إقدام أو إحجام إلا ويوجد عاماً يردها (...) وإذا لاحظتم الظواهر المانعة من الإقدام والإحجام لم تبق مصلحة مرسلة إلا ولها معارض من النصوص ، وأنتم تشترطون في المصلحة السلامة عن معارض الأدلة.

جوابه: أنا نعتبر من النصوص الأصول ما هو خاص بذلك الباب في نوعه ، دون ما هو أعم منه ، فإذا كانت المصلحة في الإجازات اعتبرنا نصوص الإجازات ، أو في الجنائيات اعتبرنا نصوص الجنائيات ، أما نص يشمل ذلك الباب وغيره فلا عبرة به ؛ لأن هذه المصلحة أخص منه ، والأخص مقدم على الأعم ، لا سيما إذا كان النص يشمل جميع الشريعة ، فقد كثر تخصيص فضعف التمسك به » (2).

وقد شاع عن المذهب المالكي اعتباره للمصلحة ووضعها في مرتبة تشريعية عالية ، ومن ثم تقديمها على النصوص في بعض المواضع ، ومن بين علماء هذا المذهب القاضي ابن العربي الذي نص على ذلك في كتبه: كالأحكام ، والقياس ، والمساكن ، والعارضة ، ولهذا فإن الكلام في تقديم المصلحة على النص ليس على إطلاقه ، ولا يجوز مسلم (أي على الإطلاق) ، وما يحصل من تعارض ظاهري بينهما ، إنما هو في الحقيقة تعارض بين المصلحة وجزئيات مستثناة من النص وليس هو معارضة للنص كله ، ولا يمكن بهذا التعارض إلغاء النص كله بحال ، والأولى ذلك إلى إلغاء الأصل ، فتعود هذه المصلحة الجزئية على الأصل بالإبطال ، وهذا غير جائز ، لا سيما وأن النصوص هي أساس فهم المقاصد والمصالح الشرعية (3).

ولكن عندما يتحقق في بعض الحالات كون النص لا يحقق المقصد الشرعي المطلوب ، بل ويؤدي إلى وقوع مفسدة ظاهرة ، وجب في هذه الحالة استثناء هذه الجزئية من النص في أضيق الحدود ، وتقديم المصلحة المقصودة عليها ، مع بقاء النص قائماً فيما عدا هذه الجزئية ، وبهذا يتضح أن المصلحة لم تقدم على النص باعتبارها نظاماً عاماً يلغي النص أو القياس وتحل محله ، بل روعيت في بعض الجزئيات استثناءً من الأصل ؛ النص أو القياس ، فإن نصوص الشريعة وقواعدها كما لا تقبل النسخ ، لا تقبل بحال أن تكون عرضة للبطلان بمصالح يقوم تقديرها على أعمال العقل الإنساني (1).

والخلاصة: أن الأصل تقديم النص على المصلحة المرسلة أو القياس بمفهومه الواسع ، إلا في حالة استثنائية تتمثل في استناد هذه المصلحة إلى أصل كلي قطعي ، وتجرد خبر الواحد عن استناده إلى أية قاعدة من القواعد الكلية ، ظنية كانت أو قطعية. أما إذا كان الأصل الكلي الذي استندت عليه المصلحة المرسلة غير قطعي ، فإن المسألة محل بحث واجتهاد في ترجيح أحدهما على الآخر حسبما يقتضيه قانون التعادل والترجيح .

المطلب الخامس : موقف الشاطبي وابن العربي من هذا التعارض

قال ابن العربي : « القياس والمصلحة هل يقدمان على العموم أو لا ؟ ومذهب مالك رحمه الله - أنهما يقدمان على العموم ، وكذلك قال عامة الفقهاء » (2) .

ورأي الشاطبي وابن العربي في هذه المسألة متشابه ومتداخل ، ويكاد أن يكون رأياً واحداً ، والسبب في ذلك هو أن الشاطبي عند كلامه عن هذه المسألة الأصولية في الموافقات اعتمد في تحليلها وتوضيحها على رأي القاضي ابن العربي ، فجاء القول منهما متفقاً غير مختلف ، إلا أنه من الممكن القول أن رؤية ابن العربي رحمه الله لجواز التخصيص بالمصلحة هي من باب القياس بالأولى عنده فهو يعتبر المصلحة نوعاً من أنواع القياس ، بل هي قياس أكبر كما نص على ذلك ، فلا غرابة إذا في تجويزه للتخصيص بالمصلحة ، فجمهور العلماء على جواز التخصيص بالقياس الجزئي ، فكيف بالقياس الكلي.

(1) القيس : 465

(2) نفائس الأصول : تتج : عادل أحمد عبد الموجود ، ومحمد معوض ، مكتبة نزار مصطفى الباز ، ط 1 ،

1995م ، 4094/9

(3) ينظر المحصول ، لابن العربي : 95

(1) انظر : أصول التشريع الإسلامي ، الشيخ علي حسب الله ، دار الفكر العربي ، ط : 7 ، 1997م : 154

(2) القيس : 460 ، والمساكن : 445 / 5

فعند ذكر ابن العربي لخلاف العلماء في حكم ما اصطاده الحلال في الحل ثم دخل به في الحرم ، هل يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرف من ذبح وأكل أو لا ؟ .

فأجاز المالكية ومنهم ابن العربي التصرف فيه بكل أنواع التصرف ، خلافا لأبي حنيفة؛ وعلل ابن العربي ذلك بكون المقام في الحرم يدوم والإحرام ينقطع ، فلو حرّمنا عليه ذلك في الحرم لأدى إلى مشقة عظيمة ، فسقط التكليف عنه فيه لذلك، يقول ابن العربي : « وهذا من باب تخصيص العموم بالمصالح ، وقد مهدناه في أصول الفقه، والمصلحة من أقوى أنواع القياس » (1).

وقد وضح ذلك الشاطبي رحمه الله- في الموافقات، بناء على أن المصلحة في مثل هذه الحالات وإن لم يشهد لها أصل معين فقد شهد لها أصل كلي، والأصل الكلي إذا كان قطعياً لا يساوي الأصل المعين وقد يرى عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه (2)؛ لأن المصلحة شهدت لها نصوص متعددة أخذت من مجموعها ، فهي مصلحة لا تعدم الأصول الشرعية، ولا فرق بينها وبين القياس إلا أن القياس شهد فيه النص لعين المصلحة، والمصلحة المرسلّة شهدت النصوص الكثيرة لجنسها ، والأصول الكثيرة إذا اجتمعت على معنى واحد وأفادت فيه القطع ، فإن هذا المعنى لا يقل قوة عن المعنى الذي شهد نص خاص واحد لعينه إذا أريد إرجاع مصلحة جزئية إلى هذا المعنى (3). وفي هذا يقول الإمام الشاطبي : « إن المجتهد إذا استقرأ معنى عاماً من أدلة خاصة، واطرد له ذلك المعنى لم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعرّ ، بل يحكم عليها وإن كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرأ، من غير اعتبار بقياس أو غيره، إذا صار ما استقرأ من عموم المعنى كالمنصوص بصيغة عامة ، فكيف يحتاج مع ذلك لصيغة خاصة » (4).

وقد وضح هذا المعنى الشيخ ابن عاشور رحمه الله- حين نبه على أن دراسة أنواع المصالح التي من شأنها أن تساعد الفقيه على إدراك الأحكام إنما هي من قبيل الحكم بالقياس ؛ وبدراسة هذه الأنواع تتحصل صورة كاملة من المصالح الكلية ، فإذا حلت حوادث لم يسبق حلولها

في زمن الرسول -عليه الصلاة والسلام- ولا لها نظائر ذات أحكام متلقاة منه، عرفنا كيف تدخلها تحت تلك الصور الكلية، فنثبت لها من الأحكام أمثال ما ثبت لكلياتها ، ونطمئن بذلك إلى أننا مئتون لأحكام شرعية إسلامية. يقول الشيخ ابن عاشور : « ولا ينبغي التردد في صحة الاستناد إلى هذا القياس الكلي (المصلحة) ؛ لأننا إذا كنا نقول بحجية القياس الذي هو إلحاق جزئي حادث لا يعرف له حكم في الشرعي ، بجزئي ثبت حكمه في الشريعة للمماثلة بينهما في العلة المستنبطة ، وهي مصلحة جزئية ظنية لقلة صور العلة المنصوصة؛ فلأن نقول بحجية قياس مصلحة كلية حادثة في الأمة لا يعرف لها حكم ، على كلية ثابت اعتبارها في الشريعة باستقراء أدلة الشريعة ، الذي هو قطعي أو ظني قريب من القطعي أولى بنا وأجدر بالقياس وأدخل في الاحتجاج الشرعي » (1).

الخاتمة

أنهى هذا البحث بخاتمة مشتملة على بعض النتائج من أهمها :

1- أهمية النظر الشمولية للشريعة عند البحث أو الإفتاء : فلا يكتفى عند النظر في النازلة بحفظ حديث أو أكثر؛ بل لا بد من لم شتات الأحاديث المتعلقة بالموضوع، والنظر فيها نظرة شمولية كلية؛ بعين الفقيه المحيط المتصور لواقع الأمة ومصالحها العامة، العالم بسياقات النصوص ومواردها.

2- النظر في مراتب الاستدلال بين الأدلة المختلفة مهم جداً ، فمن ظن أن موارد النصوص واحدة، ومراتبها متساوية؛ فقد أخطأ من حيث ظن الصواب، فتأتي في النتيجة فتاويه مبتورة مقطوعة عن واقعها، وفهمها الأصيل، الذي فهمها عليه السلف الصالح من الصحابة والتابعين ومن بعدهم.

ولهذا فإنه مخطئ من يظن أن المفتي يكفيه أن يكون عنده كتاب في الصحيح وقاموس في اللغة حتى يفتي. فالفتاوى لا تخرج عن دائرة الاجتهاد والنظر الفقهي المعمق حتى في المسائل المنصوص عليها .

2- الخلف لأحاد الجزئيات لا يعود على أصل القاعدة بالإبطال ، إذا كان ذلك في الاستقرائيات، خلافاً للكليات الثابتة بالعقل ، فتخلف الجزئي فيها يرفع الكلي بالضرورة .

قائمة المصادر والمراجع

- أحكام الفصول في أحكام الأصول: للباقي: تح: عبد المجيد التركي: دار الغرب الإسلامي
- أحكام القرآن: أبو بكر بن العربي: دار الكتب العلمية
- إرشاد الفحول: محمد بن علي الشوكاني: تح: أحمد عزو عناية: دار الكتاب العربي ط الأولى 1999م
- أصول التشريع الإسلامي، الشيخ علي حسب الله، دار الفكر العربي، ط: 7، 1997م
- البرهان في أصول الفقه: عبد الملك الجويني: تح: عبد العظيم الديب: دار الوفاء/ المنصورة - مصر
- البيان الدعوي وظاهرة التضخم السياسي: فريد الأنصاري: دار السلام: (ط1: 2009م)
- التحرير والتنوير: الشيخ الطاهر بن عاشور: دار سحنون للنشر والتوزيع/تونس: سنة 1997م
- تخلف حكم آحاد الجزئيات أو حكماتها في الكليات الوضعية: عز الدين عبد الدائم: الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية: (2010م)
- الرد على المنطقيين: أحمد بن تيمية: دار المعرفة/بيروت
- العارضة: أبو بكر ابن العربي: دار الكتب العلمية/بيروت
- الفروق: أحمد بن إدريس القرافي: تح: خليل المنصوري: دار الكتب العلمية/بيروت
- الفطرية، بعثة التجديد المقبلة من الحركة الإسلامية إلى دعوة الإسلام: فريد الأنصاري: ط: الأولى: دار السلام: 2009
- القيس: أبو بكر بن العربي: تح: محمد عبد الله ولد كريم: دار الغرب الإسلامي
- القطعية من الأدلة الأربعة: لمحمد دكوري: بحث من الشاملة
- كشف الأسرار: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، (علاء الدين البخاري): تح: عبد الله محمود محمد عمر: دار الكتب العلمية/بيروت: (ط1: 1997)
- المحصول، أبو بكر ابن العربي، تح: حسين علي البديري - سعيد فودة، دار البيارق/عمان-الأردن، ط1، 1999

- المصلحة المرسله والاستحسان وتطبيقاتهما الفقهية، عبد اللطيف العلمي، منشورات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط1، 2004م
- مفهوم القطع والظن وأثره في الاختلاف الأصولي: حميد الوافي: دار السلام (ط1، 2011م)
- مقاصد الشريعة الإسلامية: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: تح: محمد الطاهر الميساوي: دار النفائس/الأردن
- المنحول: أبو حامد الغزالي: محمد حسن هيتو: دار الفكر المعاصر/بيروت، دار الفكر/دمشق
- منهاج السنة: أحمد بن تيمية: تح: محمد رشاد سالم: مؤسسة قرطبة: ط1
- الموافقات: أبو إسحاق الشاطبي: تح: مشهور بن حسن آل سلمان: دار ابن عفان: ط1: 1997م
- الميزان بين السنة والبدعة: الشيخ محمد عبد الله دراز: دار القلم للنشر والتوزيع: (ط2: 2006)
- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي: حسين حامد: مكتبة المتنبّي
- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: أحمد الريسوني: المعهد العالمي للفكر الإسلامي
- نفائس الأصول: تح: عادل أحمد عبد الموجود، ومحمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1995م

المقدمة

الحمد لله ، مبدع الكائنات ومصورها ، ومحبي الرمم ومنشرها ، رافع قدر العلم وأهله ، القائل في كتابه العزيز " **يُفَعِّحُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ تَرَجَاتٍ** " ⁽¹⁾ ، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على المبعوث رحمة للعالمين محمد بن عبد الله، معلم الناس الخير، وعلى آله وصحبه وبعد:

فإن من مقصود التشريع الإسلامي في الأحكام عموماً ، وفي باب المعاملات خصوصاً إقامة العدل والقسط، وذلك من خلال موازين شرعية دقيقة تضبط تلك الأحكام والتعاملات، بما يحقق استقرار السوق، وإنصاف العباد، ورفع المنازعات.

وقد عظمت الشريعة الإسلامية من شأن الحقوق، وأمرت بأدائها إلى أهلها، قال تعالى : ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ أَنْ تَدُلُّوا عَلَى الْأَمَانَتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حُكِمَ مِنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعِلْمِ إِنَّ اللَّهَ نَافِعٌ بِظُلْمٍ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعٌ بَصِيرًا)) ⁽²⁾ ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: ((لَتَوْثِنَ الْحَقُّ - أَي يَوْمَ الْقِيَامَةِ - حَتَّى يَقْتَصَ لِلشَّاةِ الْجُلَاءِ مِنَ الشَّاةِ الْقِرْنَاءِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)) ⁽³⁾ ، وقد جعلت لأصحابها سلطاناً حتى يأخذ كلُّ حقٍّ، فقد جاء في خطبة أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - عند استلامه منصب الخلافة، قوله: (القوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه، والضعيف فيكم قوي عندي حتى آخذ الحق له) ⁽⁴⁾ .

ويعالج هذا البحث مسائل تتعلق باستيفاء الحقوق دون قضاء، وهو موضوع على جانب من الأهمية

كونه يتعلق بمسائل تمس واقع الحياة ومشاكلها اليومية، وقضية الحصول على الحقوق دون الرجوع إلى القضاء أمر على قدر من الخطورة، ذلك أن تجاوز القضاء له سلباته المعروفة؛ من تنازع الثمن، وعدم استقرار التعاملات، وانتشار عادة الثأر وغير ذلك مما لا يخفى، وفي المقابل فإن الحصول على الحق واستيفائه أمر قد أقرته الشريعة كما أسلفنا، فما هو رأي الفقه الإسلامي في

⁽¹⁾ سورة المجادلة ، آية 11

⁽²⁾ سورة النساء ، آية 58

⁽³⁾ رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والأدب والصلة، باب تحريم الظلم، 4/ 1997، ح رقم 2582

⁽⁴⁾ السيوطي، تاريخ الخلفاء، ص 63

الظفر بالحق

دراسة فقهية مقارنة

د. عماد التميمي

كلية العلوم الشرعية

الجامعة الأسمرية الإسلامية

هذه المسائل، وهل يحق لأصحاب الحقوق استيفاءها دون الرجوع للقضاء؟ هذا ما سيعالجه البحث بعون الله تعالى.

المبحث الأول

المقصود بمصطلح الظفر بالحق، وبيان الألفاظ ذات الصلة:

أولاً: معنى "الظفر" لغة واصطلاحاً:

أما معناه لغة: فالظفر -بالفتح- معناه الفوز بالمطلوب

قال في اللسان: الظفر الفوز بما طلبت، والفلاح على من خاصمت (1)

وجاء في المعجم الوسيط: وظفر الشيء وبه: فاز به وناله. ويقال: ظفر الله فلاناً على فلان غلبه عليه (2)

أما "الظفر" اصطلاحاً: لم يتعرض الفقهاء والمختصون بالتعريفات الفقهية لمعنى الظفر اصطلاحاً، وذلك لأنه لا يخرج عن المعنى اللغوي للكلمة، والله أعلم.

ثانياً: معنى "الحق" لغة واصطلاحاً:

الحق لغة: ضد الباطل. وهو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، وجمعه: حقوق. ويطلق على اختصاص الإنسان بشيء لا مشاركة لغيره فيه (3)

ولا يختلف معنى (الحق) في الشرع عن معناه اللغوي، ويمكن معرفة المقصود منه عند إضافته لغيره، كقولك: حق الله، وحق العبد، وحق المرور، وحق المسيل، إلخ. (4)

(1) ابن منظور، لسان العرب 517/4.

(2) 576/2.

(3) انظر: القوي، المصباح المنير 78/1، والجرجاني، التعريفات 120/1.

(4) انظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده، ص 185-186.

المقصود من مصطلح (الظفر بالحق):

يقصد بهذا المركب عند أهل الفقه: فوز الإنسان بحق له عند غريمه (1)

وقد يكون هذا الحق خاصاً، كدين لشخص على آخر، وقد يكون حقاً عاماً للمجتمع، كإقامة الحدود الشرعية، ويطلق عليه الأصوليون: حق الله تعالى. وسيأتي بيان ذلك في ثانياً البحث بإذن الله تعالى.

المبحث الثاني

أنواع الحقوق التي يمكن الظفر بها، وآراء العلماء في تحصيلها

تمهيد

الأصل أن استيفاء الحقوق وتوقيع العقوبات لا يكون إلا بواسطة الدعوى، فهي الوسيلة القضائية المشروعة لطلب الحق، ففي جرائم الحدود والقصاص مثلاً لا يجوز شرعاً للمحق ممارسة أي فعل يؤدي إلى الاعتداء على شخص المدعى عليه، منعاً للفوضى واستئصالاً للمنازعات، واستمرار التعديت، ففي امتداد وجود الخصومة والمنازعة فساد كبير، والله تعالى لا يحب الفساد. (2)

والأصل في مشروعيتها قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم، ودماءهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر". (3)

وهذا الأصل متوافق مع ما تقرره العقول السليمة، والقواعد الشرعية والقانونية، فمن كان له حق على غيره فله أن يحصله بالطرق التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وذلك عن طريق القضاء بكافة مستوياته، ولا يستوفى الحق بغيرها إلا في أحوال استثنائية سيتم بحثها إن شاء الله تعالى.

(1) الموسوعة الفقهية 156/29.

(2) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 390/8.

(3) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 386/8، وينظر: السرخسي، المبسوط 28/17، والحديث رواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الدعوى والبيئات، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر 427/10.

المطلب الأول: تحصيل العقوبات

تمهيد:

أولاً: تعريف العقوبة:

العقوبة من حيث الأصل هي: الجزاء الذي ينال الإنسان على فعل الشر⁽¹⁾، والشر الذي تترتب عليه العقوبة يختلف مفهومه باختلاف أديان الناس وقوانينهم وأعرافهم المعمول بها. وبالنسبة لنا - نحن المسلمين - لا يعتبر الفعل أو القول حراماً حتى يتقرر ذلك شرعاً بالدليل الصحيح الصريح، ولا فإن القول أو الفعل سيدخل ضمن دوائر أخرى مختلفة من أقسام الحكم التكليفي، كالمكروه والمباح.

وكل محرم يرتكبه المسلم سيدخله في دائرة العقاب في الدنيا أو الآخرة، وقد يعاقب عليه في الدارين.

والذي يهمنا بحثه هنا هو: كل فعل أو قول اعتبره الشارع جريمة ورتب عليه عقاباً دينياً، وهو المعنى الاصطلاحي للعقوبة.

فالعقوبة في الاصطلاح تطلق على الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع⁽²⁾

وتنقسم العقوبة، وفق المعنى الاصطلاحي، إلى ثلاثة أقسام تبعاً لنوع الجريمة: (3)

- الحدود: وهي الجرائم المعاقب عليها بحد. والحد هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى.
- القصاص: وهي الجرائم المعاقب عليها بقصاص، وتكون بالاعتداء على النفس بالقتل، ما دون النفس بالقطع أو الجرح أو الضرب.
- التعزيرات: وهي كل جريمة لا توجب حداً أو قصاصاً، فترك الشارع أمر تقديرها للحاكم أو من ينوب عنه ولسنا في معرض التفصيل في هذه الأنواع، فالأمر يبحث في مظانه.

ثانياً: صورة المسألة:

- (1) رواس وقلعجي، معجم لغة الفقهاء ص 236
- (2) عودة، التشريع الجنائي الإسلامي 609/1
- (3) المرجع السابق 78/1-79

وقيل أن نوضح صورة المسألة ونستعرض آراء العلماء فيها لابد أن نؤكد على ما أوضحناه سابقاً من أنه لا يجوز إقامة عقوبة على متهم ما لم تثبت الجريمة عليه قضاءً ومن تجاوز فتعدى على المتهم دون حكم قضائي فهو مجرم في نظر الشريعة الإسلامية، متجاوز لحدود الله تعالى، وإن ظن أنه يقيم الشرع، أو يأخذ حقه؛ ذلك أن المتهم لا يعد مجرمًا إلا بحكم القاضي، ولا يحق لأي كان أن يقيم عقوبة على من يظن أنه مرتكب جريمة، وإن نص الشرع على عقوبة فيها؛ ذلك لأن تنصيب الشرع على كون فعل أو قول جريمة أمر، ولثباته وتنزيله على شخص أو أشخاص أمر آخر، فالأول متعلق بمشروعية الجريمة والعقوبة، فلا جريمة أو عقوبة بغير نص شرعي، والثاني متعلق بإثبات كون المتهم هو من قام بهذا الفعل الممنوع، ولا يكون إثبات ذلك إلا عن طريق قضاء، ولا يتجاوز إلا في حالات استثنائية.

وإن كان الأمر ما تقرر فصورة الاستيفاء هنا قيام المدعي أو غيره بإيقاع العقوبة (قصاص، حد، تعزير) على المتهم بدون قضاء قاض، أو بعد قضائه بها لكن دون إذن منه، فما حكم ذلك؟ هذا ما سنبينه فيما يأتي بحول الله تعالى.

ثالثاً: آراء العلماء في استيفاء العقوبات

استيفاء الحدود

ذهب عامة الفقهاء⁽¹⁾ إلى أن الحد لا يستوفيه إلا الإمام، أو نائبه (ويمثله القاضي أيضاً) ، وأنه بسن للإمام أن يحضر شخصياً أو بنائبه، وإن كان ليس شرطاً؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر برفع ماعز والغامدية ولم يحضر. وعللوا ذلك بأن استيفاء الحد من وظيفة الإمام، لكونها من حقوق الله تعالى، وأيضاً فإن الحدود خطرها عظيم، والاحتياط في إثباتها واستيفائها واجب.⁽²⁾

استيفاء القصاص

(1) انظر: المرخسي، المبسوط 104/9، المواقي، التاج والإكلیل 399/8، عنيش، منح الجليل 266/9، الشربيني، نهاية المحتاج 267/7، البجيرمي، حاشية البجيرمي 214/4، ابن قدامة، المغني، 142/10
(2) انظر: الشربيني، مغني المحتاج 461/4، وابن قدامة، المغني، 142/10. قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: (ولما لم يفوض لأولياء المزمي بها كقصاص؛ لأنهم قد يتركون ذلك خوفاً من العار) انظر: البجيرمي، حاشية البجيرمي 214/4

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن ولي الدم لا يجوز له استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان؛ لأن الأمر يفترق إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفي⁽¹⁾

فإن استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك؛ لأنه افتيات عليه.⁽²⁾

واستثنى بعض الشافعية من كان في بادية بعيدة عن السلطان فله استيفاؤه إذا قدر عليه بنفسه، وأجزأه في وقوعه قصاصاً؛ لأنه استوفى حقه⁽³⁾

ويرى الحنفية أن الأصل أن يمكن الإمام الولي من الاقتصاص، لكن إن استوفى الولي حقه دون إذن من الإمام فلا شيء عليه، وذلك لكون القصاص من حقوق العباد لا من حقوق الله تعالى.⁽⁴⁾

والراجح عندي ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن ذلك أضبط في استيفاء الحقوق، خاصة في المماء والأطراف، فهي من المسائل الخطيرة، فلا يجوز أن يخلى صاحب الحق في استيفائها دون حضور ممثلي القضاء والدولة، فإن في ذلك مدعاة للحيف في الاقتصاص، والتشفي، مما قد يؤدي إلى تعاضم الضغائن في النفوس، ومن هنا فلا بد من إشراف الدولة الكامل على استيفاء القصاص في النفس والأطراف، والله أعلم.

استيفاء التعازير

التعزير -كما سبق وأشرنا- عقوبة مفوضة لرأي القاضي على كل جناية لا حد فيها ولا قصاص ولا كفارة، سواء أكانت الجناية على حق من حقوق الله تعالى، كالأكل في نهار رمضان بغير عذر، وترك الصلاة -على رأي الجمهور-، والزنا، وطرح النجاسة في طريق الناس ونحوها، أم على حق العباد كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج، وسرقة ما دون النصاب، أو السرقة من غير حرز، وخيانة الأمانة والرشوة، أو القذف بغير الزنى من أنواع السب والضرب والإيذاء بأي وجه،

(1) انظر: الشرازي، المذهب 191/3، الشيرازي، مغني المحتاج 277/5-278، عليش، منح الجليل 71/9-72، ابن قدامة، المغني 394/9

(2) الشيرازي، المذهب 191/3، الشريبي، مغني المحتاج 277/5-278

(3) الأنصاري، أسنى المطالب 37/4

(4) انظر: البحر الرائق 21/5، العيني، البناية 324/6، ابن عابدين، حاشية رد المحتار 549/6، الفتاوى الهندية 7/6

مثل أن يقول الرجل لآخر: يا فاسق، يا خبيث، يا سارق، يا فاجر، يا كافر، يا أكل الربا، يا شارب الخمر، ونحوها. سئل علي كرم الله وجهه عن قول الرجل للرجل يا فاسق، يا خبيث، قال: هن فواحش فيهن التعزير، وليس فيهن حد⁽¹⁾

وهذه الجرائم يقدر ولي الأمر أو القاضي العقوبة المناسبة لها بما يتفق مع حجم الجناية وأثرها من جهة، وردع الجاني وأمثاله عن فعلها من جهة أخرى.

فهي كما ترى مفوضة لرأي الحاكم أو القاضي، ولا شأن للأفراد بإيقاعها.⁽²⁾

واستيفاء التعازير يكون بأمر ولي الأمر أو نائبه، ويكون بالضرب أو السجن أو التوبيخ، أو بالعقوبة التي يراها رادعة للشخص ولغيره ممن تسول له نفسه التعدي على حدود الشرع وحرمات الناس.

واستثنى العلماء ثلاثة أصناف من الناس يحق لهم التعزير شرعاً، وهم: الأب والسيد والزوج. ويسمى تأديباً، ويكون في حدود معينة،⁽³⁾ وليس هنا مجال بسط الكلام فيه.

المبحث الثاني: تحصيل النفقات الواجبة والديون والأعيان المستحقة:

المطلب الأول: تحصيل النفقات الواجبة:

من المعلوم شرعاً أن من أهم واجبات رب الأسرة الإنفاق على زوجته وأولاده بما هو معروف بين الناس، فإن امتنع الزوج عن الإنفاق -مع يساره- أو قصر فيه تقصيراً واضحاً فقد أجاز العلماء للزوجة أن تأخذ من ماله -دون إذنه- ما يسد حاجتها وحاجة أولادها، ويدل على ذلك ما روته عائشة رضي الله عنها: أن هنداً قالت للنبي صلى الله عليه وسلم إن أبا سفيان رجل شحيح فأتحاج أن أخذ من ماله؟ قال "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽⁴⁾

وفي رواية مسلم: قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني

(1) الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته 197/6

(2) انظر: الحصكفي، الدر المختار 65/4-66، السرخسي، المبسوط 36/24

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، 192/7

(4) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب 2626/6 ح رقم 6758

إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

" خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك " (1)

قال البغوي رحمه الله:- (هذا حديث يشتمل على فوائد وأنواع من الفقه:

- منها: جواز ذكر الرجل ببعض ما فيه من العيوب إذا دعت الحاجة إليه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم) لم ينكر قولها : إن أبا سفيان رجل شحيح.

- ومنها وجوب نفقة المرأة على زوجها ، ووجوب نفقة الأولاد على الآباء ، وفيه اتفاق بين أهل العلم أن الولد إذا كان صغيراً أو بالغاً زمناً وهو معسر تجب نفقته على الوالد الموسر ، فإن بلغ محلاً يمكنه تحصيل نفقته بالاكتساب ، سقطت نفقته عن الأب ، وإذا وجبت نفقة الأولاد فنفقة الوالدين أولى بالوجوب عند الزمانة والإعسار على الولد الموسر .

- ومنها أن النفقة على قدر الكفاية ، لأنه قال : " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف " (2) **المطلب الثاني: تحصيل الديون والأعيان المستحقة:**

إن هذه المسألة تمثل لب موضوعنا وأساسه، فإن أكثر ما يكون الظفر به هو الديون، ومن هنا فإن الفقهاء يستخدمون عبارة الظفر بالحق ويقصدون بها غالباً الظفر بالديون المستحقة، لذا سنطيل النفس قليلاً في هذا المطلب، علنا نحقق المقصود، والله المستعان.

تحرير محل النزاع :

أولاً: اتفق العلماء على عدم جواز تحصيل الدين بغير قضاء في الحالات الآتية: (3)

- إذا كان الذي عليه الدين مقرراً به بإذلاً له ، فحينئذ لا يجوز أن يأخذ من ماله شيئاً، فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذن له لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه؛ لأنه لا يجوز أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه؛ لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين، فإن أتلّفها أو تلفت صارت ديناً في ذمته.

(1) مسلم، صحيح مسلم ، كتاب الأقضية، باب قضية هند 1338/3 ح رقم 1714.

(2) البغوي، شرح السنة 204/8-205 ، وانظر: ابن عثيمين، شرح رياض الصالحين 143/6-144.

(3) انظر: ابن قدامة، المغني 229/12 ، والشربيني، مغني المحتاج 461/4.

- إن كان مانعاً للدين ولكن لأمر يبيح المنع؛ كالتأجيل والإعسار لم يجز كذلك أخذ شيء من ماله، وإن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً، أو عوضه إن كان تالفاً.

ثانياً: اختلف العلماء في جواز تحصيل الديون والأعيان المستحقة في الحالات الآتية:

- إذا كان المدين مقرراً بالدين وممتنعاً عن أدائه، أو كان منكراً له أصلاً، وللدائن بينة يقدر بها على استخلاص حقه عن طريق القضاء.

- إذا لم يقدر الدائن تحصيل حقه عن طريق القضاء؛ وذلك لافتقاره إلى بينة تشهد له.

الفرع الأول: آراء الفقهاء في ظفر الدائن بحقه إذا كان المدين معترفاً بالدين ممتنعاً عن أدائه، أو كان منكراً له، وللدائن بينة يقدر من خلالها التوصل إلى حقه قضاءً.

أولاً: مذهب الحنفية:

يرى أبو حنيفة رحمه الله تعالى - أن للدائن أن يظفر بالمال إذا كان من جنس حقه، ولا يجوز أن يأخذ من غير جنسه كالدرهم والدنانير؛ لأنه استيفاء، ولا يسوغ الأخذ من غير الجنس؛ لأنه معاوضة، فلا يجوز إلا برضا الغريم. ولكن خالف غير واحد من علماء الحنفية وذهبوا إلى تجويز ذلك استحساناً لا قياساً. (1)

وظاهر قول الحنفية أن له الأخذ سواء أكان المدين مقرراً أو منكراً. (2)

ثانياً: مذهب المالكية:

ذهب الإمام مالك - رحمه الله تعالى - إلى أنه ليس للمودع الأخذ من الوديعة حال كونها مملوكة لمن ظلمه؛ لحديث " أدام الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك " (3)

(1) انظر : ابن نجيم، البحر الرائق 192/7-193.

(2) انظر : المرجع السابق

(3) انظر : مالك بن أنس، المدونة: 445/4 ، والحديث رواه الترمذي، كتاب البيوع 564/3، ح رقم 1264. وأبو داود، كتاب الأيمان والنذور، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، 312/2، ح رقم 3535.

في حين لم يفرق علماء المذهب المالكي بين الوديعة وغيرها من المستحقات، فمشهور المذهب أن للدائن الظفر بحقه إن لم يكن لغيره عليه دين، فإن كان عليه دين لم يجز؛ لأنهما يتحصان في ماله إذا أفلس. (1)

ثالثاً: وأما الشافعية فقد أجازوا للدائن أن يأخذ حقه - إن ظفر به - من جنس الدين إن وجدته، ومن غيره إن فقد على أصح القولين، وعلى القول الآخر لا يجوز إلا بالرفع إلى القضاء؛ لقدرته على تخليص حقه بالمطالبة والتقاضى. وأجاب أصحاب القول الأول بأن في ذلك مؤنة ومشقة وتضييع زمان. (2)

رابعاً: وذهب الحنابلة إلى عدم جواز ظفر الدائن بمال المدين وإن كان مانعاً له بغير حق؛ لكونه يقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان؛ لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله. (3)

الفرع الثاني: آراء الفقهاء في ظفر الدائن بحقه إذا كان المدين معترفاً بالدين ممتنعاً عن أدائه، أو كان منكراً له، وليس للدائن بينة يقدر من خلالها التوصل إلى حقه قضاء.

- ذهب الحنفية (4) والمالكية (5) والشافعية (6) إلى جواز الظفر في هذه الحالة، ولم يفرقوا بين ما إذا كان للدائن بينة أم لا، فأجازوا الأخذ في صورتين.
- وأما الحنابلة، فالمشهور في المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقه. في حين قال ابن عقيل: وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجهاً في المذهب أخذاً من حديث هند حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)) (7). وقال أبو

(1) انظر: عيش، منح الجليل 43/7-44

(2) انظر: الشربيني، مغني المحتاج 462/4، والأصاري، أسنى المطالب 387/4

(3) ابن قدامة، المغني 229/12

(4) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق 192/7-193

(5) انظر: عيش، منح الجليل 43/7-44

(6) انظر: الشربيني، مغني المحتاج 462/4، والأصاري، أسنى المطالب 387/4

(7) سياي تخريجه.

الخطاب: ويخرج لنا جواز الأخذ فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره، وإن كان من غير جنسه تحرر، واجتهد في تقويمه، مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد في المرتين: يركب ويطلب بقدر ما ينفق، والمرأة تأخذ مؤنتها، ويأخذ السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا. (1)

ملخص أقوال المذاهب الأربعة وبيان رأي ابن حزم في المسألة:

أولاً: من خلال هذا الاستعراض الموجز نخلص إلى أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة يجوزون الظفر بالدين والأعيان المستحقة من غير رفع للقضاء، على تفصيل في كل مذهب مر ذكره، في حين يرى الحنابلة - في مشهور مذهبهم - عدم جواز الظفر وجوب الرفع إلى القضاء في كل حال.

ثانياً: ويرى ابن حزم - رحمه الله - وجوب الظفر بالحق لا مجرد جوازه شرعاً، فقال: (ومن غصب آخر مالا، أو خانه فيه، أو أقرضه فمات ولم يشهد له به، ولا بينة له، أو له بينة فظفر للذي حقه قبله بمال، أو اتئمنه عليه سواء كان من نوع ماله عنده، أو من غير نوعه، وكل ذلك سواء - وفرض عليه أن يأخذه ويجتهد في معرفة ثمنه، فإذا عرف أقصاه باع منه بقدر حقه، فإن كان في ذلك ضرر: فإن شاء باعه وإن شاء أخذه لنفسه حلالاً...) (2)

بل إن ابن حزم قد أوجب على كل من ظفر لظالم بمال سواء يطلبه بدين أم لا أن يأخذه وينصف المظلوم منه، فقال: (كذلك عندنا كل من ظفر لظالم بمال ففرض عليه أخذه وتصاص المظلوم منه) (3) المرجع السابق

وسياي بيان أدلته في سياق أدلة المجوزين.

الفرع الثالث: أدلة المجوزين وما يرد عليها من مناقشات:

استدل المجوزون للظفر بالحق بأدلة من الكتاب والسنة:

(1) ابن قدامة، المغني 229/12

(2) المحلى، 180/8

(3) المرجع السابق.

أولاً: من الكتاب

استدلوا بآيات عديدة من القرآن الكريم تدل في عمومها على جواز رد الاعتداء بمثله، وأخذ المظلوم لحقه من ظالمه وانتصاره منه، ونحن هنا نذكرها مع عرض أقوال المفسرين لبعضها:

- قوله تعالى: "وان عاقبتهم فاعقبوا بمثل ما عوقبتهم به" (1)
- وقوله تعالى: "ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبيغون في الأرض بغير السبيل" أي: إنما الحرج والعنت "على الذين يظلمون الناس ويبيغون في الأرض بغير الحق" أي: يبدؤون الناس بالظلم. كما جاء في الحديث الصحيح: "المستب أن ما قالاً فعلى البادئ ما لم يعتد المظلوم" (3)، قلت: والحديث صحيح رواه مسلم وغيره من أصحاب السنن. قال السيوطي في شرحه على صحيح مسلم: (المستبان ما قالاً فعلى البادئ ما لم يعتد المظلوم. معناه أن إثم السباب الواقع بين اثنين مختص بالبادئ منهما، إلا أن يتجاوز الثاني قدر الانتصار فيقول للبادئ أكثر مما قال له، ولا يجوز للمسبوب أن ينتصر إلا بمثل ما سبه ما لم يكن كذباً، أو قذفاً، أو سبا لأسلافه، فإذا انتصر استوفى ظلامته، ويرى الأول من حقه، وبقي عليه إثم الابتداء وإثم المستحق لله، وقيل: يرفع عنه جميع الإثم بالانتصار منه، ويكون معنى "على البادئ" أي عليه اللوم والذم لا الإثم) (4)

(1) سورة النحل ، الآية 126

(2) سورة الشورى ، الآية 42

(3) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم 213/7

(4) السيوطي ، الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج 552/5 . ويقول الشيخ ابن عثيمين - رحمه الله -: ((والمعنى أن المتسابقين إذا تساوا وتساوا بكلام سيئ فإن الإثم على البادئ منهما ما قالاً فعلى البادئ منهما ما لم يعتد المظلوم فإن اعتدى صار عليه الإثم وفي هذا دليل على أنه يجوز للإنسان أن يسب صاحبه بمثل ما سبه به ولا يتعدى ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم: لعن الله من لعن والديه قالوا: يا رسول الله كيف يلعن الرجل والديه؟ قال: يسب أباه ويسب أمه فيسب أمه فدل هذا على أن الإنسان إذا كان سبباً للشر فإنه يناله من شره ما قال فعلى البادئ منه ما لم يعتد المظلوم فإن اعتدى فعليه وإن أخذ بحقه بدون زيادة فليس عليه شيء والله الموفق)) شرح رياض الصالحين، 222-221/6.

قلت: وهذا يناقض قوله فيمن ظفر بحقه من مال من جده فإن الشيخ مشى على قول الحنابلة في مشهور مذهبهم ولم يجز ذلك ، والحديث الصحيح يجوز رد الشتمة بمثلها ويجعل إثمها على البادئ، أفلا يكون أخذ الحق بغير إذن صاحبه جائزاً رداً على اعتداء المدين بالظلم والجحد والمماطلة!!

- وقوله تعالى: (والذين إذا أصابهم البغي هم ينتصرون وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله) (1)
- وقوله تعالى: "والحرمان قصاص" (2)
- وقوله تعالى: "إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً وانتصروا من بعد ما ظلموا" (3)
- وقوله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" (4) ذكر القرطبي عند تفسيره هذه الآية الخلاف في مسألة الظفر ورجح - رحمه الله - الجواز، فقال: (قلت: والصحيح جواز ذلك كيف ما توصل إلى أخذ حقه ما لم يعد سارقاً ... وقوله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" قاطع في موضع الخلاف) (5)، قال ابن العربي رحمه الله: (وأما إن جحدك وديعة وقد استودعك أخرى فاختلف العلماء فيه؛ فمنهم من قال: اصبر على ظلمه، وأد إليه أمانته؛ نقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك" ومنهم من قال: اجده، كما جحدك؛ لكن هذا لم يصح سنده، ولو صح فله معنى صحيح، وهو إذا أودعك مائة وأودعته خمسين فجدد الخمسين فاجده خمسين مثلاً، فإن جددت المائة كنت قد خنت من خانك فيما لم يخنك فيه، وهو المنهي عنه، وبهذا الأخير أقول، والله أعلم.) (6)

ثانياً: من السنة

(1) سورة الشورى ، الآية 40-39

(2) سورة البقرة ، الآية 194

(3) سورة الشعراء ، الآية 227

(4) سورة البقرة ، الآية 194

(5) الجامع لأحكام القرآن 355/2-356

(6) أحكام القرآن 160-158/1

- **الدليل الأول:** ما روته عائشة رضي الله عنها أن هنداً قالت للنبي صلى الله عليه وسلم إن أبا سفيان رجل شحيح فأتاح أن أخذ من ماله ؟ قال: " خذي ما يكفيك وولئك بالمعروف" (1)

وفي رواية مسلم: قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك " (2)

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز له أن تأخذ من مال زوجها بغير علمه لتقصيره في نفقتها ونفقة أولادها، وإذا جاز لها ذلك جاز لمن له حق سواء كان ديناً أم عينا أن يأخذه إذا ظفر به. (3)

- **الدليل الثاني:** عن عتبة بن عامر قال: قلنا للنبي صلى الله عليه وسلم إنك تبعنا فننزل بقم لا يقرؤنا فما ترى فيه ؟ فقال لنا (إن نزلتم بقم فأمر لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف) (4)

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز للضيف أن يأخذ من مضيفه - إن امتنع عن ضيافته - حق الضيف، وإذا جاز هذا للضيف جاز لكل صاحب حق أن يأخذ حقه إذا ظفر به.

المناقشات الواردة على أدلة المجيزين:

يمكن مناقشة أدلة المجيزين بما يأتي:

(1) سبق تخريجه

(2) سبق تخريجه

(3) انظر: ابن قدامة، المغني 229/12، وابن حزم، المحلى 180/8

(4) رواه البخاري، كتاب المظالم، باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه 2273/5، ومسلم كتاب القطة، باب الضيافة ونحوها، 1353/3، ح رقم 1727

- أما الآيات الكريمة فهي وإن أجازت في عمومها رد الاعتداء بمثله والاقتصاص من الظالم، إلا أن ذلك مخصوص بما يمكن الاقتصاص فيه لا بما هو محظور، فمما يباح فيه القصاص مثلاً القتل وقطع الطريق وأخذ المال، ومما لا يباح فيه القصاص الفواحش والكذب ونحو ذلك.

وأيضاً خصصت عمومات هذه الآيات بحديث النبي صلى الله عليه وسلم " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك "، فقد منع النبي صلى الله عليه وسلم التعدي على الأمانة ولو كان المودع ظالماً للمودع، ومن هنا فلم يجز الشرع الاقتصاص هنا للحديث. (1)

- وأما حديث هند فقد ذكر ابن قدامة - رحمه الله - ردين على الاستدلال به:

- الأول: أن للمرأة من التبسط في مال زوجها بحكم العادة، وهذا يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبية.

- والثاني: أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه، ولا سبيل إلى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الثين، حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها، ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذها. (2)

هذا وقد رد ابن تيمية - رحمه الله - الاستدلال بحديث هند وحديث الضيف من وجه آخر، ملخصه: أن الحقوق التي يكون سبب الاستحقاق فيها ظاهراً لا يحتاج فيها إلى إثبات، مثل استحقاق المرأة النفقة على زوجها، واستحقاق الولد أن ينفق عليه والده، واستحقاق الضيف الضيافة على من نزل به، فهنا له أن يأخذ بدون إذن من عليه الحق بلا ريب، وهذا بخلاف الحقوق التي لا يكون فيها سبب الاستحقاق ظاهراً. (3)

الفرع الرابع: أدلة المانعين وما يرد عليها من مناقشات:

استدل المانعون للظفر بالحق بأدلة، أهمها:

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم " أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك " (4)

(1) ينظر: ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية 371/30-375

(2) ابن قدامة، المغني 229/12

(3) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية 371/30-375

(4) سبق تخريجه

الظلم عن نفسه هو من باب الانتصاف بالحق والعدل، وليس فيه أكل مال الغير بالباطل، وقد ذكرنا من الآيات ما يدل على جواز هذا.

الترجيح:

بعد استعراض أدلة المذهبين، يمكن أن نخلص إلى ما يأتي:

أولاً: إن الآيات التي أوردها المجيزون تدل بعمومها على جواز انتصاف المظلوم من ظالمه، واسترداد صاحب الحق لحقه، وهذا هو العدل الذي أمر الله تعالى به. فلا يجوز منع الناس من أخذ حقوقهم إلا إذا أدى ظفرهم بتلك الحقوق إلى إحدى نتيجتين مذمومتين:

الأولى: مخالفة نص شرعي صحيح صريح، لأن الأصل موافقة النصوص وعدم مخالفتها. وبالرجوع إلى ما عرضه المانعون لا نجد نصاً يمنع من ظفر صاحب الحق بحقه، إلا ما تمسكوا به من حديث "أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك"، والحديث لا يدل دلالة قاطعة على ما ادعاه المانعون، بل يمكن تفسيره بما يوافق قول المجيزين، كما ذكر ابن حزم وغيره⁽¹⁾.

الثانية: فساد أعظم من المصلحة المرجوة من الظفر بالحق، عند ذلك ينول الأمر إلى الاجتهاد والموازنة، وهذا - في الشرع - باب عظيم، يعتمد - في غالبه - على قاعدة جليلة تدعى (النظر في المآلات) ويندرج تحتها المبدأ المسمى (سد الذرائع)، وهو منع ما أجزى لما ينول إليه من فساد أكبر.

ويندرج تحته أيضاً: ما أطلق عليه في عصرنا (فقه الموازنات)، ويقوم على الموازنة بين المصالح المتعارضة بعضها مع بعض فيقدم الأرجح، وكذا المقاسد المتعارضة فيرتكب الأخف لتفادي الأعظم، والمقاسد المتعارضة مع المصالح فيقدم ما يحقق المقصود الشرعي بشكل أكبر وأرق.

ومن هنا فإن النظر في هذه المبادئ هو الذي يحدد جواز الظفر بالحق من عدمه، إذ لا نص صريح في المنع، والأدلة - بعمومها - تبيح انتصار المظلوم من ظالمه واستعادة حقه، بل وقد يكون هذا - كما قال ابن حزم - سراجاً في بعض الحالات.

(1) انظر: الجامع لأحكام القرآن 159/1-160

وجه الدلالة: منع النبي صلى الله عليه وسلم التعدي على الأمانة ولو كان المودع ظالماً للمودع.

ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانته، فيدخل في عموم الحديث.

- حديث النبي صلى الله عليه وسلم "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"⁽¹⁾
- ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه له تعين الحق بغير رضا صاحبه، فإن التعيين إليه، ألا ترى أن لا يجوز له أن يقول: اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا⁽²⁾
- ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين لا يجوز أخذه إذا كان له دين، كما لو كان باذلاً له.⁽³⁾

المناقشات الواردة على أدلة المانعين:

- أما حديث "أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك" فقد ذكر ابن حزم أن الحديث برواياته الثلاث ضعيف، وعلى فرض صحته فلا حجة فيه لأن نصها لا تخن من خانك وأد الأمانة إلى من ائتمنك، وليس انتصاف المرء من حقه خيانة بل هو حق واجب وإنكار منكر، وإنما الخيانة أن تخون بالظلم والباطل من لا حق لك عنده، ولا من افترض الله تعالى عليه أن يخرج إليك من حقه أو من مثله إن عدم حقه، وليس رد المظلمة أداء أمانة، بل هو عون على الخيانة. ثم لا حجة في هذه الأخبار إلا لمن منع من الانتصاف جملة.⁽⁴⁾

- وأما حديث "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" فغايبته أن يدل على منع أكل أموال الناس بالباطل، وهو باب كبير في الفقه، يدخل فيه الربا، والقمار، والغش، وسائر العقود المالية الممنوعة، ولا دلالة له مباشرة في موضوعنا، فإن استرداد المسلم لحقه ورد

(1) رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الغصب، باب من غصب لوجاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه جداراً، 166/6، ح رقم 11545.

(2) ابن قدامة، المغني، 229/12.

(3) المرجع السابق.

(4) المحلى 182/8، وانظر أيضاً: عليش، منح الجليل 44/7.

شروط الظفر بالحق

بعد أن ترجح لدي جواز الظفر بالحق بما أوضحته في المبحث السابق من أدلة ومناقشات، أرى من المهم أن أعرض لشروط ذكرها العلامة القرافي - رحمه الله تعالى - وغيره لجواز الظفر بالحق، علماً بأن الهدف من هذه الشروط صيانة مقاصد الشريعة، والسير مع قواعدها ومبادئها بما يحقق مصلحة المظلوم دون ظهور فساد أعظم. وملخص هذه الشروط ما يأتي: (1)

الشرط الأول: أن يكون الحق المراد الظفر به مجعاً على ثبوته، أما ما اختلف في كونه ثابتاً أم لا فلا بد فيه من الرفع للحاكم.

الشرط الثاني: أن يتعين الحق فيه بحيث لا يحتاج للاجتهاد والتحرير في تحقيق سببه، ومقدار مسببه.

الشرط الثالث: أن لا يؤدي أخذه لفئة وشحناء ومن أمثلته الحدود فإنها تفنق إلى حكم الحاكم، وإن كانت مقاديرها معلومة لأن تفويضها لجميع الناس يؤدي إلى الفتن والشحناء والقتل وفساد الأنفس والأموال، ومن ذلك: قسمة الغنائم فهي وإن كانت معلومة المقادير وأسباب الاستحقاقات فلا بد فيها من الحاكم إذ لو فوضت لجميع الناس لدخلهم الطمع، وأحب كل إنسان لنفسه من كرائم الأموال ما يطلبه غيره فيؤدي إلى الفتن، ومنها جباية الجزية، وأخذ الخراجات من أراضي العنوة، ولو جعلت للعامة لفسد الحال، ومنها - كما مر - القصاص في النفس والأعضاء إذ لو لم يرفع للأئمة لأدى بسبب تناوله تمناع وقتل وقتة أعظم من الأولى، وكذلك إقامة الحدود والتعازير.

الشرط الرابع: أن لا يؤدي إلى فساد عرض، أو عضو، فإن أدى إلى فساد عرض أو عضو، كمن ظفر بالعين المغصوبة أو المشتراة أو الموروثة، وخاف من أخذها بنفسه أن ينسب إلى السرقة فلا يأخذها إلا بعد رفعها للحاكم دفعاً لهذه المفسدة.

قلت: والشرطان الثالث والرابع يظهران أهمية مراعاة المقاصد الشرعية والموازنة بين المصالح والمفاسد، وهو ما بيناه في مبحث الترجيح. والله أعلم.

(1) انظر: الفروق، 4/166-171 بتصرف. وانظر أيضاً: الشرييني، مغني المحتاج 4/461

أهم نتائج البحث

- عظمت الشريعة الإسلامية من شأن الحقوق، وأمرت بأدائها إلى أهلها.
- رفعت الشريعة الإسلامية من مكانة القضاء، ومنحته سلطة واسعة.
- الأصل في استيفاء الحدود والقصاص والتعازير أن يكون بإذن الحاكم وتحت إشرافه، وأجاز بعض الفقهاء استيفاء القصاص بغير إذن في حالات خاصة.
- اتفق الفقهاء على جواز أخذ من يستحق النفقة الواجبة بغير إذن صاحب المال إن قصر أو بخل.
- اختلفت وجهة النظر الفقهية في استيفاء الحقوق المالية من غير قضاء، وذلك راجع لتعارض الأدلة وكيفية توجيهها والاستدلال بها.
- خلص الباحث إلى جواز استيفاء الحقوق المالية إذا توافرت شروط معينة، أهمها عدم ترتب ضرر أكبر عند استيفاء صاحب الحق لماله.

المراجع

- الأنصاري ، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق : د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1422 هـ، 2000م.
- البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط- محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، ط2، 1403هـ - 1983م
- البيهقي، السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، تحقيق: محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م
- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مطبعة الحلبي، 1369هـ، 1950م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير - اليمامة، بيروت، ط3، 1407 - 1987م
- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزار، دار الوفاء، ط 1426 هـ - 2005 م.
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1403هـ - 1983م.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، إدارة الطباعة المنيرية، ط1، 1350هـ.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- الدريني، محمد فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، ط3، 1984م.
- الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج، دار الفكر ط الأخيرة، 1984، بيروت.

- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط4.
- السرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج، تحقيق: أبو إسحاق الحويني، ط1، 1996م. دار ابن عفان.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، تاريخ الخلفاء، ط1 مطبعة السعادة، مصر، 1952م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية.
- الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار الفكر، 1991م.
- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب، دار الكتب العلمية.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1421هـ.
- ابن عثيمين، محمد بن صالح، شرح رياض الصالحين، ط1، 1427هـ، مدار الوطن للنشر، الرياض.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله أبو بكر، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلاق عليه: محمد عبد القادر عطاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م.
- عليش، محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل، دار الفكر، 1409هـ.
- عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الكاتب العربي، بيروت.
- العيني، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الغانية، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ - 2000 م
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، المكتبة العصرية.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، دار الفكر، ط1، 1405هـ.
- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد عبد الحلیم البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ - 1964م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1998م.

مدى مشروعية التنصت الهاتفي وتسجيل الأصوات في القانون الجنائي دراسة مقارنة

أ. محمد عبد الله دبنون شفتنر

- ١- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، ط 2، 1420هـ - 1999م.
- مالك بن أنس، المدونة، ط 1، دار الكتب العلمية، 1994م.
- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن منظور، محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 1.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والإكليل، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة.
- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية.

- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، ط 2، 1420هـ - 1999م.
- مالك بن أنس، المدونة، ط 1، دار الكتب العلمية، 1994م.
- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ابن منظور، محمد بن مكرم الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 1.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، التاج والإكليل، دار الفكر، بيروت 1398هـ.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة - وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية.

مدى مشروعية التنصت الهاتفي وتسجيل الأصوات في القانون الجنائي دراسة مقارنة

أ. محمد عبد الله دبنون شفتنر

مقدمة

إن أهمية الدليل القولي المتمثل في الاعتراف وشهادة الشهود، جعل المحققين عبر مر العصور يلجئون إلى شتى الوسائل للحصول عليه، ولو كان ذلك عن طريق التعذيب كما كان سائداً في العصور الوسطى، حيث كان المتهم يكره على الإدلاء بالاعتراف، وكان الشاهد يجبر غصبا على أداء الشهادة .

إلا أن هذه الوسائل التي تجبر الأشخاص على الإدلاء بأقوالهم قد أضحت اليوم وسائل غير مقبولة في الإثبات الجنائي، وأن الدليل الذي ينتج عنها يهدر ولا يعول عليه، كما أن العديد من القوانين الجنائية باتت تجرم اللجوء إلى مثل هذه الوسائل التي تحمل في مجملها نوع من الإكراه المادي أو المعنوي .

وأمام أهمية الدليل القولي فقد تقنن العقل البشر في استحداث وسائل من شأنها أن تساعد المحققين على الوصول إلى هذا الدليل المتمثل في الاعتراف والشهادة، دون الحاجة إلى استخدام أساليب التعذيب أو الإكراه المتعارف عليها قديماً . وقد تعددت الوسائل العلمية الحديثة التي بات يلجأ إليها في مجال البحث عن الأدلة القولية، وهذه الوسائل رغم تعددها فإن بعضها لا يشكل مساساً بالكيان النفسي للإنسان، ولكنها في ذات الوقت تثير إشكالية في الفقه والقضاء الجنائيين؛ لكونها تمثل مساساً بحرمة حياتهم الخاصة. كما أنها تثير إشكالية تتعلق بالناحية الفنية لهذه الوسائل؛ أي مدى أمانتها في نقل الحقيقة.

وإذا كان الفقه والقضاء الجنائيين قد أجمعا على أن لكل شخص حياته الخاصة التي من حقه أن تحترم، ومفاد ذلك أن من حق الفرد أن يعترض على كل تدخل من شأنه أن يمثل اعتداءً على هذه الحياة، وأن يمنع أي انتهاك لتلك الخصوصية، غير أن رغبة الفرد في الخصوصية تتأزعا رغبة أخرى لا تقل عنها أهمية، وهي رغبة المجتمع في كشف الجرائم وتتبع مرتكبيها، وهذه الأخيرة قد يكون من شأنها أن تشكل مساساً بحرمة الحياة الخاصة للأفراد .

وما من شك أن استعمال وسائل المراقبة الالكترونية الحديثة تشكل أهم ميادين الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، وعلى حرية الحديث بوجه خاص، سواء تم ذلك من خلال التنصت على المكالمات الهاتفية أو تسجيل الأحاديث الخاصة.

ومن هنا وجب التعرف على مدى مشروعية اللجوء إلى هذه الوسائل من الناحية القانونية في استخلاص الأدلة القولية، وما تم النص عليه في القوانين المقارنة، وبيان المقبول منها والمفيد في الوصول إلى الحقيقة دون تجاوز للقواعد القانونية، لضمان حرمة الحياة الخاصة للأفراد وحقوقهم الأساسية، وعلى ذلك سوف نحاول في هذا البحث دراسة هذه الوسائل وذلك وفق مبحثين، المبحث الأول نخصه لمراقبة المكالمات الهاتفية. فيما نخصص الـ المبحث الثاني لدراسة التسجيلات الصوتية وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول

مدى مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية .

مراقبة المكالمات الهاتفية تعني من ناحية التنصت على المحادثات، وتعني من ناحية أخرى تسجيلها بأجهزة التسجيل، ويكفي مباشرة إحدى هاتين العمليتين (التنصت أو التسجيل) لقيام المراقبة، فقد تتم بمجرد التنصت، وقد تتم عن طريق تسجيل المكالمات، بأجهزة التسجيل⁽¹⁾ .

ويتميز تسجيل المحادثات الهاتفية بخاصية ينفرد بها، ذلك أن التسجيل لا يقتصر على أحاديث المتهم بارتكاب الجريمة وحدها، ولكنها تسجيل أيضا أحاديث الطرف الآخر الذي يبادل له الحديث ، والذي قد لا يكون ذا صلة بالجريمة ، وهنا تتعارض مصلحتان؛ مصلحة التحقيق في كشف اتصالات المتهم ، ومصلحة الغير في أن يحافظ له على سرية محادثاته ، فكلاهما أولي بالرعاية⁽²⁾، كما أن المتهم يكون عرضة هو الآخر لغزو مجال حياته الخاصة وانتهاك حرمتها طيلة فترة المراقبة، من خلال مراقبة كل مكالماته الهاتفية ما تعلق بالجريمة وما عداها .

ولهذه الأسباب فقد أثارَت مراقبة المكالمات الهاتفية جدلاً واسعاً بين فقهاء القانون الجنائي بين مؤيد و معارض لاستخدامها بقصد الحصول على الدليل، كما أن القوانين

⁽¹⁾ الكاظم السيد عطية، الحماية الجنائية لحق المتهم في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 47
⁽²⁾ صالح يحيى رزق ناجي، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2008، ص 42 .

الجنائية المقارنة قد اختلفت هي الأخرى في المسألة، وهو ما سنتعرض لدراسته المطالب التالية :

المطلب الأول : موقف بعض التشريعات من إجراء المراقبة

أولاً : في القانون الفرنسي :-

وللحديث عن موقف القانون الفرنسي في مدى مشروعية مراقبة المحادثات الهاتفية ، يستلزم الأمر التطرق أولاً للفترة السابقة علي صدور القانون رقم 91_646 الصادر بتاريخ 10 يوليو 1991 م، المتعلق بسرعة المراسلات، ثم يلي ذلك التعرف علي المرحلة التالية لصدور هذا القانون .

أ- وضع المسألة في المرحلة السابقة علي صدور قانون 10 يوليو 1991.

نظرا لخلو التشريع الفرنسي في تلك الفترة من أحكام تنظم مراقبة المكالمات الهاتفية؛ فقد ثار خلاف فقهي وقضائي حول مدى مشروعية أو عدم مشروعية اللجوء إلي الإجراء المذكور، فمنهم من عارض هذه الوسيلة بحجة عدم مشروعيتها لمجاافتها الأمانة التي يجب أن تتصف بها السلطة القضائية، وآخرون أيدوا المراقبة باعتبارها ليست إلا نوعاً من الرسائل، ومراقبتها ليست أقل مشروعية من ضبط المراسلات، وليس هناك ما يمنع من سريان نفس الحكم عليها⁽¹⁾ .

ويرى الاتجاه المعارض، والذي كانت تؤازره محكمة النقص الفرنسية⁽²⁾ بأن التنصت ومراقبة المحادثات الهاتفية هو من قبيل الحيل والغش والخداع، الذي يحظر على أي قاضي تحقيق اللجوء إليه، لما فيه من انتهاك واعتداء علي حق الإنسان في سرية مراسلاته، وأن علي القضاء الابتعاد عن الوسائل التي تحمل في طياتها نوعاً من

(1) حسن علي حسن السمني ، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1983، ص 445

(2) وقد قضت محكمة النقص الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 12 يونيو 1952 بعدم جواز اللجوء إلى مراقبة المكالمات الهاتفية ، وبطلان الدليل المستمد منها ، ولا يحول دون ذلك - في نظرها - أن تكون المراقبة التليفونية قد تمت بناءً علي إذن من قاضي التحقيق لأحد مأموري الضبط القضائي ، مشار إليه لدى ، موسى مسعود رحومة ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، 1991 ص 298.

الحيل لمواجهة المتهم، كما أن هذه الوسائل تعتبر مخالفة للقانون ولا يجب الاعتداد بالدليل المستمد منها⁽³⁾ .

وفي المقابل يرى جانب آخر من الفقه، والذي أيدته فيما بعد القضاء الفرنسي⁽¹⁾ بأن مراقبة المحادثات الهاتفية جائزة من قبل قاضي التحقيق استناداً إلي نص المادتين 81، 151، من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، حيث سمحت المادة (81) لقاضي التحقيق أن يقوم طبقاً للقانون بأي عمل من أعمال التحقيق يراه ضرورياً لإظهار الحقيقة، وله في ذلك أن ينتدب أحد مأموري الضبط القضائي لتنفيذ هذا العمل إذا تعذر ذلك (م 2/81) ، ويمقتضى ذلك فإنه لقاضي التحقيق أن يأمر بأجراء مراقبه المكالمات طالما كان ذلك مفيداً في إظهار الحقيقة ، كما أن نص المادة (151) من قانون الإجراءات الجنائية تبرر اللجوء إلي مراقبة المحادثات الهاتفية باعتبارها أجازت لقاضي التحقيق أن يطلب عن طريق النذب أياً من قضاة المحكمة التابع لها، أو أياً من قضاة محكمة أول درجة أو أياً من مأموري الضبط القضائي المختص مكانياً، أو أياً من قضاة التحقيق ليقوم بمباشرة أي عمل من أعمال التحقيق التي يراها ضرورية في الأماكن التابعة للجهة القضائية التي يعمل فيها كل منهم⁽²⁾ ، ولا يخرج من هذه الأعمال مراقبة المكالمات الهاتفية .

وقد استقر الرأي أخيراً علي مشروعية هذه الوسيلة وبضمانات معينة، متى صدر بها أمر من القاضي، وبشرط ألا يرتكب القائم بالمراقبة تحريضاً أو إكراهاً للمتحدثين، لأن تلك المراقبة تماثل ضبط الرسائل، وأن هذا الأخير إجراء مشروع متى تم وفقاً للقانون⁽³⁾ .

(3) جرية محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص 186.

(1) وقد قضت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 5 مارس 1957، بأن (الاعتراقات التي حصل عليها ضابط الشرطة نتيجة لمراقبة المحادثات التليفونية تكون صحيحة ومقبولة في الإثبات ، بشرط أن يكون الضابط قد تصرف في حدود الإنابة القضائية الصادرة له من قاضي التحقيق، وأن يقر المتهم بصحة هذا التسجيل) مشار إليه لدى ، سامي صادق الملا ، اعتراف المتهم، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية - القاهرة، مصر 1975، ص 120. وانظر في ذات المعنى، أحكام، محكمة جنح السين الصادر بتاريخ 1957/2/13، وحكم محكمة إستئنافوازية، الصادر بتاريخ 1960/1/7، وحكم محكمة جنح السين الصادر بتاريخ 1960/10/30، مشار إليه لدى موسى مسعود رحومة ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص 300-301.

(2) محمد أبو العلا عقيدة ، مراقبة المحادثات التليفونية ، الطبعة الثانية دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر 2008 ، ص 46-49.

(3) حسن علي حسن السمني ، مرجع سابق ، ص 445-446.

ب - مراقبة المكالمات الهاتفية بعد صدور قانون 10 يوليو 1991.

ظل موضوع مراقبة المكالمات الهاتفية بين أخذ ورد في الفقه والقضاء الجنائيين في فرنسا، نظراً لخلو القانون الفرنسي من نصوص صريحة تنظم هذه المسألة، حيث أدى هذا الفراغ التشريعي إلى تعالي صيحات جمهور الفقهاء المؤيدين للإجراء المذكور باعتبار هذا الرأي يشكل الأغلبية بين الفقهاء، إلى أن تدخل المشرع وحسم هذه المسألة بإصداره القانون المتعلق بسرية الاتصالات التليفونية رقم 91 - 646 بتاريخ 10 يوليو 1991 م، لتؤكد المادة الأولى منه على أن سرية المراسلات التي تبث بواسطة الاتصالات التليفونية مضمونة قانوناً، ولا يمكن المساس بها إلا في الحالات الضرورية التي تقتضيها المصلحة العامة وفقاً للحدود القانونية⁽¹⁾.

وقد وضع القانون المذكور الضمانات المقررة في حالة المراقبة، حين حدد الجهة المختصة بإصدار الأمر بالمراقبة، وقصر ذلك على قاضي التحقيق عندما تقتضي ضرورات التحقيق ذلك، مع مراعاة أن يكون قرار مراقبة المحادثات مكتوباً ومسبباً (م/100)، ويقصد بالتسبب أن يبين في القرار الضرورة التي دعت إلى إصداره، بأن يكون مشتملاً على جميع العناصر التي تحدد هوية المعترض، ونوع الجريمة التي استدعت المراقبة، والمدة اللازمة لهذه المراقبة .

وقد حددت المادة (6/100) مصير التسجيلات التي يتم إجراؤها، حيث يتم إعدامها تحت إشراف وكيل النائب العام أو المحامي العام بعد انقضاء المدة اللازمة لتقادم الدعوى الجنائية، ويجب إعداد محضر بذلك، وهذا يعني أن إعدامها يتم بعد انتهاء المنفعة المبتغاة منها .

و ضماناً لحق الدفاع فقد حظرت المادة (7 / 100) اعتراض أي خط هاتفي يخص مكتب محامي أو منزله بدون إخطار نقيب المحامين عن طريق قاضي التحقيق.

واستثناءً من القواعد العامة فقد قرر القانون المذكور أحكاماً خاصة بالمراقبة، الأمنية، وقد حدد القانون الحالات التي رخص فيها بهذه المراقبة، وتشمل حماية الأمن

القومي، وحماية المصالح الاقتصادية والنهضة العلمية لفرنسا، وأخيراً مقاومة الإرهاب والجريمة المنظمة (م/3).

وقد أحاط المشرع أجراء المراقبة في مثل هذه الحالات بعدد من الضمانات تلتخص في أن يكون هذا الإجراء مكتوباً مسبباً يصدر من رئيس الوزراء بعد اقتراح مكتوب ومسبب هو الآخر من طرف وزير الدفاع مفوض من قبل أي منهم حسب الأحوال⁽¹⁾.

ونخلص مما تقدم أنه بصور القانون رقم (91 - 646) في 10 يوليو 1991، أضحت مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية أمراً مؤكداً في فرنسا، ولم يعد الفقه والقضاء بحاجة إلى البحث في نصوص قانون الإجراءات أو في أي قانون آخر على سند المشروعية المراقبة .

ثانياً - في القانون المصري :

جاء الدستور المصري (1971) ليؤكد على حق الفرد في حياته الخاصة، وقد قرر ذلك في مادته (45)، حيث جاء فيها بأن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، والمراسلات البريدية والبرقية، والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة، ولا تجوز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ولمدة محددة، وفقاً لأحكام القانون .

وعلى ذات النهج جاء الدستور المصري الصادر في (2012) ليؤكد مجدداً على حرمة الحياة الخاصة في مادته (38) والتي جاء فيها بأن " لحياة المواطنين الخاصة حرمة وسريتها مكفولة، ولا يجوز مصادرة المراسلات البريدية والبرقية والالكترونية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال، ولا مراقبتها، ولا الاطلاع عليها إلا لمدة محددة، وفي الأحوال التي يبينها القانون، وبأمر قضائي مسبب"

(1) محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص 136 - 137 .

- حرية محمودي ، مرجع سابق ، ص 190-191 .

- كاظم السيد عطية ، مرجع سابق ، ص 511-512 .

- موسى مسعود رحومة ، مرجع سابق ، ص 308-309 .

وتمثلياً مع أحكام الدستور، صدر قانون ينظم المحادثات الهاتفية وهو القانون رقم (37) لسنة 72 و الخاص بالحريات العامة، وبناء عليه تم تعديل المادة (95)⁽²⁾ من قانون الإجراءات الجنائية، فأكد على حرمة وسرية الاتصالات الهاتفية، كما وفر الحماية الجنائية في حالات الاعتداء عليها، ويؤن الضمانات بصورة واضحة في الحالة التي تجوز فيها مراقبة المحادثات التلقونية .

كذلك رخصت المادة (206) إجراءات مصري، المعدلة بالقانون رقم 37/1972، بمباشرة الإجراء المذكور بعد الحصول على إذن مسبب بذلك من قبل القاضي الجزئي⁽¹⁾ .

والترخيص بمراقبة المكالمات الهاتفية وتسجيلها في القانون المصري ليس مطلقاً، ولما تحكمه ضوابط وقيد معينة نلخصها في النقاط التالية .

أ- ضرورة الحصول على إذن من القضاء لمراقبة المحادثات .

نظراً لخطورة المراقبة السرية للمحادثات، ومساسها الجسيم بالحق في السرية، فقد حرص المشرع المصري على ضرورة أن يتم الإجراء المذكور بعد الحصول على إذن قضائي بذلك، وقد نصت المادة (45) من الدستور المصري، والمادتان (95) و (206) من قانون الإجراءات الجنائية على هذه الضمانة .

وينعقد الاختصاص بإصدار إذن المراقبة لقاضي التحقيق إذا كان هو الذي يباشر التحقيق (م 95 - ج 9) ، أما إذا تولت النيابة العامة التحقيق، استلزم الأمر حينها الإذن من القاضي الجزئي لإجراء المراقبة (م 206 أ - ج)، ولذا ما حصلت النيابة العامة على إذن المراقبة، فإنه يعود إليها كامل سلطتها في مباشرة الرقابة على النحو الذي تراه، ولها في ذلك أن تندب لإجراء المراقبة أحد مأموري الضبط القضائي

(2) وتنص المادة (195 أ ج) على أنه لقاضي التحقيق ... أن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جنابة أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر .

(2) راجع ، احمد المهدي ، القواعد الخاصة بمراقبة المحادثات وتسجيلها والأحكام الخاصة بضبط الأشياء المتعلقة بالحرية، الطبعة الأولى ، دار العدالة ، القاهرة ، مصر ، 2006 ، ص 4 .

عملاً بنص المادة (200 أ ج)⁽²⁾ ، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " استصدار النيابة العامة الأمر بإجراء تسجيل المحادثات من القاضي الجزئي بعد أن كانت اتصلت بمحضر التحريات، وقصرت كفايتها لتسوية ذلك الإجراء هو عمل من أعمال التحقيق ، سواء قامت بتنفيذ الأمر بعد ذلك بنفسها أو عن طريق ندب من تراه من مأموري الضبط القضائي لتنفيذه عملاً بنص المادة (200) من قانون الإجراءات الجنائية⁽³⁾ .

ب - ضرورة تسبيب الأذن الصادر بالمراقبة .

ويفترض من هذا الشوط بداهة أن يكون المتهم طرفاً في الحديث الذي تجري مراقبته، والقول بغير ذلك يعني إهدار حرمة الحياة الخاصة لشخص لم يتهم بجريمة، وهو ما يناقض المادة (45) من الدستور⁽¹⁾ .

وأسباب الأمر هي الوقائع الداعية لإصداره، ويجب أن تكون هذه الوقائع كافية وجدية، فإن فقدت أحد الشرطين كان الأمر باطلاً لخلوه من الأسباب أو لقصور أسبابه⁽²⁾ .

ج - عدم جواز مراقبة المحادثات إلا بصدد جريمة وقعت بالفعل .

مراقبة المحادثات الهاتفية يشكل خطورة لمساسها بحرمة الحياة الخاصة، لذلك فقد استلزم القانون عدم مباشرة هذا الإجراء الاستثنائي إلا بصدد جريمة معينة، وألا يؤمر

(1) موسى مسعود رحومة ، مرجع سابق ، ص 286 .

(2) جلسة 1989/6/10م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س 4 ، ص 630 .

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2011، ص 618 .

(2) عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 326 .

به إلا بعد وقوعها⁽³⁾ فمراقبة المحادثات إجراء من إجراءات التحقيق وليس الاستدلال، وبالتالي فهي لم تشرع كوسيلة تستخدم للتحري عن الجرائم⁽⁴⁾

د - تحديد مدة المراقبة :

ويعد تحديد مدة المراقبة من الضمانات اللازمة لمشروعية المحادثات التليفونية، ولذلك يجب أن يتضمن إذن القاضي الجزئي أو قاضي التحقيق تحديد مدة المراقبة على نحو يلتزم بها مأمور الضبط القضائي الذي يباشر تنفيذ الأمر بالمراقبة.

وقد نصت المادة (38) من الدستور المصري (2012) على وجوب أن يتضمن إذن المراقبة مدة معينة، لتأتي المادة (95) والمادة (206) من قانون الإجراءات الجنائية لتحديد المدة بثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد آخر مماثلة، ولعلى الهدف من تحديد هذه المدة هو منع التعسف⁽¹⁾.

ثالثاً - في القانون الليبي :

جاء الدستور الليبي الصادر في 7 أكتوبر 1951م مؤكداً على الحق في الخصوصية لحياة المواطنين من رسائل وبرقيات واتصالات هاتفية وغيرها من وسائل الاتصال؛ وذلك طبقاً لنص المادة (20) من الدستور، والتي تنص على أن "سرية الرسائل والبرقيات والاتصالات الهاتفية وجميع المراسلات أيضاً كان شكلها، وأياً كانت الوسائل مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو تأخيرها إلا في الحالات التي ينص عليها القانون

ويعد إلغاء الدستور بموجب الإعلان الدستوري سنة 1969م، خلا هذا الأخير من أي ضمانات تكفل حق الفرد في سرية اتصالاته الهاتفية، إلا أن جاء الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ 3/ أغسطس/ 2011م، ليؤكد مجدداً على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين، بما فيها حرمة وسرية المحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال

(3) لم يحدد المشرع المصري أنواع الجرائم التي تبرر مراقبة المحادثات الهاتفية، بل اتخذ نوع العقوبة معياراً لجماعة الجريمة، فاشتراط أن تكون المراقبة متعلقة بجناية أو جنحة معاقب عليها لمدة تزيد على ثلاثة أشهر (المادة 95، 206 إجراءات جنائية)

(4) محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق، ص 189، 190.

(1) حرية محمودي، مرجع سابق، سابق، ص 210.

، حيث جاء في المادة (12) من الإعلان الدستوري على أن "حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، ولا يجوز للدولة التجسس عليها إلا بإذن قضائي وفقاً لأحكام القانون" وجاءت المادة (13) لتؤكد على أن "للمراسلات والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمتها وسريتها، وهما مكفولتان، ولا تجوز مصادرتهما أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي ولمدة محدودة، ووفقاً لأحكام القانون".

وبالذهاب إلى أحكام القانون نجد أن المشروع الليبي قد نظم مراقبة المكالمات الهاتفية في قانون الإجراءات الجنائية ووفق نص المادة (79) منه، والتي يجري نصها بأن "لقاضي التحقيق أن يضبط لدى مكاتب البريد كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود، ... كما يجوز له مراقبة المحادثات الهاتفية متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة".

ويلاحظ في هذا النص أن المشرع الليبي لم يشترط ما اشترطه المشرع المصري بأن تتم المراقبة بصدد جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر، ولما كان النص الليبي قد ورد مطلقاً دون تحديد للجرائم التي يجوز فيها إجراء المراقبة الهاتفية، فإنه يفهم من ذلك بأن المراقبة جائزة في جميع الجرائم التي يختص بالتحقيق فيها قاضي التحقيق دون تميز، سواء كانت من قبيل الجنيات أو الجنح، ولو كان معاقب عليها بالحبس لمدة نقل عن ثلاث سنوات.

كما لم يشترط المشرع الليبي تسبب الأمر الصادر بإجراء المراقبة، بل يكفي أن يقدر قاضي التحقيق بأن مصلحة التحقيق تقتضي القيام بهذه المراقبة، وهو ما يحتم بالضرورة - حسب ما يرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ - أن يكون الأمر بالمراقبة مسبباً كي تتمكن محكمة الموضوع من بسط رقابتها على أعمال التحقيق للوقوف على ما إذا كان ثمة مسوغ للجوء إلى الإجراء المذكور أم لا.

ويجوز لقاضي التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي للقيام بإجراء المراقبة، طبقاً لما هو مقدر في نص المادة (54) من قانون الإجراءات الجنائية.

(1) موسى مسعود رحومة، مرجع سابق، ص 402.

ووفقاً لنص المادة (180) من قانون الإجراءات الجنائية، فإنه يجوز للنيابة العامة أن تقوم بنفسها بالإجراء المذكور، ولكن ذلك مشروط بضرورة استصدار إذن بذلك من قبل القاضي الجزئي، وإذا ما حصلت النيابة العامة على إذن المراقبة، حق لها أن تباشر هذا الإجراء بنفسها أو تكلف أحد مأموري الضبط القضائي لتنفيذ الإجراء سالف الذكر، وفقاً لما هو مقرر في المادة (174) إجراءات ليبي⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع الليبي وإن أجاز لقاضي التحقيق أو النيابة العامة - بحسب الأحوال - مراقبة المكالمات الهاتفية، إلا أنه لم يحدد المدة المسموح بها لفترة المراقبة، وهذا - في تقديرنا - يعد قصوراً ينبغي للمشروع تداركه، حيث يعد تحديد مدة المراقبة من الضمانات اللازمة لمشروعية المحادثات الهاتفية، وهو ما أكدته المادة (13) من الإعلان الدستوري سائلة الذكر .

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن المشرع الليبي، وضماناً لحق الدفاع للمتهم، فإنه قد نظم ضبط المراسلات المتبادلة بين المتهم ومحاميه، والتي يدخل من ضمنها مراقبة المحادثات الهاتفية ، (م. 80.أ.ج .).

المطلب الثاني : أثر الأقوال المستمدة من إجراء المراقبة في الإثبات :

رغم القول بأن مراقبة المكالمات الهاتفية إجراء مشروع قانوناً في التشريعات سائلة الذكر، وغيرها من التشريعات الأخرى التي أجازت الإجراء المذكور بشروط وضمانات معينة⁽¹⁾ ألا أن الفقه قد اختلف في مدى إمكانية الاستناد على الأقوال المستمدة من إجراء المراقبة في الإثبات ، وهل يجوز الاعتماد على هذه الأقوال في إدانة المتهمين باعتبارها اعترافات صادرة منهم ؟ وهل ترقى هذه الأقوال إلى مرتبة الشهادة وناء الأحكام استناداً عليها ؟

(2) وتقضي المادة (174) بأنه (لكل من أعضاء النيابة العامة في حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أي مأمور من مأموري الضبط القضائي ببعض الأعمال التي من خصائصه .)

(1) من التشريعات الأخرى التي أجازت إجراء مراقبة المكالمات الهاتفية، القانون الإيطالي في المواد (6 ، 7 ، 8 ، 9) من قانون الإجراءات الجنائية ، والقانون الانجليزي بموجب القرار الصادر عن وزير الداخلية سنة 1951 والذي حدد فيه الضوابط والشروط اللازمة للحصول على إذن المراقبة ، القانون الأمريكي بموجب المادة (605) من قانون الاتصالات الفيدرالي الصادر سنة 1934 م ، راجع في ذلك ، حسن علي حسن السمني ، مرجع سابق ص 432 وما بعدها .

أنقسم الفقه في ذلك إلى قسمين، فيرى أصحاب الرأي الأول أنه ليس هناك ما يمنع استثمار التطورات العلمية في خدمة العدالة الجنائية وتحقيقها، وتأسيسها على ذلك فإن الدليل الذي ينتج عن مراقبة المحادثات الهاتفية هو دليل مشروع طالما أنه يهدف إلى تحقيق العدالة، هذا بالإضافة إلى أن الإجراء المذكور يعتبر أقل خطورة على الحقوق، وأقل انتهاكاً للحريات من القبض والتفتيش، ويضيف أصحاب هذا الرأي أنه إذا كان القاضي حر في تكوين عقيدته، فإن الدليل في حالته يعد بمثابة الشهادة، وللقاضي أن يأخذ بها أو يرفضها، فمثل هذه الوسائل تعد من قبيل الحيل المشروعة شأنها في ذلك شأن التكر الذي يستعان به في ضبط الجناة، كما أن المشرع لم ينص صراحة على بطلان الدليل المستمد من إجراء المراقبة، فلا محل للقول ببطلانه⁽²⁾.

ويرى أصحاب الرأي الثاني، وهو الرأي الغالب في الفقه - والراجح في نظري - إلى أن إجراء المراقبة يجب ألا يتعدى الغرض الذي شرع لأجله هذا الإجراء، وهو الكشف عن ملبسات الجريمة ومطابقة اللثام عن الغموض الذي قد يكتنفها - أو عن جناتها - ولا يصح اللجوء إلى الإجراء المذكور كوسيلة للحصول على اعتراف من المتهم أو الأمر بمراقبة هاتف شاهد لم يشأ أن يدلي بالحقيقة عند سؤاله أمام الجهات القضائية⁽¹⁾.

فالاعتراف الذي قد يصدر من الشخص في مكالمة هاتفية هو بحسب هذا الرأي - اعتراف باطل لصدوره عن غير إرادته حرة - فالمتهم ما كان ليعترف أثناء حديثه الهاتفي إلا وهو مطمئن البال إلى عدم وجود من يسترق السمع، فإذا تدخلت السلطات واسترقت السمع، فإنها تكون قد أدخلت نوعاً من الغش الذي يعدم إرادته ويعيبها، ليصير الاعتراف حينها فاقداً لأحد شروط صحته، ألا وهو صدوره بناء على إرادة حرة⁽²⁾.

هذا بالإضافة إلى أنه يؤخذ على استراق السمع عن طريق المحادثات الهاتفية، إنه لا يوجد ما يؤكد صدور الحديث ممن نسب إليه، فالأصوات كثيراً ما تتشابه، وليس من الصعب أن يستعمل

(2) أحمد محمد خليفة، مشروعية تسجيل الصوت في التحقيق الجنائي ، القاهرة ، مصر ، ص 1958 ، وأنظر ، أحمد اللاقي، محاضرات في التحقيق الجنائي ، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، القاهرة ، مصر ص 25 ، مشار إليه لدى حسن علي حسن السمني ، مرجع سابق، ص 742-743.

(1) عوض محمد عوض ، مرجع سابق ، ص 406.

(2) سامي صادق الملا ، مرجع سابق - ص 122.

الغير تليفون المتهم في غيبته، ويزعم أنه المتهم، ومن ثم فإنه يجب الابتعاد عن قبول هذا الدليل خصوصاً إذا ما جادل المتهم في صحة التسجيل المنسوب إليه⁽³⁾.

المبحث الثاني

مدى مشروعية الدليل المتحصل من التسجيل الصوتي

استخدام أجهزة التسجيل الصوتي، شأنها شأن التنصت على المحادثات الهاتفية، تعتبر من الإجراءات التي تبشر خفية قبل الإقرار، حيث كثرت بفضل التطور التكنولوجي أجهزة التسجيل الصوتية المتطورة، وأصبحت سهلة الحمل والإخفاء والاستعمال، حتى باتت صغيرة الحجم جداً يصعب كشفها أو رؤيتها، كما أنها بلغت درجة عالية من الكفاءة والدقة في تسجيل الأحاديث، مما أدى إلى استعمالها في المجال الجنائي فضلاً عن استخداماتها الأخرى⁽¹⁾.

والدليل الناجم عن المراقبة هو " الحديث الخاص " بما قد يحمل في طياته إشارات تفيد في كشف الجريمة ونسبتها إلى من ارتكبها ويوصف هذا الدليل بأنه من الأدلة القولية وليست المادية، ويحتفظ الدليل الناتج عن المراقبة بطابعه القولي حتى لو أدخل في صورة دليل مادي كشرط التسجيل، أو تم تدوينه في محضر، لأن شرط التسجيل أو المحضر ليس هو الدليل نفسه، بل هو وسيلة مساعدة في الحصول على الدليل، ويبقى الدليل ذاته غير مادي، إذ لا تتأثر طبيعته بوسيلة الحصول عليه⁽²⁾.

ونظراً لخطورة هذا الإجراء والذي يشكل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأفراد؛ فقد ثار جدل بين فقهاء القانون الجنائي حول مدى مشروعية تسجيل إقرارات ومخادشات المتهمين بغير علم؟ وهل يجوز الاستناد إلى هذه الأقوال المسجلة لإدانة المتهمين؟

(3) أحمد عثمان الحمراوي، موسوعة التعليقات في مواد الإجراءات الجنائية، سنة 1953، ص 684، مشار إليه لدى سامي صادق الملا، نفس المرجع ص 120.
(1) كوثر أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، الطبعة الأولى، مكتب التصير للنشر والإعلان، أربيل، العراق، 2007، ص 223.
(2) ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 635.

وأمام هذه التساؤلات وبالرجوع إلى المواقف الفقهية في هذا الخصوص، نجد أنها كذلك قد تباينت بين مؤيد معارض لهذا الأجراء، ولكل فريق منهم حججه ومبرراته تتازعهم مصلحتان، مصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة ومعاقبة المجرمين بأي وسيلة، ومصلحة الفرد في حماية حياته الخاصة، وفي إطار ذلك فقد وضعت القوانين الإجرامية المختلفة والدساتير الوطنية، نصوصاً تتضمن ضوابط لشرعية الإجراءات الماسة بالحرية، ومن ثم فإن مخالفة هذه النصوص في تحصيل الدليل الجنائي يصم هذا الدليل بعدم المشروعية، ومن هنا فإنه لا يجوز للقاضي الجنائي أن يقبل في إثبات إدانة المتهم تسجيلات صوتية لم تتبع بشأنها الضوابط المقررة قانوناً⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم فإنه ستم دراسة الإجراء المذكور وفق مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول : موقف بعض التشريعات من التسجيل الصوتي :

أولاً : في القانون الفرنسي :

أدى خلو التشريع الفرنسي من أحكام صريحة تجيز أو تحظر استخدام أجهزة التسجيل كوسيلة للحصول على الدليل، وذلك في المرحلة التي تسبق صدور قانون 17/ يوليو 1970م بشأن حماية الحياة الخاصة، أدى ذلك إلى وجود تباين فقهي وقضائي حول مشروعية أجهزة التسجيل بين مؤيد ومعارض لاستخدام هذه الأجهزة .

فيرى المؤيدون للإجراء محل البحث بأن القاعدة العامة هي حرية الإثبات، وأن للقاضي الجنائي تكوين عقيدته من أي دليل يطمئن إليه، وأياً كانت الوسيلة التي استخدمت للحصول على الدليل، وبالتالي ليس من العدل استبعاد الدليل المستمد من التسجيل طالماً أن هذا الإجراء غير محظور بنص القانون، وأن الإقرارات والمحادثات محل التسجيل قد صدرت بحرية واختيار من المتحدث، ودون أي تأثير عليه .

في حين ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى عدم مشروعية الإجراء المذكور، لأنه ينتهك ألصق الحقوق بشخص الإنسان، وهو حق في أن لا يتسلل أحد إلى حياته

(1) محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، 2011 ص 128.

الخاصة، وأن التسجيل الصوتي وسيلة تتطوي على الخديعة والغش، مما يتعين معه حظر التعويل على الأقوال المستمدة منه⁽²⁾.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، وقبل العمل بقانون 17 يوليو 1970 الذي جرم التنصت على الأحاديث التي تدور في أماكن خاصة، كان الاتجاه القضائي يميل نحو عدم مشروعية الإجراء المذكور، على الرغم من أنه لم يكن يستبعد بشكل مطلق إجراء التسجيل الصوتي في مجال الإثبات الجنائي⁽³⁾، ولهذا لم يكن القضاء الفرنسي يعترض على إجراء التسجيلات التي تقوم بها النيابة العامة بطريقة مشروعة بناء على إذن من قاضي التحقيق، على أنه كان يترك أمر قبول الدليل المستمد منها لتقدير محكمة الموضوع دون وضع مبدأ عام في هذا الشأن⁽⁴⁾، فكان القضاء الفرنسي في البداية يتجه إلى قبول التنصت وتسجيل الأحاديث في مرحلة التحقيق باعتبارها مجرد قرائن لا يصح بناء الإدانة عليها وحدها، ما لم تعزز بأدلة أو قرائن أخرى تدعّمها، بعد أن يكون قد تم عرضها على الخصوم لمناقشتها، وذلك ضمناً لحق الدفاع⁽⁵⁾، وفي ذات الإطار قضت إحدى المحاكم العسكرية الفرنسية بأن تسجيل إقرارات المتهم على جهاز تسجيل لم يدخل بعد ضمن وسائل الإثبات المعتبرة، ولكن له في نظر القضاء نفس القيمة لتحريات الشرطة، فهذا التسجيل من القرائن التي تضاف إلى عناصر الإثبات الأخرى، وعليها تستطيع المحكمة أن تبني اقتناعها الشخصي ولا يوجد انتهاك لحقوق الدفاع⁽⁶⁾.

أما في الحالة التي يتم فيها تسجيل المحادثات الخاصة بمعرفة السلطات العامة دون مراعاة حقوق الدفاع والضوابط القانونية الأخرى، وعلى الأخص ضرورة الحصول

(2) أنظر في تفضيل هذه الآراء، موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي ...، مرجع سابق، ص 421 - 422.

(3) أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 343.

(4) كاظم السيد عطية، مرجع سابق، ص 537.

(5) أحمد عوض بلال، نفس المرجع، ص 344.

- حرية محمودي، مرجع سابق، ص 219.

- موسى مسعود رحومة، نفس المرجع، ص 422.

- ثابت دنيا زاد، مشروعية إجراءات التحقيق الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكران، ص 140-141.

(3) موسى مسعود رحومة، نفس المرجع، ص 422.

- حرية محمودي، نفس المرجع، ص 219.

- سامي صادق الملا، مرجع سابق ص 130-131.

على إذن قضائي لهذا الإجراء، فإن بعض أحكام القضاء الفرنسي ذهبت إلى بطلان هذا التسجيل متى تم عن طريق التحايل والغش بقصد إيقاع المتهم وتضليله، بغية الحصول على إقرار منه⁽⁴⁾، وتعد هذه الضمانة تطبيقاً لمبدأ النزاهة في البحث عن الأدلة الذي يجب أن يسود جميع الإجراءات، وتمثل حقوق الدفاع الشرط الأساسي اللازم لتوافر صفة النزاهة في البحث عن الأدلة، ويتربط على ذلك أن قبول القاضي لهذه الأدلة أو رفضها يتوقف على مدى احترامها أو إخلالها بحق الدفاع⁽⁵⁾.

أما بعد صدور قانون 17 يوليو 1970 م الخاص بحماية الحياة الخاصة، فقد أصبح تسجيل الأحاديث خلسة أمر غير مشروع، حيث نصت المادة (9) من هذا القانون على أن "من حق كل شخص أن تكون حياته الخاصة مصونة، وللقاضي أن يأمر بما يراه ضرورياً لمنع الاعتداء على الحياة الخاصة، مثل المصادر والضبط وكل ما من شأنه أن يمنع الاعتداء على ألفة الحياة الخاصة"⁽⁶⁾، وهذا بالإضافة إلى أن المشرع الفرنسي قد جرم مراقبة أو تسجيل الأحاديث الخاصة التي تصدر عن شخص دون رضاه (م368-369) من قانون العقوبات، سواء تم ذلك من قبل الأفراد أم من قبل السلطة العامة. ولم يستثنى منه إلا الحالة التي يتم فيها ذلك برضا صاحب الشأن.

غير أن ذلك لم يمنع اتجاهها من الفقه الفرنسي من محاولة إيجاد أساس قانوني لمشروعية التنصت على المحادثة التي تقع من السلطات العامة، وذلك استناداً على المادتين الجنائيتين 80، 81 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، حيث تسمح المادتان المذكورتان لقاضي التحقيق باتخاذ كافة الإجراءات التي يراها مفيدة من إظهار الحقيقة⁽²⁾.

والأحاديث التي يحميها القانون الفرنسي هي التي قصد بها صاحبها إبلاغها إلى

شخص معين وعدم الجهر بها للآخرين، ومن أجل ذلك فقد اقتضت الحماية القانونية

(4) كاظم السيد عطية، مرجع سابق، ص 538. وأنظر ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق - ص 646.

(5) محمد أبو العلا عقيدة، مرجع سابق - ص 117.

(6) كاظم السيد عطية، مرجع سابق - ص 539.

(2) كاظم السيد عطية، مرجع سابق، ص 266، 267.

- موسى مسعود رحومة، مرجع سابق - ص 425.

- حرية محمودي - مرجع سابق - ص 220.

- كوثر أحمد خالد، مرجع سابق - ص 255.

على الأحاديث الخاصة، دون غيرها، أما ما يتعلق بالأحاديث التي تدور في مكان عام فإن هذه الحماية لا تشملها، على اعتبار أن من يتحدث في مكان عام متنازلاً عن خصوصيته، وأنه قد سمح للغير بالوقوف على أسراره⁽³⁾.

وقد اتجه المشرع الفرنسي إلى اعتناق معيار موضعي للمكان الخاص، فالعبرة بالمكان في حد ذاته وليس بحالة الأشخاص⁽⁴⁾. والمكان الخاص هو ذلك الذي لا يسمح بدخوله إلى العامة إلا بإذن ممن يملك هذا المكان أو ممن له الحق استعماله أو الانتفاع به⁽¹⁾.

إلا أن جانباً من الفقه الفرنسي قد رفض الأخذ بالمعيار الموضعي للمكان الخاص و رأى ضرورة تحديد هذا المكان بطريقة واقعية، فالعبرة بحالة الخصوصية التي يكون عليها الشخص، واستند أصحاب هذا الرأي إلى أن الأخذ بالمعيار الموضوعي قد يؤدي إلى عدم تحريم انتهاك المحادثات الخاصة التي تدور في مكان عام⁽²⁾.

ثانياً- في القانون المصري :-

لم يكن هناك نص قانوني يعالج مسألة مراقبة المحادثات الشفهية الخاصة في القانون المصري قبل صدور القانون رقم (37) لسنة 1972 الخاص بالحريات العامة، وبذلك فإن الوضع يختلف في المرحلة السابقة من صدور هذا القانون عن المرحلة اللاحقة عليه.

أ - المرحلة السابقة على صدور القانون رقم (37) لسنة 1972 .

أدى الفراغ التشريعي في تلك الفترة إلى تبين آراء الفقهاء حول الإجراءات محل البحث، وفي هذا الإطار جاءت هذه الآراء على النحو التالي:-

- **الرأي الأول /** ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن كل إجراء يتم في سبيل الكشف عن الجرائم ومركبيها يعتبر صحيحاً منتجاً لأثره⁽³⁾، وأن تسجيل الصوت خلسة ليس بأجراء باطل، طالما أن هذه الإقرارات والمحادثات قد صدرت منه بحرية واختيار ودون أي تأثير، بشرط أن لا يكون التسجيل قد تم بطريقة تخالف القانون، كأن يكون التسجيل قد حدث بعد دخول المكان دون وجه حق، ويبررون هذا الرأي بتطبيق قاعدة الاقتناع الشخص للقاضي الجنائي، فله رفضه أو الأخذ به⁽⁴⁾.

- **الرأي الثاني /** انتهى أنصار هذا الرأي إلى عدم مشروعية التسجيل خفية، على اعتبار أن هذا الأجراء يجافي قواعد الخلق القويم، وتآباه مبادئ الحرية التي كفلتها كافة الدساتير، وهو في حقيقته تلصصاً وانتهاكاً لألصق الحقوق بشخص الإنسان، وهو في أن لا يتسلل أحد إلى حياته الخاصة⁽¹⁾.

- **الرأي الثالث /** حاول أنصار هذا الرأي التوفيق بين الرأي القائل بعدم مشروعية، والرأي الذي يقر بمشروعية هذا الأجراء، فذهبوا إلى أن التسجيل يكون مشروعاً مادام لم ينتهك حق المتهم في الخصوصية، فإذا ما تجاوز التسجيل ذلك كان إجراءً غير مشروع⁽²⁾.

وأخذ أنصار هذا الرأي من مكان الحديث معياراً لتحديث صفة الخصوصية، وأن الحماية القانونية لا تشمل في هذه الحالة إلا الأحاديث التي جرت في مكان خاص، مبررين ذلك على أن الاعتداءات التي تقع على المحادثات التي تتم في الأماكن الخاصة تمثل اعتداء على ذلك المكان الذي تدور فيه المحادثات⁽³⁾.

ويرى أصحاب هذا الرأي أنه لا محل لقيناس التسجيل الصوتي على مراقبة المحادثات الهاتفية؛ ذلك أن الإجراء الأخير يعد انتهاكاً لسرية المراسلات فحسب، وليس فيه الاعتداء على الحق في الخصوصية؛ لأن المتحدث عبر الهاتف يتوقع دوماً من

(3) ياسر الأمير فاروق ، مرجع سابق ، ص 650.

(4) سامي صادق الملا ، مرجع سابق ، ص 123.

(1) أنظر ، عدلي خليل، إقرار المتهم فقهاء وقضاء دار الكتب القانونية، القاهرة، 1996، ص 76.

(2) كاظم السيد عطية ، مرجع سابق - ص 531.

(3) صالح يحيى رزق ، مرجع سابق - ص 58 .

(3) موسى مسعود رحومة ، نفس المرجع ، ص 225 ، حرية محمودي - نفس المرجع ، ص 220.

(4) حسن علي حسن السمني ، مرجع سابق ، ص 420.

(1) صالح يحيى رزق ناجي ، مرجع سابق - ص 61.

(2) حسن علي السمني ، مرجع سابق ، ص 421 ، 422.

يسترق السمع عليه، وعليه إن يكون حذراً أثناء حديثه، فالحديث الهاتفي ليس حديثاً خاصاً، بخلاف من يتحدث شفاهة مع غيره في خلوة⁽⁴⁾.

الرأي الرابع / ويفرق أصحاب هذا الرأي بين حالتين .

الحالة الأولى :- أن يقدم التسجيل كدليل إدانة ، وهنا يجب التفرقة بين فرضين، ففي الفرض الأول إذا لم يكن التسجيل قد انطوى على اعتداء على حرمة الحياة الخاصة، وهنا يكون الدليل المستمد منه مشروعاً، يحق للمحكمة الأخذ به وبناء حكمها استناداً عليه، وهذا الفرض يتحقق في الحالات الآتية:-

- إذا تم التسجيل برضاء المتهم .

- إذا ما تم الحديث في مكان عام.

- إذا تم التسجيل أثناء مباشرة إجراءات التحقيق .

وفي الفرض الثاني إذا انطوى التسجيل على انتهاك لحق المتهم في الخصوصية، وهو ما يتحقق في الحالات الآتية :-

- إذا جرى الحديث في مكان خاص .

- إذا كان الحديث الذي تم تسجيله قد جرى في مكان عام، إلا أن سلوك المتحدث يشير إلى أنه يريد الاحتفاظ بسرية حديثه.

الحالة الثانية : وهي الحالة التي يكون فيها التسجيل مقدماً على أنه دليل براءة، وهنا يقبل الدليل المتحصل من التسجيل من دون قيد أو شرط، حتى لو تم الحصول عليه بطريق غير مشروع⁽¹⁾.

أما عن موقف القضاء المصري في تلك الفترة، فإنه كان يتجه إلى عدم مشروعية الدليل المستمد من استعمال جهاز التسجيل خفية، على اعتبار أن هذا الإجراء يناقض قواعد الأخلاق وتآبياه مبادئ الحرية التي كفلتها الدساتير، ويبدو اتجاه القضاء المصري جلياً في القضية المعروفة باسم (حمصي) والتي أثارت لأول مرة مشكلة مشروعية

(4) موسى مسعود رحومة، مرجع سابق - ص 456.

(1) حرية محمودي، مرجع سابق - ص 228.

التسجيل الصوتي سنة (1953)، والتي تتخلص وقائعها في أنه بعد التحريات تبين إن هناك أموالاً تهرب من مصر إلى الخارج، وأن المتهمين مدير بنك حمصي وآخر معه يشتركان في التهريب، فأرسل المحققون مرشداً إلى المتهم الأول وقابله - بعد أن كسب ثقته - دار بينهما حديث يتناول شروط القيام بعملية التهريب، وتمكن المرشد أن يسجل ما دار بينهما من حديث، وعندما قدم هذا التسجيل إلى المحكمة انتهت إلى عدم مشروعيته ولم تأخذ به، على الرغم من دفاع النيابة العامة عن هذه الوسيلة، حيث اعتبرته إجراء مشروعاً، مبررة ذلك بأنه ليس محرماً على العدالة أن تستفيد من التطور العالي لخدمة العدالة، وأن ما ينطوي عليه التسجيل من انتهاك للحرمة ليس أكثر مما في القبض والتفتيش، وهي إجراءات لا يجادل أحد في مشروعيتها، ولكن رغم ذلك لم تقتنع المحكمة بهذه المبررات وخلصت إلى عدم مشروعية الإجراء المذكور⁽²⁾.

ب- المرحلة اللاحقة على صدور القانون رقم 37 لسنة 1972 .

حسم صدور القانون رقم 37 لسنة 1972 الجدل الفقهي والقضائي بشأن مدى مشروعية تسجيل الأحاديث الخاصة بالوسائل العلمية الحديثة وقبول الأدلة المتحصلة منها، فقد نصت المادة (4) من هذا القانون على أن يستبدل بنص المادة (95) من قانون الإجراءات الجنائية النص التالي "لقاضى التحقيق أن يأمر بمراقبة الأحاديث التي جرت في مكان خاص متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية معاقب عليها بالسجن لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر، وفي جميع الأحوال يجب أن تكون المراقبة أو التسجيل بناءً على أمر مسبب ولمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة ."

كما نصت نفس المادة من القانون المذكور على أن يستبدل بنص المادة (206)

من قانون الإجراءات الجنائية بالنص الآتي ".... يجوز لها - أي للنيابة العامة - أن تراقب المحادثات السلكية واللاسلكية وأن تقوم بتسجيل المحادثات التي جرت في مكان خاص، متى كان لذلك فائدة في ظهور الحقيقة في جناية أو جريمة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، ويشترط لاتخاذ أي إجراء من الإجراءات السابقة الحصول على أمر مسبب بذلك من القاضي الجزئي بعد إطلاعه على الأوراق ."

(2) ثابت د نيا زاد ، مرجع سابق - 139.

وعلى هذا الأساس فقد صار تسجيل الأحاديث الشخصية أمر مشروع في القانون المصري عندما تقوم به سلطة التحقيق وفقاً للشروط والضوابط المقررة لمراقبة المحادثات الهاتفية، والتي سبق بيانها بصدد دراسة مشروعية مراقبة المكالمات الهاتفية في القانون المصري، لذا نحيل القارئ الكريم إليها تفادياً للتكرار .

وقد تواترت أحكام القضاء المصري بعد صدور القانون رقم (37) لسنة 1972، على التعبير بصراحة ووضوح بقبول الدليل المتحصل عليه بمعرفة جهات التحقيق من تسجيل المحادثات الخاصة، متى تم وفق الشروط والأوضاع المقررة بالمادتين (95)، (206) من قانون الإجراءات الجنائية⁽¹⁾.

ثالثاً- في القانون الليبي.

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الليبي قد أضفى حماية دستورية لحرمة الحياة الخاصة، والحق في الخصوصية، وذلك بمعرض الحديث عن موقف المشرع الليبي بشأن مراقبة المكالمات الهاتفية، حيث جاءت هذه الحماية بموجب نص المادتين (12) (13) من الإعلان الدستوري الصادر في 3 / أغسطس / 2011م.

وإذا كان المشرع الليبي قد نظم مراقبة المكالمات الهاتفية وفق نص المادة (78) من قانون الإجراءات الجنائية، إلا أنه يلاحظ أن هذا الأخير لم يتعرض لمسألة التسجيل الصوتي، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن التسجيل الصوتي يعد إجراء غير مسموح اللجوء إليه في القانون الليبي، وإذا تم هذا الإجراء من قبل سلطات التحقيق أو الاستدلال فإنه يقع تحت طائلة البطالان طالما أن المشرع لم ينص عليه صراحة، فبالرغم من أن المشرع تبني حرية الدليل، إلا أنه يحد من هذه الحرية ضمان مشروعية البحث عن الدليل، وعدم المساس بالحقوق والحريات الأساسية والتي كفلتها الدساتير وقوانين الإجراءات الجنائية⁽²⁾ ولا يخرج عن هذه الحقوق، حق الإنسان في حرمة حياته الخاصة،

(1) انظر على سبيل المثال ، الطعن رقم 27375 لسنة 73 قضائية ، جلسة 7 يوليو 2003 ، الطعن رقم 21392 لسنة 63 قضائية، جلسة 24 أكتوبر 2001 ، الطعن رقم 17520 ، لسنة 63 ق ، جلسة 1 مارس 2000 ، الطعن رقم 9687 ، لسنة 64 مشار إليه لدى كاظم السيد عطية ، مرجع سابق - ص 536 .
(2) بير بورا، مشروعية التعقيب عن الأدلة في المواد الجنائية ، بحث منشورات في مجلة المحامي ، طرابلس، ليبيا، العددان 21، 22 لسنة السادسة 1988 ، ص 28.

وضمنان عدم الاعتداء عليها، والتي كفلتها نص (12) من الإعلان الدستوري السابق الإشارة إليه .

ونؤيد هنا ما ذهب إليه جانب من الفقه⁽²⁾ من عدم جواز الاحتجاج ضد الفرد بدليل تم تحصيله بالمخالفة لحقوقه وحرياته وبالمخالفة للقانون، فتلك هي الوسيلة العملية الوحيدة لضمان احترام تلك الحقوق والحريات .

وفي هذا الإطار فإننا نهيب بالمشرع الليبي بأن يحذوا حذو المشرعين الفرنسي والمصري في تنظيم إجراء التسجيلات الصوتية، بأن يسمح بالأجراء المذكور وفق شروط وضمانات معينة، وفي الحدود التي تسمح فيها المراقبة الهاتفية، نظراً لأن طبيعة الإجراءين متقاربة، إن لم تكن واحدة .

المطلب الثاني : أثر الأقوال المستمدة من التسجيل الصوتي في الإثبات :-

بداية فإنه نستبعد حجية ما ينتج عن التسجيل الصوتي من أقوال في القانون الليبي، على اعتبار أنه قد انتهينا أعلاه إلى عدم مشروعية الإجراء المذكور في القانون الليبي، وبالتالي صار هذا الإجراء غير مقبول أمام القضاء، ونقتصر على دراسة حجية هذه الأقوال على ما جاء في القانونين الفرنسي والمصري، ورأي الفقه في ذلك .

وفي هذا الصدد نقول بأنه كثير ما يقر المتهم على نفسه بارتكاب جريمة في حديث خاص مراقب طبقاً للأوضاع القانونية المقررة، وفي هذه الحالة تتورص صعوبة حول طبيعة هذا الإقرار وما إذا كان يعتبر اعترافاً يصلح دليلاً لإدانة المتهم من عدمه؟.

وللإجابة على هذا السؤال فقد اتجه الفقه إلى اتجاهين، حيث يرى أصحاب الاتجاه الأول بأنه ليس محرماً على العدالة أن تستعين بثمرات التطور العلمي، وقد خدم العلم العدالة، وعاون مكافحي الجريمة في سبل كثيرة، وتسجيل الصوت هو أحد ثمرات التطور العلمي الذي يعين على كشف الجرائم وفضح المجرمين وثبات إدانتهم، فهو مجرد وسيلة من وسائل العلم الحديث لنقل دليل من أدلته [الاعتراف]، إلى سلطات التحقيق أو المحكمة⁽¹⁾، وبذلك فإن إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الجريمة في حديث

(2) انظر أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 142.

(1) مصطفى يوسف ، مشروعية الدليل في المسائل الجنائية ، الطبعة الأولى ، بدون دار نشر ، 2010 ، ص 79.

خاص بعد اعترافاً يصح أن تبني عليه الإدانة، وسندهم في ذلك أن تحقق الشروط اللازمة لصحة مراقبة الأحاديث الخاصة تجعلها إحدى التصرفات القانونية التي يعول عليها، وبالتالي تقبل الأدلة المترتبة عليها ومن بينها الاعتراف⁽²⁾.

وخلص هذا الرأي إلى أن إقرار المتهم على نفسه من حديث خاص مراقب ومسجل طبقاً للإجراءات القانونية يعد اعترافاً ولكنه اعتراف غير قضائي، لأنه لم يتم في مجلس القضاء، وأنه يخضع كغيره من الأدلة لسلطة القاضي التقديرية، فله أن يأخذ به أو يهمله تبعاً لاطمئنانه أو عدم اطمئنانه، وإذا ما تعارض هذا الاعتراف مع غيره من الأدلة، كان للقاضي أن يوازن بينهم بما يطمئن إليه ضميره، سواء كان هذا الدليل هو الاعتراف أو غيره، كما له أن يقضي ببراءة المتهم رغم اعترافه، إذا تحقق لديه أنه كاذب.

وبذلك فإنه - وبحسب هذا الرأي - فإن للقاضي في الاعتراف الناتج عن التسجيل الصوتي ماله في الاعتراف العادي أو التقليدي، فله تجزئته بحيث يأخذ بشق منه دون الآخر، وإذا عدل المتهم عن اعترافه أو أنكره للقاضي أن يهدر هذا الاعتراف أو يأخذ به رغم عدوله عنه، وإذا خلت الدعوى من دليل سوى إقرار المتهم في حديث خاص، فإن للقاضي بناء حكمه استناداً على هذا الإقرار وحده⁽¹⁾.

أما أصحاب الرأي الثاني، وهو الرأي السائد في الفقه والقضاء - والراجع في نظري - فإنهم يرون بأنه على الرغم من القول بمشروعية تسجيل الأحاديث الشخصية متى تم ذلك بناءً على إذن قضاء مسبب، ولمدة محددة، وفقاً للضوابط المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، فإن كل ذلك لا يجعلها من قبيل الاعترافات، وليس لهذه الأقوال قيمة دامغة أو كاملة في الإثبات، بل هي مجرد قرائن أو دلائل لا يمكن أن يتأسس عليها وحدها اقتناع القاضي، وأن جاز تعزيز الأدلة بها⁽²⁾.

ويستبعد هذا الرأي التسجيل الذي يقوم به الأفراد فيها بينهم، كدليل لإعتراف المتهم، فهي تعتبر من قبيل الاستدلال، كما يستبعد التسجيل الذي يتم بمعرفة سلطة

التحقيق قبل وقوع الجريمة، لأنه قبل وقوع الجريمة لا تبدأ الخصومة الجنائية، ولا يعتبر اعترافاً ما يصدر عن الشخص بشأن ما يعتزم ارتكابه من أفعال في المستقبل.

أما بالنسبة لتسجيل الاعتراف الصادر بعد وقوع الجريمة، وبناءً على طلب سلطة التحقيق، فهو اعتراف فاقد لأحد شروط صحته، وهو الإرادة الحرة، إذ يجب أن يصدر الاعتراف بناءً على اختيار المتهم وعن علم بجميع الظروف التي تحيط به، وإلا كان الاعتراف قد صدر عن إرادة معينة قد صدر إدارة معينة.

والسؤال المطروح هو هل كان المتهم يقدم على الاعتراف الذي أبداه في أقواله لو علم أن تسجيلاً أعدله ليسرق كل ما يقوله ؟ .

فإذا كانت الإجابة بالفي، فإن التسجيل يكون غشاً وتديساً؛ لأنه أنشأ لدى المتحدث عقيدة مخالفة للحقيقة، وأوهمه بالأمان والاطمئنان؛ مما أفسد إرادته ويعيب اعترافه، ما يجعل هذه الأقوال المسجلة لا تخرج عن كونها قرينة يجوز للقاضي أن يعزز بها إقناعه عند إضافتها لباقي عناصر الإثبات⁽³⁾.

هذا بالإضافة إلى أنه من الخطورة بمكان بناء الأحكام استناداً على الاعتراف المسجل بأجهزة التسجيل دون أن يكون مدعوماً بأدلة أو قرائن أخرى تؤكد صحته، حيث أنه صار من السهل - بفضل التطور العلمي - التلاعب بهذه لتسجيلات وتغيير محتواها على نحو يخالف مضمونها ويغير من حقيقتها، بحيث قد يصعب على القاضي أو حتى الخبير أن يكشف هذا التلاعب.

(2) قدرى الشهادي، الموسوعة الشريعة القانونية، ص 71، مشار إليه لدى، ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق، ص 683.

(1) ياسر الأمير فاروق، مرجع سابق - ص 689.

(2) كاظم السيد عطية، مرجع سابق - ص 537.

(3) سامي صادق الملا، مرجع سابق - ص 130.

الخاتمة

ونأتي - وقد فرغنا من بحث موضوع (مشروعية) - إلى أهم النتائج والتوصيات التي أمكن استخلاصها في هذا الشأن، وتتلخص إجمالاً في الآتي :-

أولاً :- النتائج :

1 - لكل شخص حياته الخاصة التي من حقه أن تحترم، ومفاد ذلك أن من حق الفرد أن يعترض على كل تدخل من شأنه أن يمثل اعتداءً على هذه الحياة، و أن يمنع أي انتهاك لتلك الخصوصية.

2 - أن رغبة الفرد في الخصوصية تتازعها رغبة أخرى لا تقل عنها أهمية، وهي رغبة المجتمع في كشف الجرائم وتتبع مرتكبيها، ومن أجل ذلك أجاز المشرع الليبي لسلطات التحقيق مراقبة المكالمات الهاتفية لغرض الكشف عن ملابس الجريمة ولماطة اللثام عن الغموض الذي قد يكتنفها أو عن جناتها .

3 - أحاط المشرع الليبي إجراء مراقبة المكالمات الهاتفية بجملة من الشروط لضمان عدم تعسف سلطات التحقيق في استخدامه، وبذلك فإن إجراء تسجيل المكالمات الهاتفية ومراقبتها يعد إجراء مشروعاً في القانون الليبي وفي غيره من القوانين المقارنة إذا حظي هذا الإجراء برقابة قضائية لمنع التجاوزات ضد الحرية الشخصية للأفراد ومنصوص قانونية تنظمه .

4 - لم يتعرض المشرع الليبي لمسألة التسجيل الصوتي، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن هذا الإجراء غير مسموح اللجوء إليه في القانون الليبي، وإذا تم هذا الإجراء من قبل سلطات التحقيق فإنه يقع تحت طائلة البطلان طالما أن المشرع لم ينص عليه صراحة .

5 - على الرغم من القول بمشروعية تسجيل الأحاديث الشخصية في بعض القوانين الجنائية متى تم ذلك بناءً على إذن قضاء مسبب، ولمدة محددة، وفقاً للضوابط المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، فإن كل ذلك لا يجعلها من قبيل الاعترافات، وليس لهذه الأقوال قيمة دامغة أو كاملة في الإثبات، بل هي مجرد قرائن أو دلائل لا يمكن أن يتأسس عليها وحدها اقتناع القاضي، وإن جاز تعزيز الأدلة بها .

ثانياً / التوصيات .

1 - ضرورة تحديد مدة مراقبة المكالمات الهاتفية بمدة معينة منعا للتعسف، ويرى الباحث أنه يمكن أن تكون مدة المراقبة ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة .

2 - إجراء المراقبة يجب ألا يتعدى الغرض الذي شرع لأجله هذا الإجراء؛ وهو الكشف عن ملابس الجريمة ولماطة اللثام عن الغموض الذي قد يكتنفها _ أو عن جناتها _ ولا يصح اللجوء إلى الإجراء المذكور كوسيلة للحصول على اعتراف من المتهم أو الأمر بمراقبة هاتف شاهد لم يشأ أن يدلي بالحقيقة عند سؤاله أمام الجهات القضائية .

3 - وضع نصوص لتنظيم إجراء التسجيل الصوتي في قانون الإجراءات الجنائية الليبي، على غرار القوانين الإثرائية في البلدان الأخرى، كالقانونين الفرنسي والمصري .

4 - استبعاد الاعتراف المسجل بأجهزة التسجيل من بين أدلة الادانة ضد المتهم دون أن يكون مدعوماً بأدلة أو قرائن أخرى تؤكد صحته، حيث أنه صار من السهل - بفضل التطور العلمي - التلاعب بهذه لتسجيلات وتغيير محتواها على نحو يخالف مضمونها ويغير من حقيقتها، بحيث قد يصعب على القاضي أو حتى الخبير أن يكشف هذا التلاعب .

قائمة المراجع

- 1 - أحمد اللافي، محاضرات في التحقيق الجنائي، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، مصر، د.ت.
- 2 - أحمد المهدي، القواعد الخاصة بمراقبة المحادثات وتسجيلها والأحكام الخاصة بضبط الأشياء المتعلقة بالحرية، الطبعة الأولى، دار العدالة، القاهرة، مصر، 2006.
- 3 - أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 4 - أحمد محمد خليفة، مشروعية تسجيل الصوت في التحقيق الجنائي، القاهرة، مصر، 1958.
- 5 - ببر بورا، مشروعية التتقيب عن الأدلة في المواد الجنائية، بحث منشورات في مجلة المحامي، طرابلس، ليبيا، العددان 21، 22 السنة السادسة 1988.
- 6 - ثابت دنيا زاد، مشروعية إجراءات التحقيق الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكوان، د.ت.
- 7 - حرية محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2004.
- 8 - حسن علي حسن السمني، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1983.
- 9 - محمد أبو العلا عقيدة، مراقبة المحادثات التليفونية، الطبعة الثانية دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- 10 - سامي صادق الملا، إقرار المتهم، الطبعة الثانية، المطبعة العالمية - القاهرة، مصر 1975.
- 11 - صالح يحيى رزق ناجي، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- 12 - عدلي خليل، إقرار المتهم فقهاء وقضاة دار الكتب القانونية، القاهرة، 1996.
- 13 - عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

- 14 - كاظم السيد عطية، الحماية الجنائية لحق المتهم في الخصوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- 15 - كوثر أحمد خالد، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، الطبعة الأولى، مكتب التفسير للنشر والإعلان، أربيل، العراق، 2007.
- 16 - محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، دار الجامعة الحديثة، الإسكندرية، 2011.
- 17 - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 18 - مصطفى يوسف، مشروعية الدليل في المسائل الجنائية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2010.
- 19 - موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، 1991.
- 20 - ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

مقدمة

شهدت العاصمة الإيطالية روما عقد مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية في الفترة من 15/6/1998 وحتى 17/7/1998 وقد تبني المؤتمر الدبلوماسي قانون روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما الأساسي)¹. ويوم 17 جويلية 1998، عبرت 120 دولة عن تأييد ساحق لنظام أساسي ينشئ محكمة جنائية دولية دائمة ومستقلة. وفي 11 أبريل 2002 بالتحديد عقب مصادقة الدولية رقم 60 على النظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ. وفي 1 جويلية 2002، أصبحت للمحكمة الجنائية الدولية أهلية تامة لمحاكمة الأفراد في قضايا الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحراب رصد جهود إنشاء محكمة جنائية عالمية منذ أوائل القرن التاسع عشر. فقد بدأت القصة في عام 1872 عندما اقترح غوستاف موينيه - أحد مؤسسي اللجنة الدولية للصليب الأحمر - إقامة محكمة دائمة ردا على جرائم الحرب الفرنسية - الألمانية. وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية، أنشأ الحلفاء محكمتي نورمبرغ وطوكيو لمحاكمة مجرمي الحرب من دول المحور. وقد راودت الرغبة في إنشاء محكمة جنائية دولية منظمة الأمم المتحدة منذ سنة 1948 وذلك عندما طلبت الجمعية العامة من لجنة القانون الدولي دراسة إمكانية إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، ويرجع هذا إلى أنه بالرغم من إنشاء المجتمع الدولي أنظمة دولية وقليمية لحماية حقوق الإنسان على امتداد نصف القرون الماضي، إلا أن ملايين البشر ظلوا يقعون ضحايا للإبادة الجماعية ولجرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب². وما يبعث على الخجل، أنه لم يقدم للعدالة إلى المحاكم الوطنية سوى حفنة من المسؤولين عن هذه الجرائم - وبالتالي معظم الجناة ارتكبوا جرائمهم وهم يعلمون أن احتمال تقديمهم للعدالة لمحاسبتهم على أفعالهم أمر شبه مستحيل³

الضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية

أ- معمر إبراهيم المريمي

كلية القانون بني وليد

¹ وذلك بأغلبية ساحقة، حيث صوتت إلى جانب 120 دولة، بينهما لما يتجاوز عدد التي صوتت ضده سبع دول (مع امتناع 21 دولة عن التصويت).

² في رواندا خلال 100 يوم في عام 1994، نتج عن الإبادة الجماعية هناك ما يقدر بـ 800 ألف قتيل، وفي سريريتسا في جويلية 1995، تم قتل ما بين 7 إلى 8 آلاف من البوسنيين المسلمين المذكور.

³ إن تركيز القانون الدولي على الفرد واعتباره موضوع المحاكم الدولية، يمثل ظاهرة حديثة، ذلك أن قبل نورمبرغ، كانت المسؤولية الشخصية عن الجرائم الدولية مثل القرصنة من اختصاص المؤسسات الوطنية ذات السلطة السيادية حصرا، ولكن تحول القرصنة إلى " جريمة دولية " نتج عن كون أية دولة تتمكن من اعتقال المرتكب لها الحق في مقاضاته بغض النظر عن جنسيته أو جنسية الضحايا أو مكان الجريمة، وفي فترة أقرب إلينا

الفصل التمهيدي

الملاح الأساسية للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة

(تمهيد)

من المهم في مرحلة تمهيدية ، تقديم المحكمة الجنائية الدولية من خلال التطرق بإيجاز إلى الخصائص المميزة لنظامها الأساسي وأجهزة المحكمة واختصاصها ، ثم القانون الذي تطبقه والمبادئ القانونية التي يجب عليها مراعاتها .

المبحث الأول : الخصائص المميزة للنظام الأساسي للمحكمة :

أهم خاصية يتميز بها النظام الأساسي للمحكمة هي أن النظام الأساسي للمحكمة وهو معاهدة دولية¹ ، ويترتب على هذه الطبيعة التعاقدية للنظام الأساسي للمحكمة عدة أمور منها أن الدول لا تلزم به إلا بمحض إدارتها باعتبار أنه وليد مفاوضات جرت بشأنه إلى أن اتخذ شكله ومضمونه الحالي .

هذا النظام الأساسي للمحكمة تسري عليه تقريبا كل القواعد التي تطبق على المعاهدات الدولية ، مثل تلك الخاصة بالتفسير (أو التأويل) ، والتطبيق المكاني والزمني ، والآثار.... الخ ، وذلك ما لم يتم التنصيص فيه على خلاف ذلك .

ويترتب على هذا الطابق " التعاقدية " أنه لا يجوز للدولة (المصدقة) إبداء أية تحفظات على النظام الأساسي للمحكمة² ، وذلك عملا بما نصت عليه المادة 120 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من عدم جواز وضع أي تحفظ عليه .¹

جسامة بمقتضى القانون الدولي ، أي : جريمة الإبادة الجماعية ، والجرائم الأخرى ضد الإنسانية ، وجرائم الحرب

¹ من المسلم وفقا لاتفاقيتي المعاهدات الدولية لعام 1969 ، 1986 م أن الاتفاق يعتبر معاهدة دولية إيا كانت تسميته وذلك أن التسمية لا تلعب دورا هاما في هذا الخصوص : فقد يسمى اتفاقا أو معاهدة أو بروتوكولا أو إعلانا أو ميثاقا أو عهدا أو صكا أو نظاما أساسيا أو تسوية مؤقتة أو تبادل للمذكرات أو تبادل للخطابات أو محضرا حرقيا تمت الموافقة عليه .
² التحفظ هو إعلان انفرادي إيا كانت تسميته ، يحق للدولة أن تقوم بإبدائه وقت توقيعها على المعاهدات أو وقت إعلانها قبول الالتزام بها (بالانضمام أو القبول أو التصديق... الخ) والذي بمقتضاه نقصد الدولة أن تستبعد أو تحل الأثر القانوني لبعض نصوص المعاهدة في تطبيقها عليها .

، ويسبب الحرب الباردة ، مضت خمسون سنة قبل أن يقرر زعماء العالم إعادة المحكمة الجنائية الدولية إلى جدول أعمالهم . وتبعاً لذلك ، بذلت جهود في عام 1990 م لوضع نظام دولي للعدالة الجنائية وذلك بقيام مجلس الأمن التابع لمنظمة الأمم المتحدة بإنشاء محاكم خاصة ، وهي المحكمة الجنائية الدولية حول يوغسلافيا السابقة في 1993 م والمحكمة الجنائية الدولية حول رواندا في 1994 ، بالإضافة إلى محاكم مختلطة ، كالمحكمة الخاصة حول سيراليون ومحكمة (الخمير) الحمر بكمبوديا ومحكمة (تيمور الشرقية) ، مطبقة بذلك مزيجا من القوانين الوطنية والدولية .

والمحكمة الجنائية الدولية هي نتاج للتطورات الحاصلة في القانون الجنائي الدولي الذي يمكن تعقبه بدءا من محاكمات (نوريمبيرغ) للقادة النازيين بعد الحرب العالمية الثانية وحتى المحاكم الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة و(لرواندا) ، والتي أقيمت في تسعينات القرن الماضي ، وهي لا تزال تقاضي الأشخاص ذوي الصلة بالنزاع في البلقان والإبادة الجماعية (رواندا) ، وصولا إلى المحاكم المختلطة أو "المهجنة" الخاصة في (تيمور الشرقية) ، (سيراليون) و(كمبوديا).

أنشأت الدول المحكمة الجنائية الدولية كمؤسسة دائمة من أجل أن تكون بمثابة محكمة الملائد الأخير التي يمكنها التدخل حين تفشل الدول في مقاضاة المسؤولين عن جرائم الحرب ، جرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية¹ .

، طبق هذا المفهوم المعروف الآن بالاختصاص العالمي على جرائم الإبادة الجماعية ، وجرائم معينة ، والجرائم ضد الإنسانية . كانت محكمة نورمبرغ محكمة جنائية خاصة أنشأتها لدول المتحالفة المنتصرة في الحرب العالمية الثانية ، أما بعد ذلك فقد لعبت الأمم المتحدة دورا رائدا في العمل إنشاء مؤسسات دولية مخصصة لتعيين المسؤولية الجنائية ، وأقر مجلس الأمن إنشاء محكمتين جنائيتين دوليتين واحدة ليوغسلافيا السابقة ، والثانية لرواندا من أجل معاقبة انتهاكات القانون خلال نزاع يوغسلافيا ، وجرائم الإبادة الجماعية في (رواندا) خلال التسعينات ، كما أبرمت سيراليون والأمم المتحدة مؤخرا اتفاقا لإنشاء محكمة خاصة تنظر في الانتهاكات والجرائم الدولية والمحلية التي ارتكبت خلال النزاع الأخير هناك .

¹ ويحدد نظام روما الأساسي الجرائم المشمولة بولاية المحكمة ، والطريقة التي ستعمل بها المحكمة ، وما يتعين على الدول القيام به للتعاون معها ، وقد أودع التصديق الستون اللازم لإنشاء المحكمة في 11 أبريل 2002 م ، وأصبحت الولاية القضائية لنظام روما الأساسي نافذة في 1 جويلية 2002 ، وفي شهر فيفري 2003 ، انتخب القضاة الثمانية عشر الأوائل للمحكمة الجنائية الدولية . بينما انتخب أول مدعي لها في أبريل 2003 بذلك أصبحت المحكمة الدولية هيئة قضائية جنائية دائمة مستقلة أوجدها المجتمع الدولي لمقاضاة مرتكبي أشد الجرائم المحتملة

ولكن السلطة القضائية التي تتمتع بها المحكمة الجنائية الدولية تبقى محدودة ، إذ على عكس

المحاكم الخاصة ، التي يقتصر اختصاصها على الجرائم الكبرى التي ارتكبت في يوغسلافيا السابقة بين عامي 1991 و 1993 م و (رواندا) في عام 1994 م ، والمحاكم المختلطة ، تختص المحكمة الجنائية الدولية بالجرائم التي ارتكبت من بعد دخول نظام روما الأساسي حيز التنفيذ ، أي من بعد 1 جويلية 2002 ، ويعني ذلك أن المحكمة الجنائية الدولية لا تستطيع محاكمة أفراد على جرائم ارتكبت قبل ذلك التاريخ ، وبالتالي فإن سلطاتها القضائية لا تسري بأثر رجعي .

بالإضافة إلى ذلك ، لا يمكن للمحكمة العمل إلا عندما تكون الدولة التي تمت فيها الجريمة المزعومة أو الدولة التي تتبع لها مواطنة الشخص المتهم طرفا في معاهدة روما ، أو أن تكون الدولة قد وافقت على سلطة المحكمة القضائية (بمعنى اختصاص المحكمة القضائية) في ما يتعلق بتلك الجريمة بحد ذاتها ، يوجد استثناء وحيد لهذه القاعدة وهو عندما يحيل مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة حالة إلى المحكمة .²

أما بخصوص الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية فهو يمتد على أخطر انتهاكات حقوق الإنسان الدولية والقانون الإنساني الدولي ألا وهي جريمة إبادة الجنس البشري Genocide³ ، والجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity⁴ ، و جرائم

² ولقلم المحكمة وظائف غير قضائية ، ففيه وحدة للضحايا والشهود في المقام الأول بحمايتهم ، ووحدة لمشاركة الضحايا وقطاع للدفاع ، كما فيه مكتب عام للدفاع ومكتب عام للضحايا ، بالإضافة إلى المسجل والأمانة العامة ، وفي عام 2005 ، بلغت ميزانية المحكمة الجنائية الدولية 68 مليون يورو ، أما الميزانية المطلوبة لعام 2012 م فهي 117 مليون يورو (باعتبار العدد المتزايد للوضيعات والحالات المحالة لاختصاص المحكمة) في المستقبل ، فلقد بلغت الميزانية الممنوحة في السنوات الأخيرة للمحكمة الجنائية الدولية حول يوغسلافيا حوالي 120 مليون يورو .

³ وفي هذه الحالة ، تكون الولاية القضائية للمحكمة عالمية بالتفعل ، بمعنى أنه لا يكون ضروريا أن يكون مرتكب الجريمة المقرض مواطنا بإحدى الدول الأطراف أو تكون الجريمة قد ارتكبت على أراضي إحدى الدول الأطراف .

⁴ الإبادة الجماعية (المادة 6 من نظام روما الأساسي) تم اقتباس تعريف جريمة الإبادة الجماعية من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية لعام 1948 م ، ويشمل مفهوم الإبادة الجماعية أي فعل من الأفعال التالية الذي يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية ، إهلاكا كلياً أو جزئياً : - قتل أفراد الجماعة - إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة : إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً : فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة - نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى

الجرائم ضد الإنسانية (المادة 7 من نظام روما الأساسي) إن نظام روما الأساسي هو أول اتفاقية تصنف الجرائم ضد الإنسانية ، وتعرف الجرائم ضد الإنسانية بأنها أي فعل من الأفعال التالية متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين ، وعن علم بالهجوم / - القتل العمد - - الإبادة - - الإسترقاق ، أبعاد السكان أو النقل القسري للسكان : السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من

أما بخصوص تسوية المنازعات الممكنة ، فقد نصت المادة 119 من النظام الأساسي للمحكمة على عدة طرق لحل المنازعات الخاصة بتطبيقه أو تفسيره فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالوظائف القضائية للمحكمة ، تتولى دوائر المحكمة نفسها حلها بقرار يصدر عنها تطبيقاً لمبدأ " اختصاص الاختصاص " Competence de la Competence في حين أن المنازعات المتعلقة بتطبيق أو تفسير النظام الأساسي التي تنشأ بين دولتين أو أكثر ، يتم حلها أما عن طريق المفاوضات بين تلك الدول ، أما باللجوء إلى جمعية الدول الأطراف .²

وتتكون أجهزة المحكمة من :

. رئاسة المحكمة ، وتتكون من الرئيس والنائب الأول والنائب الثاني للرئيس .

. دائرة المحاكمة المسبقة (الدائرة التمهيدية) ، ودائرة المحاكمة الابتدائية ، ودائرة الاستئناف .³

. مكتب المدعي العام OTP ، ويختص بتلقي البلاغات والمعلومات الخاصة بالجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ، وفحصها ، ولجراء التحقيق بشأنها ، وتأييد الإتهام أمام المحكمة .⁴

. قلم المحكمة registry ، ويرأسه شخص يسمى مسجل المحكمة ، ويختص بالجوانب غير القضائية الخاصة بالمحكمة وإدارتها¹ .

¹ غير أنه يستثنى مما تقدم ما نصت عليه المادة 124 من النظام الأساسي ، والتي قررت أنه يجوز للدولة عندما تصبح طرفاً في النظام الأساسي أن تعلن عدم قبولها ، لمدة سبع سنوات ، اختصاص المحكمة بشأن الجرائم المنصوص عليها في المادة 8 (جرائم الحرب) إذا كانت الجريمة قد ارتكبتها رعاياها أو تم ارتكابها فوق إقليمها .

² إذا لم يتم التوصل إلى حل خلال ثلاثة أشهر من بدء المفاوضات يعرض النزاع على " جمعية الدول الأطراف ، والتي لها أن تسعى إلى حله ولها في سبيل ذلك اتخاذ التوصيات الملائمة ، بما في ذلك التوصية بإحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية وفقاً للنظام الأساسي لهذه الأخيرة .

³ وفي هذا الصدد يجدر التنويه إلى أن عدد قضاة المحكمة هو ثمانية عشر قاضياً ، يتم اختيارهم من أفضل العناصر التي تتوفر فيها المؤهلات المطلوبة لشغل هذه الوظيفة الهامة ، ويشترط ألا تضم المحكمة والمدعي العام والمدعون المساعدون ومسجل المحكمة ، في ممارستهم لوظائفهم بالمزايا والحصانات الممنوحة لرؤساء البعثات الدبلوماسية .

⁴ وينقسم مكتب المدعي العام إلى أربعة أجهزة أساسية : - مكتب المدعي العام المباشر : ويتم انتخابه بأغلبية جمعية الدول الأطراف ، ويقوم بمهامه حالياً لويس مورينو أوكامبو ، الأرجنتيني الجنسية .

- شعبة التحقيق ويرأسها المدعي العام وتتخذه جمعية الدول الأطراف .

- شعبة الإدعاء ويرأسها نائب المدعي العام وتتخذه الدول الأطراف .

- شعبة الاختصاص والتكامل والتعاون .

الحرب War Crimes¹ وجريمة عدوان Aggression²

وحري بالذكر أن اختصاص المحكمة يمتد وفقا للمادة 8-2-ج أيضا إلى الجرائم التي ترتكب خلال المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي.³

وبالنسبة للاختصاص الزمني للمحكمة، فوفقا للمادة 11 من النظام الأساسي تمارس المحكمة اختصاصها فقط بخصوص الجرائم التي يتم ارتكابها بعد دخول النظام الأساسي حيز النفاذ، وإذا انضمت دولة إلى الأطراف بنظام روما الأساسي بعد جويلية 2002، يدخل النظام الأساسي حيز التنفيذ بالنسبة لها بعد مرور 60 يوما على إيداع صك المصادقة.⁴

وتمارس المحكمة اختصاصها في الأحوال الآتية (المواد 13 إلى 15 من النظام الأساسي) :

الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي، التعذيب، الإغصاب أو الاستبداد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شكل من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة، اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية أو متعلقة بنوع الجنس أو لأسباب أخرى من المسلم عالميا بأن القانون الدولي لا يجيزها، - الإختفاء القسري للأشخاص - جريمة الفصل العنصري Apartheid، - الأفعال اللا إنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تسبب عمدا في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية

² جرائم الحرب (المادة 8 من نظام روما الأساسي). بمقتضى نظام روما الأساسي، تخفى جرائم الحرب ارتكاب أي من الانتهاكات الجسيمة التالية لاتفاقيات جنيف المؤرخة أوت 1949 م بحق الأشخاص أو الممتلكات : القتل العمد، - التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية : تعتمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو بالصحة، - إلحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات والإستلاء عليها دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبالمخالفة للقانون وبطريقة عبثية، - إرغام أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية على الخدمة في صفوف قوات دولة معادية، - تعتمد حرمان أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية على الخدمة في صفوف قوات دولة معادية، - الإبعاد أو النقل غير المشروعين أو الحبس غير المشروع، - أخذ رهائن. وتحت تعريف جرائم الحرب، سيكون للمحكمة أيضا اختصاص بالانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، ويرد تعريف شامل لهذه الانتهاكات في المادة 8 الفقرة الفرعية (ب) من نظام روما الأساسي، وفيما يلي يتعلق بالصراعات المسلحة التي ليس طابع دولي، يشمل اختصاص المحكمة الانتهاكات الواردة في المادة 3 المشتركة باتفاقيات جنيف الأربعة المؤرخة 12 أوت 1949 م.

² وتمارس المحكمة اختصاصها تجاه هذه الجريمة، حينما يتم الاتفاق على تعريف لها والشروط اللازمة لممارسة المحكمة لهذا الاختصاص.

³ مثل تلك المنصوص عليها في المادة 3 المشتركة من اتفاقات جنيف الأربعة لعام 1949 م (كأخذ الرهائن، والإعتداء على السلامة الجسدية أو على الحياة أو على كرامة الإنسان، وغيرها من الأفعال التي تخالف القوانين والأعراف المطبقة على تلك المنازعات) (مثل شن هجوم عمدي ضد السكان المدنيين، أو الأهداف المدنية، والسلب أو النهب، أو عدم قبول استلام أي شخص).

⁴ وذلك باستثناء إمكانية المتاحة في المادة 124 من النظام الأساسي للدولة التي تصبح طرفا في النظام الأساسي أن تعلن عدم قبولها، لمدة سبع سنوات، لاختصاص المحكمة بشأن الجرائم المنصوص عليها في المادة 8 (جرائم الحرب) من قبل أحد رعاياها أو على ترابها.

الإحالة من قبل إحدى الدول الأطراف، ويمكن أيضا أن تتقبل إحدى الدول غير الأطراف الولاية القضائية للمحكمة الجنائية الدولية.

الإحالة من قبل مجلس الأمن التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، بمقتضى الفصل 7 من ميثاق الأمم المتحدة.¹

بإمكان أي شخص إحالة مسألة إلى المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية الذي يستطيع، بموجب حقه في التصرف من تلقاء نفسه، أن يقرر الشروع في التحقيق إن رأى أن هناك "أساس معقول" يقتضي ذلك، ويكون عليه عندها أن يطلب موافقة الدائرة التمهيديّة قبل بدء التحقيقات.²

شملت أول تحقيقات أجراها المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية الحالات في (أوغندا)، (جمهورية الكونغو الديمقراطية) و (السودان) (دارفور)، واستخدم المدعي العام حتى الآن، صلاحيته في الشروع في تحقيق بالإستناد إلى مبادرته الشخصية (Prorpio Motu). من تلقاء نفسه) في خصوص حالتي (كينيا) و (ساحل العاج)، في حين تمت إحالة "وضع / حالة"، (أوغندا) و (جمهورية الكونغو الديمقراطية) إلى المحكمة عن طريق حكومتهايتين الدولتين في 2004، بينما أحال مجلس الأمن في الأمم المتحدة حالة (دارفور) في مارس 2005، قرر المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية، في كل حالة من الحالات، فتح تحقيق في أعقاب إجراء تحليل أولي.³

¹ يمكن اللجوء إلى المحكمة الجنائية الدولية بإحالة مجلس الأمن للحالة، مما يمنح المحكمة تخضع نفسها للتأثير السياسي لأكثر منظمة سياسية في العالم، وهي الأمم المتحدة، حري بالذكر أنه يمكن وقف التحقيق أو الملاحقة، لمدة اثني عشر شهرا. بمقتضى قرار يصدر من مجلس الأمن بالتطبيق للفصل السابع من الميثاق ينص على ذلك، ويمكن للمجلس تجديد مثل هذا الطلب ويوضح ذلك أهمية المادة (16)، إذ تنص على إمكانية تطبيق مجلس الأمن لتحقيقات المحكمة، بمعنى أن مجلس الأمن يعترف بتأثير العوامل السياسية التي قد تؤخر إجراءات المحكمة.

² وتعني الدائرة التمهيديّة بالضبط والموازنة فيما يتعلق بأفعال المدعي العام، ولها دور مركزي في الاعتراض على مقبولة الدعوى وتعد منبرا للضحايا وممثلهم، فهي بمثابة سلطة توازن سلطة المدعي العام، وحسب لائحة المحكمة التي اعتمدها القضاة (البند 46)، فإن الهيئة الرئاسية تتولى تعيين دائرة تمهيديّة لكل قضية تعرض على المحكمة لذا تعد جهازا ذا نفوذ يمكن الإعتراض على قرارات المدعي العام.

³ الحالات المنشورة حاليا أمام المحكمة تختص أوغندا (إحالة 2014/01) جمهورية كونغو الديمقراطية (إحالة 2004/04)، دارفور (السودان) (م. 2005/03)، جمهورية أفريقيا الوسطى (إحالة 2005/01)، كينيا (2010/03pm)، ليبيا (م. 2011/02)، وساحل العاج (2011/10 pm)، في حين أن مجموعة من

المبحث الثاني

القانون والمبادئ القانونية التي تطبقها المحكمة

بالنسبة للقانون واجب التطبيق ، فبالرجوع للمادة 21 من النظام الأساسي تطبق المحكمة: نظامها الأساسي ، وعناصر الجريمة ¹ ، والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة . المعاهدات واجبة التطبيق ، ومبادئ وقواعد القانون الدولي ، بما في ذلك المبادئ المستقرة لقانون النزاعات المسلحة .

المبادئ العامة التي تستقيها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم . ويمكن للمحكمة تطبيق المبادئ والقواعد القانونية التي أخذت بها قراراتها السابقة ² .

وتخضع المحكمة الجنائية الدولية لمجموعة من المبادئ القانونية الأساسية التي يجب عليها مراعاتها أولها مبدأ التكاملية Complementarity وهو أحد المبادئ الأساسية الكامنة وراء إنشاء المحكمة الجنائية الدولية : ومفاده أن الواجب الأساسي في التحقيق في هذه الجرائم ومقاضاة مرتكبيها ملقى على عاتق الدول ، ولن تتدخل المحكمة إلا عندما يتبين لها أن هذه الدول غير قادرة على القيام بذلك ، أو أنها غير راغبة في القيام بذلك .

يقوم مبدأ الاختصاص التكاملي للمحكمة الجنائية الدولية على أن تدخل المحكمة الدولية لا يكون إلا في إطار مكمل للمحاكم الوطنية ، بمعنى أن المحكمة الجنائية الدولية الدائمة لا ينبغي اختصاصها على شخص قد تمت محاكمته أمام المحاكمة الوطنية التابعة لدولته ، وبشرط أن تكون هذه المحاكمة جدية وتم فيها مراعاة أصول المحاكمات الواجبة ³ .

الحالات (الوضعيات) لا تزال تحت التحليل الأولي من قبل المدعي العام وتخص أفغانستان ، جورجيا ، غينيا ، كولمبيا فلسطين ، هندوراس ، كوريا ونيجيريا .
¹ وهي عبارة عن العناصر الخاصة بكل جريمة والتي يتم الموافقة عليها بأغلبية ثلثي الأعضاء الأطراف .
² وهكذا تجد فكرة السوابق القضائية stare decisis مجالا للتطبيق أمام المحكمة ، على عكس الحال بالنسبة لمحكمة العدل الدولية ، والتي لم ينص نظامها الأساسي على ذلك صراحة .
³ ولا شك أن ذلك يبرره ثلاث أمور ، هي : المبدأ الأساسي القاضي بعدم جواز المعاقبة عن ذات الفعل مرتين . - أن الغرض من المحاكمة الدولية وهو عدم إفلات الجاني من العقاب يكون بذلك قد تحقق إعطاء الدولة المشنوب إليها الفعل غير المشروع

ويعنى آخر فإنه إذا لم تتم محاكمة الشخص داخليا ، أو تمت المحاكمة ولكن بطريقة صورية ، فإن الشخص يظل خاضعا لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ، إذ أن المحكمة الجنائية الدولية تكمل المحاكم الوطنية ولا تمثل بديلا لها ، وتتولى المحكمة التحقيق والمقاضاة فقط في حال عجز إحدى الدول عن إجراء المحاكمات بكفاءة أو عزوفها عن ذلك (أي مثلا في حال وقوع تأخير غير مبرر في الإجراءات أو اتخاذ إجراءات لا تهدف إلا لتجنب بعض الأفراد المسؤولية الجنائية) ¹ .

هذا الاختصاص المكمل للمحكمة وقع التصنيف عليه في ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، وفي المادة الأولى منه ، ويؤيد ذلك نص المادة 17 الذي يقر أنه على المحكمة القضاء بعدم المقبولية (Inadmissibility) في حالات ، منها أن تكون القضية محل تحقيق أو محاكمة في دولة لها اختصاص بخصوص الجريمة ، أو أن الشخص سبق محاكمته عن ذات الفعل ² ، أو أن الفعل ليس خطيرا بدرجة كافية ، ويمكن للمحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من المتهم أو الدولة التي لها اختصاص بخصوص الجريمة ، أن تفصل في الطعن الخاص بقبول الدعوى عملا بمقتضيات المادة 19 من النظام الأساسي .

كما يتركز مجمل عمل المحكمة على مبدأ التعاون الدولي International Cooperation ، يحتم هذا المبدأ على الدول الأطراف أن تتعاون مع المحكمة بطريقة كاملة بخصوص التحقيقات التي تجريها والمعاقبة على الجرائم التي تدخل في إطار اختصاصها عملا

، فرصة إصلاحه ومعالجته بنفسها ، دون تدخل جهة خارجية عنها ، - احترام سيادة الدولة واختصاصها الشخصي على رعاياها .

¹ في مسودة الخطة المسبقة للمحكمة بعد شرط عدم القدرة شرطا موضوعيا ، بينما شرط عدم الرغبة شرطا شخصيا والمسألة الأساسية هي كيف سيتمكن للمحكمة ، أو للقضاء تقييم وتحليل معيار مصلحة العدالة ، والنظام القضائي الوطني للدولة . باستقلالية تامة ، فمن الواضح أن الغرض من مبدأ التكامل ليس حماية السيادة الوطنية ، لذا ، ينبغي أن تتوفر مجموعة من التعليمات الواضحة وقائمة معايير تقدم تقييما موضوعيا لكيفية اضطلاع الدولة بالتحقيق والدعوى على المستوى الوطني .
² نون اعتبار المادة 3/20 التي تنص على إمكانية قيام المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة شخص حوكم أمام محكمة أخرى إذ كانت الإجراءات المحلية اتخذت بغرض تمكينه من الإفلات من المسؤولية الجنائية ، أو إذا تمت تلك الإجراءات بغير استقلال وحياد ، وبما يكتب نية تقييده للعدالة .

بالمادة 86¹ والمادة 93 من النظام الأساسي ، كما تفرض على الدولة المعنية أن تستجيب لأي طلبات خاصة بالقبض على شخص ما أو تسليمه كما تنص على ذلك المادة 89 من نظام روما¹. وأخيرا ، نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على ضرورة مراعاة المحكمة لمبادئ المحاكمة المنصفة Fair Trial صلب المواد 20، 22 إلى 33 من النظام الأساسي ، ويمكن إيجاز المبادئ العامة فيما يلي :

- مبدأ عدم جواز المعاقبة عن ذات الفعل مرتين Non bis In idem
- مبدأ الشرعية أو مبدأ لا جريمة بلا نص Nullum crimen sine lege
- مبدأ لا عقوبة بلا نص Nulla poena sine lege الأمر الذي يعني عدم جواز توقيع عقوبات غير تلك المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة .
- مبدأ عدم الرجعية الشخصية non-retroactivity ratione personae
- عدم اختصاص المحكمة بالنسبة للأشخاص الذين لم يبلغوا ثمانية عشر عاما وقت ارتكاب الجريمة .
- يشترط لمسئولية الشخص أن يتوافر الركن المعنوي للجريمة لديه ، أي أن يرتكب الفعل بقصد وعلم .
- مراعاة أصل (قرينة) البراءة Presumption of innocence إذ الأصل في الإنسان افتراض براءته إلى أن تثبت إدانته ويقع عبء إثبات إدانة الشخص على المدعي العام ولا يجوز للمحكمة إدانة شخص ما لا إذا كانت مقتنعة بالإدانة فوق كل شك معقول.
- مراعاة حقوق المتهم ومنها إعلامه بالتهمة الموجهة إليه وإعطائه الوقت الكافي لإعداد دفاعه ومحاكمته دون تأخير غير واجب (مبرر) ومناقشة لشهود الإثبات وحضور شهود النفي وعدم إجباره على أن يشهد ضد نفسه أو أن يعترف بأنه مذنب ... الخ .

¹ تذكر المادة 90 من النظام الأساسي للمحكمة على ما يجب اتباعه عند تعدد الطلبات بخصوص تسليم شخص : أي طلب المحكمة تسليم شخص قدمت دولة أخرى إلى الدولة المطلوب منها التسليم تسليمه إليها أيضا ، ورغبة في رفع الحرج عن الدولة المطلوب منها المساعدة أو التسليم بخصوص أشخاص يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية أو القنصلية أو أولئك الذين يؤدي تسليمهم إلى انتهاك الدولة لالتزامها تجاه دولة ثالثة ، فقد نصت المادة 98 على أن تسعى المحكمة إلى الحصول أولا على موافقة هذه الدولة الأخيرة .

وتخوض المحكمة مجالات جديدة وتتطرق إلى مسائل حديثة الظهور في العديد من الجوانب ، إن أكثر هذه الجوانب أهمية هو التقدم في تعريف جرائم العنف الجنسي وخلق ظروف يمكن أن يتم من خلالها التحقيق في هذه الجرائم ومقاضاتها بصورة فعالة ، إضافة إلى تفعيل مبدأ التكاملية الذي سبق ذكره ، والذي يسعى إلى تأسيس علاقة جديدة بين السلطات القضائية والمحلية والدولية ، ولكن أهم تجديد في نظام المحكمة بإجماع الخبراء في القانون الدولي هو الدور الذي أوكل به إلى الضحايا في إجراءات المحكمة ، والذي يتيح لهم المشاركة والتقدم بطلب التعويضات (أو جبر الأضرار) .

الفصل الثاني

الدور الجديد للضحايا في الإجراءات الجنائية الدولية

إن وصول المجني عليهم للعدالة الدولية أمر حديث العهد ، فلوقت طويل ، لم يضع القانون الدولي في اعتباره حقوق المجني عليهم ، والمحكمة الجنائية الدولية فريدة من نوعها من حيث اعترافها بحقوق المجني عليهم ، لأن الاعتراف بالمسؤولية الجنائية الفردية في محاكم نورمبرغ لعام 1946 م لم ينطوي على الاعتراف بوضع مستقل للمجني عليهم ، ولم يتم منح هذا الوضع للمجني عليهم إلا بعد اعتماد نظام روما الأساسي في 1998 م وكانت محكمة رواندا ومحكمة يوغسلافيا السابقة ، بالإضافة إلى ما يسمى بمحاكم الجيل الثالث كمحكمة (سيراليون) تعترف بالمجني عليهم كشهود فحسب ، إذ كان من الممكن أن يقفوا في المحكمة للإدلاء بشهادتهم والمساعدة في إظهار الحقيقة ، لكن ليس بصفتهم ضحايا يحق لهم الاشتراك والحصول على تعويض .

وتبعاً لذلك فإن المحامين الجنائيين في الجهاز القانوني الذي يستند إلى تقاليد القانون الأنجلو . أمريكية في مثل الولايات المتحدة أو المملكة المتحدة ، غير معتادين على رؤية الضحايا في قاعة المحكمة إلا كشهود أو كمرقبين ، وبالنسبة إليهم ، فإن فكرة أن يكون الضحايا مشاركين فعالين ومستقلين في الإجراءات الجنائية أن تمنح الضحايا تعويضا ما ، أمر لا يمكن تصوره ، إن مثل هذا الدور بالنسبة إلى الضحايا ، والمألوف إلى حد كبير في الأجهزة القانونية المحلية التي تستند إلى تقاليد القانون المدني (Civil law system) ، والذي يتسم بتوجه يسعى وراء الحقيقة

هذا الدور الجديد للمجني عليهم في إجراءات المحكمة الجنائية الدولية يكمل الجهود التي تبذلها المحكمة للتمكن من مساعدة الأفراد المسؤولين عن أكثر الجرائم خطورة التي تثير قلق المجتمع الدولي ، والمبدأ المتبع بهذا الصدد هو أن العدالة الحقيقية تتحقق حيث يتم سماع أصوات الضحايا والاهتمام بمعاناتهم .

أ. طريقة المشاركة أمام المحكمة الجنائية الدولية :

الضحايا أو " المجني عليهم " هم أفراد أصيبوا بضرر من جراء جريمة تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية .¹ التعليم أو الفن أو العلم أو الأغراض الخيرية للضرر ، يجوز أن تعتبر المنظمات أو المؤسسات أيضا ضحايا .

هذا التعريف الواسع لـ " المجني عليه " الوارد بالقاعدة 85 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات لا يحصر المجني عليهم أمام المحكمة الجنائية الدولية في الضحايا المباشرين فحسب ، بل الضحايا غير المباشرين أيضا ، وعلاوة على ذلك ، يعترف النظام الأساسي بالضرر النفسي إلى جانب الضرر البدني والمادي .²

وكما في القوانين المحلية يتم تطبيق مبدأ حرية اختيار التمثيل القانوني ، لكن هناك فرق كبير عند المقارنة بوضع المتهم ، فظنرا للطبيعة الجماعية للجرائم تم إنشاء جهاز قضائي جديد يحمل اسم " التمثيل القضائي المشترك " فالمحكمة عملا بالقاعدة 90(2) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات أن تطلب من الضحايا أو أحيانا أن تفرض عليهم الإجماع ليتم تمثيلهم من قبل ممثل قانوني واحد وهو مفهوم جديد للمحكمة الجنائية الدولية يسهل حسن إدارة العدالة لكنه في الوقت ذاته يثير تساؤل بشأن إمكانية تضارب المصالح .

¹ لقد كان تعريف الضحية أحد المواضيع الأساسية خلال المفاوضات . وتعريف القاعدة 58 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الضحايا تعريفا واسعا للغاية ، وهو تعريف مقبول بالإهتمام :

أ- يبل لفظ الضحايا " على الأشخاص الطبيعيين المتضررين بفعل ارتكاب أي جريمة تدخل في نطاق اختصاص المحكمة

ب- يجوز أن يشمل لفظ " الضحايا " المنظمات أو المؤسسات التي تتعرض لضرر مباشر في أي من ممتلكاتها المكرسة للدين أو التعليم أو الفن أو العلم أو الأغراض الخيرية ، والمعالم الأثرية والمستشفيات وغيرها من الأماكن والأشياء المخصصة لأغراض إنسانية .

² وحسب هذا التعريف ، يمكن أخذ الضرر البدني والعقلي في الاعتبار ، كما يعني أن جميع الضحايا المباشرين وغير المباشرين مشاركون أمام المحكمة ويقتصر اختصاص المحكمة على جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب التي ارتكبت بعد 1 جويلية 2002 من قبل أحد مواطني الدول الأطراف ، أو على أراضي الدول الأطراف ، أو عند إحالة مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة لحالة يزع ارتكاب مثل هذه الجرائم فيها

(Inquisitorial system) بدلا من التوجه التقاضي (adversarial system) هو أحد التجديدات في القانون الجنائي الدولي الذي أدخلته المحكمة الجنائية الدولية .

إن الدور الفعال للضحايا ليس إلا سمة من السمات الجديدة الخاصة بالمحكمة الجنائية الدولية التي تم التفويض لها في مقاضاة الأفراد المشتبه بهم بكونهم مسؤولين عن جرائم حرب ، وعن جرائم ضد الإنسانية وعن إبادة جماعية .¹

وبالتالي فإن المحكمة الجنائية الدولية التي انتصبت كمؤسسة دائمة (وهي هيئة معاهدة وليس مؤسسة تابعة للأمم المتحدة) تضم (في تاريخ الكتابة) 120 من الدول الأطراف تشكل أحد بؤادر التغيير في تشكيل القانون والعدالة الدوليين ، ويكرس النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وضعاً فريداً للمجني عليه (أو الضحية) في القانون الدولي ، وهو يحتوي على بنود مجددة تكفل للمجني عليه الحماية والمشاركة والتمثيل القانوني من جهة ، ثم توفر آليات للتعويض وجبر الأضرار .

المبحث الأول

المشاركة أمام المحكمة الجنائية الدولية .

تقدم منظومة المحكمة الجنائية الدولية وجهان للتحديد فيما يتعلق بالضحايا ، فلكل أول مرة في تاريخ العدالة الجنائية الدولية ، من حق الضحايا أن يشاركوا في الإجراءات وأن يطالبوا بتعويضات ، ويعني ذلك أنهم لا يمكنهم الإدلاء بشهاداتهم كشهود فحسب ، بل ويستطيعون أيضا للتعبير عن آرائهم ودواعي قلقهم في جميع مراحل الإجراءات ، وهم في الأغلب يقومون بهذا الدور عن طريق ممثلين قانونيين² ، كما يستطيع المجني عليهم ، بوصفهم جزء من نظام المحكمة الجنائية الدولية ، إرسال معلومات إلى المدعي العام ومطالبته بالشرع في تحقيق .

¹ تشمل قائمة الجرائم الخاضعة لسلطة المحكمة القضائية على جريمة العدوان في المادة 5 من المعاهدة ، إلا أن المحكمة لن تمارس سلطاتها القضائية على هذه الجريمة حتى توافق الدول على تعريف الجريمة وآلية البدء بالتحقيق .

² ويعموب نظام روما الأساسي ، فللضحية وضع مستقل وليس طرفا ، وعلى هذا الأساس منحت حقها في التمثيل من قبل مستشار قانوني .

ووفقاً لما تواترت عليه أحكام الدوائر القضائية بالمحكمة الجنائية الدولية ، فإن الفقرة (أ) من القاعدة 85 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات " تحدد أربعة معايير يجب توافرها لاعتبار شخص ما مجنيا عليه ، وهي : أن يكون شخصاً طبيعياً ، وأن يكون قد تعرض للضرر ، وأن يكون الجرم الذي تسبب بالضرر مندرجاً في نطاق اختصاص المحكمة ، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الجريمة والضرر الذي سببته " ³⁴

وفي خصوص معيار العلاقة السببية ، رأت الدائرة التمهيدية الأولى أنه من الضروري التأكد من وجود أسباب تدعو إلى الاعتقاد بأن الضرر ناجم عن جرائم تدخل في نطاق اختصاص المحكمة ، لكنه من غير الضروري في مرحلة التحقيق تحديد على وجه التفصيل الطبيعة الدقيقة لعلاقة السببية وهوية الشخص أو الأشخاص المسؤولين عن الجريمة ³⁵

ويختلف معيار السببية بالضرورة عندما تنتظر الدائرة في طلبات المشاركة في إطار قضية منشورة أمامها ، وبالتالي أوجبت الدائرة التمهيدية وجود علاقة سببية " كافية " بين الضرر المزعوم والجرائم التي يوجد أسباب معقولة للاعتقاد بأن (توماس لويانغا في تلك القضية) يتحمل مسؤولية جنائية بشأنها . ⁽³⁶⁾

أما فيما يخص طور المحاكمة فقد قررت دائرة الاستئناف أنه بالرغم مما تنص عليه القاعدة 85 ⁴ فإنه لا يجوز أن يشارك في إجراءات المحاكمة إلا الشخص الذي يثبت وجود علاقة مباشرة بين ضرره و(الجرائم المنسوبة) الاتهامات التي اعتمدتها المحكمة . ⁽³⁵⁾

¹ انظر The prosecutor and The Defense against Trial Chamber I's Decision on VpRS5 and v Prs6 pre-Trial Chamber I .prosecutor vs. Thomas lubamnga Dyillo. No lcc-01/04- on theDecims APPEals of 101-Teng-Corr.17 January 2006 par.79.p.20 The انظر أيضا

⁴ القاعدة 85 لا تقصر مفهوم المجني عليهم فقط من تعرضوا للجرائم الواردة بقرار الإتهام (أو قرار تنييت أو اعتماد التهم)

تنص القاعدة 89 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات أنه يمكن للضحايا التقدم بطلب في المشاركة في الإجراءات في أية مراحل من مراحل الإجراءات ، وتنص لائحة المحكمة في بندها 86 على أنه ينبغي أن تملأ الضحية باستمارة تميل إلى التعقيد ، وهي مسألة محل انتقادات ، وينبغي أن تحتوي الإستمارة على أسئلة حول الشخص وأخرى حول المجرمين المزعومين ، وسياق ومحل وقوع الجريمة ، وأن تنص على هوية متلقي الشهادة ، كما يتوجب أن تحدد الضحية ، وذلك أمر هام جداً ، وإن كانت تود أن يطلع المدعي العام والدفاع والعاملة التي قدمتها .

وعندما يتم تقديم الإستمارة ، لا يوجد ضمان لقبولها ولظهور الضحايا أمام المحكمة ، فقرار المحكمة بالسماح بالمشاركة يتوقف على مجموعة من العوامل ، أولاً ، يتم تقديم نسخة من الإستمارة إلى المدعي العام والدفاع ، ويمكن أن يطلبوا من الدائرة رفض استمارة المتقدم بالطلب ، مما قد يترتب عليه تبادل معلومات غاية في الحساسية حول جرائم مفترضة ومجرمين دون حماية وذلك أمر يثير مسألة أمن وسلامة الضحايا ، كما أنه من الحق الدائرة أن ترفض الإستمارة على أساس أن المتقدم بها لا يعتبر ضحية (باعتبار ما سبق ذكره مثلاً في خصوص العلاقة السببية) ثانياً ، يجب أن تكون الإستمارة كاملة ، والا يمكن حرمان الضحية أن تكرر طلبها في مرحلة أخرى من الإجراءات .

وبالتالي ، فلكي تكون مشاركة الضحايا فعالة ، يجب بذل جهود للوصول إلى الضحايا وإعلامهم بحقوقهم في المشاركة ، وفي الحصول على تمثيل قانوني وتدابير حماية معينة .

يسمح للضحايا بموجب معاهدة روما ، بعرض آرائهم وشؤونهم مباشرة أمام قضاة المحكمة الجنائية الدولية في مراحل معينة من الإجراءات عندما يتعلق الأمر بمصالحهم الشخصية ، على أن يكون ذلك بصورة لا تضر بحقوق المتهم أو تتعارض معها ، وعلى أن يبقى ذلك في إطار محاكمة عادلة وحيادية .

ويستطيع الضحايا المشاركة بالطرق التالية :

إرسال معلومات إلى المدعي العام بشأن جرائم يعتقدون أنها قد وقعت ؛

الإدلاء بشهاداتهم أمام المحكمة في حال استدعائهم كشهود ؛

في حال تأثر المصالح الخاصة للضحايا ، التعبير عن آرائهم ودواعي قلقهم أمام المحكمة

ويستطيع الضحايا القيام بذلك منذ المراحل الأولى للإجراءات (على سبيل المثال خلال الجلسة التي يطلب المدعي العام فيها إذن القضاة للشروع في التحقيق ،¹ وحين يطلب من المحكمة تأكيد أو تثبيت التهم الموجهة لشخص ما) وعلى مدار مراحل المحاكمة والاستئناف

أهم عناصر هذا الحق ، هو الدور الذي يتمتع به الضحايا في التأثير على قرار المحكمة للبدء بتحقيق جنائي أو المقاضاة (في مرحلة لاحقة) في حالة معينة ، ولكن لا يتمتع الضحايا ، في المحكمة الجنائية الدولية ، بحق التسبب في الشروع بتحقيق ما ، بل تُمنح لهم فرصة الإدلاء بآرائهم أمام الهيئة القضائية في مرحلة ما قبل المحاكمة في الوقت الذي تقوم فيه هذه المحكمة بدراسة ما إذا كان يجب تقويض المدعي العام في الشروع بتحقيق عن طريق استخدام صلاحيات Proprio motu أم لا²

أو بمناسبة إعادة النظر في قرار المدعي العام بعدم التحقيق أو عدم المقاضاة على أساس المادة 53 من النظام الأساسي³ ، وعلى نحو مشابه ، وعلى الرغم من أن الضحايا غير مدرجين كطرف من الأطراف التي يمكن لها أن تطعن في النفاذ القضائي (الاختصاص) أو جواز التداول في قضية ما (المقبولية) ، إلا أنهم يمنحون الحق في تقديم ملاحظات إلى القضاة عندما تنتظر المحكمة في مثل هذه الأمور⁴ وبالإضافة إلى ما سبق ووفقاً للقاعدة 119 (3) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات ، فإنه يتعين على الدائرة التمهيدية أن تتحرى آراء المجني عليهم قبل إقرار أو تعديل شروط تقييد حرية الشخص الذي في عهدة المحكمة .

كما يمكن للضحايا أن يسعوا إلى عرض آرائهم أمام المحكمة في مراحل أخرى من لإجراءات عندما تتأثر مصالحهم¹ ، بما في ذلك مرحلة اعتماد التهم قبل المحاكمة (وهي تعرف بمرحلة سماع وتثبيت التهم التي يعتزم المدعي العام طلب المحاكمة على أساسها (Confirmation of charges hearing)²

يطرح هذا الأمر أسئلة مثيرة للاهتمام في ما يتعلق بدور الضحايا في إجراءات المحكمة الجنائية الدولية ، وذلك لأنه من المحتمل أن تكون أي مقارنة حول التهم موضوع قضية ما أمام المحكمة من منطلق الضحايا تحمل دلالات بالنسبة إلى المدعي العام (بسلوك وردود فعل قانونية مبنية على ثقافة أنجلو أمريكية) الذي قد يراها بمثابة طعن في استراتيجية الإدعاء العام.

توفر النصوص القانونية إرشادا نسبيا ولكنه غير كاف تماما بشأن كيفية إدارة مشاركة الضحايا ، وتنص المادة 68.3 من نظام روما الأساسي على أن المحكمة تفسح المجال للضحايا للتدخل في مراحل من الإجراءات ترى المحكمة أنها ملائمة على نحو يمس ولا يتعارض مع حقوق المتهم ومقتضيات المحاكمة العادلة والنزاهة ، ووردت في " القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات " إمكانية المشاركة في الجلسات من خلال بيانات افتتاحية أو ختامية ومن خلال مشاركات شفوية أو كتابية .³

من جهة أخرى تتضمن القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بعض العناصر المكرسة لضمان ألا تطغى التدخلات نيابة عن الضحايا على الإجراءات : على سبيل المثال ، يمكن أن يطلب من الضحايا التجمع سوية وأن يكون لهم ممثل قانوني مشترك ، كما يرجأ إلى كل هيئة قضائية (كل

¹ المادة 68.3 ، نظام روما الأساسي

² المادة (61) ، نظام روما الأساسي والقاعدة 92.3 القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات .

³ كما تضع بعض الشروط الخاصة بإمكانية استجواب الشهود والخبراء من قبل ممثلي الضحايا ، مثل القاعدة 91 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بإشتراك الممثلين القانونيين في الإجراءات ، إذ تنص الفقرة الثانية والثالثة من القاعدة على أنه :

¹ المادة (153) من النظام الأساسي .

² يمكن للضحايا ، مثلهم أي شخص آخر ، أن يعرضوا المعلومات على المدعي العام بهدف اقتناعه بالبدء في تحقيق ما وفقا لمبادرته الشخصية بموجب المادة 15 من نظام روما الأساسي ، لكنهم لا يتمتعون بحق التوجه المباشر للمحكمة في حداثاتها .

³ انظر المادة (3) من نظام روما الأساسي والقاعدة 92.2 من " القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات " .

⁴ المادة 19.3 نظام روما الأساسي .

بالضحايا والمنظمات غير الحكومية وغيرها من المنظمات المحلية والدولية ، خاصة في البلاد التي تمارس المحكمة نشاطها بها .¹

وعندما يقوم الضحايا بالإدلاء بأقوالهم كشهود أمام المحكمة ، تقدم لهم وحدة الضحايا والشهود دعماً إدارياً ولوجستياً كي يتمكنوا من التمثيل أمام المحكمة ، وتعمل على إيجاد وضع تضمن في إطاره احترام الشاهد وعدم تسبب تجربة الشهادة في ضرر أو معاناة أو صدمة إضافية كما تسهر على توفير الرعاية النفسية والاجتماعية وغيرها للأفراد المصاحبين للشاهد.

وتوفر وحدة الضحايا والشهود الحماية والدعم النفسي للشهود والضحايا الذين يمثلون أمام المحكمة وغيرهم ممن يتعرضون للخطر من جراء شهادة أدلوا بها ، وتقدم وحدة الضحايا والشهود النصيحة والتدريب والدعم لباقي أجزاء المحكمة في مجال ضمان وسلامة وراحة الضحايا والشهود.²

ويكون هناك اهتمام خاص بالأطفال والمعاقين وكبار السن وضحايا العنف الجنسي أو المتعلق بنوع الجنس ، كما أن الوحدة مسؤولة عن برامج حماية الشهود .

ومن جهة أخرى تتحكم المحكمة في تعاملها مع الضحايا الذين يشاركون في الإجراءات أو يطالبون بتعويضات بحيث تحد من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الضحايا أو غيرهم وتتصرف حيال المعلومات التي تتلقاها من الضحايا في إطار من السرية التامة .

وحسب إجراءات المحكمة ، يتم إطلاع استمارات المشاركة أو جبر الأضرار إلى المدعي العام أو الدفاع ، لكن يستطيع المتقدمون بالطلب أن يشترطوا عدم الكشف عن المعلومات التي يقدمونها إلى المحكمة إن كان ينابهم القلق بشأن تبعات ذلك الإجراء على سلامتهم أو سلامة آخرين كما يمكن أيضاً أن يطلبوا عدم إدراج هذه المعلومات في السجلات العامة ، ويقرر القضاة

¹ يتمتع قسم مشاركة الضحايا وجبر أضرارهم بصلاحيات واسعة في استخدام جميع الوسائل الممكنة للإعلان الملائم عن إجراءات المحكمة (وسائل الإعلام المحلية ، طلبات التعاون الموجهة إلى الحكومات ، والتماس المساعدة من المنظمات غير الحكومية ، أو أي وسيلة أخرى ملائمة ..)
² المادة 43.6 من النظام الأساسي .

دائرة تنظر في قضية معينة) وضع التعليمات وتحديد المدة الزمنية والحيز اللذين ستمنحه هذه الهيئة لممثلي الضحايا القانونيين .¹

المبحث الثاني

ضمانات المشاركة الفعلية للضحايا في الإجراءات

يقوم الضحايا بطلب المشاركة في أي من مراحل إجراءات المحكمة الجنائية الدولية يملئ استمارة المشاركة ، وتنظر دائرة القضاة المعنية في جميع الاستمارات ، ويقرر القضاة بناء على استمارة الضحية إن كان الشخص قد لحق به ضرر من جراء جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ، ويقرر القضاة في أي من المراحل الإجرائية وبأي طريقة يشارك الضحايا في الإجراءات

حماية المجني عليهم . الشهود وأفراد عائلاتهم هو أحد المظاهر التقدمية الأخرى للمحكمة الجنائية الدولية ، سواء خلال مرحلة التحقيق أو أثناء الدعوى القضائية ، كما تكفل جميع أجهزة المحكمة المجني عليهم وللشهود حماية بدنية ، بل ودعماً نفسياً .

تعتبر المحكمة الجنائية الدولية ملزمة باتخاذ تدابير مناسبة لحماية وسلامة الضحايا والشهود وراحتهم النفسية والبدنية وكرامتهم وخصوصيتهم .² مشاركة وتعويض الضحايا علاقات

¹ في هذا السياق cpi,situationen republique democratique du conge,le procureur c.germain Katanga et Mathieu ngudjolo chui ,affaire n0 lcc-01\04-07-474-tfra,chambre preliminaire I,'decision relative a l'ensemble des droits droitsion relative a l'ensemble des droits droitsion procedurales associes a la qualite de victim dans le cadre de la procedure preliminaire en l'espece,,13mai 2008,par.97.
- انظر كذلك CPI,situation en République démocratique du congo,le Procureur c.Germain c.katanga et mathieu ngudjolo chui , Affaire ,n*ICC-01-/04-01/07-474-1665-corr,,Chambre de Première Instance II,"Instructions Pour la conduite des débats et les dépositions conformément a la règle 140.20.November 2009

² إن حماية الضحايا من الاهتمامات الأساسية للمحكمة الجنائية الدولية ، والنص العام بهذا الشأن هو المادة 68 من النظام الأساسي ونصها : تتخذ المحكمة تدابير مناسبة لحماية أمان المجني والشهود وسلامتهم البدنية والنفسية وكرامتهم وخصوصيتهم "

ماهية الخطوات التي ينبغي اتخاذها رداً على هذه المطالب ، ويتخذون عند الحاجة تدابير لحماية المعلومات التي قدمتها الضحية أو ممثلها القانوني¹.

يشارك الضحايا في الإجراءات في أغلب القضايا (في حقيقة الأمر جميع القضايا) عن طريق ممثل قانوني . وبوجه عام ، لا يتوجب على الضحايا السفر إلى مقر المحكمة إن لم يرغبوا في ذلك ، والضحايا أحرار في اختيار ممثلهم القانوني أمام المحكمة بأرائهم وشواغلهم ، والضحايا أحرار في اختيار ممثلهم القانوني أمامي المحكمة² ، طالما هو شخص له خبرة واسعة كمحام جنائي أو قاضي أو نائب عام ويجيد إحدى لغتي العمل بالمحكمة الجنائية الدولية (الانجليزية أو الفرنسية) ، كما تساعد المحكمة الجنائية الدولية الضحايا في اختيار ممثل قانوني بتأمينها قائمة من المحامين ، وتوفر أيضاً مكتب محاماة عمومي للضحايا لتقديم الدعم القانوني للضحايا غير المتهمين³.

وباعتبار أن عدد الضحايا المشاركين عادة ما يكون كبير جداً ، فيقوم القضاء باختيار ممثل قانوني عام ومشترك أو مجموعة من الممثلين القانونيين بهدف ضمان فاعلية الإجراءات ، وفي حال لم يتمكن الضحايا لأي سبب من الأسباب من تعيين ممثل قانوني مشترك ، يستطيع

¹ وبالتالي فإن المحكمة مكلفة وملزمة بحماية المجني عليهم والشهود ، وخاصة من يمثل منهم أمام المحكمة ، وتتعدد سبل تحقيق ذلك الهدف ، لكن بالتأكيد لا توجد سبل سحرية " ، خاصة إن كان الوضع (أو الحالة) قائماً في بقعة تبعد كثيراً عن مقر المحكمة الجنائية الدولية ، وتتص المادة 87 من النظام الأساسي على أنه يمكن للمدعي العام ، أو النفاذ أو أحد الشهود أو الضحايا ، أن يطلب اتخاذ تدابير لحماية الضحية أو الشاهد أو أي شخص آخر يشارك في الإجراءات أمام المحكمة ، وهي بالتحديد : أن يحمي اسم الضحية في السجلات العامة ، وأن يمنع الإفصاح عن المعلومات إلى طرف ثالث ، وأن تقدم الشهادة بوسائل الكترونية أو وسائل خاصة أخرى ، وأن يتم استخدام وسائل الإعلام الصوتية على وجه الحصر ، وأن تجري الدائرة جزءاً من إجراءاتها في جلسة سرية بالإضافة إلى مجموعة من التدابير الخاصة المعدة لمساعدة الشخص ليسافر آمناً من مكان سكنه إلى المحكمة الجنائية الدولية ثم العودة في نظام يسمى فقاعة الحماية " ، وهو حالياً مقصور على الشهود ، لكن يتم دراسة إتاحة لجميع الضحايا الذين يشاركون في الإجراءات أمام المحكمة الجنائية الدولية .

² القاعدة 90 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات .

³ رداً على المسائل المتعلقة القانونية والتشليل المشترك قررت المحكمة (المسجل بالتحديد) إنشاء مكتباً عمومياً لمحمي المجني عليهم (عملاً بالبند 81 من لائحة المحكمة) ، وهي بمثابة مجموعة من المحامين الداخليين الملحقين بقلم المحكمة ويفترض أنهم مستقلين ، ويستطيعون تقديم المساعدات في حالات خاصة للضحايا ومساعدة المحامين الذين يترافعون أمام المحكمة الجنائية الدولية بكتابة المذكرات وإعلامهم بالقرارات السابقة للمحكمة وما إلى ذلك ...

القضاة أن يطلبوا ذلك من مسجل المحكمة ، وإن لم يرضى الضحايا باختيار المسجل ، يمكن أن يطلبوا من القاضي مراجعة قراره .

حين تحدد دائرة قضاة طريقة مشاركة الضحية في الإجراءات في حالة أو قضية معينة ، يتم دوماً إبلاغ الضحية بالتطورات عند كل مرحلة من مراحل الإجراءات ، لا سيما إبلاغها بتاريخ الجلسات وقرارات المحكمة ووقوع أي استئناف .

ختاماً فإنه بمقتضى الدور الجديد الذي يمنحهم نظام روما الأساسي ، يمكن للمجني عليهم الإسهام بما هو أكثر من تقديم المعلومات من أجل التحقيق ، وذلك عن طريق الاشتراك في سير الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية ، شريطة أن يتم إطلاعهم على جميع حقوقهم وأن يتم مثلهم بصورة ملائمة ، ويعدما يتم إعلامهم بعواقب وحدود مشاركتهم في الدعوى .

الفصل الثاني

جبر أضرار الضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية

تقليدياً ، فإن نظام جبر الأضرار التي تلحق الضحايا خلال أو بمناسبة نزاعات (مسلحة) كان يؤدي في أفضل الأحوال إلى دفع تعويضات حرب " لحكومات بلدان المتضررين ، باعتبار أن الدولة تتصرف باسم مواطنيها . إذ بالرغم من تعدد النزاعات في النصف الثاني من القرن العشرين ، لم يقع على المستوى الدولي وضع نظام لتعويض ضحايا الحرب من قبل الطرف المخالف وذلك إلى حدود سنة 1991 م بعد حرب الخليج ، حين أنشأ مجلس الأمن لجنة لدراسة طلبات تعويض أضرار متولدة عن احتلال الكويت وتقوم بتقدير مبالغ التعويض المستحقة.

أما اليوم فقد أصبح حق ضحايا الجرائم الدولية في الحصول على تعويض مبدأ مقبولاً بل مكرساً في القانون الدولي العام ، إذ اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 2005 القرار عند 147/60 الذي أكد حق الضحايا في التعويضات التالية : رد الحقوق ، التعويض ، رد الاعتبار (إعادة التأهيل) ، الترضية وضمانات عدم التجديد (أو التكرار) هذا الإعلان هو علامة على وجود اعتراف واسع النطاق على أن جبر أضرار الضحايا هو عنصر أساسي لاستعادة النسيج الاجتماعي وقامة سلام دائم .

للتطبيق دوليا حول الحق في التعويض عن الانتهاكات الجدية لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي .

حيث اقتراح المقرر الخاص ، (ثيو فان بوفين) ، بالإستناد إلى دراسة واسعة النطاق ، خمسة أشكال رئيسية من التعويض : رد الحقوق ، التعويض ، إعادة التأهيل ، الترضية ، وضمانات عدم التكرار ، تم تبنيها في مجموعة المبادئ المشار إليها (والتي تعرف تبعا لذلك بـ " مبادئ فان بوفين " .¹

ولكن هذه المجموعة من المبادئ فتحت النقاش حول مجموعة من القضايا الأخرى مثل (مجال) تعريف الضحية ، طريق معاملة ضحايا الانتهاكات ، الحق في وسيلة شرعية لاسترداد الحق (الإعتبار) ، الوسائل المتاحة للضحايا لضمان إمكانية التوجه إلى العدالة ، والحق في الحصول على المعلومات تتعلق بالوسائل الشرعية المتوافرة لاسترداد الحق والتعويض ، ولّد هذا التوجه تطويرا في مفهوم ومجال هذه المبادئ .²

بالإضافة إلى ذلك ساهمت قرارات مبدئية خاصة بهيئات حقوق الإنسان وبشكل خاص محكمة حقوق الإنسان للقارة الأمريكية في رسم توجه جديد بخصوص نظام التعويضات يكرس المرونة والملائمة مع السياق المحلي ، وخاصة ضرورة دراسة خيارات مثل منح تعويضات جماعية للمجموعات .

¹ انظر : le Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale :Additif,document A/CONF.183/2/Add.1,14avril 1998,p.119,note22
انظر كذلك Ensemble révisé Principes Fondamentaux et de directives concernant le droit

a réparation des Van Boven en application flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire , établi par M.Theo van Boven en application de la décision de la Sous-Commission >>,la resolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 16 décembre 1996,Document E/CN.4/Sub.2/1996/17,24mai 1996,relative aux principes Fondamentaux et directives concernant le droit a un recours et a réparation 1995/117de la Sous -Commission >>

² انظر المبادئ والخطوط التوجيهية الرئيسية حول الحق في وسيلة شرعية لاسترداد الحق والتعويض لضحايا الانتهاكات الفظة لقوانين حقوق الإنسان الدولية والانتهاكات الجدية للقانون الإنساني الدولي ، تم تبنيها في 19 افريل 2005 في مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان في القرار 35/2005 .

ولكن بإمكانية جبر أضرار ضحايا الجرائم الدولية في نطاق آلية قضائية وعلى أساس إجراءات قضائية أمام المحكمة الدولية لم يظهر منذ اعتماد نظام روما الأساسي (النظام الأساسي) المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية وذلك في سنة 2002 .¹

المبحث الأول

مبدأ حق الضحايا في التعويضات

يوفر نظام روما الأساسي للمحكمة خيار منح تعويضات لضحايا الجرائم بموجب سلطة المحكمة القضائية ، و تنص المادة 75 من النظام الأساسي على أن المحكمة ستحدد المبادئ المتعلقة بالتعويض لدوائر المحكمة الابتدائية السلطة التقديرية في تقييم الأضرار التي تعرضت لها الضحايا ، كما يمكنها إصدار أمر بالتعويض مباشرة ضد شخص تمت إدانته ، كما أنشأ نظام روما الأساسي صندوق ائتمان للضحايا يساعد المحكمة على تنفيذ الأحكام المالية وذلك بدفع التعويضات التي فرضتها على الأفراد المدانين وتجنيب الأموال بشكل منفصل لفائدة ضحايا الجرائم ولقائده عائلاتهم .²

وتحدد "القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات " الإجراء الذي يتيح للضحايا طلب التعويض والإطار الخاص بالتعامل مع طلباتهم .

تعكس الإستفاضة في تفصيل نظام التعويضات الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية التطورات الحاصلة في أماكن أخرى في أماكن أخرى في ما يتعلق بالحق في التعويض ، وفي الوقت الذي دار فيه التفاوض حول قانون روما تحت رعاية مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان كان يجري ، بموازاة ذلك ، تطوير مجموعة من المبادئ والخطوط التوجيهية الأساسية القابلة

¹ على عكس المحاكم الخاصة ، وضعت المحكمة الجنائية الدولية نظاما متكاملا لتعويض المجني عليهم ، وتتولى المحكمة تحديد نطاق ومدى الضرر الذي يصدر بشأنه ضد المتهم قرار الجبر لصالح المجني عليهم أو المستحقين (رد الحقوق والتعويض وإعادة التأهيل) دون حاجة للتقدم بأي طلب خاص ، ويمكن اللجوء لصندوق الإستئماني للمجني عليهم ، وهو من أجهزة المحكمة الجنائية الدولية ، عند تنفيذ قرار الجبر في حال عدم تمكن المتهم من تقديم المبلغ المطلوب بكامله ، ويمول الصندوق الاستئماني عن طريق الغرامات والمصادرات التي تأمر بها المحكمة ضد المتهمين ، والمساهمات الطوعية للدول والأفراد والمنظمات .

² المادة (79) من النظام الأساسي والقاعدتان 99،94 من " القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات " .

أثرت جميع هذه التطورات على التوجه الخاص بجبر الأضرار الوارد في نظام روما الأساسي وفي " القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات " ، وتنص المادة 75 من النظام الأساسي على أن جبر الأضرار يشمل " رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار " . وعلى الرغم من أن العديد من النواحي في توجه المحكمة الجنائية الدولية ستحدد من خلال ممارستها ، إلا أن بعضاً من الخطوط العريضة قد أصبحت واضحة ، على سبيل المثال ، يتم التفكير في قرارات منح تعويضات جماعية ، والتي من المرجح أن تكون أكثر واقعية وملائمة من قرارات منح تعويضات فردية في العديد من الحالات المعروضة على المحكمة ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالجهود المبذولة في استشارة الضحايا والمجتمعات المحلية حول نوع التعويض الملئم في كل وضعية محددة .

تستطيع الضحايا طلب لجبر الأضرار بسبب ضرر لحق بهم من جراء جريمة تدخل في اختصاص المحكمة كما تستطيع المحكمة أن تقرر الجبر بمبادرة خاصة منها ، حتى إن لم يقدم الضحايا طلباً بهذا الصدد .

ويمكن للضحايا أن يدنوا برأيهم فيما يتعلق بنوع الجبر الذي يطلبونه ، وتستطيع المحكمة أن تأمر بصور مختلفة من جبر الأضرار¹ .

وفي نهاية المحاكمة ، تستطيع الدائرة أن تأمر الشخص الذي أدانته المحكمة بجبر أضرار ضحايا الجرائم التي أدين بها ، وتستطيع المحكمة أن تأمر بجبر الأضرار بصورة فردية أو جماعية ، حسبما يكون ملائماً لضحايا تلك القضية بعينها ، ومن مميزات جبر الأضرار الجماعية أنه يمكن أن يخفف عن مجتمع بأسره وأن يوفر لأفراده وضع يسمح لهم بإعادة بناء حياتهم ، ويمكن على السبيل المثال ، إنشاء مراكز لتقديم الخدمات للضحايا أو اتخاذ تدابير رمزية .

¹ ومنها :

- التعويض ويعني غالباً التعويض المالي للضرر النفسي أو المادي أو البدني ، ويتضمن تعويض الضرر البدني والعقلي وضياح الدخل والمعاناة والألم النفسي وضياح الفرص .
- رد الحقوق ، ويهدف لإعادة أوضاع الضحايا قدر الإمكان ، إلى ما كانت عليه قبل الضرر الذي وقع عليهم ، وقد يشمل ذلك رد الممتلكات . - إعادة التأهيل : والهدف من ورائه هو تمكين الضحايا من المضي في حياتهم بصورة طبيعية قدر الإمكان ، وقد تغطي إعادة التأهيل تكاليف العلاج البدني أو النفسي - العصبي (بالإضافة إلى الخدمات الاجتماعية والقانونية ...) الضرورية لاستعادة راحة الضحايا وكرامتهم

وعلاوة على ذلك ، أنشأت الدول الأطراف بالمحكمة الجنائية الدولية صندوقاً استئمانيًا لضحايا الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة ونويعهم ، بهدف تقديم نوع من الجبر حتى إن لم يتوفر للمتهم الموارد اللازمة .

تمثل المادة 75 من النظام الأساسي التي تمنح القاضي الدولي صلاحية منح تعويضات للضحايا ، إما بناءً على طلب الضحايا أو من تلقاء نفسه دون طلب محدد في هذا الشأن ، الابتكار الحقيقي في ميدان القانون الدولي الجزائي ، إذ أنه لم تسمح في السابق أية محكمة دولية استعمال أي صنف من أصناف التعويض على سبيل المثال ، فإن الأنظمة والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة و(رواندا) لم تشمل إلا شكلاً وحيداً من أشكال جبر الضرر الممكنة هو رد الممتلكات المنتزعة لأصحابها¹ .

وبالتالي ، فإن المادة 75 من النظام الأساسي ينص على إمكانية منح ضحايا الجريمة التي تندرج ضمن اختصاص المحكمة تعويضات ، وفقاً للدائرة التمهيدية الأولى :

(Chambre préliminaire I) le régime de réparation Prévu dans le Statut n'est Pas Seulement I,une de ses particularités mais Constitue également und de ses caractéristiques essentielles...le success de la Cour (60)² est,dans une certaine mesure ,lié au success de son système >>

ولكن كيفية تنفيذ المادة 75 من النظام الأساسي غير واضح من الناحية العملية ، وهي مهمة موكلة بالكامل للمحكمة نفسها التي تتأهب لمواجهة في الأيام القليلة القادمة .

¹ الفقرة 3 من المادة 24 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة ، والفقرة 3 من المادة 23 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا .

² انظر "CPI,Situation en République démocratique du Congo,,le Procureur c. Thomas lubanga Dyilo ,Affaire n*ICC-01/04/06-8-Corr-Tfr,Chambre Préliminaire I , Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de delivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58,20 février 2006 ,Par .136 . cette decision est annexée en tant qu'Annexe 1à la Décision relative relative à la Décision relative à la decision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à la Décision relative à

تضبط المحكمة المبادئ المنطبقة فيما يتعلق بجبر الضرر ، بما في ذلك طريقة الإصلاح المناسبة كالاسترداد والتعويض أو إعادة التأهيل المستحقة من طرف الضحايا أو أولى الحق على هذا الأساس ، يجوز للمحكمة بناء على طلب الضحية أو من تلقاء نفسها في ظروف استثنائية أن تقدر في قرارها درجة الضرر أو الخسارة التي لحقت بالضحايا أو عائلاتهم ، كما تبين المبادئ التي أسست عليها قرارها .¹

الفقرة 1 من المادة 75 من النظام الأساسي تضع على عاتق المحكمة² واجب تحديد المبادئ التي ستطبق لتحديد أشكال جبر الضرر المسندة للضحايا أو أولى حقهم³ ، ولكن هذه الفقرة تثير عدد من التساؤلات بخصوص طريقة تنفيذها .

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد أن تعريف " الضحايا " كما ورد ذلك صلب اتفاقية منظمة الأمم المتحدة 40/34 " إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استعمال السلطة " يتمثل في " الأشخاص الذين أصيبوا بضرر ، فردياً أو جماعياً ، بما في ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية " ويشمل هذا المفهوم " حسب الإقتضاء ، العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو معاليها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا في محنتهم أو لمنع الإيذاء "⁴ (64) ، وقد اعتمدت دوائر المحكمة الجنائية الدولية هذا المفهوم الموسع في مناسبات عديدة بخصوص تطبيق 85 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات فيما يتعلق

¹ وتستند المحكمة في ذلك عملاً بأحكام المادة 21-3 من النظام الأساسي ، التي تنص على أنه " يجب أن يكون تطبيق وتفسير القانون عملاً بهذه المادة متسقين مع حقوق الإنسان المعترف بها دولياً ... " ، على مبادئ القانون الدولي وعلى القواعد والمعايير المعترف بها دولياً ، مثل " إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استعمال السلطة " فيما يخص تعريف الضحايا أو تحديد ماهية وأنواع الضرر .

² يقصد بمصطلح المحكمة في هذه الفقرة لا المحكمة ككل بجميع هيكلها كما ورد في ذلك في المادة 34 وإنما قضاة الدائرة الابتدائية الذين ينظرون في القضية المطروحة أمامهم وهو ما يستشف من الأعمال التحضيرية التي سبقت صياغة نص المادة 75 .

³ انظر إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في استعمال السلطة (المرفق) فقرة 1 و 2

بمشاركة الضحايا في الإجراءات مما يوحي باتجاه المحكمة في التوسع بنفس المفهوم في نطاق إجراءات التعويض باستعمال القياس¹ .

أما في خصوص الضرر ، فقد تولت دائرة الاستئناف بالمحكمة الجنائية الدولية توضيح هذا المفهوم في إطار القرار عدد NOICC-/04/01/-06-1432 الصادر بتاريخ 18/جانفي 2008 صلب القضية Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo ، وهي أول قضية تنتشر أمام المحكمة والتي تخص " الحالة في جمهورية كونغو الديمقراطية " حيث أشارت الدائرة الابتدائية الأولى أنه بالرغم ليس من الإجباري أن يكون الشخص " ضحية مباشرة " للجريمة التي يشملها اختصاص المحكمة كشرط لقبول مشاركة الضحية في الإجراءات أمام المحكمة إلا أنه يشترط حصول الضرر له بصفة شخصية .² (65)

وفي غياب أي تعريف واضح للضرر صلب النصوص القانونية المنظمة للمحكمة الجنائية الدولية ، فإن تحديد أنواع الضرر أو الخسارة وخاصة طرق وآليات جبر الضرر يبقى موكول بصفة مطلقة إلى السلطة التقديرية لقضاة الأصل ، خاصة إذا اعتبر فقهاء قضاء المحكمة في خصوص شروط وطريقة مشاركة الضحايا في الإجراءات أمام المحكمة ، الذي أنبنى إلى حد الآن على تمشي يأخذ بعين الاعتبار كل حالة على حدة .³ (66)

المبحث الثاني : آليات جبر أضرار الضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية :

فيما يتعلق بآليات جبر الأضرار ، تنص المادة 75 -1 من النظام الأساسي بصفة صريحة على " رد الحقوق والتعويض ورد الاعتبار " كطرق ممكنة لجبر الضرر ، وتفسر هذه العبارات على معنى " إعلان مبادئ العدل الأساسية المتعلقة بضحايا الإجرام والتعسف في

استعمال السلطة ، ومجموعة " المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون

¹ وكذلك مع الإبقاء على الشرط الأساسي المتمثل في ضرورة وجود صلة تربط بين الجرائم التي أدان المتهم من أجلها والضرر الذي عانته الضحية ، وذلك باعتبار أن إمكانية قبول مشاركة الضحايا متاحة في ظهور الحالة situation في حين أن طور الإصلاح reparations يجد أساسه في حكم الإدانة ضد المتهم strictu sensu .

الإنساني الدولي " 1 (68) ، لكن صياغة هذه الفقرة لا تحد من سلطة المحكمة التقديرية في خصوص أشكال جبر الضرر .²

لا توجد سوابق قضائية حتى الآن حول أشكال جبر الضرر أمام المحكمة الجنائية الدولية ، ولكن فقه القضاة النزي للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان قد بشكل مثالا تطبيقيا يمكن للمحكمة الجنائية الدولية أخذه بعين الاعتبار مما لا شك فيه .³ (70)

لكن وعملا بأحكام الفقرة الثانية من المادة 75 من النظام الأساسي للمحكمة لا تصدر قرارات جبر الأضرار إلا ضد شخص مدان ولا تكون إلا نتيجة محاكمة جنائية تنتهي بالقضاء بإدانة المتهم .

ولدت الفقرة 2 من المادة 75 نفس الأسئلة التي أثرت فيما يتعلق بالفقرة الأولى ، بما في ذلك تعريف " الضحايا " و " أولى الحق " ، وتلك التي تغطي مفاهيم الاسترداد والتعويض أو إعادة التأهيل (أو إعادة الاعتبار) ، يتمثل التوضيح الرئيسي لهذه المادة في طرح الإمكانية المتاحة للدائرة الابتدائية في القضاء عن طريق الصندوق الاستئماني للضحايا المشار إليها في المادة 79 من النظام الأساسي .

يجوز للمحكمة قبل إصدار أمر بموجب هذه المادة ، أن تطلب من الشخص المدان والضحايا وغيرهم من الأشخاص المعنيين أو الدول المعنية إبداء ملاحظاتهم في خصوص جبر الأضرار⁴ ، وبالتالي فإنه يجب طرح مشاركة الضحايا في القضايا المقترنة بجبر الأضرار من خلال إبداء آرائهم ومشاعرهم بمنطق الحق المسند للضحايا وليس الإمكانية المعلقة بتقدير المحكمة كما هو في مجمل القضايا الإجرائية أمام المحكمة ، ويتأكد هذا الموقف بالرجوع إلى الخيار المتخذ

¹ انظر اتفاقية منظمة الأمم المتحدة عدد 147/60 -

² يستشف من نص القاعدة 94 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات أن الضحية يجب أن تقرر بنفسها شكل الإصلاح المطلوب وهو ما تبين بالإطلاع على الفقرة الأولى من القاعدة المذكورة الخاصة بالتعويضات الوجوبية التي تشترط لقبول مطالب التعويض " ، بالإضافة إلى ذلك ، تخول القاعدة 97-1 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة جبر الضرر على أسس فردية أو جماعية أو على الإثنتين معا بالنظر لمدى الخسارة أو التلف أو الضرر ولها سلطة التقديرية مطلقة في هذا المجال " .

³ انظر

⁴ الفقرة 3 من المادة 75 من النظام الأساسي .

من قبل مفاوضي نظام روما الأساسي لإسناد حق آلي ومباشر للممثلين القانونيين للضحايا لاستئناف أحكام جبر الأضرار وفقا للمادة 4-84 من النظام الأساسي .

تنص الفقرتين 2 و 3 من المادة 76 من النظام الأساسي والمادة 91-4 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات على إمكانية عقد جلسة خاصة بمسألة جبر الأضرار (بمعنى إجراءات خاصة تقتصر على النظر في مسألة جبر الأضرار)¹

أما في خصوص مسألة تطبيق قرارات جبر الأضرار ، فتنبص الفقرة 5 من المادة 75 من النظام الأساسي على أنه يتعين على الدول الأطراف تنفيذ القرارات التي اتخذتها المحكمة الجنائية الدولية في جبر الأضرار ، مما يتيح للضحايا إمكانية اللجوء إلى المحاكم الوطنية لتنفيذ الأحكام باعتبار أنها ليست كلها قابلة للتنفيذ مباشرة ، ويجب تنفيذ البعض منها داخليا .

وفقا للفترة 5 ، تتطلب قرارات جبر الأضرار تدخلا على المستوى المحلي وهي تخضع للنظر النظام المنطبق بالنسبة لتنفيذ تدابير التعزيم والمصادر .² وبالتالي ، وبصرف النظر عن الالتزام العام المفروض على الدول الأطراف في النظام الأساسي أن تتعاوننا كاملا مع المحكمة بموجب البابين التاسع والعاشر من النظام الأساسي ، فإن تنفيذ قرارات جبر الأضرار تستفيد من النظام الاستثنائي نفسه الوارد بالفقرة 2 من المادة 109 من النظام الأساسي بشأن تدبير التعزيم والمصادرة . ولكن إشكالا هاما لا يزال ، فوفقا لمبدأ التكاملية ، لا يمكن للمحكمة أن تتدخل وتكتسب الاختصاص إلا إذا كانت الدولة المختصة غير قادرة غير رغبة في تفعيل نفوذها القضائي . ولكن الفقرة 5 يمكن أن تصبح مستحيلة التطبيق في صورة أخرى وهي حالة انهيار الدولة المعنية

¹ القاعدة 91-4 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات تنص على أن " بالنسبة للجلسة التي تقتصر على مسألة جبر الأضرار بموجب المادة 75 ، لا تنطبق القيود المفروضة على الاستجواب الذي قوم به الممثل القانوني والمبينة في الفقرة 3 من القاعدة وفص تلك الحالة ، يجوز للممثل القانوني ، بإذن من الدائرة العينية ، استجواب الشهود والخبراء والشخص المعني " . ويفهم من هذه الفقرة أنه لا يمكن أن يفرض على الممثل القانوني تقديم أسئلته ، أو فرص الشروط الشكلية عموما ، أو إعطاء تعليمات بشأن ترتيب أسئلة أو تقديم وثائق (الأدلية الكتابية) ، ولا استجواب الأشخاص المعنيين من قبل الدائرة بالنسبة عن الممثل القانوني - انظر كذلك البند 56 من لائحة المحكمة .

² انظر المادة 93-1 أضر المادة 109-2 .

لهم أنه على الرغم من أنهم عانوا من الفظائع البشعة ، إلا أنهم غير مؤهلين للظهور كضحايا أمام المحكمة الجنائية الدولية في مرحلة معينة ، لأن التهم التي قدمها المدعي العام لا تشمل الجريمة المزعوم ارتكابها ضدهم .

هنالك تحديات أخرى تظهر نتيجة للظروف على أرض الواقع في الأماكن التي تتدخل فيها المحكمة : كيفية إعلام الضحايا بحق المشاركة في الإجراءات بطريقة يمكنهم من خلالها اتخاذ قرار عن وعي بشأن ما يجب عرض آرائهم أمام المحكمة أم لا ، وكيفية توجيه الممثل القانوني بطريقة يتسنى له من خلالها نقل ما يرغبون في قوله أمام المحكمة ، وفي الحالات التي يكون فيها العديد من الضحايا أميين ، وفي الأماكن التي يتعذر الوصول إليها ، وفي حالات الخوف من المزيد من الانتهاكات ، وفي حالة الاحتراس من الغرياء ، وكيفية حماية الضحية من عمليات الانتقام في الحالات التي يتواصل فيها النزاع أو التي يكون الوضع الأمني فيها متقلبا .

وهناك مشكلة أخرى وهي كيفية جذب إساءة استخدام الفقرات الشرطية التي تتيح توجه الضحايا إلى المحكمة عن طريق أطراف عديمة الضمير أو أطراف ذات دوافع سياسية تسعى إلى انتهاك الضحايا واستغلالهم ، لا تستطيع المحكمة مواجهة هذه التحديات وحدها ، وتقوم المنظمات غير الحكومية والمحامون وقادة المجتمع في الأماكن التي تجري فيها المحكمة الجنائية الدولية بتحقيقات ، بمواجهة هذه التحديات ، من الواضح أن مواجهة هذه التحديات تتطلب التعاون بين أطراف متعددة محلية أو دولية وبين المحكمة ذاتها .

كان التفكير الكامن وراء تبني الفقرات الشرطية المتعلقة بالضحايا في نظام روما الأساسي ، أن مشاركة الضحايا المباشرة في الإجراءات ستساعد في تجنب المشاكل التي واجهتها المحاكم الجنائية الدولية السابقة ، حيث ولدت شعورا بالاعتراق لدى الضحايا من التأثير الذي كان لهذه المحاكم على المجتمعات المتأثرة من الجرائم التي تتداولها تلك المحاكم ، فكانت تولدت رغبة إبراز أن العدالة لا تتعلق بالمقاضاة فحسب ، بل إنها تتعلق بسماع أصوات الضحايا ومعالجة معاناتهم أيضا ، وهو ما أدى إلى هذه النقلة التي تعيش مرحلة التطبيق (التجريبي ربما) والاختبار ، ويمكن التحدي في جعل هذه الفقرات الشرطية تعمل بطريقة تحقق معها غايتها .

بشكل يجعلها غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها فيما يتعلق بالتعاون في خصوص قرارات جبر الأضرار ، وهنا تمكن أهمية صندوق الإلتئام للضحايا¹ .

تم إنشاء الصندوق الإستئماني للمجني عليهم من قبل جمعية الدول الأطراف بالمحكمة الجنائية الدولية في سبتمبر 2002 من أجل تكميل وظائف المحكمة في مجال جبر الأضرار. وتأتي أموال الصندوق الاستئماني من مصدرين أساسيين : أولا ، الأموال التي جعت عن طريق الغرامات والمصادرات والتعويضات التي تحكم بها المحكمة على المتهمين. وثانيا ، المساهمات الطوعية للدول والأفراد والمنظمات .

والصندوق الإستئماني مستقل عن المحكمة ويلعب دورا مزدوجا . إذ يمكن أن تطلب منه المحكمة الإسهام في تطبيق أحكام جبر الأضرار التي تصدر ضد المتهمين . كما يمكن أيضا أن يستخدم المساهمات التي يتلقاها في تمويل مشروعات لصالح الضحايا²، وقد تأسس مجلس للمديرين³ لكي يتمكن الصندوق الإستئماني من ممارسة نشاطه .

في الختام ، نلاحظ أن المادة 75 من النظام الأساسي لا تجعل من المحكمة هيئة قضائية تبت في دعاوي مدنية تتقدم بها الضحايا ، وتبقى على الأسس الموضوعية للنتيج والمحكمة موكولة ومحصورة بيد المدعي العام فقط ، دون اعتبار الضحايا أطرافا قائمين بدعوى مدنية ، ولا أطرافا فحسب .

التوقعات والتحديات

إن التحديات المنوطة بجعل الفقرات الشرطية القانونية ، المتعلقة بمشاركة الضحية والتعويض أمام المحكمة الجنائية الدولية ، بمثابة حقيقة واقعة هي تحديات ضخمة ، وتعتبر مسألة كيفية معالجة توقعات الضحايا أمرا حاسما للغاية ، لا سيما أنه قد من الضروري التوضيح

¹ انظر المادة 93-1 انظر المادة 109-2 .

² البند 50 من لائحة المحكمة

³ (الأعضاء الحاليون للمجلس هم : السيدة اليزابيث رين من فنلندا ، السيد يولغا التانغريلمن منغوليا ، السيدة بيتي كاري مورونجي من كينيا ، السيد إدوارد وبيتر اوليون قوميس من كولومبيا والسيدة فيرا فيكي فرييرقا من لاتفيا .

ومع تقدم المحكمة الجنائية الدولية في القضايا القبلية الأولى ، سيتم ، بشكل مؤكد ، توسيع القانون الجنائي الدولي في هذا المجال ، وكذلك في مجالات أخرى : يعود الأمر إلى الأطراف غير الحكومية ، الدول الأطراف والمحكمة ذاتها للتأكد من الأسس التي يتم إرسالها في النصوص القانونية تلي تطلعات صانعيها .

المراجع

. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

. اتفاقية فيينا للمعاهدات الدولية

. اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية .

. النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا .

. أحمد أبو الوفا المحكمة الجنائية الدولية .

. اتفاقية منظمة الأمم المتحدة .

مقدمة:

ذهب جانب كبير من الفقه الدستوري¹ إلى القول بأن النظام البرلماني، هو النظام الذي يقوم على ثنائية الجهاز التنفيذي-رئيس الدولة، ورئيس الوزراء- وعلى التوازن والمساواة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية. فالسلطة التنفيذية موعلة في القدم، لذا لا يهمننا في هذا البحث التطور التاريخي الذي مرت به إلا بالقدر الذي يلامس موضوع البحث عندما ظهر البرلمان، وأصبح يشاركها أو ينفرد عنها بأمر من أمور الدولة كوضعه للتشريع مثلاً.

لذا فإن نشأة البرلمان كانت في إنجلترا- وهي أيضاً قديمة جداً-، فأصله يرجع إلى المجالس الاستشارية التي كان ملوك الإنجليز يكوّنونها لاستشارتهم في أمر من أمور الدولة، ثم يقومون بحلها أو إلغاء انعقادها، وفقاً لإرادتهم الخاصة، فلا يمكن لأي من هذه المجالس أن يعترض على إدارة الملك.

إلا أن التحولات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي عرفت إنجلترا أثرت على هذه المجالس وعلى الدور الذي تقوم به، فتحوّلت تدريجياً إلى مجالس نيابية تتمتع ببعض الاختصاصات المحلية، ولن كان الملك يجوز له أن يقوم بحلها في أي وقت.

فنشأة البرلمان في إنجلترا كانت بطيئة وثابتة امتدت عبر قرون ومحطات سياسية متعددة لا يمكن الوقوف عليها في بحث وجيز كهذا الذي بين أيدينا، وإنما سنشير فقط إلى الأسس التي تميز هذا النظام، وهي ثنائية الجهاز التنفيذي، ثم التوازن، والتعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية.

السؤال كأحد وسائل الرقابة البرلمانية على عمل الحكومة

د. الداه محمد إبراهيم

جامعة الزيتونة

كلية القانون/ بني وليد

¹- د. بشير علي محمد باز: حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية 2004 ص 32.

- د. عبد الغني بسويوني: النظام السياسي 1991 ص 28.

- د. ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري والمطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 2008، ص 282-283.

- د. مصطفى أبوزيد فهمي: مبادئ الأنظمة السياسية، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، 2009، ص 160.

- د. حسين عثمان محمد عثمان: القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 414.

- محمد رفعت عبدالوهاب وحسين عثمان محمد عثمان: النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص 327.

- د. الداه محمد إبراهيم: رئيس الوزراء، بحث منشور في مجلة الحق، التي تصدر عن كلية القانون/ بني وليد العدد الأول، 2014.

فثنائية الجهاز التنفيذي تعني وجود رئيس دولة ورئيس وزراء، فالأول في ظل هذا النظام غير مسئول سياسياً، ومن ثم فلا يمارس سلطات فعلية، وإنما (يسود ولا يحكم)، أي أن سلطاته شرفية وأدبية فقط.

أما الوزارة- ورئيسها - فإنها هي التي يقع على عاتقها أعباء الحكم باعتبارها المحور الرئيسي للسلطة التنفيذية في ظل النظام البرلماني، ومن ثم فإنها مسئولة أمام البرلمان سواء كانت هذه المسؤولية تضامنية أو فردية.

فالمسؤولية التضامنية - أو الجماعية - تقضي بأن تكون الوزارة مسئولة بكاملها أمام البرلمان عن السياسة العامة التي تتبعها، ويجب أن تتال تأييده لتلك السياسة، وفي حالة اعتراضه وعدم موافقته على هذه السياسة فإن ذلك يعني سحب الثقة منها وسقوطها¹.

أما المسؤولية الفردية فإنها تتعلق بوزير بعينه، وعن تصرفاته في وزارته وتؤدي إلى سحب الثقة منه دون باق أعضاء الوزارة.

وفي ما يخص التوازن والتعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية - الذي أشرنا إليه سابقاً - فإنه نابع من أن النظام البرلماني لا يفصل فصلاً مطلقاً بين هذه السلطات، ولا يدمج بينها، وإنما جعل علاقتهما قائمة على التعاون والتوازن بحيث يجوز لكل منهما أن تتدخل في مجال يخص الأخرى دون أن يؤثر ذلك على هذه العلاقة.

ومن مظاهر هذا التوازن والتعاون تدخل السلطة التنفيذية في مجال واختصاص السلطة التشريعية، فتقوم باقتراح القوانين، ومناقشتها، والتصويت عليها، وإصدارها، بالإضافة إلى إصدارها للقرارات التنظيمية، أو المنفذة للقوانين.

أما تدخل السلطة التشريعية في مجال نظيرتها التنفيذية فيظهر في إصدار القرارات الفردية في بعض الحالات التي تدخل أصلاً في اختصاص السلطة التنفيذية، كالترخيص الصادر من البرلمان لأحد الوزراء في عقد قرض- مثلاً.

أما التوازن بين هاتين السلطتين، فمن مظاهره أن رئيس الوزراء، أو الوزراء قد يتم اختيارهم من بين أعضاء السلطة التشريعية خاصة في الدول التي تأخذ بمبدأ الجمع بين عضوية البرلمان والحكومة²، وهذا ما يكفل حقهم في حضور جلسات البرلمان، والاشتراك في مداولاته، والتصويت،

مما يتيح للوزارة فرصة للدفاع عن سياستها أمام البرلمان في حين أن للسلطة التشريعية الحق في توجيه الأسئلة والاستجابات لنظيرتها التنفيذية، وأن تسحب الثقة منها.

وهكذا فإن للسلطتين التشريعية والتنفيذية وسائل يجوز لكل منهما أن تمارسها في وجه الأخرى للمحافظة على هذا التعاون والتوازن.

فوسائل السلطة التنفيذية تتمثل في الآتي:

لك السلطة التنفيذية الحق في دعوة البرلمان الانعقاد، ورفع جلساته.

يجوز للوزراء دخول البرلمان وشرح سياستهم أمامه.

يجوز للسلطة التنفيذية حل البرلمان والدعوة إلى إجراء انتخابات جديدة كلما كانت الظروف تستدعي ذلك.

تساهم السلطة التنفيذية في عملية التشريع من خلال اقتراح القوانين والتصديق عليها، وإصدار اللوائح المنفذة لها.

أما وسائل السلطة التشريعية اتجاه السلطة التنفيذية فتتمثل كذلك في الآتي:

يجوز للسلطة التشريعية أن توجه للحكومة الأسئلة والاستجابات.

يجوز للسلطة أن تسحب الثقة من الحكومة سواء كانت فردية أو جماعية.

تتمتع السلطة التشريعية بحق تشكيل لجان تحقيق، أو مراقبة لعمل الحكومة.

تلك هي بعض وسائل الضغط المتبادلة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية التي تنص عليها الدساتير عادة، لا أن ممارستها في الوقت الحاضر أصبحت ضعيفة جداً، لأسباب لا يسمح المجال لذكرها.

ومع ذلك يظل البرلمان يقوم بوظائف أساسية أهمها:

الوظيفة التشريعية المتمثلة في وضع التشريعات أو تعديلها، أو إلغاؤها، ثم الوظيفة الرقابية التي تتبع له رقابة عمل الحكومة ومحاسبتها إذا تطلبت الأوضاع ذلك.

ولما كان البرلمان يمثل الشعب، ويعبر عن إرادته، فإن دوره التشريعي قد تراجع في العصر الحديث، فاقترصر في معظم الأحوال على الموافقة على التشريعات المعدة من قبل السلطة التنفيذية، لأن هذه الأخيرة تتمتع بسلطة لائحية تكاد تغطي المجال التشريعي بكامله¹، وبذلك يكون البرلمان

1- د. رمزي الشاعر: الإيديولوجيا التحريرية وأثرها في الأنظمة السياسية، مجلة العلوم الإدارية، ص 28، 2 ديسمبر 1975 ص 432.

1- بشير علي محمد باز نحل المجلس النيابي... المرجع السابق ص 36-2.

2- د. فتحي فكري: جواز الجمع بين العضوية البرلمانية والوظائف والأنشطة الأخرى دراسة مقانة، دار النهضة العربية، 1994 ص 11.

أداة في يد الحكومة يصدق على مقترحاتها ، ولا يملك هامشا واسعا في المبادرة الخاصة بالتشريع.

وتأكيداً لتراجع دور البرلمان في مجال التشريع تشير إحدى الإحصائيات إلى أن 95% من القوانين الصادرة عن البرلمان الإنجليزي ، و 90% من التشريعات الصادرة عن الكونغرس الأمريكي ، و 75% من القوانين الصادرة من البرلمان الألماني - البند ستاج - مصدرها السلطة التنفيذية¹.

فتراجع الدور التشريعي للبرلمان أمر واقع ، وتزايد دور السلطة التنفيذية في مختلف الأنظمة السياسية المعاصرة مسألة متفق عليها ، لأن وظائف الدولة تطورت ، وتنوعت ، فاعتمدت على وسائل التقنيات الحديثة ، والتخصص الدقيق ، فاختلطت التقنيات بالسياسية إلى حد أدى إلى عجز البرلمان أو معظم أعضائه عن فهم العديد من المشاريع الفنية التي تعدها الحكومات.

فمشاهد التطور الذي طرأ على وظائف الدولة هو السبب في ضعف البرلمان ، وتعاضد دور السلطة التنفيذية ، أو بعبارة أخرى ، الحكومات لم تسعى في كل الأحوال - عدى دول العالم الثالث - إلى بسط نفوذها وتقويتها ، ولم يتخلى البرلمان عن وظيفته التشريعية ، وإنما الظروف هي التي أجبرت السلطة التنفيذية على التدخل في كل الأنشطة بوسائلها المختلفة ، فأفسح البرلمان المجال لها حتى تقدم ما هو مطلوب من مشروعات القوانين اللازمة لتنفيذ سياساتها ، وذلك تحت رقابته ، وعلى مسئوليتها .

وعلى ذلك تكون الرقابة البرلمانية لا تهدف إلى وضع عراقيل أمام الحكومة أو أضعاف حركتها أثناء ممارستها لعملها ، وإنما تهدف إلى توجيه الحكومة وإبلاغها موقف الرأي العام من سياساتها ، ثم التحقق من مدى قيامها بعملها على الوجه المطلوب ، ومحاسبتها على أي تقصير ، أو أي انحراف يتعلق بذلك العمل .

وإذا كانت الوظيفة التشريعية للبرلمان أصابها نوع من التراجع كما أشرنا سابقاً ، فإن وظيفته الرقابية قد تضاعفت الحاجة إليها ، وذلك ما يستوجب وجود برلمان واعي وقوي يستطيع ممارسة هذه المهمة باقتدار وحزم وبقطة .

¹ - د. مدحت أحمد يوسف غنائم : وسائل البرلمانية على أعمال الحكومة في النظام لبرلماني ، المركز القومي للإصدارات القانونية 2011 ص 3 .

ولم يكن السؤال الوسيلة الوحيدة لرقابة الحكومة ، وإنما توجد وسائل أخرى ، كالتحقيق ، والاستجواب ، وطلب الإحاطة ، وطلب المناقشة ، يجوز للبرلمان ممارستها أثناء رقبته لعمل الحكومة .

إلا أن هذا البحث سيتناول السؤال كوسيلة برلمانية لرقابة عمل الحكومة . وقد اتبعنا في هذا البحث المنهج الوصفي والمقارن ، حيث التركيز على الحقائق العلمية ثم تحليلها ، واستخلاص النتائج .

وسنتاوله وفقاً للخطة التالية:

أولاً- تعريف السؤال وتاريخ ظهوره .

ثانياً- أنواع السؤال .

ثالثاً- أركان السؤال .

رابعاً - شروط قبول السؤال .

خامساً - الإجابة عن السؤال .

أولاً- تعريف السؤال وتاريخ ظهوره

تبينت التعريفات الفقهية للسؤال باعتباره أحد وسائل رقابة البرلمان لعمل الحكومة فكان بعضها موجزاً ، والآخر واضحاً ، ومنها ما كان وافياً ، والآخر لم يحدد جميع جوانب التعريف .

كما أن السؤال ظهر في تاريخ معروف ومكان معلوم ، وذلك ما سيتم بيانه على النحو التالي:

تعريف السؤال:

تعددت التعريفات الفقهية للسؤال ، ومنها ، أنه : توجيه واستيضاح إلى أحد الوزراء بقصد الاستفسار عن أمر من الأمور التي تتعلق بأعمال وزارته أو بقصد لفت نظر الحكومة إلى أمر من الأمور ، أو إلى مخالفات حدثت بشأن موضوع ما¹ .

وهذا التعريف قد بين موضوع السؤال ، والموجه إليه ، ولكنه لم يتطرق إلى مقدم السؤال .

وعرف السؤال بأنه : استفسار عن أمر لا يعلمه العضو - النيابي - للتحقق من حصول واقعة وصل علمها إليه ، أو للوقوف على ما تعتزمه الحكومة في أمر من الأمور² .

وهذا التعريف أشار إلى موضوع السؤال ، ومقدمة ، لكنه لم يتطرق إلى الموجه إليه ولم يقل بالتصال موضوع السؤال بعمل الوزارة¹ .

¹ - د. رمزي الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستوري بدار النهضة العربية 1983 ص 355 .

² - سامي عبد الصادق : أصول الممارسة البرلمانية ، د. ت. ص 37 .

كما عرف السؤال بأنه: تقصى عضو البرلمان من وزير مختص أو من رئيس الحكومة عن حقيقة أمر معين خاص بأعمال الوزارة أو الحكومة ككل² ويبدو من هذا التعريف أنه بين طرفي السؤال : مقدمه ، والقدم إليه، ومع ذلك فقد حصر موضوعه في التقصى عن حقيقة أمر ما وهذا ليس صحيحا في كل الأحوال ، إذ يجوز أن يكون السؤال يهدف إلى معرفة ما إذا كان حدوث واقعة بعينها صحيحاً أم لا، كما قد يكون هدفه معرفة توجه الحكومة في أمر معين .

وعرفه البعض الآخر بأنه : طلب استعلام أو إيضاح مقدم من البرلمان³ .

Les questions ont des demandes de renseignements ou des exposés
Formulés par un parlementaire

وهذا التعريف قد بين موضوع السؤال ، وأشار إلى مقدمه دون المقدم إليه، لكن إشارته إلى موضوع السؤال ناقصة ، إذ لم يبين اتصاله بنشاط الحكومة. وعلى ذلك فإن تعريف السؤال يجب أن يكون شاملا لطرفيه ، أي أن يتضمن مقدم السؤال ، والموجه إليه ، ثم الموضوع المتعلق به. لذا فإن السؤال إجراء يقضي بأن يقوم العضو البرلماني باستفسار الوزير المختص أو غيره من أعضاء الحكومة، حول أمر معين يدخل في نطاق الوزارة ، أو السياسة العامة للحكومة.

ب- تاريخ ظهور السؤال :

تعد انجلترا المهد الحقيقي للنظام البرلماني ، ولها يرجع ظهور السؤال كوسيلة من وسائل الرقابة البرلمانية على عمل الحكومة ، فكان أعضاء البرلمان يلجؤون إلى الأسئلة أكثر من اللجوء إلى الاستجابات .

وقد بدأ السؤال شفويا عندما وجه أحد أعضاء مجلس اللوردات الإنجليزي سؤالا إلى الوزير الأول بتاريخ 1721.2.9 ، ثم ظهر في مجلس العموم عام 1783.

¹ - د. إيهاب زكي سلام : الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني دكتوراه ، كلية الحقوق ، القاهرة ، 1982 ، ص 27 .

² د. زين بدر الدين فراخ : السؤال كوسيلة من وسائل الرقابة البرلمانية ، دار النهضة العربية ، 1991 ، ص 10
³ - Marcel preLot. g. bouLouis. instpoL...et droit cons...paris. 1980. P. 336.

وكانت الأسئلة حينها قليلة ، لأنها كانت استثناء ، من القواعد العامة في التحدث في المجلس النيابي¹.

وقد ظهر السؤال في جدول أعمال مجلس العموم في عام 1835² ، ثم بدأت بعد ذلك القواعد التي تحكمه تظهر بصورة تدريجية ، وأصبح أسلوبا منتظما من أساليب الرقابة البرلمانية اعتبارا من عام 1869 ، وبعد ذلك ظهرت الأسئلة المكتوبة عام 1902 .

وفي فرنسا فإن ظهور السؤال الشفوي يرجع أساسا إلى العرف البرلماني، في حين ظهر السؤال المكتوب لأول مرة في لائحة الجمعية الوطنية عام 1909 ثم في لائحة مجلس الشيوخ عام 1911 .

ولم يرد السؤال في أي دستور من الدساتير الفرنسية باستثناء دستور 1958 الذي نص عليه في المادة (48) ، ويخصص يوما في الأسبوع لأسئلة البرلمان وردود الحكومة عليها.

ويقر بعض الفقهاء³ بأن إدراج السؤال في متن الدستور الفرنسي لعام 1958 ، راجع إلى أن أعضاء البرلمان في ظل الجمهوريتين الثالثة والرابعة ، كانوا يلجؤون إلى استخدام السؤال قليلا ، ويفضلون اللجوء إلى الاستجابات ، وذلك ما دفع إلى إدراجه في صلب الدستور .

يضاف إلى ذلك أن تخطيط جلسة كاملة في الأسبوع للإجابة عن الأسئلة الشفوية يجعل الحوار بين أعضاء البرلمان والحكومة أكثر حيوية من الحوار المكتوب، إذ يشارك الجميع فيه ، فيسمح لهم بمعرفة ما يدور في المجلس النيابي .

وبما أن الاستجابات قد أختفى في ظل دستور 1958 ، فكان الاعتناء بالسؤال حتى يتمتع بقيمة الرقابة الفعلية للتعويض عن تلك التي يتمتع بها الاستجابات .

ثانيا - أنواع السؤال:

يقسم السؤال باعتباره وسيلة لرقابة عمل الحكومة إلى نوعين: السؤال المكتوب ، والسؤال الشفوي . وسنتناولهما على النحو التالي :

أ - السؤال المكتوب :

السؤال المكتوب هو ذلك الذي تكون الإجابة عنه كتابة¹ ، ويقوم هذا السؤال على قاعدة أن مقدمه يعبر ويفصح عن رغبته في أن تكون الإجابة مكتوبة، وذلك بحضور الوزير المعني بالإجابة عنه

¹ - د. زين الدين فراخ : المرجع السابق ، ص 26 .

² - د. زين الدين فراخ : المرجع السابق ، ص 26 .

³ - د. زين الدين فراخ ، المرجع السابق ص 26

وبذلك تكون الفائدة أعم وأشمل من الحالة التي تكون فيها الإجابة عن السؤال شفوية .

4- أن يكون السؤال قد وجه بين أدوار انعقاد البرلمان :
يتميز السؤال المكتوب عن نظيره الشفوي بأنه يجوز أن يوجه فيما بين أدوار انعقاد البرلمان، ومن ثم تكون الإجابة عنه مكتوبة ، أي أن السؤال يمكن أن يوجه في حالة عدم انعقاد البرلمان ما دام هذا الأخير لم تنته مدته التشريعية ، أو يحل .

5- وجود أسئلة متبقية لم يرد عليها حتى انتهاء دور انعقاد البرلمان :
إذا كان دور انعقاد البرلمان قد انتهى وما زالت بعض الأسئلة الموجهة إلى الوزير المختص، أو إلى الحكومة لم يتم الرد عليها ، فمن الجائز إمكانية الرد عليها في أدوار انعقاد البرلمان الموالية¹ ، بشكل مكتوب ، والبعض الآخر يكتفي بالإجابة عنها شفويا ، وأحيانا تسقط نهائيا سواء كانت مكتوبة أو شفوية²

ب - السؤال الشفوي :

السؤال الشفوي هو الذي تكون الإجابة عنه شفوية ، ولا يترتب عليه التصويت بالثقة على الحكومة ، كما يتطلب حضور الوزير المسؤول للجلسة المقررة للإجابة عنه .

وبما أن هذا النوع من الأسئلة لا يثير مسألة الثقة بالحكومة فإن ذلك كان سببا في اللجوء إليها بكثرة من قبل النواب ، وقبوله أكثر من الحكومات للرد عليه .

وينقسم السؤال الشفوي من حيث مناقشته والإجابة عنه إلى سؤال شفوي بسيط ، وسؤال شفوي مع المناقشة ، كما ينقسم أيضا من حيث وقت الإجابة إلى سؤال شفوي عادي ، وسؤال شفوي عاجل .
وسنبين تلك الأنواع من الأسئلة على النحو الآتي :

1 - السؤال الشفوي البسيط والسؤال الشفوي مع المناقشة :

السؤال الشفوي البسيط :

تقتصر العلاقة في السؤال الشفوي البسيط بين السائل والمسئول ، فيقدم النائب سؤاله ، سواء بذكر رقم سؤاله كما هو الحال في إنجلترا ، أو بالقائه في تقيتين ، كما حصل في الجمعية الوطنية

وعلى الجهة المعنية -البرلمان - أن تدرجه وتصنفه في إطار الأسئلة المكتوبة إلا أنه في بعض الأحوال قد لا يعبر ويفصح مقدم السؤال عن هذه الرغبة ، لكن تكون الإجابة عن سؤاله مكتوبة ، وذلك ما يثير التساؤل عن الحالات التي تكون الإجابة عن السؤال كتابة ؟ .

هناك حالات خمس تكون الإجابة فيها عن السؤال كتابة وهي :

1- أن يطلب مقدمه أن تكون الإجابة مكتوبة :

يجوز لأي نائب برلماني أن يطلب من الحكومة التي قدم لها السؤال أن تكون الإجابة مكتوبة ، ولذلك فإن الأسئلة في إنجلترا تقسم إلى نوعين :سؤال منجم ، وآخر غير منجم ، فالأول هو الذي تكون إجابته مكتوبة ، فتوضع عليه نجمة لتمييزه عن الثاني الذي تكون إجابته شفوية . وفي فرنسا فإن مقدم السؤال عليه أن يحدد رغبته في نوع الإجابة عند تقديمه للسؤال ، ومن ثم تكون الإجابة حسب رغبته ، فإذا أرادها شفوية تكون كذلك ، وإذا أراد العكس يكون الأمر كذلك .

2- أن يكون غرض السؤال الحصول على بيانات :

عند ما يكون مقدم السؤال يريد أو يرغب في الحصول على بيانات معينة وأرقام محددة لها علاقة بمسألة معينة تكون الإجابة مكتوبة ، لأن ذلك يحقق فائدة أكبر ، من تلك التي تحققها الإجابة الشفوية .

وبما أن الحصول على الأرقام والبيانات يتطلب وقتا طويلا -أحيانا - فإن الجواب المكتوب يساعد الجهات المعنية في تجميع وترتيب تلك المعلومات ، وذلك لا يتناسب مع الإجابة الشفوية ، خاصة إذا كانت تلك البيانات من الأمور التي لا ترغب الدولة في الكشف عنها للجمهور والرأي العام .

3- أن يكون السؤال متعلقاً بأمور محلية .

من الوارد أن يكون السؤال يتعلق بأمور محلية متباينة ومتعددة ، ومتشعبة ، وأن تكون الإجابة عنها شفويا مدعاة للنقص أو عدم تلبية الرغبة المطلوبة، لذا من الأحسن الإجابة عن السؤال كتابة لأن ذلك يتيح للوزير المختص فرصة في تجميع كل الأمور والمسائل بطريقة تفصيلية ومنقنه ، ثم يقدمها لصاحب السؤال .

¹-د. مدحت أحمد غنايم : وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحومة سرجع سابق ص140

²-GeanLouis quermonne: Le gouv ernement de La France sous La republique.paris.1983.p.330

¹-د. مدحت أحمد غنايم : وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحومة المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة- 2011، ص 133 .

السؤال الشفوي العادي :

السؤال الشفوي العادي هو الذي لا يحمل صفة الاستعجال ، ومن ثم فلا وجود لضرورات استثنائية تمنع من خضوعه للإجراءات العادية التي يميز بها السؤال من حيث وقت تقديمه ، أو الإجابة عنه .

فهذا السؤال يقدم إلى البرلمان في المدد الزمنية العادية التي تنص عليها اللوائح البرلمانية ، ثم يبلغ الوزير المختص في مدة محددة للإجابة عنه ، كما تتم برمجته في جدول أعمال الجلسة البرلمانية المقررة لمناقشته .

السؤال الشفوي العاجل :

هذا النوع من الأسئلة يقدمها العضو النيابي من أجل الحصول على بيانات أو معلومات مستعجلة ، ومن ثم فإنه لا تتبع في تقديمه الإجراءات العادية لتقديم السؤال .

وقد اختلفت الدول في الإجراءات المتبعة في تنظيم الأسئلة العاجلة ، ففي إنجلترا فإن القاعدة العامة تقضي بأن يقدم السؤال وجوباً إلى المجلس النيابي قبل يومين من الجلسة المخصصة للإجابة ، من أجل إبلاغ الوزير المعني لتحضير الإجابة عنه ، وأن يدرج في جدول أعمال المجلس النيابي .

إلا أنه في بعض الأحوال الاستعجالية يجوز أن يقدم السؤال (بيوم واحد) من يوم الجلسة المقررة للإجابة عنه .

والسؤال الشفوي العاجل في إنجلترا يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

أن يقدم (بيوم واحد) على الأقل من اليوم الذي يريد فيه النائب الحصول على الإجابة ولخطر رئيس المجلس ، والوزير المعني بالإجابة .

أن يضع النائب على سؤاله علامة نجمة ، ويبين فيه صفة الاستعجال .

أن يقدم السؤال إلى رئيس المجلس النيابي حتى يتأكد من تحقق صفة الاستعجال ومن الأهمية العامة التي تأسس عليها تقديم السؤال .

ويجوز لرئيس المجلس النيابي إذا تبين له عدم تحقق حالة الاستعجال رفض السؤال وتحويله إلى سؤال عادي ، والإجابة عنه كسؤال عادي وليس كسؤال استعجالي .

وفي فرنسا فإن السؤال الشفوي العاجل قد أقرته الجمعية الوطنية عام 1969¹.

¹ -1958- Patrick Nguyen: Levolution des questions parlementaires de puis.

- أحمد غنيم، المرجع السابق ص 151 .

الفرنسية² ، أو خمس دقائق كما هو متبع في مجلس الشيوخ الفرنسي ، ثم يرد الوزير المختص ، أو من يمثل الحكومة على السؤال .

وهذا السؤال يقيم نوعاً من الحوار الثنائي بين النائب مقدم السؤال والوزير المعني بالإجابة عنه ، لأنه لا يجوز لبقية أعضاء البرلمان التدخل ، لا في المناقشة ولا بالتعليق ، أو لإجابة ، لذا فإن المبدأ العام يقضي بنهاية السؤال الشفوي عند الإجابة عنه ، كما هو السائد في إنجلترا وفرنسا .

وبما أن السؤال قد تنتشعب الإجابة عنه أحياناً ومن ثم تكون غير مقبولة لمقدمه رغم نهاية الوقت المحدد له ، فإن البرلمان الإنجليزي وجد لهذا الوضع حلاً وذلك بخلق <السؤال

بالإضافة> ، الذي يتيح للنائب المزيد من طرح الأسئلة بشرط أن تكون مرتبطة بالسؤال الأصلي ولا تخرج عن جوهره .

وقد استقرت التقاليد البرلمانية الإنجليزية أن يقدم النائب سؤالاً إضافياً ، وأن يجيب عنه الوزير المختص بصورة فورية .

وقد تأثرت فرنسا بالوضع في إنجلترا ، فأخذت بالسؤال الشفوي الإضافي فترة من الزمن ، إلا أنها تخلت عنه وألغته لاحقاً .

السؤال الشفوي مع المناقشة :

يتميز السؤال الشفوي مع المناقشة بأنه أوسع نطاقاً من السؤال الشفوي دون مناقشة ، ذلك أنه يسمح للعضو مقدم السؤال ولغيره من أعضاء البرلمان المشاركة في نقاشه ، أي أنه يتيح لعدد أكثر من أعضاء البرلمان التدخل ومناقشة موضوع السؤال ، وبذلك تكون العلاقة فيه لا تقتصر على مقدمه والوزير المختص بالإجابة عنه . وهذا النوع من الأسئلة لم تعرفه إنجلترا .

وفي ظل الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام 1958 بذلت الجمعية الوطنية الفرنسية جهوداً لتطوير هذا النوع من الأسئلة حتى يفضي إلى التصويت ، وأن يكون بديلاً عن الاستجواب ، إلا أن المجلس الدستوري أقر بعدم دستورية ما ذهبت إليه ، واعتبره مخالفاً للدستور¹ .

وظل البرلمان - خاصة الجمعية الوطنية - الفرنسي متمسكاً بالسؤال الشفوي مع المناقشة رغم العزوف عنه بشكل تدريجي ، إلى أن ألغى من لائحة الجمعية الوطنية في عام 1994² .

2- السؤال الشفوي العادي والسؤال الشفوي العاجل :

¹ - د. منحت أحمد غنيم : وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة ، مرجع سابق ص 146

² -1994- p87- Michel AmelLer: L'Assemblée Nationale paris.

من كل خميس ، وأن لا يكون للوزير المعني علما مسبقا بها ، وأن يكون وقت الحديث مقسم بين الكيانات السياسية دون أن يتساووا فيه .

ومما سبق يتبين لنا التطور الملحوظ للسؤال الذي يعبر عن البحث عن وسيلة أفضل لرقابة البرلمان على أعمال الحكومة .

ثالثا - أركان السؤال :

تتمثل أركان السؤال في العناصر التالية : موجه السؤال ، والموجه إليه ، وموضوع السؤال .

وستتناول هذه الأركان على النحو التالي :

أ - موجه السؤال :

إذا كان السؤال أحد وسائل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة ، فإنه يجوز لأي عضو برلماني أن يوجهه إلى أحد أعضاء الحكومة ، أو إلى رئيسها .

فالبرلمان هو الذي يمثل الشعب ، ويعبر عن إراداته ، ومن ثم يملك حق مساءلة الحكومة كلما تحققت أسباب ذلك .

وفي إنجلترا يحق لجميع النواب سواء كانوا من مجلس العموم أو مجلس اللوردات توجيه الأسئلة رغم تفاوت أهمية المجلسين ، فأسئلة مجلس العموم تتمتع بأهمية عالية في الرقابة على الحكومة ، لأنه منتخب من قبل الشعب ومن ثم فهو الذي يصوت على القوانين ، وعلى الميزانية العامة للدولة ، كما يستطيع إسقاط الحكومة .

أما مجلس اللوردات فإن دوره ضعيف جدا في هذا المجال ، لكن ذلك لا يمنعه من حق توجيه السؤال إن أراد .

وفي فرنسا فقد استقر الوضع منذ عام 1947 على حق النواب في طرح الأسئلة وذلك إثر اتفاق بين الجمعية الوطنية ومجلس الجمهورية (مجلس الشيوخ حاليا) ، على أن تكون الأسئلة الشفوية أو الكتابية تقدم من نائب واحد وذلك ما نصت عليه المادة (133) من لائحة الجمعية الوطنية بأن (الأسئلة الشفوية تقدم من أحد النواب) ، كما أن المادة (139) من نفس اللائحة والمتعلقة بالأسئلة المكتوبة تحيل في تحرير الأسئلة وتقديمها إلى المادة (133) السابقة ، وهو ما يعني أن السؤال المكتوب أو الشفوي يقدم من نائب واحد

ب - من يوجه إليه السؤال :

وأطلقت عليه اسم (الأسئلة الحالة Les questions d'actualité) ومن تم تقضي المادة (138) من لائحة الجمعية الوطنية من أن الأسئلة الحالة تقدم إلى رئيس المجلس قبل ساعتين من اجتماع الرؤساء على أكثر تقدير ، وأن تحرر بإيجاز

علما بأن الرؤساء يجتمعون كل أسبوع يوم الثلاثاء عند الساعة (5) ، وهو ما يتيح الفرصة للنواب من أن يقدموا أسئلتهم العاجلة عن الأمور المستعجلة .

كما تقضي المادة (138) من لائحة الجمعية الوطنية بأن توجه الأسئلة الحالة - العاجلة - إلى الوزير الأول للإجابة عنها بنفسه أو يختار من ينوب عنه من أعضاء حكومته ليجيب عليها .

وتسجل هذه الأسئلة في جدول ، أعمال الجلسة المحددة للأسئلة الشفوية متروك لمؤتمر الرؤساء ، ثم تكون الإجابة عنها في الساعة الأولى من الجلسة حسب الأسبقية ، وأن تكون إجابة الوزير المختص موجزة .

كما أن للنائب موجه السؤال الحق في الحديث مدة (دقيقتين) على الأكثر ، وعند غيابه لا يطرح السؤال في الجلسة .

إلا أن الأسئلة الحالة تم العدول عنها نتيجة لأسباب لا يسمح المجال بذكرها ، وهو ما أدى بالبرلمان الفرنسي بالأخذ بأسلوب آخر من الأسئلة أطلق عليها اسم (أسئلة إلى لحكومة Les questions au gouvernement) التي ظهرت بعد انتخابات مايو 1974 .

وأسئلة الحكومة تقدم إلى رئيس المجلس النيابي قبل ساعة من بداية الجلسة المخصصة للإجابة عنها ، فيفحصها ويتحقق من توفر شروطها ، وعندئذ تخطر الحكومة بذلك في أول جلسة دون أن تعرف موضوع السؤال إلا وقت جلوسها ، ثم تستعد للإجابة عنه¹ .

وقد حددت الساعة الأولى من جلسة يوم الأربعاء لمناقشة هذا النوع من الأسئلة ، ثم قسمت هذه الساعة مناصفة بين الأغلبية والمعارضة ، مما أتاح لهذه الأخيرة أن تتحدث بالتساوي مع الأغلبية ، مع مراعاة الإيجاز سواء في طرح السؤال وفي الرد عليه .

وبعد الإجابة عن السؤال لا يجوز التعقيب عليه سواء بالنسبة لمقدمه أو لبقية أعضاء المجلس .

كما عرفت فرنسا نوعا آخر من الأسئلة يطلق عليها (أسئلة الفحص Les questions criables) ، التي ظهرت في أبريل عام 1989 ، ولم تنظم بلائحة ، وإنما تقوم على أساس اتفاق بين الحكومة ومكتب الجمعية الوطنية بالسماح للنواب بتقديم أسئلتهم إلى الوزراء خلال ساعة واحدة

¹ DiLer maus:Etudes sur Laconstitution de La vRepubLique.paris.1990.p237-

موضوع السؤال هو كل نشاط تقوم به الحكومة بصورة جماعية أو فردية . وعلى ذلك يجوز للنائب باعتباره يمثل الشعب ، ويعبر عن إدارته أن يتناول بالسؤال تلك الأنشطة مادام يوجد مبرراً ، لذلك . فالسؤال يتناول جميع الأنشطة التي تدخل في اختصاص الوزراء ، سواء كانت سياسية ، أو اقتصادية ، أو إدارية ، أو ثقافية ، لأن أهمية السؤال لا تتبع منه هو في حد ذاته ، وإنما تتبع من كونه وسيلة رقابية يمارسها البرلمان على الحكومة لتحسين أدائها ، وتقويم مسلكها ، ومعاقبته حسب الأحوال .

رابعاً- شروط قبول السؤال :

هناك شروط متعددة يجب أن تتحقق في السؤال حتى ينتج أثره ، ويكون مؤثراً في الرقابة على أعمال الحكومة ، وهذه الشروط منها ما هو الشكلي ، ومنها ما هو موضوعي .

أ-الشروط الشكلية لقبول السؤال :

الشروط الشكلية لقبول السؤال هي :

1- أن يكون مكتوباً :

لا يقدم السؤال إلا مكتوباً سواء كان شفويًا أو مكتوباً ، فالسؤال الذي يقدم شفويًا لا يعتد به في معظم الأحوال ، كما هو الحال في بعض اللوائح البرلمانية كفرنسا - مثلاً¹ .

فكتابة السؤال مسألة ضرورية لضمان عدم التغيير فيه إذا طرح في الجلسة المختصة للإجابة عنه ، ذلك أن رئيس المجلس النيابي ترد إليه العديد من الأسئلة في اليوم ، ومن ثم لا يعقل من الناحية العملية أن تكون كلها أو معظمها شفوية ، ولأن ذلك يتطلب فحصها لمعرفة مدى توفير

الشروط المطلوبة في الأسئلة الشفوية ، وهو ما يؤدي إلى إهدار الوقت

فالكتابة شرط لإثبات السؤال ، وأي تغيير فيه من قبل النائب بعد تقديمه أو طرحه قد يعرضه لعدم الإجابة عنه ، خاصة إذا طرأ عليه تغيير جوهري ، أو اختلاف واضح بين ذلك الذي أعلن للوزير ، وذلك المعروض للإجابة عنه في الجلسة .

2-الإيجاز :

يجب أن يكون السؤال موجزاً ، وأن يقتصر على المسائل التي يراد الاستفهام عنها . وشرط الإيجاز في السؤال مستمد من التقاليد البرلمانية الإنجليزية² ، حيث تقضي بأن تصاغ الأسئلة بشكل موجز ، لأن ذلك يساعد على وضوحها ، وعدم تشعبها .

السؤال يوجه إلى الحكومة ممثلة في رئيس مجلس الوزراء ، أو أحد الوزراء الذين يتعلق السؤال بنشاط وزارته ففي إنجلترا فإن الأسئلة توجه أساساً إلى الوزير المختص ، كما توجه إلى رئيس الوزراء .

أما فرنسا فإن السؤال يوجه إلى الوزير الذي يتعلق السؤال بنشاط وزارته أو إلى الحكومة ، فلا يوجه إلى أحد مجالس المجلس ، أو رئيسه ، ولا إلى إحدى لجانه .

وفي هذا المقام قد يثار السؤال التالي : هل يجوز توجيه السؤال الواحد إلى عدد معين من الوزراء؟ القاعدة العامة في إنجلترا تقضي بأن السؤال يوجه إلى وزير واحد ، ثم يجيب عنه ،

لكن السؤال قد يكون يتعلق بنشاط أكثر من وزارة ، أو أن يكون موجه لا يعرف بصورة واضحة أي من الوزارات هي المختصة بموضوع السؤال .

في هذه الحالات يكون الحل على النحو التالي :

إما أن يوجه السؤال إلى الوزير الأقرب اختصاصاً من موضوع السؤال ، أو يترك الأمر إلى الوزراء أنفسهم حتى يقرروا أي منهم له القدرة على الإجابة على السؤال .

وفي الحالات التي يوجه فيها السؤال إلى وزير غير مختص ، فإن الوزارة تحوله إلى وزير مختص ويخطر موجه السؤال بذلك ، كما يخطر به المجلس النيابي كذلك .

وفي فرنسا فإن الفقه يجمع على أن السؤال يوجه إلى وزير واحد¹ ، وأنه لا يجوز توجيهه في وقت واحد إلى أكثر من وزير لأن ذلك يعد بمثابة (استجواب للحكومة) .

وعندما يكون السؤال يتعلق بنشاط وزارات متعددة يمكن أن يوجه إلى الوزير الأول باعتباره يمثل الحكومة كافة .

ومع ذلك فإن بعض الفقهاء² ، يقر بأن مكانة توجيه السؤال إلى أكثر من وزير بغض النظر عما إذا كان السؤال له علاقة باختصاص كل منهم ، أو كان العضو النيابي يجهل الجهة المختصة بالإجابة عنه .

وهذا الرأي مردود بنص المادة (133) من لائحة الجمعية الوطنية التي تقضي بأن السؤال يقدم من أحد النواب إلى أحد الوزراء ، وذلك يعني عدم تقديمه إلى أكثر من وزير .

ج - موضوع السؤال :

¹ - DUVEGER : Les systeme PoLitique francais.1955.P.395

² - Pierre:pactet :institutions poLitiques et droit constitutionnel.paris.1994.p. 462

¹ - د. إيهاب زكي سلام :الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية...المرجع السابق ص 49

² - د. إيهاب زكي سلام : الرقابة السياسية...المرجع السابق ص 52 .

وتضمنت لإثقة الجمعية الوطنية الفرنسية هذا الشرط ، إذ نصت المادة (133) على أن (الأسئلة الشفوية يجب أن تحرر بإيجاز ، وأن تحدد العناصر الضرورية التي تشملها) .

وهذه الصيغة وردت في المادة (12) من تعليمات مكتب الجمعية الوطنية في لائحة الجمعية المعدلة في عام 1994 ، ثم نصت عليه المادة (74) من لائحة مجلس الشيوخ الفرنسي .

1- سلامة العبارة :

ويعني هذا الشرط أن يكون خاليا من العبارات النابية ، وأن لا يتناول الأشخاص بذواتهم ، أو المساس بهم أو بأمورهم الخاصة .

وفي إنجلترا فإن الأسئلة التي تتضمن خدشا أو استهزاء بالآداب العامة لهذا الشعب يتم رفضها من قبل مجلس العموم¹ .

وذلك ما أقرته لائحة الجمعية الوطنية الفرنسية التي لا تجيز أن يتعرض السؤال إلى الأشخاص بذواتهم ، وإنما إلى نشاط الحكومة .

ب- الشروط الموضوعية لقبول السؤال :-

يجب أن يتوفر في السؤال شروطا موضوعية من أجل أن يكون مقبولا ، ويتسنى للحكومة الإجابة عنه .

ومن أهم هذه الشروط ما يلي :

1- أن يتعلق بأمر له أهمية عامة :

وهذا الشرط يعبر عن جوهر وظيفة البرلمان الرقابية ، ذلك أن السؤال يجب أن يتعلق أساسا بنشاط الحكومة ، لأن ذلك يحقق المصلحة العامة ، ومن ثم يجب ألا يتناول المصالح الخاصة للأشخاص ، سواء كان ذلك يتعلق بمقدم السؤال ، أو غيره في أعضاء البرلمان .

وإذا كان من الضروري تناول المصالح الشخصية فيجب أن يكون في أضيق الحدود.

وفي إنجلترا فإن السؤال يجب ألا يخرج عن التقاليد البرلمانية المعروفة التي تتميز لغتها بالتهذيب واحترام مؤسسات الدولة ، وعدم اتخاذ النائب بسؤاله اتجاها خاصا ، ولما تتجه الأسئلة إلى الطابع العام¹ .

¹ - د. إيهاب زكي سلام : الرقابة السياسية ... المرجع السابق ص 53 .

وهذا الشرط لم يرد في لوائح الجمعية الوطنية ، ولا مجلس الشيوخ ، وإنما دأبت عليه الأعراف البرلمانية الفرنسية .

2- ألا يكون السؤال يتعلق بأمر معروض أمام القضاء :

لا يجوز أن يكون موضوع السؤال يتعلق بمسألة ، أو أمر معروض أمام القضاء ، وذلك احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات ، وهو المبدأ الذي ظهر في إنجلترا قبل غيرها من الدول الأخرى .

فأي موضوع معروض أمام القضاء ، أو مازال خاضعا للتحقيقات القضائية لا يجوز أن يكون محل السؤال ، لأن ذلك يعد من باب تدخل إحدى السلطات في مجال الأخرى .

وفي فرنسا فإن التقاليد البرلمانية لا تسمح بأن يتضمن السؤال أي موضوع معروض أمام البرلمان ، فقد قدم في مجلس النواب الفرنسي في جلسة 10 يونيو في عام 1919 سؤالاً له علاقة بقضية معروضة أمام المحاكم ، فقرر المجلس قفل النقاش وعدم الدخول في صلب الموضوع احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات².

3- عدم نقل عبارات السؤال من الصحف أو أن يكون تكراراً للشائعات :

لا يجوز أن يكون موضوع السؤال عبارة عن بعض الاقتباسات الواردة في الصحف والمجلات ، أو تردّدا لبعض الشائعات .

فالصحف في بعض الأحوال قد لا تتوخى الدقة في نقل المعلومات ، وقد تكون غير محايدة تتحاز أو تميل إلى طرف سياسي دون غيره ، ومن ثم من الوارد أن تمارس نوعاً من الضغوط من خلال ما تنشره عن جهة سياسية لصالح جهة أخرى ، وذلك - قد يكون - سبباً في عدم شرعية السؤال المنقول من الصحف ، وهذا ما ينطبق على الشائعات وبعض المجلات.

4- ألا يتضمن السؤال مساساً برئيس الدولة :

رئيس الدولة يعتبر الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية في جميع الأنظمة السياسية ملكية أو جمهورية ، بغض النظر عما إذا كان يمارس سلطات فعلية ، أم شرفية وأدبية ، وعليه فلا يجوز أن يكون محل السؤال في البرلمان .

ولذلك فإن التقاليد البرلمانية الإنجليزية تقر باحترام ملكها ، وعدم ذكر اسمه في الأسئلة البرلمانية ، وذلك ما دأبت عليه التقاليد البرلمانية الفرنسية .

خامساً - الإجابة عن السؤال :

السؤال باعتباره وسيلة من وسائل البرلمان في مراقبته للحكومة لا يظهر أثره إلا بعد الإجابة عنه .

¹ - د. إيهاب زكي سلام : الرقابة السياسية ... المرجع السابق ، ص 53

² - د. رمزي الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ص 355 .

وهذه الإجابة تتطلب اتخاذ بعض الإجراءات منها ما هو سابق على الإجابة عن السؤال ، ومنها ما هو خاص بالجلسة المخصصة للإجابة عنه .

وسنبين ذلك على النحو التالي :

أ- الإجراءات السابقة على الإجابة عن السؤال :

بما أن النائب هو الذي يقوم بتقديم السؤال فيجب أن يكون الوزير المختص بالإجابة على علم بالسؤال في وقت معين من أجل الإعداد له ، سواء كان ذلك السؤال شفويا ، أو كتابة ، ثم إدراج السؤال في جدول الجلسة المخصصة للإجابة .

1- إبلاغ الوزير المختص بالسؤال :

لاشك أن إبلاغ الوزير المعني بالإجابة عن السؤال من أهم إجراءات الإجابة فالإبلاغ يتيح للوزير إعداد الإجابة بشكل جيد ، وشامل لكل جوانب السؤال ، بغض النظر عما إذا كان شفويا ، أو كتابي ، أو كان الوزير هو الذي يقوم بالإجابة بنفسه أمام المجلس النيابي ، أم يرسلها كتابه إلى رئيس المجلس ، فيبلغها هذا الأخير إلى مقدم السؤال .

ويبلغ الوزير بالسؤال الأصلي فقط دون السؤال الإضافي ، لأن هذا الأخير قد يظهر أثناء مناقشة السؤال الأصلي دون أن يعد له مسبقا ، وبعد إجابة الوزير ، ومن ثم فلا يحتاج أن يبلغ عنه .

وتأخذ النظم السياسية خاصة في إنجلترا وفرنسا مبدأ إبلاغ الوزير المختص بالإجابة عن السؤال ، وبالجلسة المقررة لعرض السؤال .

2- إدراج السؤال في جدول الأعمال :

إذا اكتملت شروط وأركان السؤال ، وإبلاغ الوزير المختص بالإجابة ، فلا بد من إدراج السؤال في جدول أعمال الجلسة المخصصة للإجابة ، فهذا التسجيل إشارة مرور لتهيئة السؤال للإجابة عنه . وإذا كان السؤال المكتوب لا يثير إشكالا في هذا المقام ، فإن الأمر يختلف إلى حد ما بشأن السؤال الشفوي خاصة في فرنسا ، إذ أن جلسات الأسئلة الشفوية تنظم من قبل مؤتمر الرؤساء ، الذي يتكون من (رئيس الجمعية الوطنية ، ونواب الرئيس ، ورؤساء اللجان الدائمة ، ورؤساء المكونات السياسية ، وأحد ممثلي الحكومة) .

وكذلك الحال في مجلس الشيوخ الفرنسي ، فمؤتمر الرؤساء هو المعنى أيضا بتسجيل الأسئلة الشفوية في أعمال الجلسة المخصصة للإجابة عنها وهذه الأسئلة تمثل الأولوية في جدول الأعمال.

كما يجوز لمؤتمر رؤساء البرلمان الفرنسي ضم العديد من الأسئلة التي تتناول مواضيع متقاربة ، والإجابة عنها مرة واحدة .

ب - الإجراءات الخاصة بجلسة الإجابة عن السؤال :

تتمثل الإجراءات الخاصة بجلسة الإجابة عن السؤال في المسائل التالية :

1 - وقت السؤال :

يقصد بوقت السؤال الفترة الزمنية المحددة من قبل البرلمان لعرض السؤال داخل المجلس النيابي للرد عليه ، وفي ذلك تباين ، فبعض المجالس البرلمانية تخصص وقتا محددا للأسئلة في كل جلسة من جلسات البرلمان ، والبعض الآخر يحدد هذا الوقت بشكل دوري ، وذلك بتخصيص جلسة كل أسبوع ، أو شهر للإجابة عن السؤال ، والآخر لا يقر بالجلسة المحددة ، وإنما يمارسها في أي جلسة برلمانية .

وهذا ما سنفصله على النحو التالي :

• - تخصيص وقت معين للأسئلة في كل جلسة برلمانية :

يعد هذا الأسلوب من الأساليب السائدة في النذل البرلمانية ، خاصة انجلترا مهد هذا النظام ، إذ يخصص المجلس ساعة كاملة للأسئلة في بداية كل جلسة من جلسات الأسبوع التي تصل إلى (أربع جلسات) أيام : الاثنين ، والثلاثاء ، والأربعاء ، والخميس ، عند الساعة الثانية والنصف إلى الساعة الثالثة والنصف ، ومن الجائز زيادة الوقت بقليل إذا تبقى سؤالاً أو أكثر دون الإجابة عنهما .¹

ومن فوائد هذا الأسلوب الاستمرار في الأسئلة البرلمانية في جميع جلسات البرلمان مما يجعل رقابته على الحكومة مستمرة ، وأن تظل هذه الأخيرة مستعدة للإجابة في أي وقت .

• - عدم تخصيص وقت للأسئلة في كل جلسة برلمانية :

يأخذ هذا الأسلوب بعدم تخصيص ، أو تحديد وقت معين للأسئلة ، لا في بداية جلسات البرلمان ولا في نهايتها ، وإنما يحدد جلسة كاملة للأسئلة إما في كل أسبوع ، أو كل شهر² .

ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب فرنسا ، وذلك عبر مراحل سياسية متفاوتة من تجربتها البرلمانية ، ففي ظل الجمهورية الثالثة حدد وقت الأسئلة بنصف الساعة الأولى من الجلسة فاعترض النواب على ذلك ، وطالبوا بأن تتخلل الأسئلة كل وقت الجلسة ، لكن استقر الأمر على أن يكون وقت الأسئلة في بداية الجلسة أو في نهايتها .

وفي ظل الجمهورية الرابعة - 1946 - تم تخصيص وقت محدد للأسئلة وهو جلستين في الشهر ، يحددها مؤتمر الرؤساء .

¹ - د. مدحت أحمد غنايم : وسائل الرقابة البرلمانية ، المرجع السابق ، ص 220 .

² - د. مدحت أحمد غنايم : المرجع السابق ، ص 223 .

أما دستور الجمهورية الخامسة الصادر عام 1958 ، فإنه لم يستقر على وقت محدد للأسئلة والإجابة عنها إلا ابتداء من عام 1964 ، حيث تم تحديد جلسة واحدة أسبوعياً للأسئلة والإجابة عنها ، على أن يحدد مؤتمر الرؤساء ذلك الوقت بيوم الأربعاء بعد الظهر ، أو الجمعة بعد الظهر .

وفي مجلس الشيوخ الفرنسي يتحدد وقت الأسئلة حسب المادة (77) من لائحته الداخلية التي خصصت يوم الجمعة للأسئلة والرّد عليها ، و بإمكانية مؤتمر الرؤساء أن يحدد يوم الثلاثاء - كاستثناء - لجلسة الأسئلة والرّد عليها .

وفيما يتعلق بالأسئلة الحالة أو العاجلة فلا تخضع للقواعد السابقة ، وإنما تخصص لها ساعة في جلسة يوم الأربعاء بعد الظهر .

2- غياب أحد طرفي السؤال :

قد تتعدد الأسباب المؤدية إلى غياب أحد أطراف السؤال عن الجلسة المخصصة للإجابة عن السؤال ، وأهم حالات الغياب، غياب موجه السؤال ، ثم غياب الموجه إليه . وستحدث عنهما باختصار على النحو التالي :

* - غياب موجه السؤال :

تأتي أهمية السؤال من الإجابة ، سواء كانت تلك الإجابة من الحكومة أو من الوزير المختص ، فإذا كان السؤال شفوياً فإن حضور النائب موجه السؤال مطلوب حتى يتلقى الإجابة من الوزير المختص .

وفي حالة عدم حضوره قد تؤول الإجابة إلى جلسة أخرى ، وقد يشطب السؤال من جدول جلسات الردود ، ومن ثم يكون كأن لم يكن .

ففي إنجلترا عندما يغيب موجه السؤال عن بداية الجلسة ، فإن لرئيس المجلس إرجاء السؤال إلى غاية نهاية الجلسة، قبل الساعة (الرابعة إلا ربع) ثم ينادى به ، وفي حالة غيابه كلية يجوز أن يقدمه من ينوبه من أعضاء البرلمان أو تأجيله إلى الجلسة الموالية .

وفي فرنسا فإن المبدأ العام هو حضور موجه السؤال للجلسة المخصصة للإجابة عن السؤال وإلا كان محل شطب ، إلا أن المادة (137) من لائحة الجمعية الوطنية أقرت لموجه السؤال الشفوي إذا تعذر حضوره أن ينوب أحد النواب لتلقي الإجابة عنه ، وأن يعقب عنها .

وهذه القاعدة يأخذ بها مجلس الشيوخ الفرنسي ، (م 18 فقرة 3 ص لائحته)، إلا أن الإنابة لها شروط وردت في القرار البرلماني رقم (1066) الصادر عام 1958 وهي :

- مرض أو حادث أو ظرف عائلي خطير .

أن يكون النائب في مهمة مؤقتة بتكليف من الحكومة .

في حالة انعقاد البرلمان لدور تشريعي غير عادي والغياب عن العاصمة .

الخدمة العسكرية .

وفي حالة غياب من أنابه موجه السؤال في تلقي الإجابة، يشطب السؤال من جلسة الجمعية الوطنية ، وعلى صاحبه أن يقدمه لاحقاً إن أراد .

وفي مجلس الشيوخ الفرنسي، فإن غياب موجه السؤال، ومن ينوب عنه يؤدي إلى تأجيله، والإجابة عنه في جلسة لاحقة .

* - غياب الموجه إليه السؤال :

إذا غاب الموجه إليه السؤال ، وهو الوزير المختص بالإجابة عنه ، فإن بعض النظم أجازت أن يعين نائباً عنه للإجابة عن السؤال ، والبعض الآخر لم يجز ذلك. ففي إنجلترا فإن المبدأ العام هو حضور الوزير للإجابة عن السؤال في الوقت المحدد لذلك ، وعند حضوره وقت تلاوة السؤال ، فإنه يوجه إليه عند دخوله للمجلس ، أو بعد نهاية قائمة الأسئلة .

أما إذا لم يحضر نهائياً ، ولا يوجد من ينوب عنه فيؤجل السؤال إلى الجلسة الموالية .

وفي فرنسا فإن الجمعية الوطنية لا تسمح للمتغيب عن الجلسة المحددة للإجابة عن السؤال أن ينوب عنه غيره من الوزراء للإجابة عن السؤال ، وإنما تكون الإجابة من الوزير المختص أو من الوزير الأول .

وإذا لم يحضر الوزير نهائياً ، فإن السؤال يؤجل إلى جلسة الأسبوع الموالي، ويخطر رئيس المجلس النيابي الوزير الأول بذلك، وهذا هو نفس الحكم في مجلس الشيوخ ، الذي تقضي المادة (78) من لائحته الداخلية أن غياب الوزير المختص يحول السؤال إلى جدول أعمال أقرب جلسة موالية لطرح الأسئلة الشفوية .

ج - رفض الإجابة عن السؤال :

من الوارد أن يرفض الوزير المختص الإجابة عن السؤال لأسباب متعددة أهمها :-

مقتضيات المصلحة العامة :

إذا كانت مقتضيات المصلحة العامة تقضي بأن يمتنع الوزير المختص عن الإجابة على السؤال الموجه إليه فلا بأس في ذلك ، سواء كان السؤال شفوياً أو كتابة .

وذلك ما استقرت عليه التقاليد البرلمانية سواء في إنجلترا ، أو في فرنسا خاصة في مسائل تتعلق بالدفاع ، أو الأمن الداخلي ، أو المفاوضات التي ترتبط بها الحكومات .

وفي معظم الأحوال فإن البرلمان يتقبل ذلك¹، وإن كانت بعض المعارضة تعتبر ذلك نوعاً من تهريب الحكومات من الإجابة عن الأسئلة المتعلقة بهذه المواضيع.

2- المساس بالأشخاص :

يجوز رفض السؤال، أو عدم الإجابة عنه من الوزير المختص، إذا كان يمس من الآخرين سواء بالتجريح، أو السب أو القذف، أو الإهانة، لأن حرم البرلمان لا يمكن أن يكون مجالاً لتصفية الحسابات الشخصية .
ولذلك فإن المساس بالآخرين يعد مانعاً من موانع قيود السؤال في فرنسا، وانجلترا فما بالك بالرد على ذلك .

3- الاستحالة المادية :

قد يتمتع الوزير المختص بالإجابة عن سؤال معين لاستحالة الإجابة، إذ قد يسأل النائب عن بيانات ومعلومات تقادم عليها الزمن، ومن ثم لم تستطع الجهات المعنية الحصول عليها.

4- السرية :

والسرية تعد من أسباب امتناع الوزير عن الإجابة على السؤال ، ذلك أنه قد يكون يتعلق بأمر غاية في السرية، لا يجوز نشرها، أو الكشف عن خبرها، ومن ثم يتمتع الوزير عن الإجابة.

د- تأجيل الإجابة عن السؤال :

من الجائز أن تؤجل الإجابة عن السؤال، وتحديد جلسات أخرى للإجابة عنه، لكن من له الحق في طلب تأجيل الإجابة ؟ ، وما هي مدة تأجيلها ؟ .

للإجابة عن تلك الأسئلة تبينت الدول حولها ، ففي انجلترا يجوز للنائب أن يطلب تأجيل الإجابة عن سؤاله إلى جلسة أخرى بشرط أن يكون الطلب قدم قبل الساعة الثالثة والنصف من اليوم الذي قرر فيه طلب التأجيل ، لأن هذا الوقت مخصص أصلاً لنهاية الأسئلة.

أما في فرنسا فإنه يجوز تأجيل الإجابة عن السؤال إلى الجلسة الموالية التي قدم فيها السؤال (137) من لائحة الجمعية الوطنية ، وأن يوضع على رأس قائمة الأسئلة المراد الرد عنها .

أما مدة التأجيل فإن القاعدة العامة في انجلترا تقضي بحق النائب أن يحدد جلسة الردود على سؤاله بجلسة اليوم الموالي مباشرة ، أو بعده بأسبوع أو نحوه .

وفي فرنسا فإن الإجابة عن السؤال تؤجل إلى الجلسة الموالية ، لكن الدستور قد أقر بجلسة واحدة للأسئلة كل أسبوع ، مما يعني أن مدة التأجيل لا يمكن أن تكون أكثر من أسبوع .

¹ د . إيهاب زكي سلام : الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية...المرجع السابق ص 63 .

خامساً - الإجابة عن السؤال :

إذا اكتملت الإجراءات السابقة على إجابة - التي تحدثنا عنها سابقاً - السؤال ، فإنه يبدأ الوقت المخصص لطرحه على الوزير المختص ، إذ يقوم مقدمه بتلاوته ، ثم يجيب عنه الوزير مباشرة . ويجوز للبرلمان التدخل في طريقة تقديم السؤال من الناحية الفنية دون المساس بجوهرة ، فقد يحذف بعض العبارات أو يضم بعضها إلى البعض الآخر حتى لا تنتشعب الإجابة ، أو تتركز على أمور جانبية تستغرق الوقت المحدد دون التطرق إلى الجوهر ، أو المرور به سريعاً .
وفي انجلترا فإن رئيس المجلس النيابي هو الذي ينادي باسم مقدم السؤال ، ورقم سؤاله ، واسم الوزير المختص بالإجابة ، ثم يبدأ هذا الأخير في إجابته عن السؤال في حدود (5) دقائق .
ولذا كانت هناك ضرورة لتمديد الوقت فإنه في كل الأحوال يجب ألا يتجاوز (عشر دقائق) شاملة لتلاوة السؤال والرد عليه .

وفي فرنسا فإن الأمر يختلف حسب نوع السؤال ، فإذا كان السؤال شفويًا مع المناقشة فإن رئيس الجلسة ينادي على موجه السؤال لتلاوته في حدود (عشر دقائق إلى عشرين دقيقة) كحد أقصى .
أما السؤال الشفوي بدون مناقشة فإن تلاوته لا تتجاوز (دقيقتين) . وفي كل الأحوال عند ما تنتهي تلاوة السؤال تبدأ إجابة الوزير عنه .

وفي مجلس الشيوخ الفرنسي فإن رئيس المجلس هو الذي يذكر السؤال ورقم إيداعه ، واسم مقدمه وموضوعه بشكل موجز ، ثم ينادي باسم الوزير المختص بالإجابة .

كما تقضي لائحة الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بحق النائب في التعقيب على إجابة الوزير .
فإن كان السؤال شفويًا مع المناقشة ، جاز لبعض النواب المسجلة أسماؤهم المشاركة في التعقيب على ردود الوزير ، أو الحكومة ، وإن كانت الأولوية لموجه السؤال .

أما إذا كان شفويًا دون مناقشة ، فإن التعقيب على إجابة الوزير تقتصر على موجه السؤال فقط .

وفي ختام هذا البحث تتضح أهمية السؤال في رقابة عمل الحكومة ، إذ يعتبر نوعاً من الرقابة المستمرة على النشاط الحكومي فيتيح للبرلمان إمكانية رصد التجاوزات ، والإخلالات التي تعترض عمل الحكومة ، فليفت نظرها لتلافى الثغرات ، ومعالجة الأخطاء ، ثم معاقبتها إذا تمادت في سياساتها .

إلا أن أهمية السؤال في رقابة عمل الحكومة يرتبط بالوعي السياسي للنواب ومدى قناعتهم بجذواه كوسيلة جدية لهذه الرقابة ، ثم تعاون الحكومة مع البرلمان أثناء ممارسة الرقابة ، فلا تماطل برغبات البرلمان ولا يسرف هذا الأخير في أسئلته .

فممارسة السؤال كوسيلة رقابية على عمل الحكومة يجب أن يظل في حدود الديمقراطية ، وذلك في أن تحترم الأغلبية المعارضة وعدم عرقلة نشاطها في الرقابة ، وأن لا تستخدم المعارضة السؤال كوسيلة دعائية تعرقل به عمل الحكومة .

المنهاج والعولمة التحديات الراهنة على المنهج والتربية

الدكتورة

نسيبة علي محمد موسى

جامعة العلوم الإسلامية العالمية - عمان - الاردن

كلية العلوم التربوية

المنهاج والعولمة التحديات الراهنة

على المنهج والتربية

الملخص

هدفت الدراسة إلى التعرف إلى مفهوم العولمة وأهدافها، وأهم التحديات التي تفرضها العولمة على التربية عامة وعلى المناهج خاصة، كما هدفت إلى اقتراح بعض الحلول لمواجهة مثل هذه التحديات. وقد تحددت مشكلة الدراسة بالتساؤلات التالية:

- ما التطور التاريخي لبدء ظهور مصطلح العولمة وأثر ذلك على العديد من المجتمعات في العالم؟
 - ما واقع ثورة الاتصالات ووسائل التواصل في العالم محلياً ودولياً وأثرها على التربية بصفة عامة والمناهج بصفة خاصة؟
 - ما التوجهات والمحددات الرئيسية للمنهج الدراسي وطرق التدريس في عصر العولمة؟
- وأتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي للإجابة عن أسئلة الدراسة، وقد خرجت الدراسة بتوصيات كان من أهمها مراعاة الديناميكية كأحد السمات الرئيسية للمناهج. كما أشارت إلى ضرورة تطوير المناهج الدراسية، التركيز على كفايات المعلم التي يجب أن يمتلكها.

خلفية الدراسة وأهميتها

التربية في أساسها مجموعة من المناشط الإنسانية الإيجابية والراقية والهادفة والمتجددة والمتواصلة مع متغيرات الحياة وتطورها، فهي عملية تفاعل وتجاوب وعطاء مستمر بينها وبين الإنسان ومن حوله، وإذا جمدت أو توقفت التربية أو تخلفت أو ابتعدت عن ما يطراً من مستجدات فإنها سوف تفقد عاملاً حيوياً من عوامل بقائها وتطورها وتفتعلها مع متطلبات الإنسان وحاجاته المتجددة مع دائرة التقدم التي لا تتوقف من الدوران. ونحن اليوم نعيش زمن الفترات المتتابعة والواسعة في جميع الجوانب تختلف الاتجاهات وفي مقدمتها الجانب التربوي التعليمي الذي تعطيه الدول المتقدمة والأمم المتحضرة قدراً كبيراً من العناية والرعاية لدفع ما لا يقف عند حد، والسبق الذي تحقّقه أي من هذه الدول في الجانب التربوي التعليمي ينعكس على كيانها الداخلي والخارجي نماءً وتفاعلاً وتقدماً. فالتربية والتعليم هما الصرحان الأساسيان للاستثمار الحقيقي للإنسان، وبهما تُعمر الأرض وترتفع وتستقيم حركتها، ومن خلالهما يضع الإنسان تصوراتَه لمنظومته الشاملة والمتكاملة لحركة حياته المتعددة الأطراف لبناء حياته⁽¹⁾

(والعصر الذي نعيش فيه يسمى عصر المعلومات أو عصر تكنولوجيا الاتصال، وتتمثل هذه التكنولوجيا في استخدام الكمبيوتر، وتعدّ الإنترنت أداة هامة في عملية التحول إلى عصر تكنولوجيا الاتصالات، وتكنولوجيا المعلومات وأحد ملامحه الأساسية، لا تقتصر استخدام الكمبيوتر في قضايا الاتصال فحسب بل هناك العديد من استخدامات الكمبيوتر في العملية التعليمية. ومن هذه الاستخدامات، التعليم المدار بالكمبيوتر، التعليم بمساعدة الكمبيوتر، التعلم بمساعدة الكمبيوتر، التعليم المعتمد على الكمبيوتر، وحل المشكلات بمساعدة الكمبيوتر، وتعلم أنماط التفكير بالكمبيوتر، وإدارة عملية التعليم والتعلم بالكمبيوتر وغيرها من تعريفات سواء وردت في اللغة العربية أو اللغات الأجنبية الأخرى. إن الأسلوب الأكثر شيوعاً هو الاستخدام الشمولي والتعلم التكامل بالكمبيوتر وهذا يتم من خلال الإنترنت والبريد الإلكتروني سواء داخل حجرة الدراسة أو خارجها⁽²⁾).

كما أضافت بنجر في مقالتها التي قدمت في مؤتمر الملتقى الثقافي الرابع أن التغيير يعد سمة من سمات الكون كله، فالثبات هو الشيء الوحيد الذي لا وجود له، ولا يوجد مجتمع ثابت

¹ عبد الرزاق، إبراهيم (2002). التربية والتعليم في زمن العولمة: منطلقات تربوية للتفاعل مع حركة الحياة. قطر: مجلة التربية.

² عزيز، نادي كمال (2001). الإنترنت وعولمة التعليم وتطوره. قطر: مجلة التربية العدد 133.

لا يطاله التغير في نواحيه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. والمناهج الدراسية ليست بمنأى عن هذه التغيرات، فهي محصلة لمجموعة من القوى والمؤثرات الاجتماعية السائدة في المجتمع والتي تتسم بالديناميكية والحركة، فمن الطبيعي أن تكون الديناميكية هي إحدى سمات المناهج.⁽¹⁾

ولن عملية تطوير المناهج الدراسية تعد مفتاحاً لتطوير العملية التعليمية التربوية كافة بل إن أهميتها تفوق أهمية التطوير في أي جانب من جوانب الحياة لأنها تستهدف إعداد إنسان المستقبل، وتكوين شخصيته تكويناً شاملاً متكاملًا. ومن هنا كانت ضرورة مواكبة المناهج لمتغيرات العصر وتحدياته. وتتمثل هذه التحديات في ثورة الاتصالات والمعلومات، وعولمة الاقتصاد والسياسة التي شهدتها العالم مؤخراً والتي أدت إلى تغييرات ثقافية وقيمة واجتماعية تزداد كل يوم وتثيرها وتأثيرها على كل مجتمعات العالم، وتشكل إحدى أهم التحولات والتغيرات التي أثرت وتؤثر في تشكيل مجتمع القرن الحادي والعشرين، ومن ثم معالم وتوجهات المؤسسات التعليمية والعلمية والثقافية فيه. إذن ما مواصفات متعلم المستقبل؟ وما هي الدعائم التي تركز عليها تربية هذا المتعلم؟ إن عصرنا الحاضر بحاجة إلى متعلم يتصف بأنه: مؤمن، مفكر، و منتج، يستطيع توظيف المعارف⁽²⁾.

أما الدعائم التي تركز عليها تربية هذا المتعلم، فقد حددتها الهيئة الدولية للتربية في القرن الحادي والعشرين المنبثقة عن منظمة اليونسكو عام 1996م على النحو التالي: نتعلم لنكون - نتعلم لنعرف - نتعلم لنعمل - نتعلم لنعيش معاً.

وفي إطار ما سبق يمكن تحديد الدور المتوقع من المناهج الدراسية والذي يتمثل في تطوير عناصر المناهج الدراسية بحيث تشمل تطوير كل من الأهداف، والمحتوى، وطرائق التدريس ووسائل وتكنولوجيا التعليم، والتقويم التربوي بما يواكب التغيرات الحادثة مع الحفاظ على الثوابت الأصيلة.

ويمثل المنهج الدراسي نظاماً فرعياً من نظام رئيس أكبر هو التربية، ومن ثم ينعكس عليه كل ما يصيب التربية من متغيرات، وكل ما يمتد إليها من آثار حيث أنها تعتبر نظاماً فرعياً لنظام

¹ بنجر، خيرية (2007)، مقالة في مؤتمر الملتقى الثقافي الرابع بجامعة الملك سعود، بعنوان تطوير المناهج والتحديات الراهنة.

² طعيمة، رشدي أحمد (2000)، مناهج التعليم العام في ظل العولمة القاهرة: مجلة التربية والتعليم، العددان السابع عشر والثامن عشر.

كلي أشمل هو المجتمع. والمنهج الدراسي فوق هذا كله هو المؤسسة المنوط به ترجمة الفلسفة التربوية إلى أساليب تدريس وإجراءات تأخذ طريقها ليس إلى المدرسة فقط بل إلى حجرة الدراسة. ومما لا شك فيه أن كلمة المنهج يحفها الكثير من الغموض، ولما يتفق رجال التربية على تحديد معناها. والملاحظ أن تطور مفهوم المنهج قد سار جنباً إلى جنب مع تطور مفهوم التربية متأثراً في ذلك بعوامل عدة: الفلسفة السائدة في المجتمع، الحاجات القومية والاجتماعية والاقتصادية للمجتمع، التقدم العلمي والصناعي، المفاهيم والنظريات النفسية المتعلقة بطبيعة الإنسان وأساليب تعليمه وتعلمه. وتلك العوامل لا تعمل منفصلة بعضها عن بعض بل أنها تتفاعل معاً تفاعلاً عضوياً مستمراً بحيث إذا تغير أحدها أثر في سائر العوامل¹.

ومن هنا برز تساؤل هام وهو: ما دور المناهج وطرق وأساليب التدريس في مراحل التعليم العام التي تساعد الفرد على التعامل مع مظاهر العولمة بشكل فعال، من خلال امتلاك المهارات التي تهيئ له أفضل سبل العيش مع مفاهيمها وتبعاتها؟

وتأتي هذه الدراسة للإجابة عن الأسئلة التالية:

- ما التطور التاريخي لبدء ظهور مصطلح العولمة وأثر ذلك على العديد من المجتمعات في العالم؟
 - ما واقع ثورة الاتصالات الحادثة في العالم محلياً ودولياً وأثرها على التربية بصفة عامة والمناهج بصفة خاصة؟
 - ما التوجهات والمحددات الرئيسية للمنهج الدراسي وطرق التدريس في عصر المعلوماتية؟
- أولاً: مفهوم العولمة والتطور التاريخي لهذا المصطلح وأثرها على المجتمعات

العولمة: Globalization

الحقيقة أن مفهوم العولمة ما زال يكتفه الغموض، بسبب حداثة، وتعدد العمليات التي تندرج تحت مظلة اقتصادية وسياسية وثقافية واجتماعية. لذا سيتم التطرق إلى تعريفات العولمة فيما يلي:

أولاً: مفهوم العولمة من الناحية اللغوية اللفظية:

¹ محمد، أماني (2006). المنهج المدرسي والعولمة، مقالة استرجعت بتاريخ 2010/4/18 من: <http://www.shatharat.net/vb/showthread.php?t=9183>

متعددة الجنسيات والمنظمات العالمية، وهي ليست أكثر من حركة جهنمية تتطلق بسرعة وتخطف في طريقها الآمال والأحلام^(١).

ويرى جاردنز Gardenz العولمة على أنها تقوية للعلاقات الاجتماعية ذات النطاق العالمي والتي تربط المواقع العديدة المتباعدة بطريقة يكون فيها تشكل الأحداث التي تقع محلياً متأثراً بالأحداث التي تقع في مناطق بعيدة والعكس بالعكس^(٢).

وتذكر هالة مصطفى أن الذهن عندما يطلق لفظ العولمة، ينصرف إلى أحد معنيين : الأول، جعل الشيء على مستوى عالمي، أي نقله من حيز المحدود إلى آفاق اللامحدود، واللامحدود هنا تعني العالم كله. والثاني، تعميم الشيء وتوسيع دائرته أو بعبارة أكثر دقة تعميم نمط من الأنماط الفكرية والسياسية والاقتصادية الذي تختص به جماعة معينة أو نطاق معين أو أمة معينة على الجميع أو على العالم كله^٣.

ويشير "عبد الإله بلقزيز" إلى تلازم معنى العولمة Globalization في مضمار الإنتاج والتبادل المادي والرمزي مع معنى الانتقال من المجال الوطني أو القومي إلى المجال الكوني^٤.

ويفضل إسماعيل صبري عبد الله بتسمية العولمة باسم الكوكبة ويراها الترجمة الصحيحة للاسم الإنجليزي للظاهرة وهو Globalization وهو مشتق من Globe بمعنى الكرة. والمقصود بها هنا الكرة الأرضية، الكوكب الذي نعيش على سطحه، وتقابل العالم وهو World، والكون وهو Universe، وكلمة العالم تعني البشرية والنسبة إليها توحي بمشاركة الناس جميعاً في انتشار الظاهرة محل الدراسة. والمقصود هنا بالكوكبة هو التداخل الواضح لأدوار الاقتصاد والاجتماع

تعود كلمة العولمة في ترجمتها الحرفية إلى كلمة Mondialisation الفرنسية، وكلمة Globalization الإنجليزية، والتي تعني بالمعنى الاقتصادي جعل الشيء على مستوى عالمي، أي نقله من المحدود المراقب إلى اللامحدود الذي ينادى عن كل مراقبة. والمحدود هنا هو أساساً الدولة القومية، التي تتميز بحدودها الجغرافية، والمراقبة الصارمة على مستوى التبادل التجاري والتعرفة الجمركية. أما اللامحدود، فالمقصود العالم (أي الكرة الأرضية والفضاء الكون)^١.

ويشير (الجابري) إلى أن العولمة في معناها اللغوي بأنها: تعميم الشيء وتوسيع دائرته ليشمل العالم كله^٢.

وتعني العولمة في معجم "بيستر" إكساب الشيء طابع العالمية وذلك يجعل امتداد الشيء أو العمل به يأخذ الصفة العالمية (إبراهيم، 2003: م، ص 260) (٣)

ويشير طرابيشي أنه إذا كانت الألفاظ تدل على معانيها فليس للعولمة مهما اختلفت التأويلات سوى مدلول واحد: صيرورة العالم واحداً^(٤).

ثانياً: تعريفات أخرى للعولمة

يعرفها أوليفيه دولجوس بأنها: تبادل شامل إجمالي بين مختلف أطراف الكون يتحول العالم على أساسه إلى محطة تفاعلية للإنسان بأكملها. وهي نموذج للقرية الصغيرة الكونية التي تربط ما بين الناس والأماكن ملغية المسافات، ومقدمة المعارف دون قيود. وهي ليست وليدة للرأسمالية أو السوق، إنها تقنيات الاقتصاد والسياسة والاجتماع والثقافة، وتتجاوز النظم والإيديولوجيات، وتعد تشكيلة متنوعة من الأنظمة والبنى تحدد ممثليها الدول الكبرى والشركات

^١ أبو راشد، عبد الله (1999)، العولمة إشكالية المصطلح ودلالاته في الأدبيات المعاصرة، دمشق: مجلة معلومات دولية. مركز المعلومات القومي في الجمهورية العربية السورية العدد (58).

^٢ الجابري، محمد عابد (1998م)، العولمة والهوية الثقافية - عشر أطروحات - العرب والعولمة، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ط2.

^٣ إبراهيم، شعبان حامد علي (2003م)، أثر استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال (ICT) في تحصيل طلاب الصف الثاني الثانوي لموضوعات بيئية وجيولوجية، واكتسابهم مهارات (ICT) واتجاهاتهم نحوه، وقدرتهم على اتخاذ القرار، القاهرة: ورقة مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي الرابع للمركز القومي للبحوث التربوية والتنمية.

^٤ ساري، حلمي خضر (٢٠٠٣) تأثير الاتصال عبر الإنترنت في العلاقات الاجتماعية، مجلة جامعة دمشق، مجلد ٢٤، عد ١.

^١ أبو راشد، عبد الله (1999)، العولمة إشكالية المصطلح ودلالاته في الأدبيات المعاصرة، دمشق: مجلة معلومات دولية. مركز المعلومات القومي في الجمهورية العربية السورية العدد (58).

^٢ Priestley, Mark (2002). Global discourses and national reconstruction : the impact of globalization on curriculum policy. The Curriculum Journal, Vol.13 NO.1 :121-138.

^٣ مصطفى، هالة (1998م)، العولمة دور جديد للدولة. القاهرة: السياسة الدولية، العدد (134).

^٤ بلقزيز، عبد الإله (1998)، عولمة الثقافة أم ثقافة العولمة، أعمال ندوة العرب والعولمة، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية.

من العرض السابق تبرز ازدواجية دلالة العولمة فهناك الجوانب الموضوعية التي جعلتها تقنيات المعلومات والاتصال تعم الكرة الأرضية. وهناك المشروع الأيديولوجي الذي يحاول تعميم اقتصاد السوق وثقافته على العالم في عملية تتميط أحادي انطلاقاً من مركز النقل المالي والتقني والإعلامي الزاهن المتمثل بأمريكا.

- ففي الاقتصاد، تقوم العولمة على افتراضات الاقتصاد المفتوح، والليبرالية الجديدة التي تعتبر الاقتصاد الحر هو نهاية التاريخ، وتدعيم قيم المنافسة والانتاجية، وقد أقامت العولمة مؤسساتها الاقتصادية التي تكاد تشل حركة الاقتصادية الوطنية، ناهيك عن مؤسسات الأمم المتحدة، وعلى رأسها صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، ومنظمة التجارة العالمية، والتكتلات الاقتصادية الكبرى التي تشمل الشركات المتعددة الجنسية وذلك كله بهدف الوصول إلى سوق بلا حدود.

ولعل أخطر الجوانب التي تخترقها العولمة هو جانب الثقافة، فكتاب العولمة يعبرون صراحة أو ضمناً عن المنهج المدرسي في مواجهة العولمة، وغير ذلك من جوانب الثقافة والعلم والتعليم، وذلك لابد أن تطوّر المناهج لمواجهة هذه الظاهرة ولعمل ذلك لابد أن نقوم بالآتي⁽²⁾:

¹ عبد الرزاق، إبراهيم (2002). التربية والتعليم في زمن العولمة: منطلقات تربوية للتفاعل مع حركة الحياة. قطر: مجلة التربية.
² جبر، سمعد (2005). العولمة وتغيير المناهج في العالم العربي، ورقة بحثية قُمت في ندوة بعنوان العولمة وتغيير المناهج في العالم العربي، استرجعت بتاريخ 20/3/2011
<http://www.bettna.com/articles/t05/s3adgaber/s3wlma.htm>

¹ طعيمة، رشدي أحمد (2000)، *مناهج التعليم العام في ظل العولمة القاهرة: مجلة التربية والتعليم*، العددان السابع عشر والثامن عشر.

وأخيراً هناك عولمة اتصالية تبرز أكثر ما تبرز من خلال البث التلفزيوني عن طريق الأقمار الصناعية، وبصورة أكثر عمقاً من خلال شبكة الإنترنت التي تربط البشر في كل أنحاء العالم، وتدور حول الإنترنت أسئلة كبرى، ولكن من المؤكد أن نشأتها وذيوها وانتشارها أدت إلى أكبر ثورة معرفية في تاريخ الإنسان.

ثانياً: واقع ثورة الاتصالات وارتباطها بالعولمة :

يشهد العالم اليوم تفجراً معرفياً وتدفعاً في عالم المعلومات لم يشهده في أي وقت مضى، بل لقد فاق كل التصورات وتخطى كل التكهّنات. فحجم المعلومات اليوم يتضاعف بخطوات سريعة تجعل طالب العلم يقف أمام سيل عارم من هذه المعلومات والحقائق تفوق كل ما كان يتعرض له أجداده طوال فترة حياتهم. فهناك عشرة آلاف مقالة علمية تأخذ طريقها يومياً إلى النشر كما يصدر مليون كتاب ومليون دورية سنوياً في مختلف دول ولغات العالم¹.

ويشير عبد رب النبي إلى أن الثورة الهائلة في المعلومات قد صاحبها تطور تكنولوجي للتعامل مع هذا الكم الهائل من المعلومات، مما أدى إلى إيصالها وتدفعها إلى كل من يحتاجها بكل يسر وسهولة. كما تعددت صور وأساليب التقنيات التي تستخدم في التعامل مع المعلومات، وكان من أبرزها²:

1- أجهزة الحاسوب مع برمجياتها المختلفة وخاصة الأقراص المدمجة (CD-ROM)

2- الانتشار الواسع لشبكات الاتصال فهناك حوالي (50.000) شبكة في أكثر من (100) دولة، بينما بلغ عدد المستخدمين لشبكة الإنترنت حوالي (50) مليون مستفيد. ويقد معدل النمو في استخدام الإنترنت بحوالي 20% في الشهر. وهناك فجوة كبيرة بين الدول المتقدمة والدول النامية بالنسبة لعدد الشبكات والمضيفات والمستفيدين، وتجدر الإشارة إلى أن (56%) من الروابط موجودة في الولايات المتحدة الأمريكية، (26%) توجد في أوروبا، (16%) في كندا ودول أمريكا الشمالية اللاتينية، (12%) في آسيا والشرق الأوسط، أما الباقي (1%) فيوجد في أفريقيا.

بالأزمة النفسية التي تواجه شعوبنا في هذا العصر الحديث من حيث اضطراب موقفها من الحضارة الأوروبية¹

ويُفرّق طعيمة بين العولمة قديماً وبين العولمة في شكلها المعاصر، حيث أن الشكل الذي ظهرت به العولمة في العقد الأخير، يختلف كثيراً عن الشكل الذي ظهرت به على مدى التاريخ: فهي الآن ذات إيقاع سريع في الانتشار، وهي تغزو مختلف الآفاق الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، وهي تعتمد على ثقافة اتصالية غاية في التطور، وهي تتجلى في نزعة قوة كبرى، أمريكا، للهيمنة على غيرها من الدول، وهي تتحقق بوسيلة تجمع بين الإقناع والإذعان وهي وسيلة الإعلام الحديث الذي يتدفق من الدول الكبرى - خاصة أمريكا - على الدول الصغيرة على غير إرادة منها كثيراً وبالإرادة منها أحياناً². ويخلص الخياري آثار العولمة والتي تدل عليها بوضوح فيما يلي: اقتصاد تتحكم فيه الشركات متعددة الجنسيات، وتبادل تجاري غير متكافئ في الجانبين المادي والرمزي، تقليص أدوار الدولة القومية، والسير في اتجاه إلغاء الحدود بين الدول، ثورة عامة في مجال الإعلام والتربية والاتصال والثقافة المرتبطة بها، شيوخ ثقافة الاختراق التي تسعى لفرض قيم وفكر واتجاهات وأذواق استهلاكية منمطة³.

ويرى أن للعولمة تجليات مختلفة ومتعددة وهي: اقتصادية وسياسية وثقافية واتصالية، أما التجليات الاقتصادية تظهر أساساً في نمو وتعمق الاعتماد المتبادل بين الدول والاقتصادات القومية وفي وحدة الأسواق المالية وفي تعمق المبادلات التجارية، ولتشاء منظمة التجارة العالمية، وهذه التجليات الاقتصادية تبرز بوجه خاص من خلال عمل التكتلات الاقتصادية العالمية، ونشاط الشركات دولية النشاط، والمؤسسات الدولية الاقتصادية كالبانك الدولي وغيره. وهناك تجليات سياسية للعولمة من أبرزها سقوط الشمولية والسلطوية والنزوع إلى الديمقراطية والتعددية السياسية واحترام حقوق الإنسان⁴.

¹ طعيمة، رشدي أحمد (2000)، منهاج التعليم العام في ظل العولمة القاهرة: مجلة التربية والتعليم، العددان السابع عشر والثامن عشر.
² المرجع السابق.

³ الخياري، عبدالله (1998م)، التعليم وتحديات العولمة، الرباط: مجلة فكر ونقد، السنة الثانية، العدد (12).

⁴ يسن، السيد (1999). أنثولوجية العولمة وأبعادها. البحرين: كلية التربية، جامعة البحرين. ندوة مستقبل التربية العربية في ظل العولمة: التحديات والفرص. الصخير. دولة البحرين في الفترة من 2-1999/3/3م.

¹ العبدلي، عبيدي (1997). عام 2000م وما بعدها (الجامعات التخليّة) - البحرين: آفاق العلم والمجتمع. السنة الثالثة، العدد (29)

² عبد رب النبي، عزت (1998). العولمة الاقتصادية: آثارها وطرق التعامل معها، ورقة مقدمة في ندوة العولمة الاقتصادية والاجتماعية: مفهومها - آثارها طرق التعامل معها، الندوة الثقافية الأولى، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، دولة البحرين.

الاتصالات؛ تحدي الأمية الشاملة؛ تحدي الدراسات المستقبلية؛ تحدي تعريب العلوم ومتابعتها؛ تحدي تدفق المعلومات؛ تحدي سياسي اقتصادي. وهكذا تتوالى تحديات العولمة للعملية التربوية التعليمية بصفة عامة وعمليات تطوير وتحديث المناهج بصفة خاصة في سلسلة متكاملة فرضت نفسها وتتطلب جهداً متواصلًا حتى يدرك المعنيون والمهتمون من أهل التربية والتعليم أنهم أمام تحديات لا بد من مواجهتها أو التعامل معها بتخطيط وجدية وعمل دؤوب وتكاتف كل المؤسسات المجتمعية بما يحافظ على الهوية التربوية ويغذيها ويجددتها بشكل دائم ومستمر¹.

وتعتبر المناهج من أهم مكونات النظام التربوي، لأنها تعمل على إكساب الفرد المهارات والمعارف الرئيسة في حياته، وتطرح جبر الجذليات التي طرأت على الساحة الثقافية العربية بشأن تغيير المناهج التربوية في العالم العربي، وهي على النحو الآتي²:

1. اتجاه النزعة التراثية المحافظة الرافض للتغيير؛ إذ يربط رؤيته لذلك في ظل التوقيت الزمني لها المقترن بالضغوطات الأمريكية ومطالبات أروقة القرار الأمريكي بتغيير المناهج العربية، إثر أحداث الحادي عشر من سبتمبر، لأنها تكرس العنف والتطرف وفق الرؤية الأمريكية.

2. الاتجاه الليبرالي الذي يناهز بمنهج تعكس رؤى المجتمع المدني في ظل الديمقراطية، وحرية التعبير والرؤية النقدية الشاملة، وضرورة تغيير صورة المرأة النمطية في المناهج التربوية.
3. اتجاه وسطي يقول: أن ثمة حاجة حقيقية في أي منهج بشري لإعادة النظر فيه بين الحين والآخر، لتقويمه مرحلياً وختامياً، كونه منهجاً يحكمه الواقع والمتغيرات، وما يطرأ من مستجدات.

توجهات مقترحة لتخطيط المناهج:

يبرز من خلال ما سبق عدة سمات للعولمة، وتنشأ عن هذه السمات عدة تحديات تستلزم القيام بعدة إجراءات في عمليات تخطيط المناهج الدراسية حتى يمكننا مواجهة هذه التحديات

¹ جبر، سعاد (2005). العولمة وتغيير المناهج في العالم العربي، ورقة بحثية قُمت في ندوة بعنوان العولمة وتغيير المناهج في العالم العربي، استرجعت بتاريخ 3/20/ 011 <http://www.bettna.com/articals/f05/s3adgaber/s3wlma.htm>

² المرجع السابق

3- أجهزة التلفزيون وسعة انتشارها في العالم حيث يقدر أن هناك ما بين (1.2) و (1.5) بليون جهاز تلفزيون قيد الاستعمال في مختلف أنحاء العالم، أي بمعدل جهاز واحد لكل ستة أشخاص، وكما هو معروف فإن جهاز التلفزيون وما يقدمه من برامج متنوعة أصبح يحتل مكانة كبيرة في حياة الأفراد ويوجههم حسب توجهات القنوات التي يتابعونها. كما أنه جهاز نشط في التأثير السياسي والاجتماعي والثقافي، ولذا أعطت العديد من الدول المتقدمة اهتماماً كبيراً لهذا الجهاز كما تسابقت الشركات العملاقة لأخذ الدور الفاعل فيه.

4- ازدياد عدد القنوات الفضائية التي تسيطر على حركة المعلومات والأخبار وتؤكد بدورها على النزعة الاستهلاكية وتضعف القيم الاجتماعية في المجتمعات المستهلكة.

ثالثاً: الآثار المختلفة للعولمة على آليات تطوير المناهج وطرق التدريس:

هناك العديد من الشواهد الواضحة التي تدل على عولمة التربية والتعليم كمنظومة كبرى وكذلك المناهج كجزء من هذه المنظومة، حيث يتم التدخل في تعديل المناهج الدراسية بما يناسب أفكار العولمة.

ويشار إلى أنه من الأساسيات التي تركز عليها كل مجتمع لتصحيح مسار حركة حياته لبناء بيئة جديدة أن يحدد ويوضح أهم التحديات التي تواجه وتهدد كيانه وتعطل مسيرته، وكذلك يحدد معالم أبعاد هذه التحديات حتى يتسنى له التصدي لها ومواجهتها وتحديد كيفية التعامل معها برؤية واضحة المعالم للنهوض ووضع السياسات والخطط الاستراتيجية لتنفيذ البرامج العملية بما يحقق في النهاية الترجمة الواقعية الحية في تطوير وتنمية المجتمع، ومواكبة كل تقدم والإتيان بكل ما هو جديد ومفيد ونافع¹. فإنه لا بد من تأسيس قاعدة صلبة من الفهم والاستيعاب الشامل والعميق لحركة الحياة بما فيها من تفاعل الإنسان مع متغيرات الحياة من حوله، والإدراك الحي للماضي بكل تجاربه سواء أكانت هذه الحركة في حال عطاء أم حال تراجع، في حال بناء أو هدم. فبهذا نستطيع مواجهة تحديات العولمة التي قدمت معطياتها على المجتمعات وعلى ميادين حركة الحياة المتنوعة، والتي لا يمكن التغاضي والانصراف عنها أو إهمالها أو إدارة ظهرنا لها. ويمكن إيجازها في عشرة تحديات، تؤثر على التربية بصفة عامة، والمناهج والآليات تطويرها بصفة خاصة: تحدي القيم والهوية؛ تحدي التكنولوجيا والتقنية؛ تحدي الطاقات الكامنة والطاقات المهددة؛ تحدي البحث العلمي؛ تحدي

¹ عبد الرازق، إبراهيم (2002). التربية والتعليم في زمن العولمة: منطلقات تربوية للتفاعل مع حركة الحياة. قطر: مجلة التربية.

وف نعرض فيما يلي بعض السمات، والتحديات التي تنشأ عنها، وبعض المقترحات لتخطيط نهج لمواجهة هذه التحديات⁽¹⁾:

1. السمة: انفتاح الثقافات: ونعني بها تلاشي الحدود الثقافية لتصبح هناك ثقافة عالمية واحدة.

التحدى: ضرورة التوازن بين الثقافة المحلية، والثقافة العالمية في مناهجنا الدراسية.

المقترحات:

- التعرف بثقافات الدول الأخرى وإنجازاتها وإبداعاتها ولإداعات علمائها مع التأكيد على إنجازات ثقافتنا وإبداعات علمائنا سواء في الماضي أو الحاضر، ونوصي بعدم التركيز على الماضي واجتراره أو استنساخه.
- الاهتمام باللغة العربية كلغة قومية، بالإضافة إلى تعليم لغتين أجنبيتين كوسائل اتصال وتواصل بالعالم من حولنا.
- تنمية التفكير الناقد كوسيلة لتنقية ما يصل إلينا من ثقافات الآخرين.
- تنمية الولاء والانتماء كقيمتين ترسخان الهوية القومية والاعتزاز بها.

2. السمة: الانفتاح الاقتصادي: ونعني به إزالة الحدود الاقتصادية ليصبح العالم كله سوق كبيرة موحدة تضم عدة أسواق ذات خصائص ومواصفات تعكس الطبيعة الإقليمية كما تعكس المواصفات التي يفرضها التكامل الاقتصادي.

التحدى: ضرورة اعتبار مقاييس الجودة العالمية هي المعيار الأساسي لمنتجاتنا الاقتصادية.

المقترحات:

إذا سلمنا بأن جودة المنتج الاقتصادي تعتمد بالدرجة الأولى على جودة المنتج التعليمي؛ فإن جودة المنتج الاقتصادي تقف عند عتبة المؤسسة التعليمية، وجودة المعلم، وبناء على هذا يقترح:

¹ محمد، أماني (2006). المنهج المدرسي والعولمة، مقالة استرجعت بتاريخ 2010/4/18 من: <http://www.shatharat.net/vb/showthread.php?t=9183>

أ- تطبيق مبدأ التعلم المتبادل حيث يتم ربط المؤسسات التعليمية بمؤسسات الإنتاج المناظرة لنوع التعليم الذي يقدم في هذه المؤسسات، ويتردد المتعلم بين المؤسسة التعليمية، والمؤسسة الإنتاجية للتكامل بين ما هو نظري وما هو تطبيقي.

ب- الالتزام بمبدأ التعليم من أجل التمكن والإتقان في تقييم مخرجات العملية التعليمية.

ج- اشتراك المؤسسات الإنتاجية في عملية تخطيط المناهج وتصميمها بحيث يتم الربط بين المناهج الدراسية، وسوق العمل من حيث تضمين المناهج بالمهارات المطلوبة لهذه المهن.

3. السمة: الاعتماد المتبادل: ونعني به أنه في ظل الظروف التي تفرضها التغيرات والتحديات من حولنا لا تستطيع دولة بمفردها أن تحقق اكتفاء ذاتياً أو أن تتغلب على مشكلاتها، ولابد من التعاون والاعتماد المتبادل بين الدول لحلها، وهذا يتطلب التفكير الجماعي في كيفية التغلب على هذه المشكلات.

التحدى: لا يزال التعليم لدينا يعد الفرد على التفكير الفردي في حل المشكلات التي تواجهه، والمطلوب هو التحول من القدرة على التفكير الفردي إلى التفكير الجماعي في كيفية التغلب على المشكلات.

المقترحات:

أ. التركيز على الأنشطة التعليمية والأنشطة الصفية على الأنشطة الجماعية التي تتيح للمتعم أن يعمل ويفكر بطريقة جماعية تعتمد على توزيع الأدوار حسب إمكانات كل فرد في المجموعة.

ب. التوجه إلى استخدام استراتيجية التعلم التعاوني بكافة صورها، واستراتيجية التعلم في مجموعات، وحل المشكلات عن طريق اشتراك مجموعة من الطلاب في التفكير ووضع الخطط وتنفيذها لحل المشكلات.

ج. تكليف مجموعات من الطلاب بإجراء دراسات مبسطة أو مقالات علمية بحيث نتاح لهم فرصة التفكير الجماعي، وتبادل الآراء والخبرات أثناء هذا العمل التعاوني الجماعي.

4. السمة: السيادة التكنولوجية: ونعني بها أن هناك دول تنتج الأساليب التكنولوجية المتقدمة وتسيطر بها على كافة القطاعات في العلم والعمل وتستطيع أن تمنح أو تمنع هذه الأساليب لمن تريد، وبالتالي تضمن السيادة في هذه القطاعات.

المقترحات

التحدي: لا نزال نستهلك هذه الأساليب التكنولوجية ولا ننتجها، ونريد أن نتحول من مستهلكين لهذه الأساليب إلى منتجين لها.

- الاهتمام بالتعليم التكنولوجي الذي يركز على الوعي المهني، ويهتم في المقام الأول بالجانب التطبيقي الذي يضمن إعداد المتعلم بمستويات مختلفة من المهارات والقدرات الفنية والتطبيقية المتخصصة.
- تطعيم المنهج بأنشطة تكنولوجية تكسب المتعلم كيفية تطبيق المعلومات واستخدامها، وغرس سلوكيات حسب الاستطلاع العلمي لديه.

إن مجتمع عصر المعلومات يقتضي أن يهتم منظرو المنهاج ومصمموه بغايات رئيسية لابد أن تقي بها التربية في كل عصر، وهي: إكساب المعرفة؛ التكيف مع المجتمع؛ تنمية الذات والقدرات الشخصية؛ وقد أضاف عصر المعلومات بعداً تربوياً رابعاً إلا وهو ضرورة إعداد إنسان العصر لمواجهة مطالب الحياة في ظل العولمة، وهو الغايات الأربع التي لا يختلف كثيراً عن تلك التي وردت في تقرير اليونسكو الذي صاغها في صورة مبادئ أربع، هي: تعلم لتعرف كيف تعرف لا ماذا تعرف، تعلم لتعمل، تعلم لتشارك، تعلم لتكون⁽¹⁾.

وفيما يلي عرض مفصل لهذه المحددات:

1. تعلم لتعرف: إن هذا النمط من التعلم هو اكتساب معلومات مشفرة ومصنفة بدرجة أقل، ولتقان أدوات المعرفة ذاتها بدرجة أكبر، وتختلف عملية اكتساب الفرد للمعرفة في عصر المعلومات عن سيرتها من قبل من خلال أوجه عديدة: كيف تعرف؟ لا ماذا تعرف؟ فالعلم في عصر المعلومات هو ممارسة العلم والتعلم، وفي عصر المعلومات هي أن نعلم الفرد كيف يعلم نفسه ذاتياً، بترام المعلومات لا يعني زيادة المعرفة: أطاحت نظم المعلومات بفكرة أنه كلما زادت المعلومات وتراكمت زادت المعرفة وتضاعفت، فلقد أصبحت المعرفة من الممكن أن تضع في خضم المعلومات، والمعلومات يمكن أن تضع في شلالات البيانات، ويصبح إبداع العقل البشري كامناً في قدرته على توليد معرفة ضخمة من معلومات ضئيلة غير مكتملة ولقد أصبح شعار التربويين من واضعي مناهج التربية " الأقل هو الأكثر " " Less is more " : نكامل المعرفة واتساع نطاقها :

¹ عرفة، صلاح الدين (2002م). المنهج الدراسي والألفية الجديدة: مدخل إلى تنمية الإنسان العربي وارتقائه، القاهرة: دار القاهرة.

توضح مؤشرات عصر المعلومات إلى التزايد المضطرب في الاندماج المعرفي وبالتالي التكنولوجي الثقافي مما يدعو إلى الابتعاد عن التخصص الضيق لسبيل عصر الصناعة، مداومة اكتساب المعرفة: والانتقال من الدور السلبي للمتعلم إلى الدور الفاعل القائم على النقصي والبحث والاستكشاف وحل المشكلات واتخاذ القرارات مع التعامل مع المعلومات الجديدة بصورة أكثر إيجابية، الصمود إزاء التعقيد: من خلال تنمية روح المثابرة في الفكر و شحن الأدوات المعرفية من مناهج ومهارات تدريس واستخدام نظم الكمبيوتر والمعلومات والتعامل مع نظم المعلومات الذكية والمعقدة، تنمية المهارات الذهنية: أصبح المطلوب من المتعلم في عصر المعلومات حسن استغلال الإنسان لموارد ذاكرته الطبيعية من خلال تخزين المفاهيم والكليات والعلاقات، لا الأرقام والبيانات وتفصيل الجزيئات، هذا على المستوى الطويل المدى أما على المستوى القصير المدى فيحتاج إلى تدريب الذاكرة والتخلص من التفكير الخطي القائم على تسلسل الأفكار والحوادث والربط الميكانيكي للنتائج والأسباب، فلقد أصبح الإنسان في حاجة إلى مهارات ذهنية تمكنه من التعامل مع العلاقات الشبكية والنقلات القافزة والمفاجآت⁽¹⁾.

2. تعلم لتعمل: إن التعليم للمعرفة والتعلم للعمل لا فكاك بينهما إلى حد كبير، ولكن تعلم أن تعمل أوثق ارتباطاً بالتدريب المهني. إن التعامل مع عالم الواقع وعالم الفضاء المعلوماتي يتم من خلال: مهارات الحوار من بعد ومهارات التفاعل مع نظم الواقع ومرونة التنقل بين الواقعي والتخيلي ومن المجرد إلى المحسوس. مطالب الحياة في مجتمع التعلم: تتحد مطالب حياة المتعلم في عصر المعلومات في قدرته على التحوّل والتفاعل مع فصائل الآلات الذكية مما يلقي بأدوار مضاعفة على السيكولوجيين، المهنيين بالذكاءات المتعددة. تعدد أطوار العمل مثل: العمل عن بعد، العمل الجماعي، العمل في أثناء النقل والحركة. مما يعني انهيار الحدود المكانية والزمنية بين الإنسان والعمل ويتطلب ذلك آليات جديدة في العملية التعليمية مثل أسلوب الفيديو كونفرنس التعلم عن بعد، والتعلم بالمشاركة حيث يشترك أكثر من طالب في أداء المهمة⁽²⁾.

التعلم التكاملي - حيث يشارك الطلبة معلمهم في إعداد الدروس والقيام بتنفيذها - التعليم بالمراسلة: حيث منحت تكنولوجيا المعلومات آفاقاً عدة وجديدة للتعليم والتعلم يستطيع الفرد من خلالها أن يتعلم في أي وقت ومن أي موقع وفي أي مكان بل من مواقع عدة في الوقت ذاته، من

¹ عرفة، صلاح الدين (2002). المنهج الدراسي والألفية الجديدة: مدخل إلى تنمية الإنسان العربي وارتقائه، القاهرة: دار القاهرة.

Karbinski, Aren (2010), facebook and the technology revolution, NewYork, Specturum Puplications

خلال ما يعرف بأسلوب المناهج الموزعة (Distributed courseware): التعامل من خلال العمل ومن أجله، حيث أصبحت هناك جامعات حديثة تؤهل طلابها دون أن يتفرغوا للتعليم من خلال أسلوب التعلم في العمل. القدرة الإقناعية: من خلال سرعة التصرف في المواقف الطارئة⁽¹⁾

3. تعلم ليشارك الآخرين: إن هذا النمط من التعليم يحتمل أن يكون أحد المسائل الأساسية المشار إليها في التربية في الوقت الحاضر. ولقد أصبحت بيئة الإنسان واسعة، الأمر الذي أصبح فيه ثنائية المحلية والعالمية أحد المحاور الرئيسية للفلسفة التربوية، ويتفرع ذلك على التخص من نزعات التعصب والعنف من خلال تدريس تاريخ الحضارات وتشجيع الحوار بين الحضارات والمساهمة في تخطيط البرامج التي تساعد الكبار والصغار على نبذ العدوان والعنف والتعصب والخوف من الآخر والاهتمام بالتسامح. اكتساب الآخرين من خلال اكتشاف الذات: من خلال الاهتمام بتدريس الجغرافيا البشرية وتعليم اللغات وتنمية التعايش بين الثقافات. تنمية مهارات الحوار مع الآخر: من خلال تنمية القدرة على الإقناع وهندسة الحوار والتواصل. تنمية الرغبة في مشاركة الآخرين: تنمية روح التعاون مع تنمية روح المنافسة السليمة والعمل بروح الفريق⁽²⁾.

4. تعلم لتكون: ينبغي أن يسهم التعليم في تنمية كل فرد تنمية شاملة عقلاً وجسماً ووجداناً ونكاهاً وحساسية اجتماعية وغير ذلك، ويتطلب ذلك: إضفاء الطابع الشخصي، يجعل المتعلم لا المعلم هو محور عملية التعليم وملاءمة البرامج التعليمية لمطالب وحاجات المتعلم وبما يناسب استعدادات المتعلم وقدراته. تنمية القدرة على إصدار القرارات: من خلال تقديم برامج تعليمية تساهم في تدريب المتعلم على سرعة اتخاذ القرار والمقارنة بين البدائل المطروحة وذلك من خلال نظم المعلومات التي تعتمد على نماذج المحاكاة والسيناريوهات، واستخدام العالم الافتراضي، وبالتالي تقديم أساليب التعلم الذاتي التي تنمي الشعور بالمسؤولية والقدرة على الإنجاز والتحكم الذاتي⁽³⁾.

¹ ليلة، علي (2009). تأثير "القيس بوك" على الثقافة السياسية والاجتماعية للشباب، مؤتمر القيس بوك والشباب، جامعة عين شمس. 2009

² عرفة، صلاح الدين (2002م). المنهج الدراسي والألفية الجديدة: مدخل إلى تنمية الإنسان العربي وارتقائه، القاهرة: دار القاهرة. صادق، عباس مصطفى (2011). الإعلام الجديد: دراسة في مداخله النظرية وخصائصه العامة، البرابرة العربية لعلوم الإعلام والاتصال.

³ عمار، حلمين وعبد الباقي، أبو زيد (2001). تكنولوجيا الاتصالات وآثارها التربوية والاجتماعية، دراسة ميدانية بمملكة البحرين.

تنمية الإبداع: من خلال تطوير المناهج وأساليب التعليم والتدريس في ضوء التعلم بالاكتشاف واستخدام النظم التخيلية والتعلم التعاوني من خلال الحوار والمشاركة وغير ذلك، وأي أسلوب ينمي الإبداع والخيال مثل العصف الذهني⁽¹⁾.

خلاصة:

من الاستعراض السابق لابد لنا أن نستثمر إيجابيات العولمة ونبتعد بقدر جهدنا عن سلبياتها وبأقل خسائر ممكنة، وهذا يتطلب منا تجديد التعليم بمبادئ إسلامية عربية. إن تغيير التعليم في عصر العولمة من أجل العمل على خلق مجتمعات أفضل ولمسايرة الانفجار المعلوماتي والتكنولوجي لا يتم إلا إذا حدث بصورة جدية. وهذا يضع على أكتاف التربويين عدم الأخذ بالقوالب والأنماط الجاهزة من العولمة وخاصة في مجال تطوير المناهج وطرق التدريس، بل يمكننا الأخذ والتواصل مع دول العالم الآخر دون أن يؤثر ذلك على خصوصيتنا أو هويتنا العربية والإسلامية. وهذا يعني أن يكون لنا صيغنا الخاصة بنا من العولمة التي تراعي ظروفنا وظروف مجتمعاتنا وأفرادها.

إن أمتنا يجب أن لا يكون دورها محصوراً في أن نكون متلقين عن الآخرين وأن نكون تابعين وخاضعين. بل يجب أن يكون دورنا مؤثراً في الثقافة والمشروع الحضاري الدولي بحيث يفرز ذلك تصوراً خاصاً بنا ونعمل على صناعة صيغ وأنماط للتربية والتعليم التي نريدها لأبنائنا لبناء أجيال واعدة قوية مسلحة بكل أسلحة التصدي للتحديات المختلفة لما يطلق عليه العولمة. التوصيات والمقترحات:

1. أن تكون الديناميكية هي إحدى سمات المناهج، وذلك لأن التغيير يعد سمة من سمات الكون كله، فالثبات هو الشيء الوحيد الذي لا وجود له، ولا يوجد مجتمع ثابت لا يطاله التغيير في نواحيه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. والمناهج الدراسية ليست بمنأى عن هذه التغيرات، فهي محصلة لمجموعة من القوى والمؤثرات الاجتماعية السائدة في المجتمع والتي تنسم بالديناميكية والحركة.

1 زاهر راضي، (2003). "استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي"، مجلة التربية، ع15، جامعة عمان الأهلية، عمان..

2. التركيز على عملية تطوير المناهج الدراسية لأنها تعد مفتاحاً لتطوير العملية التعليمية التربوية كافة بل إن أهميتها تفوق أهمية التطوير في أي جانب من جوانب الحياة لأنه تستهدف إعداد إنسان المستقبل ، وتكوين شخصيته تكويناً شاملاً متكاملًا.
3. التركيز على مواصفات متعلم المستقبل، وما هي الدعائم التي تركز عليها تربية هذا المتعلم.

المراجع

- 1- إبراهيم، شعبان حامد علي (2003م)، أثر استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال (ICT) في تحصيل طلاب الصف الثاني الثانوي لموضوعات بيئية وجيولوجية، واكتسابهم مهارات (ICT) واتجاهاتهم نحوه، وقدرتهم على اتخاذ القرار، القاهرة: ورقة مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي الرابع للمركز القومي للبحوث التربوية والتنمية. الفترة من 18-20 مايو، 2003م.
- 2- أبو راشد، عبدالله (1999)، العولمة إشكالية المصطلح ودلالته في الأدبيات المعاصرة، دمشق: مجلة معلومات دولية. مركز المعلومات القومي في الجمهورية العربية السورية. السنة السادسة، العدد (58).
- 3- بلقزيز، عبد الإله (1998م)، عولمة الثقافة أم ثقافة العولمة، أعمال ندوة العرب والعولمة، ديسمبر 1997م. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية.
- 4- بنجر، خيرية (2007)، مقالة في مؤتمر الملتقى الثقافي الرابع بجامعة الملك سعود، بعنوان تطوير المناهج والتحديات الراهنة 3
- 5- الجابري، محمد عابد (1998م)، العولمة والهوية الثقافية - عشر أطروحات - العرب والعولمة، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية. ط2.
- 6- جبر ، سعاد (2005). العولمة وتغيير المناهج في العالم العربي، ورقة بحثية قُمت في ندوة بعنوان العولمة وتغيير المناهج في العالم العربي ، استرجعت بتاريخ 20/3/2011 <http://www.bettna.com/articals/f05/s3adgaber/s3wlma.htm>
- 7- الخياري، عبدالله (1998م)، التعليم وتحديات العولمة، الرباط: مجلة فكر ونقد. السنة الثانية. العدد (12).
- 8- زاهر راضي، (2003). "استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي"، مجلة التربية، ع15 ، جامعة عمان الأهلية، عمان.

- 9- ساري، حلمي خضر (٢٠٠٣) تأثير الاتصال عبر الإنترنت في العلاقات الاجتماعية، مجلة جامعة دمشق، مجلد ٢٤، عدد 1.
- 10- صادق، عباس مصطفى (2011). "الإعلام الجديد: دراسة في مداخله النظرية وخصائصه العامة"، الدوابة العربية لعلوم الإعلام والاتصال، 2011، ص9.
- 11- طعيمة، رشدي أحمد (2000)، منهاج التعليم العام في ظل العولمة القاهرة: مجلة التربية والتعليم، العددان السابع عشر والثامن عشر.
- 12- عبد رب النبي، عزت (1998). العولمة الاقتصادية: آثارها وطرق التعامل معها، ورقة مقدمة في ندوة العولمة الاقتصادية والاجتماعية: مفهومها - آثارها - طرق التعامل معها، الندوة الثقافية الأولى، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، دولة البحرين، 31 يناير 1998م.
- 13- عبد الرزاق، إبراهيم (2002). التربية والتعليم في زمن العولمة: منطلقات تربوية للتفاعل مع حركة الحياة. قطر: مجلة التربية. العدد الأربعون بعد المائة، السنة الحادية والثلاثون، فارس 2002م، ص. ص 134 - 135.
- 14- العبيدلي، عبيدلي (1997م). عام 2000م وما بعدها (الجامعات التخيلية) - البحرين: آفاق العلم والمجتمع. السنة الثالثة، العدد (29).
- 15- عرفة، صلاح الدين (2002م). المنهج الدراسي والألفية الجديدة: مدخل إلى تنمية الإنسان العربي وارتقائه، القاهرة: دار القاهرة.
- 16- عزيز، نادي كمال (2001م). الإنترنت وعولمة التعليم وتطويرة. قطر: مجلة التربية العدد الثلاثة والثلاثون بعد المائة. السنة التاسعة والعشرون. يونيو - سبتمبر، 2000م. مطابع وزارة التربية والتعليم والتعليم العالي.
- 17- ليلة، علي (2009). تأثير "الفيس بوك" على الثقافة السياسية والاجتماعية للشباب، مؤتمر الفيس بوك والشباب، جامعة عين شمس.

18- محمد، أماني (2006). المنهج المدرسي والعولمة ، مقالة استرجعت بتاريخ

2010/4/18 من

<http://www.shatharat.net/vb/showthread.php?t=9183>

- 19- مصطفى، هالة (1998م). العولمة دور جديد للدولة. القاهرة: السياسة الدولية، السنة (34)، العدد (134).
- 20- يسن، السيد (1999م). أيديولوجية العولمة وأبعادها. البحرين: كلية التربية، جامعة البحرين. ندوة مستقبل التربية العربية في ظل العولمة: التحديات والفرص. الصخير. دولة البحرين في الفترة من 2-3/3/1999م.
- 21- Karbinsiki, Aren (2010), **facebook and the technology revolution**, NewYork, Specturum Puplications
- 22- Priestley, Mark(2002).Global discourses and national reconstruction : the impact of globalization on curriculum policy. The Curriculum Journal,Vol.13 NO.1 :121-138.