



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

مجلة قطاع الشريعة والقانون

مجلة علمية سنوية محكمة

تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والقضائية

تصدرها

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

جامعة الأزهر

العدد الثاني عشر

٢٠٢٠ / ٢٠٢١ م

توجه جميع المراسلات باسم الأستاذ الدكتور: رئيس تحرير مجلة قطاع الشريعة والقانون

جمهورية مصر العربية - كلية الشريعة والقانون - القاهرة - الدراسة - شارع جوهر القائد

ت: ٢٥١٠٧٦٨٧

فاكس: ٢٥١٠٧٧٣٨

البريد الإلكتروني

magazine.sh.law@azhar.edu.eg

http://fshariaandlaw.edu.eg



جميع الآراء الواردة في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها،

ولا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة وليست مسئولة عنها



رقم الإيداع

٢٠٢١ / ١٨٠٥٣

الترقيم الدولي

ISSN: 2636-2570



الموقع الإلكتروني

<https://jssl.journals.ekb.eg>

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿١﴾
الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٢﴾
الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿٣﴾ مَلِكِ يَوْمِ الدِّينِ ﴿٤﴾
إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ ﴿٥﴾ أَهْدِنَا
الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ﴿٦﴾ صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ
عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا
الضَّالِّينَ ﴿٧﴾

سورة الفاتحة

مجلس الإدارة

رئيس مجلس الإدارة

أ.د/ ممدوح محمد علي مبروك

عميد كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

أعضاء مجلس الإدارة

أ.د/ محمود عبد الرحمن محمد صديق

أ.د/ ماهر أحمد عامر

أ.د/ السيد أحمد محمد مرجان

أ.د/ شفيقة الشهاوي رضوان

عميد كلية الشريعة والقانون بأسسيوط

عميد كلية الشريعة والقانون بطنطا

عميد كلية الشريعة والقانون بدمهور

عميدة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالقاهرة

هيئة التحرير

رئيس التحرير

أ.د/ ممدوح محمد علي مبروك

عميد كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

نائب رئيس التحرير

أ.د/ علي حسين علي عبد النبي

وكيل كلية الشريعة والقانون بالقاهرة للدراسات العليا

مدير التحرير

أ.د/ مصطفى محمد مصطفى الباز

وكيل كلية الشريعة والقانون بالقاهرة لشئون التعليم والطلاب

أعضاء هيئة التحرير

- أ.د/ سعود بن إبراهيم الشريم
أستاذ أصول الفقه وعميد كلية الدراسات القضائية والأنظمة بجامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية وإمام الحرم المكي.
- أ.د/ جلال الدين بانجا أحمد
أستاذ القانون الجنائي وعميد كلية الحقوق بجامعة شندي بالسودان.
- أ.د/ فتحي عثمان عمر الفقي
أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة وعضو هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف
- أ.د/ علي عبد القادر عثمان
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية دارالعلوم جامعة القاهرة.

سكرتير التحرير

أ/ محسن محمد علي الشاعر

المكتب التنفيذي

رئيس المكتب التنفيذي:

أ.د / علي حسين علي عبد النبي

وكيل كلية الشريعة والقانون بالقاهرة للدراسات العليا

أعضاء المكتب التنفيذي:

د / محمد صلاح حلمي سعد

مدرس أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

د / عبد الله عبد الحي الصاوي

مدرس بقسم القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

د / محمود سعد محمود محمد

مدرس الفقه العام بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

د / أحمد مصطفى معوض محرم

مدرس الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

د / محمد محمود إبراهيم

مدرس بقسم القانون العام بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

د / أحمد عبد المرضي علي

مدرس مساعد بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

د / أحمد إبراهيم أحمد يوسف

مدير المكتب الإعلامي للكلية ومنسق عام وحدة الجودة

هيئة المحكمين*

قسم أصول الفقه:

أ.د/ حمدي صبيح طه

أستاذ أصول الفقه المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعضو اللجنة العلمية
وعضو هيئة كبار العلماء.

أ.د/ حمزة بن حسين بن حمزة الفعر

أستاذ أصول الفقه بكلية الشريعة بجامعة أم
القرى وعميد معهد البحوث العلمية بكلية
الشريعة بمكة المكرمة وعضو مجمع الفقه
برابطة العالم الإسلامي.

أ.د/ رمضان محمد عيد هتيمي

أستاذ أصول الفقه المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعميدها الأسبق وعضو
اللجنة العلمية.

أ.د/ سعود بن إبراهيم الشريم

أستاذ أصول الفقه وعميد كلية الدراسات
القضائية والأنظمة بجامعة أم القرى
بالسعودية وإمام الحرم المكي

أ.د/ عبد الحي عزب عبد العال

أستاذ أصول الفقه المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعضو اللجنة العلمية
ورئيس جامعة الأزهر سابقا

(* ترتيب أسماء السادة الأساتذة أعضاء هيئة المحكمين وفق ترتيب حروف الهجاء.

أ.د/ علي حسين علي عبد النبي

أستاذ أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة ووكيل كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

أ.د/ علي بن عباس بن عثمان الحكمي

أستاذ أصول الفقه بكلية الشريعة بجامعة أم
القرى وعميدها سابقا وعضو هيئة كبار
العلماء في المملكة العربية السعودية سابقاً،
وعضو المجمع الفقهي برابطة العالم
الإسلامي.

أ.د/ محمد محمد عبد اللطيف

أستاذ أصول الفقه المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعضو لجنة المحكمين.

أ.د/ محمود عبد الرحمن عبد المنعم

أستاذ أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة وعضو لجنة المحكمين ورئيس قسم
أصول الفقه بشريعة القاهرة السابق

قسم الفقه العام:

أ.د/ أسامة محمد حسن العبد

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة وعضو اللجنة العلمية ورئيس جامعة
الأزهر سابقا ورئيس اللجنة الدينية بمجلس
النواب.

أ.د/ حسن صلاح الصغير

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
وعضو لجنة المحكمين وأمين عام هيئة كبار
العلماء ورئيس الأكاديمية العالمية لتدريب
الوعاظ وباحثي الفتوى بالأزهر الشريف.

أ.د/ سعد محمد حسن

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بأسبوط.

أ.د/ عبد العزيز عطا سيد أحمد

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة، ووكيل الكلية سابقا وعضو لجنة
المحكمين.

أ.د/ عبد المنعم أحمد سلطان عيد

أستاذ الشريعة الإسلامية ووكيل كلية الحقوق
جامعة المنوفية.

أ.د/ علي عبد القادر عثمان رمضان

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم
جامعة القاهرة

أ.د/ علي محمد منصور عليوة

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة ورئيس قسم الفقه سابقا وعضو
اللجنة العلمية.

أ.د/ فتحي عثمان عمر الفقي

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة ووكيل الكلية سابقا وعضو اللجنة
العلمية وعضو هيئة كبار العلماء.

أ.د/ فرحات عبد العاطي سعد

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة وعميد الكلية سابقا وأمين اللجنة
العلمية.

أ.د/ محمد أبو زيد الأمير

أستاذ الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة
ونائب رئيس جامعة الأزهر للوجه البحري
والمندوب العام لبيت العائلة المصرية وعضو
اللجنة العلمية.

أ.د/ محمد راشد علي أبو زيد

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة وعضو لجنة المحكمين.

أ.د/ محمد عبد الستار الجبالي

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة ورئيس قسم الفقه سابقا وعضو
لجنة المحكمين.

أ.د/ محمد عبد المنعم حبشي

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
جامعة عين شمس.

أ.د/ محمد نجيب عوضين

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
جامعة القاهرة.

أ.د/ نصر فريد محمد واصل

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة ومقرر اللجنة العلمية وعضو هيئة
كبار العلماء ومفتي الديار المصرية سابقا.

أ.د/ نوبي محمد جاد الكريم

أستاذ الفقه المتفرغ بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة وعضو لجنة المحكمين.

قسم الفقه المقارن :

أ.د/ أحمد علي طه ريان

أستاذ الفقه المقارن المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعميد كلية الشريعة
والقانون بأسبوط سابقا وعضو اللجنة العلمية
وعضو هيئة كبار العلماء

أ.د/ أسامة عبد السميع محمد

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة ووكيل الكلية سابقا

أ.د/ رشاد حسن خليل

أستاذ الفقه المقارن المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعميد الكلية سابقا ومقرر
اللجنة العلمية

أ.د/ سعاد الشرباصي حسنين

أستاذ الفقه المقارن المتفرغ بكلية البنات
الأزهرية بالعاشر من رمضان وعضو لجنة
المحكمين

أ.د/ سعد الدين مسعد هلالى

أستاذ الفقه المقارن المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعميد كلية الدراسات
الإسلامية والعربية بدمياط وأسوان سابقا

أ.د/ سيف رجب قزامل

أستاذ الفقه المقارن المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بطنطا وعميد كلية الشريعة والقانون
بطنطا سابقا وعضو اللجنة العلمية

أ.د/ عبد العزيز فرج محمد

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية
الشريعة والقانون بالقاهرة

أ.د/ عبد الغنى عبد الفتاح غنيم

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

أ.د/ عطا عبد العاطى السنباطى

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة وعميد كلية الدراسات العليا بجامعة
الأزهر سابقا

أ.د/ محمد عبد الرحمن الضوينى

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة ووكيل الكلية سابقا ووكيل الأزهر
الشرىف

أ.د/ أحمد عبد العال أبو قرين

أستاذ القانون المدني المتفرغ بكلية الحقوق
جامعة عين شمس

أ.د/ أحمد عبد الكريم محمد سلامة

أستاذ القانون الدولي الخاص المتفرغ بكلية
الحقوق جامعة حلوان ونائب رئيس جامعة
حلوان الأسبق

أ.د/ جمال محمود عبد العزيز

أستاذ القانون التجارى والبحرى والجوى
بكلية الحقوق جامعة القاهرة ، ومدير مركز
جامعة القاهرة للتعليم المدمج بجامعة
القاهرة

أ.د/ حامد محمد عبد الرحمن أبو طالب

أستاذ قانون المرافعات المتفرغ بكلية
الشريعة والقانون بالقاهرة وعميد الكلية
سابقا وعضو اللجنة العلمية

أ.د/ حبيب محمد جيودة

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة
طرابلس بليبيا

أ.د/ حمدي سعد أحمد

أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الشريعة
والقانون بطنطا

أ.د/ ذكري عبد الرازق محمد خليفة

أستاذ القانون التجارى ورئيس قسم القانون
الخاص بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

أ.د/ عبد الخالق حسن أحمد

أستاذ القانون المدني المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة

سمو الأمير أ.د/ عبد العزيز بن سلطان

أستاذ الأنظمة بالمعهد العالي للقضاء بجامعة

ابن عبد العزيز

الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالسعودية

أ.د/ عبد الله مبروك محمد النجار

أستاذ القانون المدني المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعميد كلية الدراسات
العليا بجامعة الأزهر وعضو اللجنة العلمية
ومستشار السيد رئيس الجمهورية للإصلاح
التشريعي

أ.د/ محمد علي عثمان الفقي

أستاذ القانون المدني المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة

أ.د/ مصطفى محمد مصطفى الباز

أستاذ القانون الدولي الخاص بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة ووكيل الكلية لشئون التعليم

أ.د/ مصطفى محمد مصطفى عرجاوي

أستاذ القانون الخاص المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعميد كلية الشريعة والقانون
بدمنهور سابقا وعضو اللجنة العلمية

أ.د/ ممدوح محمد علي مبروك

أستاذ القانون المدني بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة وعميد الكلية

أ.د/ وليد علي محمد علي

أستاذ القانون التجاري بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

أ.د/ يوسف بن محمد الخضير

أستاذ القانون التجاري بالمعهد العالي
للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود
الإسلامية بالسعودية

قسم القانون العام:

أ.د/ أحمد حسني طه

أستاذ القانون الجنائي بكلية الشريعة والقانون
تفهننا الأشراف ونائب رئيس جامعة الأزهر
سابقا وعضو اللجنة العلمية

أ.د/ السيد أحمد محمد مرجان

أستاذ القانون الإداري بقسم القانون العام
بكلية الشريعة والقانون بدمنهور وعميد
الكلية

أ.د/ السيد عطية عبد الواحد

أستاذ ورئيس قسم الاقتصاد السياسي
والمالية العامة بكلية الحقوق جامعة عين
شمس

أ.د/ جلال الدين بانجا أحمد

أستاذ القانون الجنائي وعميد كلية الحقوق
بجامعة شندي بالسودان

أ.د/ سامح السيد أحمد إبراهيم جاد

أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية
الشريعة والقانون بالقاهرة ونائب رئيس
جامعة الأزهر سابقا وعضو اللجنة العلمية

أ.د/ عادل عبد العال إبراهيم

أستاذ القانون الجنائي بقسم القانون العام
بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة وعميدها
السابق

أ.د/ فؤاد محمد النادي

أستاذ القانون الإداري المتفرغ بكلية الشريعة
والقانون بالقاهرة وعضو اللجنة العلمية
والمستشار القانوني لرئيس جامعة الأزهر
سابقا

قواعد النشر في المجلة

مجلة قطاع الشريعة والقانون مجلة علمية محكمة تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين اهتمام المجلة، وذلك عن: البحوث والدراسات، والتعليق على أحكام قضائية، وملخصات الرسائل الجامعية، والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات، وعرض الكتب الجديدة ومراجعتها.

وذلك وفق القواعد الآتية:

- أن تكون البحوث والدراسات متممة بالعمق والأصالة، بحيث تضيف جديداً إلى المعرفة.
- الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق لمواد البحث.
- يتعهد الباحث بأن البحث أو الدراسة لم يسبق نشرها، وألا تكون مقدمة للنشر في مجلة أخرى.
- يشترط ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي تقدم بها الباحث، أو جزءاً من كتاب سبق له نشره.
- ألا يزيد عدد صفحات البحث عن (٥٠) صفحة **A4** مع المراجع، مراعيًا القواعد اللغوية الصحيحة.
- أن تكون البحوث منسقة وفق أصول البحث العلمي، ومراعاة حداثة المراجع ودقة توثيقها.
- الالتزام بمواصفات التنسيق الشكلي المقررة من قبل المجلة: بأن تكون البحوث مكتوبة بخط **Simplified Arabic** حجم (١٤) للنصوص في المتن، وبالخط نفسه بحجم (١٢) للهوامش، وبحجم **Bold** (١٦) للعناوين الرئيسية، وحجم **Bold** (١٤) للعناوين الفرعية، وبدون ترك مسافات بين الأسطر، بحيث تشتمل الصفحة على (٣٠) سطراً شاملاً المتن والهوامش، وتكون الحواشي ٢,٥ سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- تحتفظ المجلة بكافة حقوق النشر، ولا يجوز للباحث نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في المجلة؛ ويلتزم الباحث بالحصول على موافقة كتابية مسبقة من إدارة المجلة إذا رغب في إعادة نشر بحثه لدى جهة أخرى، بشرط مرور ثلاث سنوات على تاريخ النشر بالمجلة.
- أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر، ويخطر الباحث بعدم النشر.
- يجب أن يرفق الباحث ملخصاً لبحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية، والإنجليزية، مع الالتزام بضوابط إعداد الملخص التي أقرتها الجامعة.
- لا تدفع المجلة مكافآت مالية مقابل البحوث المنشورة.
- لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة التحرير وقيل تحكيمه؛ إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير.

إجراءات التحكيم والنشر

- تسير إجراءات تحكيم ونشر البحوث والدراسات المقدمة إلى المجلة، وفقا للقواعد الآتية:
- جميع مراسلات المجلة من الأبحاث وملخصاتها وكل ما يلزم عملية النشر تجرى الكترونيا عبر البريد الإلكتروني للمجلة، ولا تقبل المراسلات الورقية.
- ترسل البحوث باسم رئيس تحرير المجلة، على البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة وهو: magazine.sh.law@azhar.edu.eg
- يرسل الباحث نسختين من البحث إحداهما بصيغة Word ، والثانية بصيغة PDF ، شريطة الالتزام بالضوابط الشكلية والموضوعية المقررة في قواعد النشر.
- يرفق الباحث مع النسختين المشار إليهما، طلبا كتابيا باسم رئيس التحرير بطلب نشر البحث، وتعهدا بأن البحث أو الدراسة لم يسبق نشرها، وأنها ليست جزءا من رسالة الماجستير أو الدكتوراه، أو كتاب سبق له نشره.
- على الباحث أن يقرن بحثه بملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر باللغة الإنجليزية، في حدود صفحة واحدة للملخص لا تزيد عن (٣٠٠) كلمة ، ويرفق موجزا لسيرته الذاتية.
- لا تنشر البحوث والدراسات المقدمة إلا بعد تحكيم من قبل لجان تحكيم المجلة المعتمدين.
- لهيئة التحرير حق الفحص الأولي للبحث، وتقرير أهليته للتحكيم، أو رفضه.
- تعد المجلة قائمة بالمحكّمين المعتمدين في تخصصاتها، ويتم تحديث هذه القائمة بشكل مستمر.
- تستعين المجلة بمحكّمين اثنين على الأقل لكل بحث، ويجوز لرئيس التحرير اختيار محكم ثالث في حال رفض البحث من أحد المحكّمين، ويخطر الباحث بعدم نشر بحثه في حالة رفضه من المحكّمين.
- يتم عرض البحوث الكترونيا وبشكل سري على المحكّمين الذين تختارهم المجلة، وتكون تقاريرهم سرية.
- يخطر المحكم بإنجاز تقييم البحث خلال مدة أقصاها شهر من تاريخ تسلم البحث إلكترونيا.
- يطلب من المحكم إبداء رأيه في البحث كتابة وفق عناصر محددة، تتضمن: أصالة البحث

- ومدى الإضافة العلمية في مجال التخصص، منهجية البحث، المصادر والحواشي، سلامة التكوين واللغة والاستنتاجات. ويطلب منه في نهاية التقييم إبداء الرأي في مدى صلاحية البحث للنشر من عدمه، أو نشره بعد إجراء التعديلات.
- يجوز لرئيس التحرير إفادة كاتب البحث غير المقبول للنشر برأي المحكمين أو خلاصته، عند طلبه، دون ذكر أسماء المحكمين، ودون التزام بالرد على دفع الباحث.
 - يرسل رئيس التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكم (بدون ذكر اسم المحكم) خلال (١٠) أيام من تاريخ ورود التقرير، مشفوعة بإشعار له بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجدت، وذلك طبقاً لما ورد في التقرير، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للإشعار الإلكتروني.
 - يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة الكترونية من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
 - يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى المكتب التنفيذي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكم، للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقن المكتب من ذلك، أحال البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بنشره.
 - للمجلة الحق في الحذف أو التعديل في الصياغة اللغوية للدراسة، بما يتفق مع قواعد النشر.
 - يخطر الباحث بقبول البحث للنشر في مدة أقصاها (١٥) يوماً من تاريخ ورود تقرير المكتب.
 - عند قبول البحث للنشر، يحصل الباحث على شهادة معتمدة من المجلة، تفيد قبول البحث للنشر، ترسل عبر البريد الإلكتروني.
 - يعد البحث في حكم المسحوب إذا تأخر الباحث عن إجراء التعديلات المطلوبة في المدة المقررة، ما لم يكن هناك عذر قهري يقبله المكتب التنفيذي للمجلة.
 - للمجلة إعادة نشر البحوث ورقياً كانت أو الكترونياً، التي سبق نشرها، وذلك دون حاجة إلى إذن الباحث، ولها حق السماح للغير بإدراج بحوثها في قواعد البيانات المختلفة، سواء أكان ذلك بمقابل أم بدون مقابل.

كلمة التحرير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

أما بعد

فيسعد كلية الشريعة والقانون بالقاهرة أن تقدم إلى طلاب العلم وقاصدي المعرفة المنضبطة العدد الثاني عشر من مجلة قطاع الشريعة والقانون حافلا بالعديد من الأبحاث والدراسات الشرعية والقانونية والقضائية إسهاما من الكلية في نشر العلم النافع الهادي المتسم بالفكر الأزهري الوسطي، النابذ للتعصب والشذوذ، والمجافي للتطرف والانحراف..

وإننا لنؤمل من الله العلي الكبير أن يقود المنهج الوسطي الراشد مسيرة أمتنا، حتى يحصن عقول الخلق من الزلل والانحراف والتطرف في تفسير نصوص الشرع الحنيف، ليظل الأزهر الشريف منبر الاعتدال والسلام والمحبة في العالم أجمع...

والله نسأل التوفيق والسداد فيما قصدنا من إصدار هذا العمل ، وأن يتجاوز عن التقصير والزلات إنه ولي ذلك ومولاه وهو نعم المولى ونعم النصير

رئيس مجلس الإدارة

ورئيس التحرير

أ.د/ ممدوح محمد علي مبروك

عميد كلية الشريعة والقانون بالقاهرة

محتويات العدد الثاني عشر

أولاً: أصول الفقه

- الفقه الكلي مفهومه - مصادره - إعماله دراسة فقهية مقاصدية
د. فيصل أحمد اللميع..... ٣١
- الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني في السياسة المالية
د. خالد فالح العتيبي..... ١١١

ثانياً: الفقه العام

- أحكام النماء في الأوراق النقدية دراسة فقهية تخريجاً على
مذهب السادة الحنابلة
د. عبد الرحمن حمود المطيري..... ١٨٧
- الألعاب الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي
د. عيد أحمد الهادي عثمان..... ٢٦٣
- نوازل الصلاة المتعلقة بالتدابير الوقائية من فيروس كورونا دراسة
فقهية مقارنة
د. عبد الرحمن محمد البالول..... ٣٤٧
- فوضى الفتاوى الالكترونية أسبابها - نتائجها - سبل القضاء
عليها
د. سمحاء عبد المنعم أبو العطا عطية..... ٤٠٧

ثالثا الفقه المقارن

- تحرير دلالة مصطلح الخمار والجلباب الواردة في القرآن والسنة
د. ياسر عجيل النشمي ٤٨٧
- تكييف ولاية المرأة القضاء دراسة تحليلية نقدية في ضوء
التشريعات الكويتية
د. خالد أبا الصافي المطيري ٥٦٩
- عقْد الشركة في المواشي طبيعته وضوابط مشروعيتها في الفقه
الإسلامي
د. أنور محمد سيد أحمد رزق ٦٤٧

القانون الخاص

- تكنولوجيا القضاء وتطوير إجراءات التقاضي المدني
د. عبد الله عبد الحي الصاوي ٧٠٥
- موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني
الكويتي
د. جراح نايف الفضلي ٨١٧

القانون العام

- حق المحبوس تعسفا في التعويض
د. ماجد بن نايف الشيباني ٩٢١
- معايير تحديد مرتب الموظف العام في الدولة دراسة فقهية مقارنة
د. خالد جاسم إبراهيم الهولي ٩٩٥



قسم أصول الفقه

الفقه الكلي

مفهومه - مصادره - أعماله
دراسة فقهية مقاصدية

إعداد

د. فيصل أحمد اللميع

الفقه الكلي مفهومه - مصادره - إعماله

دراسة فقهية مقاصدية

فيصل أحمد اللميع.

قسم الفقه وأصول الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، كيفان،

الكويت.

البريد الإلكتروني: Faisal.allumai@ku.edu.kw

ملخص البحث:

يناقش هذا البحث مفهوم الفقه الكلي وإعماله؛ فإن الفقه الإسلامي يشتمل على جانب جزئي يتعلق بأحاد المسائل الفقهية، وعلى جانب كلي يتعلق بالقواعد والمعاني الكلية، والجانب الكلي من الفقه الإسلامي هو الهدف الذي تتولى هذه الدراسة تناوله من جهة مفهومه، ومصادره، وإجراءات إعماله، وأبرز مجالات إعماله مستخدماً في ذلك المنهج الاستقرائي لأجل استقراء النصوص الشرعية وكلام أهل العلم في كليات الفقه الإسلامي، والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الشرعية وكلام أهل العلم في شأن كليات الفقه الإسلامي، ووضعه في سياقه المناسب. وقد مما توصلت إليه الدراسة بيان مفهوم الفقه الكلي، وأنه العلم بالثوابت الشرعية المعقولة المعنى، التي يبنى عليها ما لا حصر له من أحكام الجزئيات، كما تناولت أبرز مصادره، ومنهجية إعمال الفقه الكلي، وأبرز مجالات الإعمال. وكان مما توصلت إليه الدراسة أيضاً: أن الفقه الكلي استعمله الفقهاء والأصوليون في سياقات مختلفة، وأنه الكفيل ببيان استراتيجيات الفقه الإسلامي، وما تريد الشريعة الحفاظ عليه واعتباره دائماً، وأن تطبيق الفقه الكلي يسير على مقتضى منظومة تطبيقية متكاملة الأركان، يتم فيها تحديد الثابت من المتغير في الأبواب الفقهية، والمقصود لذاته من المقصود لغيره، وعرف التشريع في الأبواب الفقهية المختلفة، كما يوضح القواعد والضوابط، والأصول العامة للفقه الإسلامي، ويراعي حاجات الناس، واختلاف الأحوال، ويفرق بين أوقات الضرورة وأوقات الاختيار، ويربط الجزئي بكليه.

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي، الكلي، مقاصد الشريعة، الاجتهاد، المعاصر.

The Comprehensive Islamic Jurisprudence, its Definition, Sources, and Application An Islamic Jurisprudence Objective (Fiqh Maqāṣidia) Study

Faisal Ahmad ALLumai

Department of Fiqh and Jurisprudence, Faculty of Shariah and Islamic Studies, Kuwait University, Kifan, Kuwait.

Email: Faisal.allumai@ku.edu.kw

Abstract:

This paper discusses the concept of comprehensive Islamic jurisprudence and its factual application. Islamic jurisprudence can be divided into a very detailed sub-aspect related to individual jurisprudential issues, and a comprehensive Islamic jurisprudence aspect related to main principles and overall concepts. That comprehensive Islamic jurisprudence is the main purpose of this study which meant to address its definition, its sources, and the tools of its performance, and the most prominent aspects of its performance using that inductive approach along with the analytical approach on analyzing Shariah divine texts and Shariah scholar's jurisprudence in the comprehensive Islamic jurisprudence and to classify it in its appropriate context. The study concluded to a certain definition of the concept of comprehensive Islamic jurisprudence which is the comprehension of the accepted and unchangeable Shariah rules which constitute the basis for many other detailed rulings. The study also addressed Fiqh Maqāṣidia most prominent sources, the mechanism of its application, and the most familiar cases of its application. The study also concluded that comprehensive Islamic jurisprudence has been in use from Islamic jurisprudence jurists in different contexts, further, that science is suitable to define the strategy, and what Shariah law really seeks to observe and last. In addition, the application of comprehensive Islamic jurisprudence is bond by fully applicable specific Islamic jurisprudence in which differentiate between the sustained from inconstant in Islamic jurisprudence chapters, and what is self-meant from what is meant for another, the custom of legislation in every chapter of Islamic jurisprudence, the standers and regulations, the general principles of Islamic jurisprudence, human needs, different circumstances, and defernite between the circumstances of necessity and comfort and to relate the secondary ruling by the comprehensive one.

Keywords: Islamic jurisprudence, Comprehensive Islamic jurisprudence, Purposes of Shariah, Ijtihad, Contemporary.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن الفقه الإسلامي فقه متطور بطبيعته محاط بسياج من نظر منضبط يتناول جميع جوانبه، فمنه ما يضبط ألفاظه ومبانيه وهو علم أصول الفقه، ومنه ما يضبط شتات معانيه وهو علم القواعد الفقهية، ومنه ما يضبط غاياته ومرامييه وهو علم مقاصد الشريعة.

والتشريع الإسلامي في إطاره الكلي عبارة عن نص شرعي وتفاعل اجتهادي ترتب عليه قواعد تشريعية أخذت صفة العمومية والشمول الذي تختلف درجاته وموضوعاته، وكانت تلك التفاعلات في حقيقتها رسماً لمنهج تفكير في تعامل العقل البشري مع النص الشرعي فهماً واستثماراً وإعمالاً ما نتج عنه أقصى إمكانية ممكنة في الاستفادة من النص الشرعي.

ويأتي هذا البحث ليعالج مفهوم الفقه الكلي في إطار النظرية التشريعية الإسلامية التي تقوم على استثمار الكليات الشرعية المعقولة المعنى الثابتة في كل زمان ومكان، ثم الاستفادة منها في الحقل الإجمالي وفق الأدوات التشريعية المعتمدة، الأمر الذي يجعل الفقه الكلي خارطة طريق اجتهادية تقوم على ملاحظة الكلي عند الحكم على الجزئي، والربط بينهما برابطة أصولية أو مقاصدية أو فقهية، ما ينتج عنه أقصى استفادة ممكنة من جميع عناصر البيئة الاجتهادية، وترتيب ووضع لكل عنصر في مكانه الصحيح.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع في كونه يتعلق بالفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية،

وبتناوله لجانب النظرات الكلية في الشريعة الإسلامية التي يحتاج إليها في ضبط الاجتهاد المعاصر، وفي كونه يجمع بين التأصيل والتطبيق؛ فهو يشتمل على مفهوم الفقه الكلي، وكيفية أعماله، وتطبيق ذلك على مسائل فقهية.

مشكلة البحث:

لما كان الفقه الإسلامي يشتمل على كليات تمثل مراجع للفقه الإسلامي، ويشتمل أيضاً على جزئيات تتعلق بأحاد مسائل الفقه، وكان الفقه الجزئي قد نال عناية كبيرة في الكتب الفقهية؛ فإن الفقه الكلي كمفهوم ومصادر وإجراءات تطبيقية لم ينل حظه بالكامل كمصطلح خاص، وهو ما يطرح سؤال البحث الرئيس الذي هو: ما المراد بالفقه الكلي؟ وكيف يمكن أعماله؟

وتبرز أهمية سؤال البحث في كون الفقه الكلي يمثل النظرات الاستراتيجية في الفقه الإسلامي، ولا يخفى أهمية الكليات في التعامل مع مختلف الوقائع والنوازل.

ويمكن صياغة مشكلة البحث الرئيسة في مجموعة من الأسئلة الفرعية:

السؤال الأول: ما المقصود بالفقه الكلي؟ وما أبرز مصادره؟

السؤال الثاني: ما منهجية أعمال الفقه الكلي في الاجتهاد المعاصر؟

السؤال الثالث: ما أركان أعمال الفقه الكلي؟ وما أبرز مجالات تطبيقه؟

أهداف البحث:

تتمثل أهداف البحث فيما يلي:

أولاً: بيان المقصود بالفقه الكلي، وذكر أبرز مصادره.

ثانياً: تناول الجانب الإجرائي لتطبيق الفقه الكلي.

ثالثاً: بيان أركان إعمال الفقه الكلي، وأبرز مجالات تطبيقه.

منهج البحث:

تقتضي طبيعة البحث استعمال المنهج الاستقرائي لأجل استقرار النصوص الشرعية وكلام أهل العلم في كليات الفقه الإسلامي، والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الشرعية وكلام أهل العلم في شأن كليات الفقه الإسلامي، ووضعه في سياقه المناسب.

الإجراءات العلمية:

أتبع في البحث المنهج العلمي من كتابة الآيات القرآنية، وتخرير الأحاديث والآثار، فإن كان الحديث في الصحيحين أكتفي بهما، أو بأحدهما إن حقق المقصود، وإن كان في غير الصحيحين فإني أخرج الرواية أو الحديث مع ذكر درجة الحديث، وأجمع المادة العلمية من مظانها مع توثيقها، وأوضح معنى الغريب من الكلمات، وأعرّف بالأعلام غير المشهورين من غير الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ.

الدراسات السابقة:

لم أجد دراسة خاصة تتناول مفهوم الفقه الكلي ومصادره ومنهجية إعماله وأبرز مجالات إعمال الفقه الكلي، إلا أن هناك بعض الدراسات المهمة والمفيدة التي تلتقي مع البحث في بعض الجوانب، وسأبيّن أبرز تلك

الدراسات، ثم أبين الإضافة العلمية للبحث:

أولاً: (عادة الشرع مفهومها، واستمدادها، وتوظيفها المنهجي): وهو بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية المجلد (١٥) العدد (٣) لسنة: (٢٠١٩م)، للأستاذ الدكتور قطب الريسوني، وهو بحث تناول جزئية تتمثل في مفهوم عادة الشرع، ويلتقي مع الدراسة في ذكر بعض مصادر كليات الفقه الإسلامي، غير أنه لم يتناول مفهوم الفقه الكلي، ولم يفصل في مصادر كليات الفقه الإسلامي الأخرى مثل الفقه الموضوعي، ومقاصد الشريعة العامة والخاصة، بالإضافة إلى عدم ذكره للجانب الإجرائي لإعمال الفقه الكلي، ولا أبرز مجالات إعماله.

ثانياً: (اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات دراسة مقارنة في أصول الفقه ومقاصد الشريعة): وهو كتاب من تأليف الباحث عبد الرحمن بن معمر السنوسي، وقد طبعته دار ابن الجوزي في الرياض سنة (١٤٢٤هـ)، والكتاب يلتقي مع البحث في كونه تناول أحد مجالات تطبيق الفقه الكلي المتمثل في النظر إلى المآلات، إلا أنه لم يتناول مفهوم الفقه الكلي ومصادره، ولا منهجية ومجالات إعماله.

ثالثاً: (تجديد الفقه الإسلامي): وهو كتاب مطبوع في دار الفكر المعاصر بدمشق سنة (٢٠٠٠م)، وهو في الأصل ندوة تناولت التجديد الفقهي حاضر فيها كل من الدكتور جمال عطية والدكتور وهبة الزحيلي، ثم طبعت في كتاب، والكتاب يلتقي مع البحث في بيان أهمية الكليات في الفقه الإسلامي، وبيان بعض التطبيقات المستندة إلى الكليات، غير أنه لم يتناول

الفقه الكلي، ولم يفصل في مصادره، ولم يذكر منهجية إعماله، ولا أبرز مجالات إعماله.

رابعاً: (نظرية التعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء): وهذه الدراسة في الأصل رسالة دكتوراه من إعداد الأستاذ الدكتور محمد الروكي، وهي من منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط سنة (١٩٩٤م)، وتلتقي مع البحث في تناول بعض مصادر الكليات الفقهية، إلا أنها لم تتناول مفهوم الفقه الكلي، ولم تذكر بعض مصادر الفقه الكلي مثل مقاصد الشريعة الإسلامية، وموضوعات الأبواب الفقهية، كما ولم تتناول منهجية إعمال الفقه الكلي، وأبرز مجالات إعماله.

خامساً: (الكليات التشريعية وأثرها في الاجتهاد والفتوى): وهو كتاب من تأليف الدكتور محمد هندو من مطبوعات المعهد العالمي للفكر الإسلامي سنة (١٩٨١م)، وقد تناول فيه مفهوم الكليات التشريعية وأثرها في الاجتهاد فيما لا نص فيه، وهو يلتقي مع البحث في ذكر درجات الكلي الدلالية، إلا أنه لم يتناول مفهوم الفقه الكلي ولم يفصل في مصادره، ولا في المنهجية الإجرائية لإعماله، ولا في ذكر أبرز مجالات إعمال الفقه الكلي.

الإضافة العلمية للبحث:

تتمثل الإضافة العملية للبحث في كونه يتناول مفهوم الفقه الكلي وخلفيته النظرية وأهميته، ويبين أبرز مصادره، وأنه يبين منهجية ومقتضيات تقديم النظرات الكلية على النظر الجزئي، وأركان إعمال الفقه الكلي، مع ذكر أبرز مجالات إعمال الفقه الكلي مع تطبيقات فقهية عليها.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من مقدمة، ثم مبحثين: المبحث الأول: مفهوم الفقه الكلي ومصادره، وفيه مطلبان: المطلب الأول: مفهوم الفقه الكلي، والمطلب الثاني: مصادر الفقه الكلي، والمبحث الثاني: إعمال الفقه الكلي، وفيه مطلبان: المطلب الأول: أركان إعمال الفقه الكلي، والمطلب الثاني: مجالات إعمال الفقه الكلي، فالتائج والتوصيات، ففهرس المصادر والمراجع.



المبحث الأول

مفهوم الفقه الكلي ومصادره

ينطلق الفقه الإسلامي في معالجة الواقع من ثروة فقهية ثرية أثمرت قدرة على استيعاب اختلاف الأزمنة والأحوال، وامتلكت من أدوات معايشة التطورات ما جعل فيها خاصية المرونة في أدواتها ومدى قدرتها على فهم الأحداث والتغيرات وتأثيرها على الحكم الشرعي، وذلك كله في إطار ثبات المبادئ والتصورات الكلية، وإن كان هذا الفقه العظيم يعاني من وجهة نظر الدكتور عباس حسني من توقف التطور الشكلي في الجانبين النظري والعملية.^(١)

والذي يظهر أن الثروة الفقهية غنية في ذاتها، ويأتي التطور الشكلي تبعاً للحاجة إليه، ومن أمثلة ذلك فقه الأقليات، والذي نشأ كمصطلح خاص لما كثر وجود غير المسلمين في بلاد غير مسلمة، وترتب عليه وجود الكثير من النوازل المتعلقة بهم، الأمر الذي استدعى بحث هذا المصطلح، وذكر أبرز قضاياها، والمنهجية الصحيحة للتعامل معه.

وهذه الثروة الفقهية تعتبر مادة علمية لمعالجة النوازل المستجدة التي تحتاج في معالجتها إلى استثمار الفقه الإسلامي في جزئياته ووكلياته، وفق منهج اجتهادي منضبط بقواعد الاجتهاد وضوابطه بما يحقق مقاصد الشارع، ويراعي مصلحة المكلف، ويوازن بين الظنيات، وهو ما يقوم به الفقه الكلي مفهوماً وإعمالاً.

(١) العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عباس حسني (ص: ٣).

وسأبيّن في هذا المبحث مفهوم الفقه الكلي ومصادره من خلال
مطلبين:

المطلب الأول

مفهوم الفقه الكلي

تقوم المفاهيم بمهمة رسم الحدود ووضع القواعد والضوابط، وأي
إخلال في ضبط المفهوم يترتب عليه ضرورة إخلال في ضبط شتات أفراد
المفهوم، ومن هنا جاءت أهمية المفاهيم.

ولأجل أن تقوم المفاهيم بمهمتها؛ فلا بد من بيان الخلفية النظرية
للمفهوم، ومن ضبطٍ للتعريف بشكل محدد، ومن وجود تبرير موضوعي
يظهر قيمة المفهوم وأهميته، ومدى الحاجة إليه؛ ولأجل ذلك: سأجعل
الكلام هنا وفق ثلاث جزئيات تبين ذلك:

الجزئية الأولى: الخلفية النظرية لتعريف الفقه الكلي: الخلفية النظرية

التي ينطلق من خلالها تعريف الفقه الكلي كون الفقه الإسلامي إما أن يراد به
خصوص أحكام الجزئيات الفقهية المحددة، وإما أن يراد به القواعد
والكليات والمعاني المعقولة المعنى الثابتة في كل زمان ومكان، كما نص
على ذلك الشيخ عبد الله بن بيه.^(١)

ومحل بحث الفقه الكلي إنما هو في القواعد والكليات والأحكام
والمعاني المعقولة المعنى الثابتة في كل زمان ومكان، والتي لها ملمحان

(١) فقه الواقع، للشيخ عبد الله بن بيه (ص: ٢٠).

مهمان إضافة إلى معقولية المعنى.

الملمح الأول: ملمح الكلية، ما يعني أنه يتخرج على الفقه الكلي أحكام الكثير من الجزئيات.

الملمح الثاني: ملمح الثبات، ما يعني كون الفقه الكلي متعلقاً بثوابت الشريعة.

الجزئية الثانية: تعريف الفقه الكلي: لم أجد من عرّف الفقه الكلي كمصطلح لقبى؛ ولأجل بيان هذا المصطلح فإني سأعرّف كلا جزئي المركب الوصفي، ثم أبين المفهوم اللقبى، وذلك كما يلي:

تعريف الفقه: الفقه في اللغة: إدراك الشيء، وتعلمه، وكل علم بشيء فهو فقه.^(١)

ويطلق الفقه في اللغة على الفهم، وسمي العالم فقيهاً لكون الفقيه إنما يصل إلى العلم عن طريق الفهم كما ذكر الخطيب البغدادي.^(٢)

وما ذكره الخطيب البغدادي يدل له ما جاء عن بعض أهل اللغة من أن أصل الفقه هو الشق والفتح، فكأن الفقيه يشق بفهمه مسائل العلم؛ حتى يحصل له الفقه.^(٣)

والفقه اصطلاحاً: "العلم بالأحكام الشرعية العملية، المكتسب من

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (٤/٤٤٢)؛ لسان العرب، لابن منظور (١٣/٥٢٢-٥٢٣).

(٢) الفقيه والمتفقه، للخطيب البغدادي (١/١٨٩).

(٣) انظر في كون الفقه بمعنى الشق والفتح: لسان العرب، لابن منظور (١٣/٥٢٢).

أدلتها التفصيلية".^(١)

وقد جاء تعريف الفقه عند الأصوليين مكوناً من شقين:

الشق الأول: شق يتعلق بالجانب الموضوعي؛ فإن علم الفقه موضوعه النسب المتعلقة بالأحكام الشرعية العملية، فليس من موضوع علم الفقه البحث في النسب غير الشرعية، ولا في الأحكام الشرعية غير العملية.

الشق الثاني: شق استدلالى؛ فإن الفقه لا بد أن يكون مأخوذاً من دليل جزئي تفصيلي، وهو ما يستدعي كون الحصول على الفقه لا بد أن يكون بطريق الاجتهاد والاستدلال، وقد نصّ ابن الحاجب عند ذكره لتعريف الفقه على قيد: "بالاستدلال"؛ لأجل التنصيص على ذلك.^(٢)

وهذا الشق يجعل الوصول إلى معرفة الأحكام الشرعية العملية من غير طريق الاستدلال لا يسمى فقهاً، وبذلك يخرج التقليد عن مسمى الفقه اصطلاحاً لكونه غير مستند إلى دليل شرعي تفصيلي، الأمر الذي يظهر عناية الأصوليين بكيفية الوصول إلى الفقه عناية جعلتهم يضمونها إلى حقيقة الفقه.

تعريف الكلي: الكلي في اللغة أصله من مادة كلل، وهي مادة تدل ما يحيط بالشيء، قال ابن فارس: "فأما كل فهو اسم موضوع للإحاطة".^(٣)

ولفظ الكلي يستعمل بكثرة عند المناطقة، ويقصدون به: كل ما لا يمنع تعقل مدلوله من وقوع الشركة فيه مثل لفظ الإنسان؛ فإنه قدر مشترك، يشترك

(١) الغيث الهامع شرح جمع الجوامع، للعراقي (ص: ٢٦).

(٢) بيان المختصر، للأصفهاني (١/١٨).

(٣) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس (١٢٢/٥) مادة (كلل).

فيه زيد وعمرو وخالد وغيرهم.^(١)

ويستعمل المناطقة أيضاً: مصطلح الكلية، ويريدون به الحكم على جميع الأجزاء.^(٢)

وعلى ذلك: فالكلي والكلية عند المناطقة يتفقان في شمول الأفراد، ويفترقان في أن شمول الكلي من جهة الاشتراك في معنى معين لا يترتب عليه حكم في قضية كاملة، مثل لفظ الإنسان؛ فإنه مشترك بين جميع بني آدم، دون أن يتعلق بذلك إثبات حكم للإنسان في قضية حملية أو شرطية.^(٣)

وشمول مصطلح الكلية عند المناطقة من جهة الحكم على أفراد معينين في قضية كاملة حملية أو شرطية، كقولك: كل المسلمين مؤمنون بوحداية الله، فهذا حكم شامل منطبق على المسلمين في قضية كاملة تتمثل في كونهم موحدين بالله تعالى.

ويظهر من خلال ذلك: أن الكلي أشمل من الكلية عند المناطقة نظراً لكون الكلي متعلقه المعاني، والكلية متعلقها الأحكام، وكل حكم لا بد أن يشتمل على معنى، وليس بالضرورة أن تشتمل المعاني على الأحكام، ويمكن

(١) إيضاح المبهم من معاني السلم في المنطق، للدمنهوري (ص: ٧).

(٢) مرجع سابق (ص: ٨).

(٣) المقصود بالقضية الحملية: ما حكم فيها بثبوت المحمول للموضوع، أو نفيه عنه بلا تعليق بالشرط، والمقصود بالقضية الشرطية: ما حكم فيها بتعليق أحد طرفيها على الآخر، أو بالتنافي بينهما إيجاباً أو سلباً، انظر: علم المنطق الحديث والقديم، للشيخ عيد الوصيف (ص: ٦٦-٦٧).

أن يعبر بتعبير منطقي فيقال: إن الكلي متعلقه التصورات والمفردات، والكلية متعلقها التصديقات والأحكام.

ويستعمل الفقهاء والأصوليون مصطلح الكلي في سياقات مختلفة أبرزها أربعة استعمالات:

الاستعمال الأول: استعمال الكلي بمعنى الضابط الذي ترد إليه الجزئيات والفروع، كما في قول الجويني: "طريقة أخرى: وهي تشتمل على نظر كلي إلى الفروع، وهذا يتأتى بضبط ورد نظرٍ إلى الكليات".^(١)

الاستعمال الثاني: استعمال الكلي بمعنى القواعد القطعية التي تريد الشريعة الحفاظ عليها، وهي الضروريات والحاجيات والتحسينيات.^(٢)

ومن أمثلة ذلك قول الشاطبي: "هذه الكليات الثلاث إذا كانت قد شرعت للمصالح الخاصة بها، فلا يرفعها تخلف آحاد الجزئيات".^(٣)

الاستعمال الثالث: استعمال الكلي بمعنى المصلحة الكلية التي تشتمل على قانون كلي يدخل تحته المكلفون، وذلك في مقابل المصالح الجزئية التي تتعلق بحكم معين.^(٤)

والفقه الكلي يدخل ضمن المصالح الكلية التي تنتظم قانوناً كلياً للحكم على الأفراد.

(١) البرهان، للجويني (١١٥٠/٢).

(٢) الموافقات، للشاطبي (٢٦-٢٣/٣).

(٣) مرجع سابق (٨٣/٢).

(٤) مرجع سابق (١٢٣/٣).

الاستعمال الرابع: استعمال الكلي بمعنى الكلي الاستقرائي، مثل المقاصد الخاصة التي ثبتت باستقراء مجموعة من الأحكام، وهي كليات باعتبار دلالتها على أفراد تحتها.

ومن أمثلة ذلك قول الطاهر ابن عاشور: "وقد نجد في استقراء الأدلة الشرعية منبعاً ليس بقليل، يرشدها إلى مقاصد الشريعة من عقود التبرعات".^(١)

التعريف اللقبى للفقه الكلي: بعد تعريف جزئي المركب الوصفي؛ فإنه يمكن تعريف الفقه الكلي كمفهوم لقبى بأنه: العلم بالثوابت الشرعية المعقولة المعنى، التي يبنى عليها ما لا حصر له من أحكام الجزئيات.

العلم بالثوابت: المقصود بالثوابت هنا: هي المعاني والكليات والأحكام التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وترتبط بأصل الشريعة الذي هو تحقيق المصالح، واجتناب المشاق.^(٢)

وذلك مثل العلل الثابتة قطعاً، والمقاصد العامة والخاصة، والقواعد والكليات التي تشتمل على معنى كلي، وغير ذلك من الثوابت.

وبقيد الثوابت: خرج ما يقبل التغيير من الأحكام، مثل الوسائل المعقولة المعنى غير الثابتة؛ وذلك لكون الوسائل المعقولة المعنى تتغير

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور(ص:٤٨٨)، ومن أمثلته أيضاً: القواعد الفقهية الاستقرائية، انظر في ذلك: نظرية التعيد الفقهي، للدكتور محمد الروكي (ص:٧٠).

(٢) انظر في مقصد الشريعة الإسلامية الكلي: القواعد الكبرى، للعز ابن عبد السلام(٧/١).

أحكامها بحسب ما تفضي إليه.^(١)

الشرعية: أي أنه ذو مرجعية شرعية، وخرج بذلك الاستناد إلى المعاني غير الشرعية؛ فإنها لا تدخل هنا.

المعقولة المعنى: قيد خرج به المعاني الشرعية غير معقولة المعنى.

والمقصود بالحكم معقول المعنى هو الذي ظهر فيه جانب جلب المصلحة، ودرء المفسدة.^(٢)

التي يبنى عليها ما لا حصر له من أحكام الجزئيات: بيان لطبيعة الفقه الكلي، وأنه فقه كلي ينطبق على جزئياته، وبذلك خرج الفقه الجزئي الذي لا يتجاوز حدود مسألة معينة، فهي خارجة عن موضوعه.

الجزئية الثالثة: أهمية الفقه الكلي: تبرز أهمية الفقه الكلي من خلال

عدة أمور أبرزها أربعة:

الأمر الأول: أن الفقه الكلي يتولَّى الإجابة على سؤال الماهية الذي هو: ما المصالح الشرعية المعقولة المعنى الثابتة في كل زمان ومكان التي تريد الشريعة الإسلامية تحقيقها والحفاظ عليها؟

إن الإجابة على هذا السؤال من شأنها أن تجعل أمام المجتهدين تصورات واضحة في الواجب حفظه من خلال كليات محددة واضحة تتمثل

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم (٥٥٣/٤)، وانظر: فقه الوسائل في الشريعة الإسلامية،

للدكتورة أم نائل بركاني (ص: ٧٣) وما بعدها.

(٢) قواعد الأحكام، للعز ابن عبد السلام (٢٨/١).

في مصادر الفقه الكلي، ما ينعكس إيجاباً على المجتهد من جهة أنه يُعين الفقيه عند مواجهة النوازل المستجدة على التمييز بين المصالح والمفاسد التي فيها تداخل، ويساعده على دقة التكييف حين تلتبس الصور المستجدة وتتشابه بين أكثر من باب فقهي، فيأتي الفقه الكلي مرشداً للمجتهد، ومعيناً له في اجتهاده؛ فإن من شأن الكليات أن يرجع إليها في التخريج والإلحاق ربطاً للفرع بأصله، وللجزئي بكليته.

وهذا الأمر يجعل الفقه الكلي محققاً لعنصر التناغم التشريعي حين يضاف الفرع إلى أصله، والجزئي إلى كليته، وهو ما عبّر عنه العز ابن عبد السلام بقوله: "فما أحسن أحكام الشرع إذا أُجريت على قواعدها".^(١)

الأمر الثاني: أن الفقه الكلي يغطي فراغاً مفاهيمياً يتعلق بتحديد استراتيجيات الفقه الإسلامي المتعلقة بموضوعات الأبواب الفقهية، والقواعد الحاكمة على الفقه الإسلامي، ومقاصد الشريعة العامة والخاصة، وغير ذلك من مصادر الفقه الكلي.

والعناية بثقافة التقعيد المنضبط المتعلقة بتوسيع دائرة الثوابت المعقولة المعنى، والتي تمتلك القدرة على التعاطي مع مختلف جزئيات النوازل - أمرٌ شغل كثيراً من المعاصرين، فمنهم من دعا إلى إعادة العقل المقاصدي الغائي التعليلي المفكر غير المقلد كما ذهب إلى ذلك الدكتور عمر عبيد حسنة، ومنهم من دعا إلى العناية بالثقافة التقعيدية النظرية للفقه الإسلامي، كما رأى ذلك الدكتور محمد الروكي، ومنهم من جعل غياب النظرات الكلية أحد

(١) مرجع سابق (١/٢٧٦).

أسباب الخلل الاجتهادي المعاصر حين يغيب عن المجتهد النظر الكلي في مقابل توسيع النظر الجزئي كما ذهب إليه الدكتور طه العلواني^(١).

ويأتي الفقه الكلي لتفعيل المعاني الشرعية الثابتة في كل زمان ومكان، وتقييدها، والاستفادة من هذا النظر الكلي في معالجة النوازل المختلفة.

الأمر الثالث: أن الفقه الكلي طريق لتقليل نسبة الخطأ في الاجتهاد المعاصر نظراً لاشتماله على محددات ومؤثرات، ومقيدات وموضحات؛ ما ينتج عنه استعادة للسيطرة المنهجية على المشهد الإفتائي والاجتهادي، وجعل الفقه الكلي بمثابة سفينة النجاة التي تحمل الاجتهاد إلى بر الأمان وقد دعا القرافي إلى العناية بالقواعد الكلية في الاجتهاد، مبيناً أن تغليب المناسبات الجزئية على حساب القواعد الكلية أحد مدارك الخطأ والاضطراب في الاجتهاد.^(٢)

كما وانتقد فضيلة الشيخ عبد الله بن بيه الاهتمام بالفقه الجزئي على حساب الكليات الفقهية، مبيناً أنه أحد أسباب الخلل الذي دخل على علم الفقه.^(٣)

الأمر الرابع: أن الفقه الكلي يحقق ما دعا إليه الأستاذ الدكتور وهبة

(١) تقديم الدكتور عمر عبيد لكتاب الاجتهاد المقاصد للخادمي (١٥/١-١٦)، نظرية التقعيد الفقهي، للدكتور محمد الروكي (ص:٢٦)، مقاصد الشريعة، للدكتور طه العلواني (ص:١٢٦-١٢٧).

(٢) الفروق، للقرافي (١/٦٢).

(٣) فقه الواقع، للشيخ عبد الله بن بيه (ص:٢٠).

الزحيلي من التجديد الفقهي الذي يعتمد على مبدأ دفع الحرج، والمشقة تجلب التيسير، والمحافظة على مقصود الشرع.^(١)

والفقه الكلي يحقق ذلك من خلال إبراز الكليات الشرعية المنصوصة والاستقرائية، ووضع منهج محدد للتعامل مع النوازل التي تحتاج إلى تقديم النظر الكلي على النظر الجزئي.



(١) تجديد الفقه الإسلامي، للدكتور جمال عطية والدكتور وهبة الزحيلي (ص: ١٦٩-١٧٠).

المطلب الثاني

مصادر الفقه الكلي

تمثل مصادر الفقه الكلي المادة العلمية التي يستقى منها الفقه الكلي، وكلما زادت تلك الموارد، وتمت دراستها بشكل دقيق انعكس ذلك إيجاباً على الاستفادة من كليات الفقه في مجال الاجتهاد المعاصر من جهة أن الفقه الكلي يمثل المعيار الذي يضبط جملة من أنواع الاجتهاد المعاصر نظراً لاشتماله على المعنى الكلي الذي تريد الشريعة الحفاظ عليه في كل زمان ومكان.

ولما كان للفقه الكلي صفة ضبط الاجتهاد المعاصر، وكونه يمتلك القدرة على الحكم عليه؛ فإن هذه المكانة لا يجوز أن تمنح إلا لمرتبة أعلى من مجرد الظن؛ لأن من شأن الفقه الكلي أن يحكم على الظنيات، فلا يقبل أن يجعل الفقه الكلي في مرتبة الظن، ثم يطلب منه أن يحكم على ظن آخر نظراً لكون الترجيح بين المتساويات بلا مرجح تحكم غير مقبول.

وعلى ذلك: فإن للفقه الكلي ثلاث مراتب دلالية:

المرتبة الأولى: مرتبة القطع الذاتي المستفاد من ذات الدليل، وذلك بأن يكون الدليل قطعياً في ذاته من جهة الثبوت ومن جهة دلالاته. ولا يدخل في القطع هنا: ما يذكره بعض الحنفية من القطع في باب الدلالات في نحو الظاهر والنص، وهو الذي يكون القطع فيه يعود إلى عدم وجود الاحتمال الناشئ عن دليل.^(١)

(١) شرح المنار، لابن ملك (ص: ٦٨)؛ كشاف اصطلاحات الفنون، للتهانوي (١٣٣٣/٢).

وذلك نظراً لكون القطع هنا مستفاداً من قطعية إيجابية تتمثل في القطع
دراية ورواية، لا من مجرد عدم وجود الاحتمال الناشئ عن دليل.

كما ولا يشكل على هذه المرتبة ما ذهب إليه بعض الأصوليين من
امتناع القطع في مجال النقلات، بل الصواب إمكانه ووقوعه كما ذهب إليه
جمع من محققي الأصوليين اعتباراً بدليل الوقوع؛ فإن النص إذا كان قطعي
السند والتمن كآليات الصريحة، والأحاديث المتواترة المجمع على أن
المراد بها مدلولاتها، أفاد ذلك اليقين.^(١)

المرتبة الثانية: مرتبة القطع غير الذاتي، وهو القطع المستند إلى
الاستقراء، والمقصود بالاستقراء: هو الاستدلال بثبوت الحكم في الجزئي
على ثبوته في الكلي.^(٢)

وذلك بأن يكون الدليل في أصله ظنياً، إلا أنه ورد في مواضع مختلفة،
حتى صار له قوة بلغت درجة القطع.

وهذه المواضع المختلفة ليس بالضرورة أن تتحد في صورتها أو
موضوعها، بل الواجب أن تتحد في المعنى الذي تدل عليه، وتتعدد حتى تفيد
اليقين؛ فإن هذا هو الطريق الذي اعتمد عليه أهل العلم في إثبات القطعيات،
وهو طريق التواتر المعنوي.^(٣)

(١) تشنيف المسامع، للزركشي (١/٢٨٢-٢٨٣).

(٢) الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع، للكوراني (٤/١٣).

(٣) مفتاح الوصول، للتلمساني (ص: ٣٠٩-٣١٠)؛ الموافقات، للشاطبي (١/٢٧-٢٩)، الدرر

اللوامع في شرح جمع الجوامع، للكوراني (١/٤٢٩).

ومن أمثلة القطع الاستقرائي: قاعدة الضرر يزال؛ فإن إزالة الضرر معنى مقطوع به، وقد جاء هذا القطع من خلال أدلة ظنية مبثوثة في تصرفات الشارع الكريم، ما أوجب لهذا المعنى درجة القطع.^(١)

وإذا كان الاستقراء كلياً ودلّ على معنى واحد، فلا إشكال في إفادته اليقين، ويبقى أن الأصوليين اختلفوا في إفادة الاستقراء الأغلبى لليقين والقطع، إلا أن الزركشي قيّد محل الخلاف بأنه في حال ما إذا كان إلحاق الكلي بالجزئي من غير بيان العلة المؤثرة في الحكم، وأنه المسمى عند الفقهاء بإلحاق الفرد بالأعم الأغلب.^(٢)

وهو ما يعني أن الاستقراء الأغلبى إذا كان لأجل وجود علة مشتركة مؤثرة؛ فإنها تكون قطعية، ولا يجري فيها هذا الخلاف، الأمر الذي يجعله متوافقاً مع العموم المعنوي الذي ذكره التلمساني^(٣) والشاطبي.^(٤)

المرتبة الثالثة: مرتبة الظن القريب من القطع، وقد اتفق الشاطبي وابن

(١) الموافقات، للشاطبي (٣/١٨٤-١٨٥)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور (ص: ٢٣٥-٢٣٧).

(٢) تشنيف المسامع، للزركشي (٣/٣٢١).

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد العلوي الحسني المالكي المعروف بالشافعي التلمساني، وصف بأنه فارس المنقول والمعقول، وبأنه من أعلم أهل عصره، من مؤلفاته: المفتاح في أصول الفقه، وشرح الجمل للخونجي، ولد سنة: ٧١٠هـ، وتوفي سنة ٧٧١هـ. انظر: وفيات النورثريسي، للنورثريسي (ص: ٥٥-٥٦)؛ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، للشيخ محمد مخلوف (١/٢٣٤).

(٤) مفتاح الوصول، للتلمساني (ص: ٣٠٩)، الموافقات، للشاطبي (١/٢٨).

عاشور على وجود هذه المرتبة، وذكرنا لهذه المرتبة صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون الدليل الظني يعود إلى الدليل القطعي بطريق البيان، مثل صفة الصلاة، وأحكام البيع، مما دللته في ذاته ظنية، إلا أنه متقوٍ بكونه يتعلق بالقطعي ويعود إليه.^(١)

وهذه الصورة تحتاج إلى تحرير؛ لأنه إن أريد بذلك وجود البيان الشرعي على وجه الإجمال فهذا قد يكون مقبولاً، وإن أريد به خصوص الأدلة الظنية التي تعود إلى أصل قطعي وأنها تفيد اليقين، فهو مشكل؛ لأن كثيراً من نصوص صفة الصلاة وأحكام البيع ظنية لا قطع فيها، وإن كان أصل ما تعود إليه قطعياً.

الصورة الثانية: أن يكون الدليل الظني يدخل تحت أصل قطعي مبثوث في الشريعة الإسلامية، مثل حديث: (لا ضرر ولا ضرار)^(٢).^(٣)

وهذه الصورة تدخل ضمن المرتبة الثانية، والمثال المذكور مثال لها كما سبق.

والذي يظهر أن ترجمة المرتبة بكونها الظن القريب من القطع يدل على

(١) الموافقات، للشاطبي(٣/١٨٤-١٨٥)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور(ص:٢٣٥-٢٣٧).

(٢) رواه ابن ماجه في سننه كتاب الأحكام باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: (٢٢٤٠) (٢/٧٨٤)، والحديث صححه الألباني في صحيح ابن ماجه(٢/٢٥٧-٢٥٨).

(٣) الموافقات، للشاطبي(٣/١٨٤-١٨٥)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور(ص:٢٣٥-٢٣٧).

أنها ليست قطعية، وأن هذه المرتبة فيها أمران:

الأمر الأول: وجود عدة أدلة ظنية في ذاتها تدل على معنى واحد، وهو ما يعكس قوة ذلك المعنى المشترك بين تلك الأدلة الظنية.

وليس المقصود بقوة الظن: كون الظن الواحد في ذاته قوياً لكون ذلك راجعاً لمسألة تفاوت ذات الظنون، وإنما المراد وجود عدة أدلة ظنية تدل على المعنى.^(١)

الأمر الثاني: كون قوة هذه الأدلة الظنية لم تبلغ حد اليقين، وإن كان يمكن القطع بارتفاعها عن الظن.

وهذه المرتبة التي هي أعلى من الظن وأقل من اليقين تطرح مجموعة من الأسئلة من أبرزها ما يلي: هل تضبط هذه المرتبة بعدد معين من الأدلة؟ وهل المقام هنا ذوقي يرجع إلى إحساس المجتهد ونظره في تحديد الظن القريب من القطع؟ وهل هذه المرتبة معتبرة ويحتج بها في الفقه الكلي؟

إن من المعلوم لكل ممارس لواقع الفقه الإسلامي كون الأدلة تختلف كثرة وقلّة من باب لآخر باب، فحصر الاستقراء في عدد معين أمر يصعب اعتباره كضابط موحد، كما أن الإحالة إلى اعتبار ذوقي إحالة غير موضوعية ولا منضبطة.

ويبقى بعد ذلك: أن اعتبار هذه المرتبة من الفقه الكلي يحتاج إلى ثلاثة

شروط:

(١) اختلف الأصوليون في تفاوت ذات الظنون، انظر في ذلك: البحر المحيط، للزرکشي (١/٧٥).

الشرط الأول: وجود مجموعة من الأدلة الشرعية التي تدل على معنى مشترك، ويشترط في هذه الأدلة أن تتحد في دلالتها على المعنى المشترك، وأن تختلف في موضوعاتها؛ حتى يُطمئن إلى مراعاة الشريعة لهذا المعنى في موضوعات مختلفة.

الشرط الثاني: الاستناد إلى تعليقات الفقهاء من مذاهب مختلفة التي تنص على ذلك المعنى، وأن يكون ذلك في مواضع مختلفة ثبت فيها ذات المعنى، لأجل الاطمئنان إلى وجود ما يشبه الاتفاق على وجود هذا المعنى واعتباره.

الشرط الثالث: أن هذه المرتبة إذا ثبتت يجب أن لا تعارض القواعد ولا النصوص الشرعية، وإن حصل تعارض فالمقدم هو الأقوى.

وبعد عرض مراتب الفقه الكلي يبقى أن يقال: إن الكلي إذا ثبت ترتب عليه من وجهة نظر الشاطبي أمران:

الأمر الأول: أن الأصل الكلي الذي ثبت بالاستقراء قد يكون أقوى من الأصلي المعين المنصوص عليه، وقد لا يكون أقوى، وأنه عند التعارض تطبق قواعد الترجيح.

الأمر الثاني: أن الأصل الكلي الثابت بالاستقراء له قوة العموم في الدلالة على الجزئيات والأفراد.^(١)

ومعيار قوة العموم في الدلالة على الجزئيات والأفراد لم يبينه الشاطبي بشكل محدد، وكان ابن تيمية أكثر دقة في ذلك حين أوضح أن قوة الكلي

(١) الموافقات، للشاطبي (١/٣٢-٣٣).

تكمن في كثرة دلالة الجزئيات عليه، فكلما ازدادت الجزئيات الدالة على الكلي ازدادت قوة الكلي.^(١)

وابن تيمية بذلك يرسم خطأ واضحاً لكل مجتهد في وجوب العناية بثقافة التقعيد ومعرفة قوة الكليات من خلال استقراء النصوص الجزئية؛ لكونها المادة التي يبنى عليها قوة الكلي، وكلما قوّي بناء الأصل بكثرة الجزئيات، قوّي الأصل ضرورة.

يضاف إلى ذلك: كون استقراء الفروع طريقاً لمعرفة عوائد الشارع في التشريع، وهو مسلك مهم يحتاج إليه المجتهد عند تنزيل الأحكام على الوقائع والنوازل؛ إذ يجعل عند المجتهد فقه نفس يميز به بين المشتبهات.

وبعد ذكر مراتب الفقه الكلي الدلالية؛ فإني سأذكر أبرز خمسة مصادر للفقه الكلي:

المصدر الأول: النص الشرعي: يعتبر النص الشرعي محل الاستثمار الأكبر في مجال استنباط الأحكام الشرعية، ولأهمية هذا الأصل علّق الله تعالى الرحمة باتباع النص من الكتاب والسنة؛ كما قال تعالى: {وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ} [آل عمران: ١٣٢].^(٢)

(١) الكلي والجزئي عند ابن تيمية، للدكتور يحيى الظلمي، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد ٤٨، المجلد ١، شهر رجب عام ١٤٣٩هـ، (ص: ٣٧٢)؛ وانظر كلام ابن تيمية في كتاب الرد على المنطقيين، لابن تيمية (ص: ٣٧٦)؛ ومجموع فتاوى ابن تيمية، جمع الشيخ عبد الرحمن بن قاسم وابنه محمد (١١٤/٩) وما بعدها.

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣١٢/٥).

ويشترط في النص أن يكون قطعياً لذاته أو لغيره، وهو ما يشمل عدة صور أبرزها ثلاث صور:

الصورة الأولى: تعليل أصول الأحكام الشرعية، وذلك مثل تعليل الصيام بأن المقصود منه تحصيل التقوى التي يرتقي بها العبد قرباً من الله تعالى، كما قال تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ} [البقرة: ١٨٣].^(١)

والصيام جنس يندرج تحته الكثير من الأحكام الجزئية، فهو من هذا الوجه أصل.

الصورة الثانية: أن يأتي النص الشرعي في صورة قاعدة شرعية قطعية قابلة للتطبيق والبناء، فتكون ثابتة مستقرة لا يدخلها التغيير.

ويدخل في ذلك: الكليات الشرعية الثابتة في السنة، وهي المعبر عنها بجوامع الكلم التي تعني: الكلمات القليلة ذات المعاني العظيمة.^(٢)

ومن أمثلتها: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)^(٣).

(١) حجة الله البالغة، للدهلوي (٧٥/٢-٧٦)؛ تفسير التحرير والتنوير، للطاهر ابن عاشور (١٥٨/٢).

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم، للنووي (٥/٥).

(٣) رواه البخاري في صحيحه كتاب بدء الوحي باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حديث رقم: (١) (ص: ٢١)؛ ومسلم في صحيحه كتاب الإمارة باب قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (إنما الأعمال بالنية) وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، حديث

وهذا الحديث يمثل قاعدة كلية، وقد اتفق العلماء على صحته والعمل به لثبوت معناه في نصوص كثيرة، فهو قطعي في ثبوته من هذا الوجه، وقطعي في دلالاته أيضاً عند أهل العلم؛ حتى جعله بعضهم يدخل في ثلث الدين، وبعضهم جعله يدخل في ربع الدين.^(١)

الصورة الثالثة: أن يأتي النص الشرعي على صورة حكم شرعي جزئي مع علته الثابتة المنصوصة القطعية في ثبوتها ودلالاتها.

ومن أمثلته: قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إنما جعل الاستئذان من أجل البصر)^(٢).

فالحكم الجزئي يتمثل في مشروعية حكم الاستئذان، وعلّة الحكم خشية أن يرى الإنسان أخاه في وضع لا يريد لأحد أن يراه فيه؛ فلاجل ذلك شرع الاستئذان، وهو معنى ثابت في كل زمان ومكان، فكل ما يكون فيه تدخل في شئون الآخرين، فيشرع فيه الاستئذان، وهو يشمل كثيراً من الصور المعاصرة مثل الكاميرات، والسماعات، وغير ذلك من وسائل المراقبة.

وهذا الحديث قطعي من وجهين:

الوجه الأول: القطع الثبوتي؛ فإن الاستئذان ثابت في القرآن الكريم في

رقم: (١٩٠٧) (١٥١٥/٣-١٥١٦) كلهم من حديث عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(١) جامع العلوم والحكم، لابن رجب (١/٦١)؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص: ٨-٩).

(٢) رواه البخاري في صحيحه كتاب الاستئذان باب الاستئذان من أجل البصر، حديث

رقم (٦٢٤١) (ص: ١٢٠٢)؛ ومسلم في صحيحه كتاب الآداب باب تحريم النظر في بيت

غيره، حديث رقم (٢١٥٦) (٣/١٦٩٨) كلهم من حديث سهل بن سعد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ} [النور: ٢٧].

وهذا الآية الكريمة تتوافق مع الحديث لكون المقصود من الاستئناس هو الاستعلام والاستكشاف وطلب الإذن.^(١)

كما وأن الحديث ثابت في الصحيحين، وهو مؤكد لدليل قرآني قطعي، ما يجعل القطع واضحاً لا إشكال فيه.

الوجه الثاني: القطع الدلالي؛ وذلك أن العلة ثابتة بالنص بلفظ "من أجل"، وهو مما يفيد العلية قطعاً لكونها مما لا يحتمل غير العلية.^(٢)

ومن خلال هذين الوجهين يتبين: أن حفظ الخصوصية المتمثل في مشروعية الاستئذان معنى ثابت تريد الشريعة المحافظة عليه في كل زمان ومكان، ما يجعله فقهاً كلياً.

المصدر الثاني: إجماع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: إن عناية الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ

بالمعاني الفقهية أثناء الاجتهاد في النوازل والحوادث ليظهر عند أقل استقراء لفقهم؛ الأمر الذي يجعل فقه الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مصدراً مهماً من مصادر الفقه الكلي.

والصحابه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أعلم الناس بمراد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، واجتهادهم لا ينظر إلى النص فحسب، وإنما يستعرض ملابساته، وغاياته، ومراميه،

(١) تفسير البحر المحيط، لأبي حيان (٤١٠/٦).

(٢) الإبهاج، لتاج الدين السبكي (٤٢/٣)؛ شرح الكوكب المنير، لابن النجار (١١٧/٤).

وكيفية تنزيله.^(١)

ويكون إجماع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مصدراً من مصادر الفقه الكلي من خلال عدة أوجه أبرزها وجهان:

الوجه الأول: من جهة قطعية الأحكام والعلل التي أجمع عليها الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

ومن أمثلة ذلك: الإجماع على قتال مانعي الزكاة قياساً على الصلاة، بجامع أن الله تعالى قرن بينهما في كتابه ولم يفرق بينهما.^(٢)

الوجه الثاني: من جهة اعتبار العلل التي استند إليها الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في الفقه الكلي مما لم ينكر بعضهم فيه على بعض.

ومن أمثلة ذلك: خلاف الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ في مسألة قتل الجماعة بالواحد؛ فإن أكثر الصحابة ذهبوا إلى قتل الجماعة بالواحد مراعاة لمقصد تحصيل الردع والزجر، كما قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "لو تملاً عليه أهل صنعاء لقتلتهم".^(٣)

وهذا الاستدلال من عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يعتبر فقهاً كلياً لأمرين:

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم (١٥٩/٢) (١١٧/٢)؛ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، للبوطي (ص: ١٤٠).

(٢) التبصرة، للشيرازي (ص: ٣٧٣)؛ فتح الباري، لابن حجر (٢٧٧/١٢-٢٧٨).

(٣) المغني، لابن قدامة (٤٩٠/١١-٤٩١)؛ والأثر رواه مالك في الموطأ كتاب العقول باب ما جاء في الغيلة والسحر حديث رقم (١٣) (ص: ٨٧١)، وقد صححه ابن حجر في فتح الباري (٢٢٧/١١).

الأمر الأول: أن باقي الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ لم ينكروا هذا الاستدلال، ما يشعر بموافقتهم عليه من حيث الجملة، وإن كان لم يسلم جميع الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ما لزم عنه.

الأمر الثاني: أن كون المقصود من الحدود تحقيق الردع والزجر أمر معتبر يتعلق بمقصد الحدود والعقوبات.^(١)

والوجه الثاني لا يمكن الاطمئنان إلى كونه من الفقه الكلي القطعي لعدم وجود التصريح من الجميع، غير أنه يمكن أن يطمئن إلى أنها فقه كلي في مرتبة الظن القريب من القطع لما سبق.

المصدر الثالث: مقاصد الشريعة: مقاصد الشريعة تمثل فلسفة الشريعة

وخطتها وأهدافها العليا، وهي إما غايات كلية عامة تمثل الإطار الكلي للخطة التشريعية ككل، وإما غايات أكثر تحديداً وأقل عمومية من جهة اختصاصها بباب معين، أو مجموعة من الأبواب المتشابهة، وهي تمثل العناصر القابلة للتطبيق والقياس في الخطة التشريعية، فالنوع الأول يسمى بالمقاصد العامة، والنوع الثاني يسمى بالمقاصد الخاصة.

وسأتناول كل نوع بما يسمح به المقام:

(١) حجة الله البالغة، للدهلوي (٢/٢٤٤)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور (ص: ٥١٦)؛ وانظر في منزلة فقه الصحابة في معرفة موارد التشريع: بحث: عادة الشرع مفهومها، واستمدادها، وتوظيفها المنهجي، للدكتور قطب الريسوني، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، العدد ٣، المجلد ١٥ عام ٢٠١٩، (ص: ٣٩٢).

النوع الأول: مقاصد الشريعة العامة: المراد بمقاصد الشريعة العامة: هي الحكم والمعاني الكلية التي تقصدها الشريعة في تشريع الأحكام.^(١) وقد اكتسبت هذه المقاصد عموميتها من جهة امتداد نفعها وأثرها إلى الجميع.^(٢)

ومن المهم في الفقه الكلي تحديد مقاصد الشريعة العامة؛ فإن المشهور أن مقاصد الشريعة الإسلامية خمسة، وهي حفظ الدين، والنفس، والمال، والعقل، والنسل، وحفظها يعتبر فقهاً كلياً ثابتاً في كل زمان ومكان، وكونها خمساً أمر قد جرى عليه عرف المقاصديين كما يعبر الدكتور عبد المجيد النجار، ولأهميتها يرى الغزالي أن حفظها وتحقيقها موجود في كل ملة من الملل السابقة، وأن الخلاف بين الملل وقع في التكملات والمتممات، وقد زاد القرافي وابن النجار على الخمسة مقصد حفظ العرض للاتفاق على تحريم القذف، ووجود حد شرعي للقذف.^(٣)

ويرى جمع من المعاصرين عدم التقيد الدقيق بما يذكره الأصوليون من جعل الكليات خمساً، ويرون أنه تقسيم اصطلاحي غير نهائي، وأنه يمكن

(١) انظر في تعريف مقاصد الشريعة: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، للفاسي (ص: ٧)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، للدكتور محمد سعد اليوبي (ص: ٣٧).

(٢) مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، للدكتور عبد المجيد النجار (ص: ٤٤).

(٣) المستصفي، للغزالي (٤٨٢/٢-٤٨٣)؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي (ص: ٣٠٤)؛ شرح الكوكب المنير، لابن النجار (١٦٢/٤-١٦٣)؛ مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، للدكتور عبد المجيد النجار (ص: ٤٧).

الزيادة عليها اعتماداً على نظر المجتهد واجتهاده إذا كان تقصيده يسير على
المعتبر عند علماء هذا الفن، كما فعل ابن رشد حين جعل مقصود الشرع
تعليم الحق، والعمل بالحق، وكما اقترح بعض المعاصرين من ضرورة أن
يكون حفظ إنسانية الإنسان أحد الضروريات.^(١)

في حين يرى الدكتور الحسان شهيد عدم جواز الزيادة على الكليات
الخمس؛ لكون الكليات الخمس تستوعب في ذاتها ما يندرج تحتها، فكلية
حفظ النفس تستوعب حفظ الحرية والعدل على سبيل المثال، مضيفاً بأن
الكليات الخمس ليست قيماً فرضتها ضرورة تاريخية، أو نتاج ثقافة معينة،
وإنما هي في حقيقتها تمثل مقاصد ثابتة في كل زمان ومكان، والزيادة على
المقاصد الخمس الكبرى يلزم عليه القبول بفكرة تغيير المقاصد، ما يترتب
عليه سلب عنصر الثبات عن المقاصد العامة، وفتح باب لمن يريد الدخول
لهدم الدين من مدخل التقصيد الواقعي الذي يجعل الواقع هو المعيار
للتقصيد لا النص.^(٢)

والذي يظهر أن هذه الآراء اختلفت فيها جهات النظر؛ فإن من يرى
إمكانية الزيادة على الكليات الخمس نظر من جهة وجود معاني كلية

(١) مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، للدكتور عبد المجيد النجار (ص: ٥٠-٥٢)؛ علاقة مقاصد
الشريعة بأصول الفقه، للشيخ عبد الله بن بيه (ص: ٣١)؛ وانظر كلام ابن رشد في كتاب
فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال، لابن رشد (ص: ٥٤).

(٢) إشكال التقصيد الكلي بين النص والفقه والواقع (ص: ١١) بحث منشور على موقع
المقاصد:

http://www.makassed.ma/2018/08/blog-post_64.html?m=1

استقرائية تراعيها الشريعة، فلم يمانعوا بناءً على هذا الوجه من زيادة مقاصد كلية إذا ثبتت بالاستقراء المعبر، ومن رأى عدم الزيادة على المقاصد الخمس فلكونه رآها في ذاتها تستوعب الكثير من المقاصد، ورأى أن فتح باب التقصيد يؤدي إلى دخول عناصر متسللة لهدم الدين.

وعند محاكمة كلا الرأيين إلى مفهوم المقاصد العامة عند من عرّفها؛ فإن الناظر لا يجد حصراً للمقاصد العامة في عدد معين في مفهومها، وإنما جاء تقييدها في تعريفات المقاصد العامة بكونها معاني شرعية كلية وأهدافاً وحكماً تشريعية تراعيها الشريعة الإسلامية.^(١)

وبالنظر أيضاً للمقاصد الشرعية الكلية العامة التي تراعيها الشريعة في جميع أحوال التشريع، أو معظمها، يتبين أنها تشمل مرتبتين:

المرتبة الأولى: المقاصد الوجودية المتعلقة بوجود الإنسان في الدنيا والآخرة.

وهذه المرتبة عرفها الشاطبي بقوله: "ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين".^(٢)

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور (ص: ٢٥١)؛ مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، للفاشي (ص: ٧)؛ أصول الفقه الإسلامي، لوهبة الزحيلي (١٠١٧/٢)؛ نظرية المقاصد عند الشاطبي، للريسوني (ص: ١٩)، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة، للدكتور محمد سعد اليوبي (ص: ٣٧).

(٢) الموافقات، للشاطبي (١٧/٢-١٨).

وكان الشاطبي دقيقاً حين أطلق عليها مصطلح: قصد الشارع في وضع الشريعة، وأن الشارع يقصد حفظ هذه الكليات الخمس من جهة الوجود ومن جهة العدم.^(١)

والأقرب أن هذه المرتبة يقتصر فيها على الكليات الخمس التي هي حفظ الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال لثلاثة أمور:

الأمر الأول: وجود ما يشبه الاتفاق على أن الضروريات خمس، ولأجل اتفاق الشرائع على اعتبارها وحفظها كما سبق.

ولأن هذه الضروريات تتسم بقوة قطعيتها، وانتشارها في فروع الشريعة، فلا يطمئن إلى مساواة غيرها لها في ذلك.

الأمر الثاني: كون هذه الكليات الخمس تستوعب في ذاتها الكثير من الجزئيات، ويكون الاجتهاد والتوسع في بيان ما يندرج تحت هذه المقاصد الخمس الكبرى كما سبق فيما ذكره الدكتور الحسان شهيد.

وما سبق من اقتراحات زيادة على الكليات الخمس ترجع في الحقيقة إلى تلك الكليات، فمقصد حفظ العرض إن أريد به الذرية فهو ملحق بحفظ النسب، وإن أريد به حفظ سمعة الإنسان، فهو من قبيل الحاجي.^(٢)

ومقصد قول الحق والعمل بالحق يرجع في حقيقته لمقصد حفظ الدين، ومقصد حفظ الإنسانية عائد إلى مقصد حفظ النفس؛ فإن حفظ النفس كما يكون في جانبها الضروري بحفظ الحياة، يكون أيضاً في جانبها الحاجي

(١) مرجع سابق.

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر ابن عاشور (٣٠٥-٣٠٦).

في نفي التعب والمشقة عنها، وكذلك في جانبها التحسيني في الحفاظ على كرامتها وكل ما يحسنها.

الأمر الثالث: أن بقاء الضروريات خمساً من شأنه أن يعزز الثقافة المفاهيمية، ويحفظ لهذه الكليات قوتها، وقدرتها على ترشيد الاجتهاد من خلال وضع قواعد ثابتة للمجتهدين؛ فإن الكليات يرجع إليها حال وجود الاختلاف، أو حال وجود الاشتباه، وكلما كانت تلك الكليات محددة وقوية في قطعيتها، كلما أدت دورها على الوجه المطلوب.

المرتبة الثانية: المقاصد التشريعية العامة، وهي المتعلقة بالجانب التشريعي الذي يثبت معناه بالاستقراء في جميع الأحكام الشرعية، أو في معظمها.

وهذه المرتبة لا يمكن ادعاء الحصر فيها بعدد معين نظراً لكونها تعود إلى المعاني التشريعية المنتشرة في النصوص والأحكام الشرعية، إلا أن التقصيد من خلالها يحتاج إلى ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يعتمد التقصيد على استقراء معتبر يطمئن إليه، بطريق قطعي، أو بطريق ظن قريب من القطع.

الشرط الثاني: أن يكون مرجع التقصيد الأدلة الشرعية، ولا تنطلق في التأسيس من مجرد التقصيد الواقعي المستند إلى اعتبارات غير شرعية.

الشرط الثالث: أن يكون المقصد مراعي في جميع أحكام الشريعة، أو معظمها، وأن ينص عليه جمع من أهل العلم، وتدلل عليه تصرفاتهم.

ومن أمثله: مقصد التيسير، ومقصد العدل، ومقصد رفع الحرج، وغير

ذلك من المقاصد التي يكون نفعها عاماً.^(١)

وتشترك هذه المرتبة مع القواعد الفقهية في الدلالة على معنى يشمل عدة أبواب فقهية، ويفترقان من جهة أن القواعد الفقهية تشتمل على معنى وحكم، ويتم فيها التفصيل في كيفية تطبيق الحكم، وقد يكون للقاعدة الفقهية قواعد فرعية تنظم كيفية التطبيق، في حين أن المقاصد التشريعية تميل إلى التركيز على جانب المعنى، وتأصيله، وإبرازه، وبيان أوجه اعتباره في الشريعة الإسلامية والله تعالى أعلم.

وبناءً على ذلك: فإن المرتبة الثانية تعتبر مصدراً متجدداً للفقه الكلي من خلال استعمال أداة الاستقراء للنصوص والأدلة الشرعية مع مراعاة الشروط الثلاثة السابقة.

النوع الثاني: مقاصد الشريعة الخاصة: المراد بمقاصد الشريعة الخاصة

هي: المعاني والحكم التي تختص بباب معين من أبواب التشريع.^(٢)

ومقاصد الشريعة الخاصة أقل شمولية من المقاصد العامة نظراً لكونها تمثل مرادفات الشارع وغاياته في باب محدد من أبواب التشريع، ومع ذلك فهي أقوى تأثيراً من جهة دلالتها على حكم أخص من حكم المقصد العام.

والمقاصد الخاصة تعتبر مورداً صناعياً للفقه الكلي من جهة كون البناء الكلي يأتي فيها من خلال أداة الاستقراء لمجموعة من الأحكام المعينة التي

(١) مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، للدكتور عبد المجيد النجار (ص: ٤٤) (ص: ٦٧).

(٢) مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية، للدكتور محمد سعد اليوبي (ص: ٤١١)

بتصرف يسير.

تتشابه في علل الأحكام في باب فقهي واحد، ومن ثم إبراز هذا المقصد والبناء عليه، واعتباره في الاجتهاد المعاصر.

ومن أمثلة المقاصد الخاصة الصناعية: مقصد استقرار العقود وعدم وقوع النزاع، وهو مقصد شرعي استقرائي دلّ عليه استقراء عدة أحكام في باب المعاملات تدل على كونه مقصداً شرعياً خاصاً، وسأكتفي بذكر ثلاثة أحكام مع أدلتها تدل على اعتبار هذا المقصد وإن كان هناك أحكام وأدلة أخرى تدل على هذا المقصد:

الحكم الأول: منع الجهالة في البيع المفضية إلى النزاع.^(١)

والأصل في منع الجهالة: نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر.^(٢)

وجه الاستدلال: أن من الغرر جهالة العاقد للمعقود عليه.^(٣)

قال المرغيناني^(٤): "والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة؛ لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة - عدم

(١) الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني (٧/٥-٨).

(٢) عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس (٢/٦٢٤)؛ الكافي، لابن قدامة (٣/١٩-٢١)؛ وحديث النهي عن الغرر رواه مسلم في صحيحه كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر حديث رقم: (١٥٠٣) (٣/١١٥٣).

(٣) الكافي، لابن قدامة (٣/٢١).

(٤) هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغانى برهان الدين المرغيناني الحنفي، فقيه حنفي نشر المذهب، وانتفع الناس به في علوم كثيرة، من مؤلفاته: كتاب كفاية المنتهى، وكتاب مختار الفتاوى في فروع الحنفية، توفي عام: ٥٩٣هـ، انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، للقرشي الحنفي (٢/٦٢٧-٦٢٨)؛ معجم المؤلفين، لكحالة (٢/٤١١).

معرفة القدر والصفة - مفضية إلى المنازعة، فيمتنع التسليم والتسلم".^(١)
 وقد علل المرغيناني وجوب معرفة القدر والصفة في بيوع الأثمان بعلّة
 عدم الإفضاء إلى المنازعة.^(٢)
 وهو ما يدل على أن استقرار العقود وعدم النزاع فيها معنى شرعي
 معتبر في البناء الفقهي عنده.
الحكم الثاني: تحريم المزابنة، والمزابنة هي بيع الرطب على رؤوس
النخل بالتمر.^(٣)

والأصل في تحريم المزابنة: نهى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المزابنة.^(٤)
 قال الشرييني^(٥): "والمزابنة مأخوذة من الزبن بفتح الزاي وسكون الباء،
 وهو الدفع لكثرة الغبن فيها، فيريد المغبون دفعه، والغابن إمضاءه،
 فيتدافعان".^(٦)

(١) الهداية شرح بداية المبتدي، للمرغيناني (٨-٧/٥).

(٢) مرجع سابق.

(٣) مغني المحتاج، للشرييني (١٢١/٢).

(٤) رواه مسلم في صحيحه كتاب البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا حديث
 رقم: (١٥٤٢)، (١١٧١/٣).

(٥) هو محمد بن محمد شمس الدين الخطيب الشرييني الشافعي، فقيه نحوي زاهد، أجمع
 أهل مصر على صلاحه وعلمه وزهده، من مؤلفاته: كتاب الإقناع في حل ألفاظ أبي
 شجاع، وكتاب مغيث الندا إلى شرح قطر الندى، توفي عام: ٩٧٧هـ، انظر: شذرات
 الذهب في أخبار من ذهب، لابن العماد (٥٦١/١٠)؛ معجم المؤلفين، لكحالة (٦٩/٣).

(٦) مغني المحتاج، للشرييني (١٢٢/٢).

فجعل الشربيني علة تحريم المزابنة ما فيها من نزاع وتدافع، وهو ما يدل على حضور معنى استقرار العقود وعدم النزاع فيها في تعليل تحريم المزابنة.

الحكم الثالث: إثبات خيار الغبن للمسترسل عند الحنابلة، والمسترسل هو الذي يجهل القيمة الحقيقية للمبيع، ولا يحسن المماكسة من بائع أو مشتري.^(١)

واستدل الحنابلة لإثبات خيار المسترسل بدليلين:

الدليل الأول: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إذا بايعت فقل: لا خلافة^(٢)).^(٣)

وبيّن ابن النجار العلة بقوله: "لأنه حصل له الغبن لجهله بالبائع، فثبت له الخيار".^(٤)

وبهذا يكون تعليل إثبات خيار الغبن هو ما فيه من الجهل الذي ترتب عليه إثبات حق فسخ العقد نظراً لكون الجهالة تمنع استقرار العقود.

الدليل الثاني: القياس على تلقي الركبان بجامع عدم معرفة الأسعار.^(٥)

وعدم معرفة الأسعار من شأنها أن تؤدي إلى جهالة الثمن الحقيقي؛

(١) معونة أولي النهى شرح المنتهى، لابن النجار (٨٨/٥).

(٢) لا خلافة: يعني لا خديعة، انظر: معونة أولي النهى شرح المنتهى، لابن النجار (٨٩/٥).

(٣) رواه البخاري في صحيحه كتاب البيوع باب ما يكره من الخداع في البيع حديث رقم: (٢١١٧)، (ص: ٣٩٩).

(٤) معونة أولي النهى شرح المنتهى، لابن النجار (٨٨/٥).

(٥) الإنصاف، للمرداوي (٣٩٦/٤)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٩٦/٣).

فشرع لأجل ذلك خيار المسترسل حماية لاستقرار العقود، ومنعاً للجهالة المفضية إلى النزاع.

وعند النظر إلى هذه الأحكام الثلاثة: يتضح أنها متحدة في كون العلة قطع النزاع ورفع الجهالة نظراً لكون النزاع والجهالة من أسباب عدم استقرار العقود، واستقرار العقود وانتظامها مقصد شرعي ثابت بطريق ظن قريب من القطع من خلال وجود عدة أدلة شرعية في موضوعات مختلفة تدل عليه، وكذلك تعليقات الفقهاء انصبت على وفق هذا المقصد الخاص، ما يجعله فقهاً كلياً يستفاد منه عند التعامل مع مسائل النوازل حكماً أو صياغة.

المصدر الرابع: الكليات الفقهية: المقصود بالكليات الفقهية: هي القواعد

الفقهية والضوابط الفقهية، وهذه الكليات الفقهية تعتبر مورداً من موارد الفقه الكلي من جهة دلالتها على معنى فقهي ثابت في كل زمان ومكان استفيد من خلال استقراء مجموعة من الأحكام المتشابهة في مأخذها ومناطاتها التي استخرجها الفقهاء من دلائل النصوص الشرعية، حتى شكلت صيغاً إجمالية كلية من قانون الشريعة الإسلامية.^(١)

وقد استثمرت مجلة الأحكام العدلية ومجلة الأحكام الشرعية الكليات الفقهية كمبادئ فقهية يرجع إليها القضاة في فصل النزاع والخصومات.^(٢)

وتمتاز القواعد الفقهية بإمكانية استفادة الحكم منها مباشرة، وهو ما

(١) نظرية التعيد الفقهي، للروكي (ص: ٧٠)؛ مقدمة الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا على شرح القواعد الفقهية (ص: ٩).

(٢) المجلة (ص: ٢٤)؛ مجلة الأحكام الشرعية (ص: ٧٦) وما بعدها.

يجعلها عالية الفاعلية في معالجة النوازل المعاصرة.

المصدر الخامس: موضوعات الأبواب الفقهية: الفقه الإسلامي عبارة عن موضوعات فقهية تشمل العبادات، والمعاملات، وفقه الأسرة، والأحكام السياسية والدولية، وأحكام الجنايات والتعزيرات والقضاء، وغير ذلك.

والفقه الموضوعي لم أجد من عرّفه، ويمكن أن يقال في تعريفه: هو هدف العقد ومقصوده الأصلي الذي له أحكام تنظم شروطه، وأركانه، وأحواله، وعوارضه.

والفقه الموضوعي يشتمل على عنصرين:

العنصر الأول: تحديد الهدف ومقصد العقد الأصلي، ويسمى هذا العنصر بطبيعة العقد، ومقصوده الأصلي، مثل كون المقصود من البيع هو التبادل على سبيل المعاوضة.

وهذا العنصر يعود إلى أن لكل عقد فقهي موضوعاً خاصاً به، وحكمة مقصودة منه، قال الشيخ مصطفى الزرقا: "إن العقود أنواع شتى تختلف موضوعاتها وغاياتها، وتختلف القواعد والأحكام الأساسية المعتمدة في كل منها باختلاف تلك الموضوعات والغايات".^(١)

كما وأن هذا العنصر يمثل المقصود أصالة من الباب الفقهي، وهو قريب من تعبير الأصوليين في تعريف الصحيح بأنه ما أفاد حكمه المقصود

(١) عقد البيع، للشيخ مصطفى أحمد الزرقا (ص: ٧-٨)؛ وانظر في ذلك: نظرية العقد، لابن تيمية (ص: ١٥)؛ العقد في الفقه الإسلامي، للدكتور عباس حسني (ص: ٨٠).

منه. (١)

وذلك أن المقصود من الحكم هو الهدف الأساس من العقد الذي يمثل ثمرة التصرف والغاية منه.

العنصر الثاني: الأحكام الفقهية المتعلقة بكيفية تحقيق مقصد العقد الأصلي، مثل شروط البيع، وأحكام الخيار، والربا.
وهذا العنصر يمثل مقتضى العقد، والذي هو مجموع الالتزامات التي يستلزمها العقد. (٢)

ومن خلال هذين العنصرين يتكون الفقه الموضوعي، فهو فقه دقيق ذو طبيعة كلية يندرج تحته أحكام فقهية مختلفة في جزئيات تناول ذات الموضوع من زوايا مختلفة، وهو بذلك أخص من المقاصد العامة لتناوله لباب فقهي معين، بخلاف المقاصد العامة التي تشمل جميع أحوال التشريع أو أغلبها، كما أن الموضوع الفقهي يختلف عن المقاصد الخاصة من جهة أن الفقه الموضوعي فيه موضوع عام تتمحور حوله مجموعة من الأحكام يتولى كل حكم بيان جزئية من جزئيات الموضوع الفقهي، بخلاف المقاصد الخاصة التي فيها الاشتراك في علة محددة بين مجموعة من الفروع في أحكام مختلفة.

ويمكن أن يقال: إن الموضوع الفقهي أقرب للنظرية العامة التي لها ما

(١) قواعد الأصول ومعاهد الفصول، لابن عبد الحق البغدادي (ص: ٣٢).

(٢) انظر في تعريف مقتضى العقد: بحث الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي

للدكتور نعمان جغيم بحث منشور على موقع رياض العلم:

http://www.riyadhalelm.com/researches/8/54_tdbiqat.pdf

يخدمها من جهة الأركان والشروط والمبطلات والأحكام إلا أنها محددة بسياق علمي مؤطر، ونظر كلي محدد يتم دراسته في كتاب فقهي، أو باب فقهي وفق ترتيب منطقي يبين الأحكام وعوارضها، فهي أقرب إلى الموضوع الشبكي المترابط الأجزاء.

وقد أعمل الفقهاء الموضوع الفقهي في تعليل الأحكام، ومن ذلك: تعليل التوقيت في الإجارة بأن مقتضى عقد الإجارة هو نقل المنفعة لمدة معينة، فكان لا بد فيه من التوقيت، بخلاف عقد البيع الذي حقيقته نقل ملكية العين ببدل، وهو ما يتعارض والتوقيت لمنافاته للمقصود.^(١)

كما واستثمر الفقهاء الموضوع الفقهي في التفريق بين الشروط الجائزة من الشروط غير الجائزة؛ فإن كثيراً من الفقهاء ينصون على أن كل ما خالف مقتضى العقد؛ فإنه شرط غير معتبر.^(٢)

ويستفاد من الفقه الموضوعي في الاجتهاد المعاصر في تحديد الأوليات وفقه الموازنات في كون الفقه الموضوعي يقوم بمهمة تحديد المقصود أصالة من كل عقد، وتحديد درجات الأحكام من جهة المطلوب لذاته والمطلوب لغيره، ومنزلة كل حكم في رسم الصورة الكلية للموضوع الفقهي.

(١) عقد البيع، للشيخ مصطفى الزرقا (ص: ٨).

(٢) شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (١٧٥/٣).

المبحث الثاني

إعمال الفقه الكلي

يمثل مبحث إعمال الفقه الكلي الجانب الإجرائي من مفهوم الفقه الكلي؛ فإنه إذا استقر معنى الفقه الكلي، ومصادره، يبقى هناك سؤال عن الجانب الإجرائي العملي للفقه الكلي المتعلق بكيفية تحقيق الفقه الكلي في أرض الواقع إجراءً وتطبيقاً، وهو الأمر الذي تبرز أهميته من خلال أربعة أوجه:

الوجه الأول: كون الجانب الإجرائي هو الذي يحقق الفاعلية الكاملة للمفاهيم؛ إذ إن فائدة المفهوم في تطبيقه، وترجمته إلى وافق ملموس.

الوجه الثاني: أنه يعالج إشكالية غياب تحليل كامل عناصر العملية الاجتهادية، والتي تتمثل في بيان الحكم الشرعي، وظروفه، وواقع تطبيق الحكم الشرعي.^(١)

وعناصر العملية الاجتهادية وإن وقع الاهتمام بها في كثير من الدراسات المعاصرة، إلا أن إبرازها ضمن دائرة الثوابت مع ذكر الجانب الإجرائي يجعلها أكثر فائدة؛ فإن الفقه الكلي يقوم على مراعاة المعنى الثابت في كل زمان ومكان، ثم النظر إلى سبب ومسوغ إعمال الفقه الكلي على حساب الفقه الجزئي من خلال اعتبار الأحوال التي راعاها الشارع الحكيم، ثم تحديد أداة إعمال الفقه الكلي، والربط بين الفقه الكلي وواقع النازلة.

(١) خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، للدكتور عبد المجيد النجار (ص: ١١٨-١٢٠).

الوجه الثالث: أنه يجتّب الاجتهاد المعاصر إشكالية سوء استخدام مقاصد الشريعة، ودعوى تقديم المصلحة غير المنضبطة على النص، وجعل ذلك طريقاً لهدم الدين، وهي دعوى تخالف مقاصد الشريعة نفسها التي تستند في تأصيلها وكليتها إلى النصوص الشرعية، بالإضافة إلى أنها دعوى تجعل العقل البشري القاصر مقدماً على النص الإلهي المنزل من لدن حكيم خبير.

وهذه الإشكالية هي التي جعلت الدكتور محمد سعيد البوطي يحذّر من استخدام سلاح المصالح بيد من أراد أن يتسلل لهدم الدين، كما وجعل الدكتور نور الدين الخادمي للعمل بالمقاصد جملة من الضوابط، منها أن المقاصد ليست دليلاً مستقلاً، وأن العمل بها مقيد بعموم الأدلة والقواعد والضوابط الشرعية، بالإضافة إلى الأبعاد العقدية والأخلاقية والعقلية.^(١)

وجميع ما سبق جهود نافعة لها وجاقتها للحاجة إلى ضبط الاجتهاد المستند للمصالح بمعايير منضبطة، غير أن ما يحقق الضبط بشكل أعمق هو ربط المصالح بمفهوم يشمل المصلحة المحددة التي يراد حفظها، ويشمل منهجية علمية لكيفية تطبيق تلك المصلحة على الواقع، والمسوغ للاستناد إلى الاجتهاد المصلحي، وهو ما يقوم به الجانب الإجرائي الذي يمثل معياراً محددًا لإعمال الفقه الكلي.

الوجه الرابع: أن الفقه الكلي يجعل الاجتهاد المعاصر يمتلك القدرة

(١) ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، للبوطي (ص: ١١)؛ الاجتهاد المقاصدي، للخادمي (٤٢/١).

على التفاعل مع المتطلبات المستجدة، ويتيح للمجتهد استنباط الأحكام في ضوء كليات الشريعة.

ومن خلال هذا الوجه يتبين أن الفقه الكلي يصدق عليه ما ذكره بعض المعاصرين من مسمى الاجتهاد المتحرك الذي يراعي القواعد العامة عند الاجتهاد آخذاً بعين الاعتبار روح الشريعة وأهدافها وخصالها الكلية من العدل والمساواة.^(١)

على أن الواجب أن يضبط هذا الاجتهاد المتحرك بأن لا يخالف النصوص الشرعية، وقطعيات الشريعة وقواعدها. وسأتناول هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول

أركان إعمال الفقه الكلي

إن إعمال الفقه الكلي له ثلاثة أركان، وهي تحديد الفقه الكلي المراد، وتحديد المقتضي لإعمال الفقه الكلي، وتحديد أداة إعمال الفقه الكلي، فإذا توفرت هذه الأركان بمعتبراتها أثمر ذلك الإعمال الصحيح للفقه الكلي.

وبعد هذا الإجمال سأفصل بما يسمح به المقام:

الركن الأول: تحديد الفقه الكلي، وهذا الركن هو قطب الرحي في الاجتهاد المبني على الفقه الكلي، كما أنه يمثل المشروعية الشرعية لاعتبار

(١) مقالة مقدمة منهجية في الاجتهاد المعرفي لحسان عبد الله على موقع إسلام أون لاين:
<https://islamonline.net/22171>

هذا الفقه الكلي.

ويشترط فيه أن يكون له مصدر شرعي صحيح، وأن يبين المستدل وجه كونه فقهاً كلياً، وأن يُثبت المستدل الفقه الكلي بطريق قطعي، أو بطريق ظن قريب من القطع.

الركن الثاني: تحديد المقتضي والمسوغ لإعمال الفقه الكلي على حساب النظر الجزئي؛ وذلك أن الفقه الكلي نوع من الرجوع إلى كليات الشريعة التي فيها تغليب النظر الكلي على النظر الجزئي، فكان لا بد فيه من إبراز المقتضيات والمبررات الشرعية المعتمدة لهذا الرجوع، وهي مقتضيات يجب أن تكون شرعية وموضوعية قابلة للضبط والقياس.

ويمكن ضبط المقتضي للرجوع إلى الفقه الكلي على حساب الفقه الجزئي بمقامين كليين:

المقتضي الأول: معالجة النوازل التي تحتاج إلى نظر خاص بسبب اختلاف أحوال الزمان والمكان، أو بسبب اختلاف الأحوال بالنسبة للمكلف. واختلاف الأحوال من حيث الجملة معتبر في الشريعة الإسلامية؛ حتى قرر الفقهاء أنه لا ينكر تغير الفتوى بتغير الزمان، والمكان، والحال، والعرف، وذلك فيما يتعلق بالأحكام المرتبطة بما يقتضي قبولها التغيير مما يكون مناطه متعلقاً بالواقع، وهو مبدأ تقرر منذ عهد الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الَّذِينَ كَانُوا أَكْثَرَ رِعَايَةٍ لَهُ. ^(١)

(١) فقه التدين فهماً وتنزيلاً، للدكتور عبد المجيد النجار (ص: ١١١).

وهذا الاختلاف يعود إلى تغير جوهري في عناصر تتعلق بطبيعة الفعل، أو حال المكلف، ما يترتب عليه تغير الحقيقة التي تستلزم تغير الأحكام راعيةً لاختلاف الأحوال.^(١)

وإذا أراد المجتهد أن يستند إلى الفقه الكلي، فالواجب عليه - إجرائياً - أن يبين أمرين:

الأمر الأول: إثبات كون الوضع وضع ضرورة، أو إثبات اختلاف الأحوال، وهذا مرجعه إلى النظر في الواقع وفحصه.

الأمر الثاني: إثبات تأثير الضرورة، أو تأثير اختلاف الأحوال على المكلف، وهذا مرجعه إلى تحقيق مناط الضرورة أو اختلاف الأحوال على المكلف.

المقتضي الثاني: طلب تحقيق المصلحة؛ فإن الفقه الإسلامي يمتاز بكونه يشتمل على فقه مرن قابل للتطور وفق قواعده المرنة الكلية التي تستوعب كل متغير، كما أنه يبحث عن تحقيق مقاصد الشريعة وأهدافها، ومصالح المكلفين وما ينفعهم في الدنيا والآخرة.^(٢)

وتحقيق المصالح في الواقع كثيراً ما يدخله التعارض والتشابه ما يحتاج

(١) شرح قاعدة تغير الأحكام بتغير موجباتها للدكتور أحمد الريسوني منشور على موقع منتدى العلماء:

<https://www.msf-online.com/الريسوني-يشرح-قاعدة-تغير-الأحكام-بتغير/>

وانظر للمزيد: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، للسوسي (ص: ٤٢٠-٤٢٣).

(٢) انظر في مقصد الشريعة الكلي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، للبوطي (ص: ٥٤).

معه إلى طريق النظر والموازنة، وتقديم المصلحة الشرعية الأقوى على المصلحة الشرعية الأقل قوة.

وإذا أراد المجتهد أن يستند إلى الفقه الكلي بجلب المصلحة، فالواجب عليه - إجرائياً - إثبات أمرين لأجل ضبط الاجتهاد المستند إلى مقتضي طلب المصلحة:

الأمر الأول: إثبات المصلحة التي جعلها مقتضياً لإعمال الفقه الكلي بطريق شرعي معتبر.

الأمر الثاني: إثبات فائدة المصلحة وتأثيرها على الواقع والمكلف من خلال أدوات فحص الواقع، والتي من أبرزها التوقع، والعادة، وغلبة الظن، وسؤال المختصين.

الركن الثالث: تحديد أداة الإعمال الأصولية أو الفقهية أو المقاصدية؛ فإن إعمال الفقه الكلي يحتاج إلى أداة شرعية محددة لإعمال الفقه الكلي على أرض الواقع تستوفي تلك الأداة كل الشروط المعتمدة، فإن كانت الأداة هي المصلحة، فلا بد من توافر ضوابط العمل بالمصلحة، وإن كانت رفعاً لضرورة، فالضرورة تقدر بقدرها، وإن كانت سداً للذريعة، فلا بد من بيان المصلحة التي يراد حفظها، والمباح المطلوب سده، وبيان أن منع المباح يحقق حفظ المصلحة، وهكذا بقية الأدلة لا بد من ملاحظة مناسبات تطبيقها.

قال أبو إسحاق الشيرازي: "وكان أبو الحسن القطان^(١) من أصحابنا لا

(١) هو علي بن إبراهيم بن سلمة بن بحر أبو الحسن القزويني القطان الشافعي، فقيه شافعي حافظ للحديث، أدمن الصيام ثلاثين سنة، ولد سنة: ٢٥٤هـ، وتوفي سنة: ٣٤٥هـ، انظر: ==

يفتني في شيء من المسائل حتى يلحظ الدليل نصاً أو إجماعاً أو قياساً".^(١)
ويحتاج هذا الركن إلى مهارة أصولية عالية، تستطيع استيعاب كليات
الشريعة، وربطها بأدواتها التشريعية بما يحقق أحد أبرز أهداف المنظومة
الأصولية وهو ضبط الفتوى.



الوافي بالوفيات، للصفدي (٢٠/٥-٦)؛ سير أعلام النبلاء، للذهبي (١٥/٤٦٣-٤٦٥).
(١) شرح اللمع، للشيرازي (٢/١٠٣٧).

المطلب الثاني

مجالات أعمال الفقه الكلي

المقصود بمجالات أعمال الفقه الكلي هي الحقول التطبيقية التي سيتم فيها أعمال الفقه الكلي، وهي تمثل الثمرة الحقيقية للفقه الكلي كمفهوم وإجراءات؛ إذ تجعل أمام المجتهدين مساقات اجتهادية، وبيئة صالحة للتطبيق والإعمال، وسأتناول أبرز ستة مجالات لأعمال الفقه الكلي:

المجال الأول: ترتيب الأولويات الفقهية؛ والمقصود به ترتيب الأحكام الشرعية من خلال وضع كل حكم في درجته التي تليق به، فلا يقدم المهم على الأهم.^(١)

وترتيب الأولويات يقتضي النظر إلى دلالة الحكم الشرعي، ومنزله، ومدى تأثيره في الواقع والناس، وقوة الأصل الذي يرجع إليه، ودرجة المصلحة فيه، ومدى تحقيقه للفقه الكلي الذي هو أحد المعايير التي يتم من خلالها ترتيب الأهمية.

ومن تطبيقات الفقه الكلي: تحديد الأولويات الطبية في جائحة فايروس كورونا (كوفيد-١٩)؛ وذلك أن مهنة الطب تعتبر من فروض الكفايات نظراً لكون المهن الدنيوية تعتبر من قبيل فروض الكفايات كما يعبر الطاهر ابن عاشور.^(٢)

(١) فقه الأولويات دراسة في الضوابط، للوكيلي (ص: ١٦) بتصرف يسير.

(٢) أليس الصبح بقريب، للطاهر ابن عاشور (ص: ٩٤).

ومهنة الطب فيها عدة مجالات، فهناك ما يتعلق بمجال التطبيب، وهناك ما يتعلق بمجال الأدوية، وهناك ما يتعلق بمجال التمريض والهيئة الطبية المساعدة، وهناك ما يتعلق بمجال الاستثمار الطبي صناعة وتسويقاً وأدوية، وهناك ما يتعلق بمجال الأبحاث الطبية.

ومن المتقرر أصولياً: أن محل النظر في فرض الكفاية إنما هو في النظر إلى المصلحة المتعلقة بالفعل، لا النظر إلى من يحقق المصلحة في أرض الواقع.^(١)

وإذا كان النظر في فرض الكفاية إلى المصلحة؛ فإن المصالح الطبية المتعلقة بجائحة كورونا (كوفيد-١٩) متعددة، والمعتبر تحصيلها جميعاً، وعند التزاحم فالمعتبر هو تقديم الأقوى، ويأتي الفقه الكلي المتمثل في حفظ النفس كأحد المعايير التي تبين قوة المصلحة، ومن ثمّ ترتيبها وجعلها على درجتين:

الدرجة الأولى: درجة تتعلق بمعالجة المرضى، وما يتعلق بها من إيجاد المستشفيات، ووجود الكادر الطبي المؤهل، وتوفير الأدوية والمعدات اللازمة، والقيام بدور الإرشاد والتوعية الطبية.

وهذه الدرجة مقدمة على غيرها في معالجة تداعيات أزمة كورونا نظراً لتأثيرها المباشر على تحقيق مقصد حفظ النفس.

الدرجة الثانية: درجة تتعلق بقطاع الصناعة الطبية، والأبحاث العلمية الطبية؛ فإنها الجهة التي تمتلك المهارة اللازمة للتعامل مع مختلف الطوارئ

(١) جمع الجوامع، لتاج الدين السبكي (ص:١٧).

الطبية النازلة التي لم يسبق وجود أمثالها، وهي السبيل لامتلاك القدرة الفنية على صناعة الأدوية واللقاحات اللازمة.

وهذه الدرجة مطلوبة نظراً لأهميتها في معالجة تداعيات الكوارث والجوائح، وقدرتها على التعامل مع مختلف النوازل الطبية وما يستجد من أمراض، ومن خلالها يتحقق حفظ النفس في جانبه الطبي الوقائي.

والواجب على هيئات الإفتاء بيان هذا الواجب الكفائي الطبي، ودرجاته وأهميته، وحث الحكومات على بذل المزيد من العناية به، وإنشاء المراكز والأبحاث، وكذلك حث اللجان الخيرية والمؤسسات الوقفية على أن يكون لهم عناية واهتمام بذلك، وحث رجال الأعمال على الاستثمار في القطاع الصحي، وإنشاء مصانع للأدوية والأجهزة الطبية، وبيان المصالح الشرعية المترتبة على ذلك.

كما وينبغي على المختصين في المجالات الطبية المختلفة توجيه العناية للقيام بالأبحاث العلمية، وصناعة الأدوية نظراً لأهميتها في تحقيق مقصد حفظ النفس.

المجال الثاني: معالجة الإشكاليات المتعلقة بالحياة؛ فإن الحياة لا تخلو من نوازل تحتاج إلى موقف شرعي يقوم على معالجة جوهر الإشكالية بما يحقق مصالح الشريعة، ومصالح المكلفين.

والفقه الكلي هو الذي يوضح الأهداف التشريعية الثابتة في كل زمان ومكان، وهي الأهداف التي يجب الالتفات إليها والمحافظة عليها عند معالجة النوازل المختلفة.

ومن تطبيقات ذلك: ما جاء من حديث النواس بن سمعان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي شَأْنِ الدَّجَالِ، وَفِيهِ: (قَلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا لَبِثَ فِي الْأَرْضِ؟ قَالَ: أَرْبَعُونَ يَوْمًا، يَوْمَ كَسَنَةِ، وَيَوْمَ كَشْهَرٍ، وَيَوْمَ كَجَمْعَةٍ، وَسَائِرَ أَيَامِهِ كَأَيَامِكُمْ، قَلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ فَذَلِكَ الْيَوْمَ الَّذِي كَسَنَةَ أَتَكْفِينَا فِيهِ صَلَاةَ يَوْمٍ؟ قَالَ: لَا، اقْدُرُوا لَهُ قَدْرَهُ).^(١)

فَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اسْتَشْكَلُوا كَيْفِيَةَ الصَّلَاةِ حِينَ يَكُونُ الْيَوْمَ بِمِثَابَةِ سَنَةِ، هَلْ يَكْفِي فِيهِ فَرَضٌ وَاحِدٌ لِكُلِّ صَلَاةٍ؟ فَأَجَابَهُمُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِأَنَّهُ لَا يَكْفِي، وَالْوَاجِبُ عَلَيْهِمْ أَنْ يَنْتَقِلُوا مِنَ الْعَلَامَاتِ الْمَبْنِيَةِ عَلَى الرَّؤْيَةِ الْبَصْرِيَّةِ، إِلَى التَّقْدِيرِ وَالظَّنِّ، نَظْرًا لِعَدَمِ إِمْكَانِيَةِ أَدَاءِ الصَّلَوَاتِ جَمِيعِهَا وَفَقْدِ الْعَلَامَاتِ الْبَصْرِيَّةِ.

وَتَأْتِي هَذِهِ الْمَعَالِجَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي سِيَاقِ الْحِفَاظِ عَلَى فِقْهِ كَلْبِي ثَابِتٌ يَتَعَلَّقُ بِمَصْلُحَةِ إِقَامَةِ الصَّلَوَاتِ الَّتِي هِيَ مَصْلُحَةٌ ثَابِتَةٌ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ، وَحِفْظُهَا يُعْتَبَرُ فِقْهًا كَلْبِيًّا؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ عَنِ الصَّلَاةِ: {إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ} [العنكبوت: ٤٥].

وَقَدْ نَصَّ النَّوَوِيُّ عَلَى أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ النَّبَوِيَّ مُخْصِصٌ بِهَذِهِ الْأَيَّامِ، وَأَنَّهُ لَوْلَا هَذَا الْأَمْرُ النَّبَوِيُّ لَتَمَّ الْاِقْتِصَارُ عَلَى خَمْسِ صَلَوَاتٍ فِي هَذَا الْيَوْمِ الَّذِي هُوَ كَسَنَةٌ أَوْ شَهْرٌ أَوْ أُسْبُوعٌ.^(٢)

المجال الثالث: الفقه الوقائي، والمقصود به هو الفقه المتعلق بجانب

(١) رواه مسلم في صحيحه كتاب الفتن، باب ذكر الدجال وصفته وما معه حديث رقم (٢٩٣٧)، (٤/٢٢٥٢).

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم، للنووي (١٨/٦٦).

الاحتياط والنظر للمستقبل بما يجتنب المسلم الوقوع في الإشكاليات قبل حدوثها، والاستعداد لها إن غلب على الظن وقوعها بوضع الحلول المناسبة لها.

والأصل في اعتبار الفقه الوقائي قوله تعالى: {وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ} [الأنعام: ١٠٨].

فجاء الحكم مراعيًا لتوقع حدث في المستقبل، وتم اعتبار ذلك الحدث المستقبلي عند الحكم على الحاضر.^(١)

ومن الأدلة أيضاً: قوله تعالى: { كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ } [الحشر: ٧].

فجاءت أحكام توزيع الفيء مراعاة لإيجاد مصادر دخل للفقراء تحقق مصلحة مستقبلية تتمثل في التوزيع العادل للثروة.^(٢)

وتوقع المستقبل استعمله كثير من الفقهاء تحت مسمى الفقه الافتراضي الذي اشتهر به الإمام أبو حنيفة.^(٣)

وممن طبق الفقه الوقائي بمعناه السابق الجويني في كتابه (الغياثي) حين طرح إشكالاً لم يسبق وقوعه، وعالجه في ثنايا كتابه، وهو ما تمثل في سؤال الكتاب الرئيس الذي هو: ما موقف العباد إذا انتشر الفساد؟ واستبدل الخلق

(١) انظر في تفسير الآية الكريمة: زهرة التفاسير، لأبي زهرة (٢٦٢٤/٥).

(٢) انظر في تفسير الآية الكريمة: تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٦٧/٨)؛ تفسير التحرير والتنوير، للطاهر ابن عاشور (٨٥/٢٨-٨٦).

(٣) تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي (٤٧٧/١٥)؛ مناهج التشريع، لبلتاجي (ص: ٢٨١).

الاقتصاد بالإفراط والتفريط؟ وابتلي الناس بعالم لا يوثق فيه لفسقه؟ وبزاهد لا يمكن الاقتداء به لخرقه؟ فهل إذا وقع ذلك يكون هناك طريق للهداية؟ أو يموج الناس بعضهم ببعض.^(١)

ودور الفقه الوقائي في كونه أيضاً يرسم صورة متوقعة للمستقبل بالاستعانة ببعض القرائن والشواهد التي تبلغ مرتبة غلبات الظنون، ثم يعالج ذلك الواقع المتوقع، ما يجعل الفقه الإسلامي يمتلك خاصية الاستشراف، والرصد، ومعالجة المستقبل، ويأتي الفقه الكلي في كونه أحد النظرات الكلية التي تحاكم القرائن والظنون المستقبلية، والتي يحدد على وفقها: الظنيات المعبرة في الفقه الوقائي من غيرها.

ومن تطبيقات الفقه الوقائي: ما جاء من فعل أمير المؤمنين عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين امتنع عن قسمة الأرض المفتوحة حفظاً لمصلحة من لم يولد من المسلمين، قال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في ذلك: "لولا آخر الناس ما افتتحت قرية إلا قسمتها".^(٢)

فوسّع عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مجال النظر إلى تحقيق مصلحة حفظ الحق لجميع المسلمين ممن لم يولد، وقدم هذا النظر على مقتضى النظر الجزئي الذي هو قسمة الأرض المفتوحة على الموجودين، وخشي إن قسّم أرض السواد أن تقع مفسدتان أو إحداهما، وذلك كما يلي:

(١) غياث الأمم، للجويني (ص: ١٢) بتصريف يسير.

(٢) الأموال، لأبي عبيد (١/١٢١)، قال أبو عبيد في سند الأثر: "فقد تواترت الآثار في افتتاح الأرضين عنوة بهذين الحكمين". الأموال، لأبي عبيد (١/١٢٣).

المفسدة الأولى: وقوع الخلاف بينهم في المياه في المستقبل نظراً لمرور الماء في أراضٍ مختلفة، فقد يمنع أحدهم الماء عن أخيه؛ ولأجل ذلك قال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: "وأخاف إن قسمتة أن تفسدوا بينكم في المياه".^(١)

المفسدة الثانية: أن يأتي الناس في آخر الزمان وليس لهم شيء، وهذا المعنى الذي أشار به معاذ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لعمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لما أراد قسمة الأرض المفتوحة فقال له: "والله إذن ليكون ما تكره؛ إنك إن قسمتها اليوم صار الريع العظيم في أيدي القوم، ثم يببسون، فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الإسلام مسداً، وهم لا يجدون شيئاً، فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم".^(٢)

وهذا الاجتهاد جاء مراعيًا لمعنى فقهي كلي متعلق بقاعدة درء المفسد؛ فإنه نظر إلى المفسدة المتوقعة عند الحكم الحاضر؛ وذلك أنه حين تصير الأراضي إلى أناس محدودة، ويظل الذين يقوم بهم الإسلام في المستقبل، ويحتاجون إلى المكافأة والعناية فلا يجدون نصيبهم في موارد الدولة بعد توزيعها على الفاتحين؛ فلأجل ذلك اجتهد عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في دفع هذه الإشكالية المستقبلية المتوقعة.

المجال الرابع: مجال النقد الفقهي، والنقد الفقهي عبارة عن بيان القول الصحيح وما يتعلق به من الأدلة والمعاني الفقهية سواء داخل المذهب

(١) مرجع سابق (١/١٢٠).

(٢) مرجع سابق (١/١٢٢).

الواحد، أو بين المذاهب الفقهية المختلفة.^(١)

ويأتي دور الفقه الكلي في النقد الفقهي من كونه المرجع في النقد نظراً لكون الفقه الكلي يمثل المعاني المطلوبة في كل زمان ومكان.

وقد أعمل العز بن عبد السلام مقصد التيسير في مجال النقد الفقهي لقول من يرى إن المحرم إذا مرض ولم يستطع أداء بقية أعمال الحج، وتعذر عليه العودة إلى مكة، أنه يبقى محرماً طول عمره، مبيناً أن هذا القول بعيد عن قاعدة التيسير في الشريعة، وبعيد عن رحمة الله تعالى، وعن لطفه، ورفقه بعباده.^(٢)

وفي هذا التطبيق استند العز ابن عبد السلام إلى مقصد التيسير الذي هو فقه كلي، وبنى عليه نقده الفقهي، وهو ما يلفت النظر إلى قدرة الفقه الكلي على التوعية النقدية عند ممارسة الاجتهاد.

المجال الخامس: مجال الترجيح بين الآراء الفقهية؛ فإن الأقوال الفقهية تختلف قوة وضعفاً تبعاً لجهة النظر إلى الدليل الشرعي ثبوتاً ودلالة وغير ذلك من الاعتبارات، ومن المعايير التي يرجع إليها في قوة القول الفقهي هو

(١) منهج النقد في الفقه الإسلامي المذهب المالكي أنموذجاً -دراسة تحليلية- للباحث صرموم رابع، وهي أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران ١، (ص: ١٠٢-١٠٣).

(٢) قواعد الأحكام، للعز ابن عبد السلام (١٩/٢)؛ التلقين في الفقه المالكي، للقاضي عبد الوهاب (٢٣٥/١)؛ روضة الطالبين، للنووي (١٧٣/٣).

مدى تحقيقه للفقه الكلي.

ومن تطبيقات اعتبار الفقه الكلي في الترجيح بين الآراء الفقهية: مسألة الزواج بنية الطلاق حين تتوفر في العقد جميع أركان الزواج وشروطه، إلا أن الزوج ينوي أن يطلق زوجته بعد مدة معينة، ولا ينص على ذلك في العقد.

وهذه المسألة اختلف فيها المعاصرون، فمنهم من نظر إلى شبهها بزواج المتعة فحرمها، ومنهم من نظر إلى اشتغالها على الأركان والشروط المعتبرة في عقد الزواج فأجازها.^(١)

والأقرب عدم جواز الزواج بنية الطلاق لأمرين:

الأمر الأول: أنه يشتمل على المخادعة، ونقض العهد، وهو ما يتعارض وكون عقد النكاح أحد أوفى العقود وأوثقها، وقد أطلق عليه القرآن الكريم مسمى الميثاق الغليظ، كما قال تعالى: {وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا} [النساء: ٢١].

والمتزوج بنية الطلاق يخادع المرأة، ويناقض الميثاق الغليظ حين أضمربنية الطلاق.

الأمر الثاني: أنه يعارض الفقه الكلي المتمثل في مقاصد الزواج الخاصة، ومن أبرز المقاصد الخاصة بالنكاح التي يخالفها الزواج بنية الطلاق ثلاثة مقاصد:

(١) الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة الإسلامية، لصالح آل منصور(ص:٦٩).

المقصد الأول: مقصد تحقيق العفة، وهو مقصد منصوص عليه في أدلة كثيرة، منها قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (من استطاع الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإنه له وجاء).^(١)
وهذا المقصد يفوت عند وقوع الطلاق الذي كان منوياً في بداية العقد.

المقصد الثاني: مقصد تحقيق الألفة والسكن بين الزوجين المنصوص عليها في قوله تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} [الروم: ٢١].

وهذا المقصد لا يتحقق نظراً لوجود نية الطلاق، وانتفاء وجود مقصد السكن والسلام النفسي بسبب نية الطلاق التي ستقطع حبال المودة، وهو ما لا يتحقق معه ذلك البعد القرآني.^(٢)

المقصد الثالث: مقصد حفظ النسل، المنصوص عليه في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (تزوجوا الودود الولود؛ فإني مكاثر بكم الأمم).^(٣)
وذلك أن من مقاصد عقد النكاح أن يُبقي بعده ولداً صالحاً يدعو له

(١) رواه البخاري في صحيحه كتاب الصوم باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة، حديث رقم: (١٩٠٥) (ص: ٣٦٢).

(٢) انظر في تفسير الآية الكريمة: تفسير القرآن العظيم، لابن كثير (٣٠٩/٦).

(٣) رواه أبو داود في سننه كتاب النكاح باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، حديث رقم: (٢٠٥٠) (ص: ٢٣٤)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، للألباني (١٩٥/٦).

كما نص على ذلك الغزالي^(١).

وفي الغالب فإن من تزوج بنية الطلاق فإنه سيحرص على اتخاذ الوسائل التي تمنع بقاء العلائق بينه وبين زوجته، والتي من أبرزها الولد والذرية.

وبذلك يظهر مناقضة الزواج بنية الطلاق للفقه الكلي المتمثل في المقاصد الخاصة لعقد الزواج؛ فإن جميعها أو أكثرها لا يتحقق.

المجال السادس: مجال التقعيد الفقهي، والتقعيد الفقهي عبارة عن جمع شتات المسائل تحت عقد واحد ما يسهل معه الرجوع والنظر، ويكون ذلك بصياغة كلية، أو بقولية الثابت والأحكام الفقهية في قوالب شكلية جديدة في صياغتها لا تناقض في جوهرها المقصود الشرعي منها، وإنما يحدث لها توافق مع الواقع المعاصر من أجل تطبيقها في واقع الحياة.

ومن تطبيقات مجال التقعيد الفقهي: المعايير الشرعية لفقه المعاملات المالية المعاصرة التي تعتمد على صوغ المعايير الشرعية على طريقة المعايير المحاسبية التقليدية^(٢).

ودور الفقه الكلي في مجال صياغة المعايير: في كونه يحدد الموضوع الأصلي لما يُراد جعله معياراً، ويبين أبرز أحكامه، ويحدد الثابت من المتغير في الأبواب الفقهية، والمقصود لذاته من المقصود لغيره، ويبين عرف التشريع

(١) إحياء علوم الدين، للغزالي (ص: ٤٦١).

(٢) مقدمة كتاب المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (ص: ك).

في الأبواب الفقهية المختلفة، وهو في سبيل ذلك كله يراعي حاجات الناس، واختلاف الأحوال، ويفرق بين أوقات الضرورة وأوقات الاختيار، ويربط الجزئي بكليه، الأمر الذي ينتج عنه معيار شرعي متكامل لا يقتصر على جانب محاكاة الموجود في كتب الفقه وإعادة صياغتها، بل يعطي للفقهاء وهيئات الفتوى أدوات مباشرة لمعالجة إشكالياتهم الواقعة والمتوقعة.



النتائج والتوصيات

من نتائج البحث ما يلي:

أولاً: المقصود بالفقه الكلي هو العلم بالثوابت الشرعية المعقولة المعنى، التي يبني عليها ما لا حصر له من أحكام الجزئيات.

ثانياً: الفقه الكلي يغطي فراغاً مفاهيمياً يتعلق بتحديد استراتيجيات الفقه الإسلامي.

ثالثاً: الفقه الكلي من جهة الثبوت له ثلاث مراتب دلالية: الأولى: مرتبة القطع الذاتي المستفاد من ذات الدليل، والثانية: مرتبة القطع غير الذاتي المستفاد من الاستقراء، والثالثة: مرتبة الظن القريب من القطع التي فيها عدة أدلة ظنية تدل على معنى واحد لم تبلغ حد اليقين.

رابعاً: إعمال الفقه الكلي له ثلاثة أركان، وهي تحديد الفقه الكلي المراد، وتحديد أداة إعمال الفقه الكلي، وتحديد المقتضي لإعمال الفقه الكلي.

خامساً: أبرز مجالات إعمال الفقه الكلي تتمثل في مجال ترتيب الأولويات الفقهية، ومجال معالجة الإشكاليات المتعلقة بالحياة، ومجال الفقه الوقائي، ومجال النقد الفقهي، ومجال الترجيح بين الآراء الفقهية، ومجال التقييد الفقهي.

سادساً: مقصد استقرار العقود وانتظامها مقصد شرعي خاص ثابت بطريق ظن قريب من القطع، الأمر الذي يجعله فقهاً كلياً يستفاد منه عند التعامل مع مسائل النوازل حكماً أو صياغة.

سابعاً: الفقه الموضوعي مصدر من مصادر الفقه الكلي، والمراد به: هدف العقد ومقصوده الأصلي الذي له أحكام تنظم شروطه، وأركانه، وأحواله، وعوارضه.

ثامناً: دور الفقه الكلي في مجال صياغة المعايير الشرعية في كونه يحدد الموضوع الأصلي لما يُراد جعله معياراً، ويبين أبرز أحكامه، ويحدد الثابت من المتغير في الأبواب الفقهية، والمقصود لذاته من المقصود لغيره، ويبين عرف التشريع في الأبواب الفقهية المختلفة، وهو في سبيل ذلك كله يراعي حاجات الناس، واختلاف الأحوال، ويفرق بين أوقات الضرورة وأوقات الاختيار، ويربط الجزئي بكليه، الأمر الذي ينتج عنه معيار شرعي متكامل لا يقتصر على جانب محاكاة الموجود في كتب الفقه وإعادة صياغتها، بل يعطي للفقهاء وهيئات الفتوى أدوات مباشرة لمعالجة إشكالياتهم الواقعة والمتوقعة.

ثانياً: أبرز التوصيات

أولاً: العناية بتوسيع دراسة مصادر الفقه الكلي، وذلك من خلال الاهتمام بالكليات المنصوص عليها في الكتاب والسنة، والكليات الاستقرائية، ودراسة الاجتهاد الكلي كمصطلح أصولي.

ثانياً: أوصي بدراسة الفقه الموضوعي في الدراسات الشرعية، وبيان أهميته في الاجتهاد المعاصر.

ثالثاً: أوصي بعمل موسوعة فقهية خاصة بالفقه الكلي، تشتمل على استراتيجيات الفقه الإسلامي في القواعد والمقاصد والأبواب الفقهية.

فهرس المراجع والمصادر

- الإبهاج في شرح المنهاج: لعللي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ) وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٤٠١هـ).
- إحياء علوم الدين: للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ).
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: لمحمد ناصر الدين الألباني (ت ١٤٢٠هـ)، إشراف: محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة الأولى، (١٣٩٩هـ).
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، (ب.ط)، (١٣٧٨هـ).
- أصول الفقه الإسلامي: للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ).
- إعلام الموقعين عن رب العالمين: لشمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم (ت ٧٥١هـ)، تحقيق: أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ).
- أليس الصبح بقريب: لفضيلة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور (ت ١٣٩٣هـ)، دار السلام للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ).
- إيضاح المبهم من معاني السلم: للشيخ أحمد الدمنهوري (ت ١١٩٢هـ)، طبع بمطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، (د.ط)، (١٣٦٧هـ).
- البحر المحيط في أصول الفقه: لبدر الدين محمد بن بهادر

- الزركشي(ت٧٩٤هـ)، تحقيق: عبد القادر العاني، دار الصفوة، الغردقة، الطبعة الثانية،(١٤١٣هـ).
- البرهان في أصول الفقه: لأبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني(ت٤٧٨هـ)، تحقيق: د.عبد العظيم الديب، إدارة الشؤون الدينية وزارة الأوقاف، قطر، الطبعة الأولى(١٣٩٩هـ).
 - بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: لشمس الدين أبي الثناء بن عبد الرحمن الأصفهاني(ت٧٤٩هـ)، تحقيق: د.محمد بن مظهر بقا، دار المدني، جدة، الطبعة الأولى، (١٤٠٦هـ).
 - تاريخ بغداد أو مدينة السلام منذ تأسيسها حتى سنة(٤٦٣هـ): للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي(ت٤٦٣هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت).
 - التبصرة في أصول الفقه: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي(ت٤٧٦هـ)، تحقيق: د.محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى،(١٤٠٣هـ).
 - تجديد الفقه الإسلامي: للدكتور جمال عطية والدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ).
 - تشنيف المسامع بجمع الجوامع: لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي(ت٧٩٤هـ)، تحقيق: د سيد عبد العزيز، ود عبد الله ربيع، مكتبة قرطبة، القاهرة، الطبعة الثانية، (٢٠٠٦م).
 - تفسير البحر المحيط: لمحمد بن يوسف الشهرير بأبي حيان الأندلسي (ت٧٤٥هـ)، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٣هـ).
 - تفسير التحرير والتنوير: للإمام الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور(ت١٣٩٣هـ)، الدار التونسية للنشر: تونس، (د.ط)، (١٩٨٤م).

- التلقين في الفقه المالكي: للقاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ)، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة نزار الباز، مكة المكرمة، (د.ت).
- الاجتهاد المقاصدي حجته ضوابطه مجالاته: للدكتور نور الدين الخادمي، بحث منشور ضمن مجلة كتاب الأمة، مجلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، العدد ٦٥، السنة الثامنة عشرة، عام ١٤١٩هـ.
- الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان: لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي (ت ٦٧١هـ)، تحقيق: د عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٧هـ).
- جامع العلوم والحكم: للحافظ الفقيه زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الشهرير بابن رجب (ت ٧٩٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وإبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، (١٤١٩هـ).
- جمع الجوامع في أصول الفقه: لتاج الدين السبكي عبد الوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ)، علّق عليه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٢٤هـ).
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية: لمحي الدين أبي محمد عبد القادر القرشي (ت ٧٧٥هـ)، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، الرياض، الطبعة الثانية، (١٤١٣هـ).
- حجة الله البالغة: للإمام أحمد بن عبد الرحيم ولي الله الدهلوي (ت ١١٧٦هـ)، حققه وراجعته: السيد سابق، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٦هـ).
- خلافة الإنسان بين الوحي والعقل: للدكتور عبد المجيد النجار، المعهد

- العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، (د.ط)، (١٤٠١هـ).
- الدرر اللوامع في شرح جمع الجوامع: لشهاب الدين أحمد بن إسماعيل الكوراني(ت٨٩٣هـ)، تحقيق: د. سعيد بن غالب بن كامل المجيدي، مطبوعات عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، رقم الإصدار ٩٧، (د.ط)، (١٤٢٨هـ).
- الرد على المنطقيين: لشيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية الحراني(ت٧٢٨هـ)، إدارة ترجمان السنة، باكستان، (د.ط)، (١٣٩٦هـ).
- روضة الطالبين وعمدة المفتين: محي الدين يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة الثالثة، (١٤١٢هـ).
- زهرة التفاسير: للإمام محمد أبي زهرة(ت١٩٧٤م)، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ت).
- الزواج بنية الطلاق من خلال أدلة الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة الإسلامية: لصالح بن عبد العزيز آل منصور، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢٨هـ).
- سنن أبي داود: لسليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني(ن٢٧٥هـ)، اعتنى به فريق بيت الأفكار الدولية، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، (د.ط)، (١٤٢٠هـ).
- سنن ابن ماجه: للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه(ت٢٦٥هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة إحياء الكتب العربية، القاهرة، (د.ت).
- سير أعلام النبلاء: لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي(ت٧٤٨هـ)، أشرف على تحقيق الكتاب: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة،

- بيروت، الطبعة الحادية عشرة، (١٤١٧هـ).
- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: لمحمد بن محمد مخلوف (ت ١٣٦٠هـ)، المطبعة السلفية، مصر، (د.ط)، (١٣٤٩هـ).
 - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ)، دار الفكر، بيروت، (د.ط)، (١٤٢٤هـ).
 - شرح القواعد الفقهية: للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت ١٣٥٧هـ)، تنسيق ومراجعة: د. عبد الستار أبو غده، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، (١٤٠٩هـ).
 - شرح الكوكب المنير: لمحمد بن أحمد ابن النجار (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، (ب.ط)، (١٤١٣هـ).
 - شرح اللمع: لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، تونس، الطبعة الأولى، (١٤٠٨هـ).
 - شرح المنار في أصول الفقه: للمولى عبد اللطيف الشهير بابن الملك (ت ٨٠١هـ)، المطبعة النفيسة العثمانية، إسطنبول، (د.ط)، (١٣٠٨هـ)، من مصورات دار الكتب العملية، بيروت.
 - شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لشهاب الدين عبد الحي ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٢هـ)، تحقيق: محمود الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤١٠هـ).
 - صحيح البخاري: لمحمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦هـ)، اعتنى به أبو صهيب الكومي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، الرياض، (ب.ط)، (١٤١٩هـ).

- صحيح سنن ابن ماجه: لمحمد ناصر الدين الألباني(ت١٤٢٠هـ)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ).
- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية: محمد سعيد البوطي(ت٢٠١٣م)، مؤسسة الرسالة، بيروت، (ب.ط)، (١٣٩٣هـ).
- اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات: لعبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤٢٤هـ).
- علاقة مقاصد الشريعة بأصول الفقه: للشيخ عبد الله بن بيه، مؤسسة الفرقان، لندن، (د.ط)، (٢٠٠٦م).
- علم المنطق الحديث والقديم: للشيخ عيد الوصيف محمد عبد الرحمن(ت١٩٧٤م)، مطبعة المعاهد، مصر، (د.ت).
- غياث الأمم في التياث الظلم: لإمام الحرمين عبد الملك الجويني(ت٤٧٨هـ)، تحقيق: د مصطفى حلمي، ود فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، (د.ط)، (١٩٧٩م).
- الغيث الهامع شرح جمع الجوامع: لولي الدين أبي زرعة أحمد العراقي(ت٨٢٦هـ)، أعده للنشر: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٤٢٧هـ).
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: لشهاب الدين أحمد بن علي ابن حجر(ت٨٥٢هـ)، أشرف على طباعته محب الدين الخطيب، القاهرة: المكتبة السلفية، (د.ط)، (١٣٩٠هـ).
- الفروق: لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المصري(ت٦٨٤هـ)، تحقيق: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٢٩هـ).
- فصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال: لأبي الوليد ابن

- رشد(ت٥٩٥هـ)، تحقيق: د.محمد عمارة، دار المعارف، مصر، الطبعة الثالثة، (١٩٩٩م).
- فقه الأوليات دراسة في الضوابط: لمحمد الوكيل، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فيرجينيا، (د.ط)، (١٤١٦هـ).
 - فقه التدين فهماً وتنزيلاً: للدكتور عبد المجيد النجار، مركز البحوث والمعلومات، رئاسة المحاكم والشئون الدينية، قطر، (د.ت).
 - عقد البيع: للشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، (١٤٣٣هـ).
 - عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق: الدكتور حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٣هـ).
 - قواعد الأصول ومعاقد الفصول: لصفي الدين عبد المؤمن بن عبد الحق الحنبلي(ت٧٣٥هـ)، تحقيق: د.علي عباس حكيمي، مطبوعات جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، (١٤٠٩هـ).
 - القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام: لشيخ الإسلام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام(ت٦٦٠هـ)، تحقيق: د.نزيه حماد، ود.عثمان ضميرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤٢١هـ).
 - العقود: لأحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية(ت٧٢٨هـ)، تحقيق: الشيخ محمد حامد الفقي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، (د.ت).
 - الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: لأبي محمد عبد الله ابن قدامة المقدسي(ت٦٢٠هـ)، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ).
 - كتاب الأموال: للإمام العظيم أبي عبيد القاسم بن سلام(ت٢٢٤هـ)، تحقيق:

- سيد رجب، دار الهدى النبوي للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، (١٤٢٨هـ).
- لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد ابن منظور (ت ٧١١هـ)، دار صادر، بيروت، (د.ت).
- المجلة: إعداد لجنة مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، (د.ط)، (١٣٠٢هـ).
- مجلة الأحكام الشرعية: لأحمد بن عبد الله القاري (ت ١٣٥٩هـ)، تحقيق: د. عبد الوهاب أبو سليمان، ود. محمد إبراهيم أحمد، مطبوعات تهامة، جدة، الطبعة الثالثة، (١٤٢٦هـ).
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: جمع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف تحت إشراف وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية المملكة العربية السعودية، المدينة المنورة، (د.ط)، (١٤٢٥هـ).
- المستصفي في علم الأصول: لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ)، تحقيق: د. حمزة بن زهير حافظ، منشورات الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، (د.ط)، (١٤١٣هـ).
- المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، (د.ط)، (١٤٣٥هـ).
- معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دمشق، (د.ت)، (١٩٧٩م).
- معجم المؤلفين: لعمر رضا كحالة (ت ١٤٠٨هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ط)، (١٣٧٦هـ).
- معونة أولي النهى شرح المنتهى: لمحمد بن أحمد الفتوحى ابن النجار

- الحنبلي (ت ٩٧٢هـ)، تحقيق: د. عبد الملك الدهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، الطبعة الخامسة، (١٤٢٩هـ).
- المغني: لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ).
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: لمحمد بن الخطيب الشربيني (ت ٩٧٧هـ)، اعتنى به: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ).
- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول: للشريف أبي عبد الله محمد بن أحمد الحسيني التلمساني (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: محمد علي فركوس، مؤسسة الريان، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٩هـ).
- مقاصد الشريعة: للدكتور طه العلواني، دار الهادي، بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٢٦هـ).
- مقاصد الشريعة الإسلامية: الطاهر ابن عاشور (ت ١٣٩٣هـ)، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، (١٤٢١هـ).
- مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية: للدكتور محمد سعد اليوبي، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، (١٤١٨هـ).
- مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها: لعلال الفاسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الخامسة، (١٩٩٣م).
- المقنع والشرح الكبير والإنصاف: لموفق الدين ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ)، وشمس الدين ابن قدامة (ت ٦٨٢هـ)، والمرداوي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله التركي، ود. عبد الفتاح الحلو، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، (د.ط)، (١٩٩٤م).

- مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني: للأستاذ الدكتور محمد بلتاجي، دار السلام للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الثانية، (١٤٢٨هـ).
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج: لمحي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة، الطبعة الأولى، (١٣٤٧هـ).
- الموافقات: لأبي إسحاق إبراهيم الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، تحقيق: مشهور حسن سلمان، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ).
- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: محمد علي التهانوي (ت ١١٥٨هـ)، تحقيق: د. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، الطبعة الأولى، (١٩٩٦م).
- الموطأ: لإمام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، (د.ط)، (١٤٠٦هـ).
- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء: للدكتور محمد الروكي، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، الرباط، (د.ط)، (١٩٩٤م).
- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي: للدكتور أحمد الريسوني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الخامسة، (١٩٩٥م).
- الهداية شرح بداية المبتدي: للعلامة برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (ت ٥٩٣هـ)، اعتنى بإخراجه: نعيم أشرف نور، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، الطبعة الأولى، (١٤١٧هـ).
- الوافي بالوفيات: لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت ٧٦٤هـ)، تحقيق: أحمد الأرناؤوط، تركي مصطفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (١٤٢٠هـ).
- وفيات الونشريسي: لأحمد بن يحيى الونشريسي (ت ٩١٤هـ)، تحقيق:

محمد بن يوسف القاضي، شركة نوابغ الفكر، مصر، (د.ت).

ثانياً: المجالات العلمية والرسائل العلمية:

- عادة الشرع مفهومها، واستمداها، وتوظيفها المنهجي: للدكتور قطب الريسوني، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، العدد ٣، المجلد ١٥ عام ٢٠١٩.
- الكلي والجزئي عند ابن تيمية: للدكتور يحيى الظلمي، بحث منشور في مجلة العلوم الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد ٤٨، المجلد ١، شهر رجب عام ١٤٣٩هـ.
- منهج النقد في الفقه الإسلامي المذهب المالكي أنموذجاً دراسة تحليلية: للباحث صرموم رابع، وهي أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران.

ثالثاً: المواقع الالكترونية

- إشكال التقصيد الكلي بين النص والفقه والواقع: بحث للدكتور الحسان شهيد منشور على موقع المقاصد:
http://www.makassed.ma/2018/08/blog-post_64.html?m=1
- تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع: للشيخ عبد الله بن بيه على موقع الشيخ عبد الله بن بيه:
<http://binbayyah.net/arabic/archives/1499>
- شرح قاعدة تغيير الأحكام بتغير موجباتها: للدكتور أحمد الريسوني منشور على موقع منتدى العلماء:
<https://www.msf-online.com/الريسوني-يشرح-قاعدة-تغير-الأحكام-بتغي/>

- الشروط المقترنة بالعقود في الفقه الإسلامي: بحث للدكتور نعمان جعيم منشور على موقع رياض العلم :
http://www.riyadhalelm.com/researches/8/54_tdbiqat.pdf
- العقد في الفقه الإسلامي: للدكتور عباس حسني محمد كتاب منشور على موقع الألوكة:
<https://www.alukah.net/sharia/0/22446/>
- مقالة مقدمة منهجية في الاجتهاد المعرفي: لحسان عبد الله على موقع إسلام أولاين:
<https://islamonline.net/22171>



الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني في السياسة المالية

إعداد

د. خالد فالح العتيبي

أستاذ مساعد بقسم الفقه والأصول

بكلية الشريعة – جامعة الكويت

الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني في السياسة المالية

خالد فالح العتيبي

قسم الفقه والأصول كلية الشريعة جامعة الكويت، الكويت ، الكويت.

البريد الإلكتروني: Dr_khaled_faleh@ku.edu.kw

ملخص البحث:

تناولت في هذا البحث الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني، والذي بناه على استقراء النصوص الشرعية، مما سطره في كتبه الأصولية، والتي احتوت على العديد من التعابير الدالة على المقاصد الشرعية، مع التنوع في القوالب التي صاغ فيها هذه الألفاظ والعبارات المقاصدية، التي ربطها بالتطبيق العملي، حيث أعمل مقاصد الشريعة في السياسة المالية للدولة، فأوجب ادخار فائض الأموال التي ترد إلى خزينة الدولة، بل وتنوع مصادر الدخل العام للدولة، وأن الإنفاق العام للدولة ليس على عواهنه بل له مصارف محددة ومعلومة جهة وقدرًا، فبين في هذه المسائل أن للمقاصد الشرعية دوراً في حفظ ورعاية مصالح الأمة الدينية والدينية من الضرر اللاحق بها.

الكلمات المفتاحية: الفكر، مقاصد، الشريعة، الجويني، السياسة المالية.

Imam Al-Juwayni Islamic Jurisprudence Objective (Maqāṣidia) on Fiscal Policy.

Khaled Faleh Al-Otaibi

Department of Jurisprudence and Origins Faculty of Sharia,
Kuwait University, Kuwait, Kuwait.

E-mail: Dr_khaled_faleh@ku.edu.kw

Abstract:

This research addresses the Islamic jurisprudence objectives of Imam Al-Juwayni, the Imam formed his understanding from the inductive reading of the texts, that clearly appears in his authored Islamic jurisprudence books, these books encompassed in many contexts using various terminology and sentences which refer to the Islamic jurisprudence objectives, the Imam relates those objectives with practical application. Among these applications is the State fiscal policy in his theory he made it obligatory to save the surplus of the funds of the State treasury, to diversify the sources of income of the State, and that public spending shall not be arbitrary, rather, shall be firmly specified in terms of the amount and the aspect of spending.

Accordingly, the Imam shows in these issues that Islamic jurisprudence objectives play a crucial role in saving the interests of the nation whether that concern the daily life of people or the religious interest and to avoid any potential negative affect

Keywords: Thought, Purposes, Sharia, Imam Al-Juwayni, Fiscal Policy.

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله الذي أرسى قواعد دينه على أساس متين، ونظم مقاصده في سلك مُبين، والصلاة والسلام على رسوله الهادي الأمين إمام المتقين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن اتبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد،،

فإن فكرة المقاصد الشرعية قد أخذت شكلاً جديداً في عصر المذاهب الفقهية؛ إلا أنها بقيت تابعة لأصول أخرى مثل المصلحة والقياس وسد الذرائع وغيرها من الأدلة الشرعية، فلم تفرد بأصول خاصة أو أدلة مستقلة، ولعل السبب في ذلك يعود إلى إحجام كثير من العلماء عن الحديث عنها لعدم نزوج فكرتها كأصل مستقل من أصول التشريع الإسلامي، وهذا أمر طبيعي لتطور العلوم ومناهجها واستقلالها.

وقد تميّز هذا العصر بالاجتهاد والاستنباط والبحث الذي يقوم على النظر في نصوص الكتاب والسنة وآثار الصحابة، وفهمهم لهذه النصوص، وقد أدرك علماء هذا العصر أن الشريعة معقولة المعنى وأن لها أصولاً عامة وردت في القرآن والسنة، وأن هناك قواعد كلية يمكن استخلاصها من هذه النصوص وإعمالها في اجتهاداتهم، وأن النصوص الشرعية متضمنة للمقاصد الشرعية، إما بالبحث عن العلل الجزئية في هذه النصوص، أو استنتاج قواعد مقاصدية عامة وكُلّية منها، وكان التفاتهم إلى هذه العلل والقواعد المقاصدية عاملاً مهماً في اجتهاداتهم عند انعدام النص، أو كانت تلك النصوص متزاحمة المعاني، وكان المجتهد بحاجة إلى الترجيح بينها، فيعمد إلى

المقاصد الشرعية لاختيار أقربها إلى مراد الشارع الحكيم.

بل إن البحث عن العلل قد أخذ بُعداً آخر مهماً في نهاية هذا العصر، وخصوصاً في القرنين الرابع والخامس الهجريين، وكان من المبرزين في هذا العصر الإمام الجويني - رحمه الله - الذي عُددَ رائداً ومؤسساً للفكر المقاصدي في القرن الخامس الهجري، وذلك بغرسه جذور هذا العلم ووضعهُ لبِناته الأولى، فظهرت ملامح هذا العلم جلية على يد هذا العالم الجليل.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في إظهار الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني من خلال ما سطره في كتبه الأصولية التي جاء فيها الكثير من النصوص المقاصدية، وبيان فضل الأسبقية والريادة له في ذلك، وأن هذه الأسبقية لم تكن مجرد آراء مرتجلة أو مفاهيم مبهمة، بل كانت آراء ومبادئ مقاصدية قائمة على نظر دقيق وفكر وعميق، وذلك بربطها بالتطبيق العملي لوقائع تتعلق بالسياسة المالية كما في كتابه الغياثي.

أسباب اختياري الموضوع:

من الدوافع التي جعلتني أكتب في هذا الموضوع ما يلي:

١- بيان المكانة العلمية لإمام الحرمين في علم المقاصد من جهة كونه أحد الواضعين لأصول هذا العلم، وفي ذلك إسناد الفضل لأهله، فضلاً عن الحاجة إلى معرفة فضل الجويني فيه.

٢- إيضاح الجانب التطبيقي بذكر نماذج تطبيقية متعلقة بالسياسة المالية وربطها بمقاصد الشريعة عند الإمام الجويني، مما ينتج عنه الاستفادة العلمية المرجوة من الدراسات الشرعية.

٣- تفعيل مقاصد الشريعة، وذلك بربطها بالوقائع، والمستجدات والنوازل والمتغيرات التي تستوجب البحث والتنقيب والتفتيش والاستنباط؛ لإيجاد الحلول والعلاجات المناسبة لها.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتنقيب لم أجد -فيما اطلعت عليه- من خص الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني في السياسة المالية ببحث أو دراسة رغم سعيي الحثيث للوقوف على معظم ما كتب حول الجويني. أقول هذا دون أن أغفل الإشارة إلى أن هناك دراسات أُنجزت حول مقاصد الشريعة والجويني منها:

١- "مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين الجويني وأثارها في التصرفات المالية" للباحث الدكتور هشام بن سعيد أزهري، وهي دراسة أكاديمية محرّرة حصل فيها على درجة الدكتوراه من الجامعة الأردنية، طبعت في مكتبة الرشد - المملكة العربية السعودية. وكما هو ظاهر من عنوان الرسالة فإن الدراسة جاءت في شقين:

• الشق الأول: جعله الباحث للدراسة التأصيلية لمقاصد الشريعة عند إمام الحرمين، وقد أجاد فيها الباحث وأفاد إلا أنني لاحظت عليه إكثاره من النقول المقاصديه عن إمام الحرمين دون تحليلها

وصياغتها في قالب منهجي محرر ليتلاشى ما وقع فيها من استطراد وتطويل لا داعي له.

• أما الشق الثاني: من الدراسة فجاء في أثر هذه المقاصد في التصرفات المالية، وهذا الشق يختلف عن ما جاء في بحثنا؛ لكونه يتعلق بالسياسة المالية من خلال ما كتبه إمام الحرمين في كتابه القيم الغياثي.

ومع هذا فإن فضل السبق في دراسة هذا الموضوع وخصوصاً فيما يتعلق بالجانب التأصيلي يبقى من حق هذا الباحث، فجزاه الله خيراً.

٢- صدرت مقالات وبحوث عن الإمام الجويني بمناسبة الذكرى الألفية حيث انعقدت ندوة عام ١٤١٩ هـ الموافق ١٩٩٩ م بهذه المناسبة في دولة قطر، ومن البحوث:

- بحث بعنوان: إمام الفكر المقاصدي، للدكتور احمد الريسوني.
 - بحث بعنوان: مقاصد الشريعة عند إمام الحرمين رؤية أصولية، للدكتور عبد الحكيم بن يوسف الخليلي.
 - بحث بعنوان: الفكر الاقتصادي عند إمام الحرمين، للأستاذ للدكتور رفيق يونس المصري.
 - بحث بعنوان: فقه التوظيف عند إمام الحرمين مع محاولة لتنظيره في فكر مالي اقتصادي، للأستاذ الدكتور رفعت السيد العوضي.
- وهذه الأبحاث مع مكانتها العلمية فإنها إما مقتصرة على مقاصد

الشريعة، أو متعلقة بالجانب الاقتصادي عند إمام الحرمين، فهي جزء من هذا الموضوع؛ إذ لم تتعرض لجميع المباحث والمسائل الواردة في السياسة المالية وربطها بمقاصد الشريعة عند إمام الحرمين في كتابه الغياثي، فعلى هذا لا يزال الموضوع جديرًا بالبحث والدراسة.

منهج البحث:

قد سلكت في كتابة هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، من خلال تتبع آراء الإمام الجويني وأقواله المقاصدية التي سطرها في مؤلفاته الأصولية وتطبيقها العملي على كتابه الغياثي الذي بيّن فيه اجتهاده المقاصدي في التنظيم السياسي المالي.

خطة البحث:

جاء هذا البحث على النحو التالي:

مقدمة: بينت فيها أهمية الموضوع، وأسباب اختياري له، ومنهج البحث وخطته.

الفصل الأول: مقاصد الشريعة عند الإمام الجويني.

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المقاصد عند الإمام الجويني.

المبحث الثاني: تقسيمه للمقاصد.

المبحث الثالث: ملامح ريادته في علم المقاصد.

الفصل الثاني: نماذج تطبيقية للفكر المقاصدي عند الجويني في

السياسة المالية، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تنوع مصادر الدخل العام للدولة.

المبحث الثاني: الإنفاق العام للدولة.

المبحث الثالث: الفوائض المالية للدولة.

الخاتمة: وتشمل على أهم النتائج.



الفصل الأول

مقاصد الشريعة عند الإمام الجويني

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

تعريف المقاصد عند الجويني

إن الناظر في إسهامات الجويني في علم المقاصد، لا يجد تكلفاً أو عناء في إدراك مدى وضوح النظر المقاصدي في أصوله ومنهجه العلمي، بل لا يجد أيضاً أي تكلف في العثور على ما يدل على هذا النظر وتأصله في فكر هذا الإمام، وذلك من خلال الكم الكبير من التعاريف والإشارات التي يكررها فيما يسطره في مؤلفاته المتنوعة عن المقاصد وما يدل عليها، كما هو الشأن في كتابه الأصولي «البرهان» أو كتابه السياسي «غياث الأمم» أو غيرهما من الكتب التي احتوت على العديد من التعبيرات والألفاظ الدالة على المقاصد الشرعية، مع التنوع في القوالب التي صاغ فيها هذه الألفاظ والتعبيرات المقاصدية.

وإذا كان الناظر في تعاريف الجويني للمقاصد لا يجد صعوبة في العثور على ما يدل عليها عنده، فإنه كذلك لا يمكنه أن يتجاوز مسألة مهمة، وهي أن الجويني لم يحدِّ المقاصد حدًّا جامعًا مانعًا، ولم يصبغها في قالب أو مصطلح واحد، بل سنجده على العكس من ذلك ينوع في ألفاظه وعباراته واصطلاحاته الدالة على المقاصد، ولعل السبب في ذلك - في رأبي - يعود إلى أمرين:

الأول: التطور الطبيعي لأي مصطلح علمي؛ حيث يبدأ هذا المصطلح بما يدل على مضمونه ومفهومه دون التقييد بعباراة مانعة جامعة، ثم ما يلبث أن يكون المصطلح عبارة جامعة مانعة متعارفاً عيها بين أهل العلم، مع اختلاف يسير في تقديم أو تأخير أو تغيير لبعض الألفاظ، وهو ما ينطبق على المقاصد وتعريفها، حيث تعتبر مرحلة الجويني من المراحل المتقدمة في علم المقاصد الشرعية.

الثاني: أن التقييد بعباراة أو مصطلح ثابت وإن كان يضر بحقيقة المعرف به، هو من المنهج المصطلحي الذي كان يرفضه الجويني؛ إذ إنه كان يؤكد في تعاريفه وحدوده للعلوم التي يبحثها أن العلوم تعرف وتدرک بحقائقها، وأن العبارة هي مجرد وسيلة مساعدة، فإن ساعدت عبارة سديدة في الحد حُدَّ بها، وإن لم تساعد اكتفي بدرك الحقيقة ولم يضر تقاعد العبارة، فليس كل من يدرك حقيقة شيء تنتظم له عبارة عن حده^(١)، وهو عين ما طبقه الجويني على تعريفه لعلم المقاصد.

وسواء أكان السبب في عدم وجود مصطلح أو عبارة ثابتة للجويني تتعلق بتعريف المقاصد، هو التطور الطبيعي لعلم المقاصد ومصطلحاته أم منهجية الجويني نفسه في الحد والتعريف، فإن أهم ما يميز هذه التعاريف والإشارات إلى المقاصد عنده هو وضوحها وعلاقتها المباشرة بعلم المقاصد الشرعية، مع تنوع العبارات والألفاظ المستخدمة في بيان حقيقة المقاصد

(١) انظر: البرهان في أصول الفقه ١/١٠٠، لإمام الحرمين الجويني، تحقيق: عبدالعظيم الديب، دار الوفاء، مصر، ط الثالثة (١٤١٢هـ).

وعلاقتها بالأصول والفروع الشرعية، وكذلك اتصافها بالكلية والشمولية لكل ما يندرج تحتها من مقاصد جزئية أو خاصة.

كما يلاحظ أيضا أن هذه التعاريف كانت في بعض الأحيان بصورة مباشرة عن المقاصد، وأحيانا أخرى تحمل في طياتها إشارات واضحة للمقاصد، فيمكن القول إذاً بأن هناك رؤية واضحة ومتميزة للجويني في علم المقاصد ومباحثه، وذلك من خلال تعريفه لها، والتي يمكن توضيحها أكثر في المطلبين التاليين مع التنبيه إلى أن هذه التعاريف تتعلق بالمقاصد العامة والكلية دون غيرها من المقاصد الخاصة أو الجزئية.



المطلب الأول

الإشارات الصريحة إلى المقاصد الشرعية

إن التصريح بالمقاصد الشرعية لا يعني - كما قد يتوهم البعض - استعمال لفظ المقاصد خصوصاً دون غيره من الألفاظ؛ لأن إدراك سبق الجويني وريادته في علم المقاصد لا يمكن ربطه بأي حال من الأحوال بلفظ معاصر دون غيره من الألفاظ، بل إن هذا إجحاف بحق الجويني وغيره من علماء المقاصد المتقدمين وآثارهم الواضحة في هذا العلم، وإنما المقصود من التصريح بالمقاصد الشرعية، إنما هو الإشارة المباشرة إلى المقاصد العامة والكلية أو العالية كما يسميها البعض^(١)، والتي تتضمنها النصوص الشرعية سواء من الكتاب أم السنة، والتي اجتهد الجويني وغيره من العلماء في استنباطها من تلك النصوص، وعبروا عنها بتعبيرات وألفاظ متنوعة، كالمقصد، والقصد، والمعاني، والحكمة، والأسرار، والغرض، والعلل، والمصلحة، وغيرها مما يدل على مضمون المقاصد العامة للشرعية^(٢).

فالبحث عن تعريف المقاصد العامة عند الجويني وإشاراته المباشرة إليها إنما يكون بالإحاطة بتلك الألفاظ المستعملة والدالة على هذه المقاصد،

(١) انظر: مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٣٥٠، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط الثانية (١٤٢١هـ).

(٢) انظر: نظرية المقاصد عند الشاطبي ص ٢٠، للريسوني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط الأولى (١٤٢٢هـ)، مقاصد الشريعة لليوبي ص ٤٧، دار الهجرة، الرياض، ط الأولى (١٤١٨هـ)، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ص ٥٥، ليوسف البدوي، دار النفائس، الأردن، ط الأولى (١٤٢١هـ).

والتي دأب الجويني على استعمالها والتدليل بها عند حديثه عن المقاصد العامة.

ومن هذه العبارات المباشرة في الدلالة على المقاصد العامة والتي أطلقها الجويني في مؤلفاته وكتابه نجد ما يلي:

أ) قوله: «ومن لم يتفطن لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي، فليس على بصيرة في وضع الشريعة»^(١).

ب) قوله: «ولينظر كيف اختببت المذاهب على العلماء لذهولهم عن قاعدة القصد، وهي سر الأوامر والنواهي»^(٢).

ج) قوله في الإنكار على من يرد القياس: «وغايتهم التعطيل والتبطل، والانسلال عن ربة التكليف، والانحلال عن ربط التصريف، وترك الناس سدى، يموج بعضهم في بعض على موعد وخبر وقول مزخرف وإمام منتظر، فلا يدعو إلى الخروج من محاسن الشريعة إلى هذه المسالك إلا هازئ بنفسه مستهن بدينه»^(٣).

د) قوله عن الصحابة وعملهم بالمقاصد: «والذي تحقق لنا من مسلكهم النظر إلى المصالح والمرائد، والاستحاث على اعتبار محاسن الشريعة»^(٤).

هـ) قوله: «وليس إلينا وضع الحكم والمصالح، ولكن إذا وضعها الشارع

(١) البرهان ٢٠٦/١.

(٢) المرجع السابق ٢١٦/١.

(٣) المرجع نفسه ٤٩٤/٢.

(٤) المرجع نفسه ٥١٨/٢.

اتبناها»^(١).

و) قوله: «وقد تبينا من كُلي الشريعة أنها مبنية على الاستصلاح»^(٢).

ز) قوله: «فلا يخفى أن الشريعة مجامعها الحث على مكارم الأخلاق والنهي عن الفواحش والموبقات»^(٣).

ح) قوله: «أقسام الأحكام وتفاصيل الحلال والحرام في مباحي الشرع ومقاصده»^(٤).

هذا جانب من العبارات والإشارات الصريحة التي ساقها الجويني في مؤلفاته وكتابه عن المقاصد العامة للشريعة الإسلامية بالإضافة إلى غيرها من العبارات^(٥)، والتي تؤكد تأصيل النظر المقاصدي في فكر الجويني ومنهجه العلمي، والذي ترجمه بتلك الإشارات الواضحة والتميزة في علم المقاصد الشرعية.

(١) المرجع نفسه ٧٩٤/٢.

(٢) المرجع نفسه ٨٠٠/٢.

(٣) المرجع نفسه ٨٧٣/٢.

(٤) غياث الأمم للجويني ص ١٥، تحقيق عبد العظيم الديب، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ط. الثانية ١٤٠١هـ.

(٥) انظر على سبيل المثال: البرهان ٦٢٤/٢، ٧٤٧، غياث الأمم ص ١٨٠، ١٨١، التلخيص في اصول الفقه للجويني ١٧١/١، تحقيق عبد الله جولم، ط. دار البشائر، بيروت، ط. الأولى ١٤١٧هـ، مغيث الخلق للجويني ص ٢٩، ٥٠، ٥١، ط. المطبعة المصرية، القاهرة، ط. الأولى ١٣٥٢هـ.

المطلب الثاني

الإشارات الضمنية إلى المقاصد الشرعية

لم يكن من شأن الجويني مع المقاصد الشرعية العامة الاستدلال بها في مواضع محددة أو مباحث مخصوصة، بل كان من شأنه ودأبه المستمر الإشارة إلى المقاصد الشرعية العامة في كل موضع أو مسألة يمكن أن يشار فيها إلى المقاصد العامة للشريعة، وخصوصا من جهة الاستدلال بها على آرائه الأصولية أو اختياراته الفقهية، وذلك عند مناقشته لمخالفه في تلك المسائل الأصولية أو الفقهية؛ إذ كان يستدل بالمقاصد العامة للشريعة تصريحاً أو تلميحاً لنصرة رأيه أو مذهبه وإبطال حجة خصمه، وقد مر معنا في المطلب السابق بعض من إشارات وعباراته التي يصرح بها بالمقاصد العامة، وأما عباراته التي يشير فيها إلى المقاصد العامة تلميحاً أو ضمناً، فمنها:

أ) قوله في مبحث معنى النص وحقيقته والرد على من قال بندرة النص في السنة: «وهذا قول من لا يحيط بالغرض من ذلك، والمقصود من النصوص الاستقلال بإفادة المعاني على قطع، مع انحسام جهات التأويلات»^(١).

ب) قوله في الرد على منكري القياس: «أم الغرض قطع النظر عن بقية المرشد وانتحاء المقاصد وغمس الناس في غمرات المتاهات»^(٢).

(١) البرهان ١/٢٧٨.

(٢) المرجع نفسه ٢/٤٩٥.

ج) قوله عن منهج الصحابة في مبحث مسالك النظّار في إثبات علة الأصل: «فعلنا بضرورة العقل أنهم كانوا يتلقون معاني ومصالح من موارد الشريعة، يعتمدونها في الوقائع التي لا نصوص فيها، فإذا ظنوها ولم يناقض رأيهم فيها أصلٌ من أصول الشريعة، أجرّوها»^(١).

د) قوله في مبحث العلة القاصرة: «ولكن يتعين في ادعاء العلة القاصرة أن يكون المدعى مشعراً بالحكم، مناسباً له، مفضياً بالطالب إلى التنبيه على محاسن الشريعة»^(٢).

هـ) قوله عند الترجيح بين أقوال العلماء في مسألة التعليل بأكثر من علة، والاستدلال بمنهج الصحابة في ذلك أنهم: «إنما كانوا يرسلون الأحكام ويعلقونها في مجالس الاشتوار بالمصالح الكلية»^(٣).

و) قوله في ضابط النظر في الحكم واعتباره معللاً: «فمسلك الضبط: النظر في مواقع الأحكام، مع البحث عن معانيها، فإذا لاحت وسلمت تبين أنه معنى متلقى من أصول الشريعة، وليس حايدياً عن المآخذ المضبوطة»^(٤).

هذه مقتطفات من العبارات العديدة التي أشار فيها الجويني ضمناً أو تلميحا إلى المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، وغيرها كثير من مثل هذه

(١) المرجع نفسه ٥٢٧/٢.

(٢) المرجع السابق ٥٣٩/٢.

(٣) المرجع نفسه ٥٤٢/٢.

(٤) المرجع نفسه ٥٤٢/٢.

العبارات^(١)، وهي تدل بلا شك على مدى عمق الفكر المقاصدي عند الجويني ومدى وضوح ورسوخ نظره المقاصدي، وإعماله لهذا النظر والفكر في أصوله وفروعه ومنهجه العلمي بوجه عام.



(١) انظر على سبيل المثال: البرهان ٢٧٤/١، ٣٠٧، ٥٩٩/٢، ٧٤٨، ٧٥١، مغيث الخلق ص ١٣، ١٤، ١٦، ٥٣، غياث الأمم ص ٦٧، ٨٩، ٤٣٠، ٤٧٨، التلخيص ١/١٣٩، ١٤٩.

المبحث الثاني

تقسيم المقاصد

المطلب الأول

تقسيمه المقاصد باعتبار محل صدورها

يعتبر تقسيم الجويني للمقاصد الشرعية باعتبار محل صدورها من دلائل ريادته في علم المقاصد وأسبقيته في وضع أسس هذا العلم ولبناته الأولى، فهو قد أدرك أن المقاصد في هذه الجهة تنقسم إلى مقاصد للشارع الحكيم أرادها من عباده وأوجب عليهم الالتزام بها، ومقاصد للمكلفين يجب عليهم الإخلاص فيها وأداؤها وفق ما أمرهم به الشارع الحكيم، ودل على كل مقصد من هذه المقاصد بما يناسبه من أمثلة وشواهد، وفرق بينهما عند اجتماعهما حتى لا يلتبس على الناظر في نصوص الشريعة وأدلتها وفروعها التفريق بينهما عند البحث والنظر، فكانت نظراته من جهة هذا التقسيم واضحة ومتميزة، تدل على تأصيل الفكر المقاصدي في نظره ومنهجه العلمي، وفيما يلي بيان تقسيمه لهذه المقاصد باعتبار محل صدورها:

أ) مقاصد الشارع الحكيم:

قد يكون من المبالغة القول بأن الجويني رتب مقاصد الشارع الحكيم كما رتبها غيره ممن جاء بعده من علماء المقاصد كالعز بن عبد السلام والشاطبي وغيرهما، كما أن من الإجحاف القول بأن الجويني كان غائبا عن

هذه المقاصد وإدراكها، فالقول الوسط هو أن الجويني كان عالماً بهذه المقاصد التي أَرادها الشارع الحكيم، عارفاً بأهميتها ووجوب الأخذ بها والانتباه إلى مضمونها، ولكنه لم يفردا في فصل أو باب خاص بها، وإنما نشرها في مصنفاته في الأبواب التي يناسبها موضوع مقاصد الشارع الحكيم، ومنها على سبيل المثال:

١- بيانه أثر إدراك مقاصد الشارع الحكيم في فهم قاعدة التكليف: فهو يحذر من تجاوز هذه المقاصد أو الجهل بها؛ لأن ذلك في رأيه له عواقب وخيمة^(١).

وبيّن في باب النهي خطر الخلط في مسألة جواز اجتماع النهي والأمر، وبنى تحقيقه في ذلك على قاعدة قصد الشارع الحكيم فيما أمر به أو نهى عنه، وأهمية إدراك هذه المقاصد في الوصول إلى الحق، ورد على من أنكر الإباحة، ثم أعقب ذلك بقاعدة مقاصدية تحفظ التكليف من الخبط والانحلال^(٢)، وشدد على هذه القاعدة في موضع آخر أيضاً عند حديثه عن معنى المكروه عند العلماء^(٣)، وبيّن في موضع آخر وجوب النظر الكلي إلى الفروع وردّها إلى كليات الشريعة التي هي في جملتها متضمنة لمأمور به أو منهي عنه أو مباح، ومثّل لكل قسم بما يناسبه من الضروريات الخمس^(٤)، كما أنه نص على وجوب اتباع الحكم والمصالح إذا وضعها الشارع الحكيم،

(١) انظر: مغيث الخلق ص ٥٣.

(٢) انظر: البرهان ١/٢٠٦.

(٣) انظر: المرجع نفسه ١/٢١٦.

(٤) انظر: المرجع نفسه ٢/٧٤٧.

وأنه لا يحق للعبد أن يضع هذه الحُكم والمصالح، وإنما هي من وضع الشارع الحكيم وحده^(١).

ويبين أن أقسام الأحكام وتفصيل الحلال والحرام تدرك في مباحي الشرع ومقاصده^(٢)، وأن أولى الأمور بالرعاية ما يتعلق بالنظر في قواعد الإسلام وضبط أصول الأحكام؛ لأن ترك ذلك فساد للدين والدنيا^(٣).

٢- بيانه ضرورة فهم ألفاظ النصوص؛ لأن فيها إدراكا لمقاصد الشارع الحكيم:

حيث يبين في المباحث المتعلقة بدلالات الألفاظ أن هذه الألفاظ تنبئ بمقصود الشارع الحكيم، وبالتالي يجب فهمها والتمعن فيها، ويين في مسألة المفهوم وجوب حمل ألفاظ الشارع على غرض صحيح؛ لأن ورود اللفظ بدون قصد أو غرض ما إنما هو عبث^(٤)، ينزه الشارع الحكيم عنه. وشدد في باب التأويل على منع كل تأويل يؤدي إلى تعطيل اللفظ؛ لأن حقيقة ذلك مخالفة مقصود الشارع الحكيم من هذا اللفظ، واستدل على ذلك بلام الاستحقاق في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾^{(٥)(٦)}، كما أنه شدد في

(١) انظر: المرجع نفسه ٧٩٤/٢.

(٢) انظر: غياث الأمم ص ١٥.

(٣) انظر: المرجع نفسه ص ٥١، ١٥٢.

(٤) انظر: البرهان ٣٠٧/١.

(٥) سورة التوبة، آية رقم ٦٠.

(٦) انظر: البرهان ٣٥٩/١.

مبحث العلة على التمسك بالعلة إذا ثبتت بلفظ ظاهر^(١).

٣- تحذيره من أن ترك العمل بمقصد الشارع هو في حقيقته عود عليه بالإبطال:

حيث بيّن الجويني في كثير من المواضع وجوب العمل بمقصد الشارع الحكيم، وبيّن في كل باب أو مبحث يتطرق فيه إلى هذه المقاصد أن تركها هو في حقيقته إبطال لها، مما يترتب عليه وقوع المحذور وانتشار المفسدة، فهو يبين المقصد الشرعي ثم يبين ما يناقضه، وهذا في حقيقته فهم وإدراك كامل للمقاصد الشرعية التي ينص عليها الشارع الحكيم أو يرشد إليها، فهو دائماً ما يردد مقولة: «وهذا يناقض مقصد الشارع»^(٢)، و«يخالف مقصد الشارع»^(٣)، و«هذا ضد مقصد الشارع»^(٤)، بل إنه استدل بأثر مخالفة مقاصد الشارع الحكيم في آرائه وترجيحاته الفقهية مع مخالفته^(٥)، حيث يؤكد في هذه الترجيحات أن ترك العمل بهذه المقاصد يعود عليها بالإبطال ويؤدي إلى المفسدة.

ب) مقاصد المكلفين:

حرص الجويني على بيان ما يتعلق بمقاصد المكلفين سواء من جهة

(١) انظر: المرجع نفسه ٥٣١/٢.

(٢) مغيث الخلق ص ٥٥.

(٣) المرجع نفسه ص ٦٢.

(٤) المرجع نفسه ص ٨٣.

(٥) انظر: مغيث الخلق ص ٥٣، ٦٠، ٦٦، ٧١، غياث الأمم ص ٢٤، ٢٨٢.

النيات في الفعل أو القول، أم من جهة وجوب موافقة مقاصدهم لمقاصد الشارع الحكيم، أم غير ذلك مما يتعلق بهذه المقاصد، وما ذلك البيان إلا لإدراكه أن هذا التوافق بين مقاصد الشارع ومقاصد المكلفين هو الذي يحقق التكامل في هذه الشريعة الغراء، ويبيّن في كثير من المواضع أهمية أن يدرك المفتون والمجتهدون مقاصد المكلفين، ووجوب أن يعي المكلفون أن لهم مقاصد تلزمهم، ومن أمثلة ذلك:

١- تنبيهه على أثر القصد في القول أو الفعل من المكلف في الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح:

وَمَثَلٌ لَذَلِكَ بَمَنْ وَاقَعَ أَهْلَهُ فِي نَحْرِ السَّحْرِ^(١) فِي لِيَالِي رَمَضَانَ قَاصِدًا إِيْقَاعَ ذَلِكَ الْوَقَاعِ فِي هَذَا الْوَقْتِ، وَحُكْمٌ بِمَوْجِبِ هَذَا الْقَصْدِ بِفَسَادِ صَوْمِهِ، وَكَذَلِكَ مَثَلٌ لِأَثْرِ الْقَصْدِ فِي الْفِعْلِ بَمَنْ سَجَدَ لِلصَّنَمِ وَحُكْمٌ بِحَرْمَةِ هَذَا الْفِعْلِ سِوَاءَ قَصْدِ صَاحِبِهِ السُّجُودِ أَمْ لَمْ يَقْصِدْ، وَرَدَّ عَلَى مَنْ قَالَ: إِنَّ الْمَحْظُورَ هُوَ الْقَصْدُ دُونَ السُّجُودِ، بِأَنَّ هَذَا الْقَوْلَ يَخْرُجُ الْأَفْعَالَ الظَّاهِرَةَ عَنْ كَوْنِهَا قُرْبًا؛ لِأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ لِلشَّارِعِ بِصِفَاتِهَا الْمَجْرُودَةِ^(٢).

كما أشار إلى القصد في القول وأثره في مسألة أقل الجمع، وهل يراد عند إطلاق لفظ الجمع الواحد أو الاثنين أو الثلاثة، ورجح بأن مراد ذلك إنما

(١) نحر السحر: أي أول وقت السحر من الليل، يقال: نحر الشهر: أوله. انظر: المعجم الوسيط، (ن ح ر).

(٢) انظر: البرهان ١/٢١٠، ٢١١.

هو القصد من المتكلم^(١)، كما أنه أورد أثر مقاصد المكلفين في مسألة اشتغال الكلام على جمل يعقب الجملة الأخيرة منها استثناء، فهل ينعطف ذلك على الجمل كلها أم أنه يختص بالجملة الأخيرة منها، وبنى على هذه المسألة أحكاماً متعلقة بالوصايا والوقف والقذف والطلاق، ثم بين رأيه الذي اختاره وبناه على قاعدة قصد المكلفين؛ من أن هذه الجمل إذا اختلفت معانيها وتباينت جهاتها وارتبط كل معنى بجملة، فإن الاستثناء يختص بالجملة الأخيرة؛ لأنه إذا اختلفت المقاصد في الجمل فكل جملة متعلقة بمعناها، ولا تعلق لها بما بعدها، وأما إذا لم يتحقق هذا الاختلاف في المعاني، وكان مساق الخطاب في الجمل كلها واحداً، فإن ذلك موقوف على المراجعة والبيان^(٢).

٢- تقريره لوجوب أن يسعى المكلفون لامثال مقاصد الشارع الحكيم في كل أحوالهم وعلى قدر مراتبهم:

ومثال ذلك أمر الخلافة؛ فالخلفاء والأمراء يجب عليهم السعي إلى امثال المقاصد المنوطة بهم، فيحملون الناس على الدين ويذودون عن حياض الأمة ويذبون عن بيضتها، وعليهم السعي إلى درء الفتن، ومحاربة البدع وردع الظلمة والبغاة، فتكون مقاصدهم العمل على تحقيق مقاصد الشارع الحكيم، وكذلك العامة والدهماء عليهم واجب السمع والطاعة، ووجوب السمع إلى تثبيت حكم الولاة والخلفاء لا منازعتهم والخروج

(١) انظر: المرجع نفسه ١/٢٤١.

(٢) انظر: المرجع السابق ١/٢٦٥.

عليهم؛ لأن في ذلك إفسادًا في الأرض وتشتيتًا للآراء ونشرًا للفوضى والخراب في ديار المسلمين^(١).

٣- تأكيده على وجوب أن تكون مقاصد المكلفين موافقة لمقاصد الشارع الحكيم:

فقد عقد لذلك فصلا في كتابه "غياث الأمم"، أكد فيه على وجوب هذه الموافقة مهما كانت الأحوال أو اختلفت الأزمان، حتى ولو خلت الدنيا من أمراء وخلفاء، أو شَغَرَ الزمان عن المجتهدين والمفتين، فإن الواجب على المكلفين السعي في أن تكون مقاصدهم موافقة لمقاصد الشارع الحكيم في الفروع، فإن عدموا العلم بها فلا يسعهم إلا الموافقة في المقاصد الكلية، ولا مناص لهم من مخالفة قصدهم لقصد الشارع الحكيم^(٢).



(١) انظر: غياث الأمم ص ٢٨، ٥٠، ١٨٠، ٣٢١.

(٢) انظر: المرجع نفسه ص ٥٥١، ٦٣٦.

المطلب الثاني

تقسيمه المقاصد باعتبار المصالح التي جاءت بحفظها

لقد استطاع الجويني بسعة أفقه ورسوخ علمه وصفاء مداركه أن يقدم فصلاً بديعاً وتقسيمًا نفيسًا يتعلق بالمقاصد الشرعية وأقسامها من جهة المصالح التي جاءت بحفظها، وهو تقسيم لم يُعهد قبله، وكان أساسًا متينًا لمن جاء بعده، بشهادة العديد من الباحثين^(١)، حيث ضمّن هذا التقسيم ترتيبًا لهذه المصالح، ومثّل لكل واحدة منها بما يناسبها من أمثلة، وجعل بينها فروقًا واضحة تمنع التداخل، وحصرها في التقاسيم الخمسة التالية، وذلك حيث عقد فصلاً بعنوان تقاسيم العلل والأصول^(٢):

الضرب الأول: وهو ما يعقل معناه وهو أصل ويثول المعنى المعقول منه إلى أمر ضروري، ومثاله قضاء الشرع بوجوب القصاص وتصحيح البيع.

الضرب الثاني: ما يتعلق بالحاجة العامة ولا ينتهي إلى حد الضرورة، ومثاله تصحيح الإجارة؛ لأنها مبنية على مسيس الحاجة مع القصور عن تملكها وضئته أصحابها بها.

الضرب الثالث: وهو ما لا يتعلق بضرورة أو حاجة، ولكن يلوح فيه غرض في جلب مكرمة أو نفي نقيض لها، ومثاله طهارة الحدث وإزالة الخبث.

(١) انظر: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ص ٧٦، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام

ص ١١٣، لعمر صالح، دار النفائس، الأردن، ط الأولى (١٤٢٣هـ).

(٢) انظر: البرهان ٢/٦٠٢.

الضرب الرابع: ما لا يستند إلى ضرورة أو حاجة، وتحصيل المقصود فيه مندوب إليه تصريحاً ابتداءً، وفي تحصيله خروج عن القياس، وبهذين الشرطين اختلف هذا الضرب عن الضرب الثالث؛ حيث إن الضرب الثالث لاح فيه غرض في حين أن الضرب الرابع نذب إليه تصريحاً، كما أن الضرب الثالث موافق للقياس في حين أن الضرب الرابع خروج عن القياس، ومثال الضرب الرابع الكتابة في تحصيل العتق.

الضرب الخامس: وهو ما لا يلوح فيه للمستنبط معنى أصلاً، ولا مقتضى من ضرورة أو حاجة أو حث على مكرمة، وهذا يندر تصوره جداً، ومثاله العبادات البدنية المحضة، ولكنها مع ذلك وبالرغم من عدم تعلق أغراض دفعية أو نفعية بها، إلا أنه يمكن القول بتعلق المقاصد بها من حيث الجملة؛ إذ إن تواصل الوظائف التعبدية يؤدي إلى مران العبد على حكم الانقياد، كما أن تجدد العهد بذكر الله تعالى ينهى عن الفحشاء والمنكر.

وبالنظر إلى هذه التقاسيم التي ذكرها الجويني يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية:

١- أنه يُرجع المقاصد من جهة مصالحها إلى الضروريات والحاجيات والتحسينيات، مع ملاحظة أنه لم يستخدم مصطلح التحسينيات، ولكن مضمون الضرب الثالث والرابع هو في حقيقته من باب التحسينيات.

٢- أنه جعل مسألة التعليل مدخلاً لتقسيمه لهذه المقاصد؛ حيث يمكن القول بأنه قسم الشريعة إلى ما يعلل وضمّنه المقاصد الضرورية والحاجية والتحسينية، وإلى ما لا يعلل وضمّنه العبادات المحضة،

ولكنه مع ذلك لم يرفض فكرة أن يكون لها مقاصد معقولة من جهة العموم، وأما التفاصيل فلا سبيل إلى إدراك مقاصدها، كعدد الركعات، وأوقات الصلاة، وغير ذلك.

٣- أنه استخدم مصطلحات مقاصدية بحيث تدل على رسوخ فكرة المقاصد عنده، وهي مصطلحات لم تُعهد في وقته، وأصبحت بعد ذلك من أهم المصطلحات المتداولة في علم المقاصد، ومن تلك المصطلحات: أمر ضروري، وضرورة ظاهرة، والضرورة الراجعة إلى النوع والجملة، وحد الضرورة، والحاجة العامة، والحاجة الظاهرة غير البالغة مبلغ الضرورة المفروضة، وحاجة الجنس، وجلب المكرومة، وأغراض دَفعية وِنفعية^(١).

٤- أننا ورغم إعجابنا بتقسيم الجويني لهذه المقاصد، إلا أننا يجب ألا نبالغ في القول بأن الجويني قد أفرد هذه المقاصد في علم مستقل أو باب خاص به كما فعل الشاطبي أو من جاء بعده، وإنما غاية الأمر أن ثبت له الفضل في سبقه إلى هذه التقاسيم ومفرداتها، مع الإقرار بأنه قد ساق هذا التقسيم تبعاً لمبحث آخر، وهو مبحث ما يعلل وما لا يعلل من الأحكام، وأثر ذلك في إجراء الأقيسة في الأحكام^(٢).

(١) انظر: على سبيل المثال: البرهان ٢٠٦/١، ٢١٦، ٤٩٤/٢، ٥١٨، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤،

٨٠٠، غياث الأمم ص ١٥، ١٦، ٦٧، ٧٧، ٤٨٣، مغيث الخلق ص ٢٩، ٤٢، ٥١.

(٢) انظر: نظرية المقاصد عند الشاطبي ص ٣٩، المدخل إلى علم مقاصد الشريعة ص ٥١،

لعبدالقادر بن حرز الله، مكتبة الرشد، الرياض، ط الأولى (١٤٢٦هـ).

٥- أنه بالرغم من ذكره للضرورة إلا أنه لم يفصل فيه، ولم يذكر الضروريات الخمس في هذا الموضوع، وإنما أشار إليها في موضع آخر، مما يؤكد ما سبق ذكره من أن ذكر المقاصد إنما جاء تبعاً لمبحث آخر.



المطلب الثالث

باعتبار تعلقها بعموم التشريع وخصوصه

حرص الجويني في مناقشاته العلمية مع مخالفيه من الأصوليين أو الفقهاء على تأكيد تضمن النصوص الشرعية لمقاصد مَرعية وغايات مطلوبة، وهو تأكيد دأب عليه في مؤلفاته الأصولية «كالبرهان»، والفقهية «كغياث الأمم»، و«مغيث الخلق»، ورغم أنه لم ينص على كون هذه المقاصد عامة أو خاصة أو جزئية، وهي تقاسيم أسست بعد عصره، إلا أننا يمكن أن ندرك نوع هذه المقاصد من جهة عمومها أو خصوصها من خلال سياق نصوصه وآرائه العلمية، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

أ) المقاصد العامة:

ويراد بها: الأهداف والغايات والمعاني الكلية التي جاءت الشريعة بحفظها وعملت على تحقيقها، وقد حرص الجويني على الحديث عنها، وعن وجوب العمل بها بعد استنباطها من نصوص الشارع الحكيم، ويمكن التمثيل لهذا الحرص والقول بوجوب العمل بها من واقع كلامه عن الأمور التالية:

١- الضروريات: حيث حرص الجويني على إيضاحها وتحقيق القول فيها، كما أنه نبه على وجوب مراعاتها عند الاجتهاد والبحث عن حكم الشرع فيها، فقال عنها: «وأما المنهيات، فأثبت الشرع في الموبقات منها زواج، وبالجملة الدم معصوم بالقصاص.. والفروج معصومة بالحدود، ولا يخفى ما فيها من الاضطراب، والأموال معصومة عن

السُّراق بالقطع.. وأعيان الأموال مستردة من الغُصَّاب»^(١). فهو هنا يذكر بعض الضروريات وهي حفظ النفس والنسل والمال، ويبين وسيلة الشرع في حفظها، وأن مستند هذا الحفظ هو قاعدة الشرع، كما نبه عليه في موضع آخر^(٢)، وأن من تجاوز مقاصد الشرع في هذه الضروريات فقد أفسد على الناس ما يحفظ مصالحهم^(٣)، وهو في ذلك كله يستدل بالقواعد الكلية التي تقرر هذه الضروريات ووجوب حفظها^(٤).

وبين في مواضع أخرى وجوب أن يسعى من يتولى أمرا من أمور المسلمين إلى جلب المصلحة لهم ودفع المفسدة عنهم، وجعل لذلك أصلا، فقال:

«فقد استبان الأصل الذي مهَّدناه من وجوب النظر للمسلمين في جلب النفع والدفع»^(٥)، حيث عبر بالنفع عن المصلحة وبالدفْع عن دفع المفسدة، وهي من المقاصد العامة التي جاءت الشريعة بتحقيقها^(٦)، كما أنه نبه إلى أعلى الضروريات وأولها بالتقديم وهو حفظ الدين؛ حيث جعله هو الأصل، وأن الدنيا تجري من الدين مَجْرَى القِوام والنِّظام من الذرائع إلى تحصيل

(١) البرهان ٧٤٧/٢.

(٢) انظر: البرهان ٧٨٨ / ٢، مغيث الخلق ص ٦٩، ٧٠.

(٣) انظر: مغيث الخلق ص ٧١، ٧٢، غياث الأمم ص ١٨٠، ١٨١.

(٤) انظر: مغيث الخلق ص ٧٣، ٧٥.

(٥) انظر: غياث الأمم ص ١١٥.

(٦) انظر: المرجع نفسه ص ١١٦.

مقاصد الشرائع، وأن المقصد الدين، ولكنه لما استمد استمراره من الدنيا، كانت الدنيا مَرَعِيَّةً، وبَيَّن من الوسائل ما يحقق أصل الدين ويحفظه من الانخرام^(١)، ولا يعني كون الدنيا عنده تابعة للدين أنها عُرضة للإهمال والنسيان، بل على العكس فإنه أوجب على الإمام أن يحفظ ما يُصلح للرعية دنياهم^(٢).

فهذه بعض صور دعوته إلى وجوب العمل بما يحقق هذه الضروريات ويحفظها من الانخرام، وهي تدل على إدراكه لمعنى المقاصد العامة، بل إنه يُرجع هذه المقاصد العامة إلى قضايا كلية وقواعد عامة تدل على الفهم والإدراك، حيث أكثر من ذكر التعابير الدالة على هذا النظر الكلي، مثل: المقاصد الكلية، القول الكلي، الأمور الكلية، غرض كلي، التقسيم الأولي الكلي، مراتب الكليات^(٣)، وغيرها كثير.

٢- الأخلاق: وقد نبه الجويني إلى أثرها في المكلفين، واعتبرها مقصدا عاما من مقاصد الشريعة لا يجوز التغافل عنها أو انتهاكها، وهو بذلك يسجل سبقا مقاصديا سار عليه من جاء بعده من المقاصديين حتى وقتنا الحاضر؛ إدراكا منهم لأهمية ما ذكره الجويني بشأن مقصد الأخلاق، فالجويني قد نبه صراحة إلى هذا المقصد العام بقوله: «فلا يخفى أن الشريعة مجامعها الحث على مكارم الأخلاق، والنهي عن

(١) انظر: المرجع نفسه ص ١٨٠ وما بعدها.

(٢) انظر: المرجع نفسه ص ١٨٣، ٢٠١، ٢٨٥، ٢٢٨.

(٣) انظر: المرجع السابق ص ١٨١، ١٨٣، ٢٠١.

الفواحش والموبقات»^(١).

وهذا التنبيه ليس عابرا، بل هو راسخ في فكر الجويني بدليل تكراره له في مواضع أخرى^(٢)، بل إن رسوخ هذا المقصد في فكر الجويني لا يُستدل عليه من تكراره له فقط، بل إننا نجد تفصيلا بديعا منه لهذا المقصد والتمثيل له؛ كقوله عن المقاصد الكلية في القضايا الشرعية: «إن مضمونها دعاء إلى مكارم الأخلاق ندبا، واستحبابا، وحثا وإيجابا، والزجر عن الفواحش»^(٣). فهو يقرر أن قواعد الشريعة ومقاصدها الكلية وأحكامها الشرعية تهدف إلى رعاية مكارم الأخلاق والزجر عما يضادها من الفواحش، وانظر لاستعماله تعبير: مكارم الأخلاق، لتدرك مدى اهتمامه بهذا الشأن ومقصده العام.

٣- التكليف: دأب الجويني في مناقشاته ومدخلاته العلمية على تأكيد أهمية التزام المكلفين بقاعدة التكليف بوصفه مقصدا عاما من مقاصد الشريعة، بل إنه أناط هذا الإلزام بالعلماء والأمرء؛ كونهم يملكون السلطة العلمية والسياسية، وبالتالي فهم ملزمون بحمل المكلفين على التقيد بتكاليف الشريعة وأدائها كما أراد الشارع منهم، فهو يحذر العلماء مثلا من خطورة إفتاء المكلفين بتخير ما يشاءون من أقوال المذاهب، وعلل ذلك بقوله: «لأننا لو جوّزناه لأدّى ذلك إلى الخَبْط والخروج عن الضبط، وحاصله يرجع إلى نفي التكاليف ولا يستقر

(١) البرهان ٨٧٣/٢.

(٢) انظر: غياث الأمم ص ٥١.

(٣) انظر: المرجع نفسه ص ١٨١، ٤٨٣.

للتكليف عليه قاعدة»^(١).

وأما الأمراء فهم ملزمون بحمل الناس على التكليف؛ لأن الله قيضهم ليوفروا الحقوق على مستحقيها، ويبلغوا الحظوظ ذويها، ويكفوا المعتدين، ويعضدوا المقتصدین، ويشيدوا مباني الرشاد، ويحسموا معاني الغي والفساد، فتنظم أمور الدنيا ويستمد منها الدين^(٢).

بل إنه عقد فصلا نفيساً بين فيه وجوب الالتزام بهذا المقصد العام واتباع التكليف، وذلك حين يخلو الزمان عن المفتين ونقله المذاهب، وعليهم الأخذ بالقواعد العامة ومآخذ الأصول، وإن درست عنهم التفاصيل؛ لأنه أولى من ترك التكليف بدعوى الجهل بالتفاصيل، وعلل ذلك بقوله: «فإن تبقية ربط الشرع على أقصى الإمكان نظرا إلى القواعد الكلية، أصوب من حل رباط التكليف لمكان استبهاام التفاصيل»^(٣)، فلا سبيل للمكلفين إلى ترك التكليف؛ لأنه مقصد عام دلت الأدلة الشرعية والوقائع التشريعية على وجوبه في كل واقعة^(٤).

٤- نفي الحرج والضرر: يعتبر نفي الحرج والضرر من المقاصد العامة التي جاءت الشريعة بتحقيقها في واقع المكلفين الديني والدينيوي، وهذه الحقيقة لم تغب عن ذهن الجويني وفكره المقاصدي، فهو دائما

(١) انظر: مغيث الخلق ص ١٤.

(٢) انظر: غياث الأمم ص ١٨٢.

(٣) انظر: المرجع نفسه ص ٤٤٣.

(٤) انظر: المرجع نفسه ٤٣١.

ما يستدل بمقصد نفي الحرج والضرر في مناقشاته وتأصيلاته العلمية، فهو يرجح مثلا قول مذهبه بكون فريضة الحج إنما تجب على التراخي، ونصر هذا القول باستدلاله بمقصد نفي الحرج ورفع الضرر؛ لأن القول بوجوبه على الفور يلحق بالمكلفين حرجا عظيما يتسبب في خراب البلاد وإفساد أمور العباد، وخروجهم جميعا من بلدانهم فتضييع الأموال وتضييق الطرقات، إلى غير ذلك من الحرج والضرر^(١)، كما أنه ينصر قول الأصوليين القائلين بأن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا رأى مكلفا يفعل فعلا أو يقول قولاً فقرر عليه، كان ذلك شرعا منه في رفع الحرج فيما رآه عليه^(٢)، كما أنه حدد شروطا صارمة فيمن يكون أهلا لاختيار إمام المسلمين، فأخرج العوام والعيبد والنسوة ومن كان فاقدا للبصيرة؛ لأنهم ليسوا بأهل لإدراك صفات إمام المسلمين، ولو تركناهم ليختاروا لجرّ ذلك على المسلمين ضرا جسيما^(٣)، كما أنه بنى فصله النفيس في شغور الزمان عن المفتين على مقصد نفي الحرج والضرر، وأرجع أحوال المكلفين فيه إلى قواعد كلية ومآخذ عامة تحقق المقصد العام من نفي الحرج والضرر، حتى لا تضيق على الناس معاشهم ولا تنقطع مكاسبهم، ويبيّن ما تعفو الشريعة عنه مما لا يتصور التحرز منه أو الاستقلال عنه مما ينال الثياب والمراكب والأبدان من النجاسات، سواء ما كان في اجتنابه

(١) انظر: المرجع السابق ص ٦٣، ٦٨.

(٢) انظر: البرهان ١/٣٢٨.

(٣) انظر: غياث الأمم ص ٦٤.

عُسر ومشقة، أم كان لا يعسر اجتنابه ولكن في إزالته والتخلص منه مشقة، وجعل لكل ذلك قاعدة عامة تقضي بها كليات الشريعة، وهي أن ما كان التشاغل به مما يُضَيِّقُ متنفس المكلف ويسبب له الاضطراب في جميع أحواله أو أغلبها ويُجهده ويُكِدُّه، فإنه غير مؤاخذ به في وضع الشرع؛ لأن مما استفاض من هدي السلف تساهلهم في هذه المعاني^(١).

ب) المقاصد الخاصة:

والمقصود بها المعاني والغايات التي قصدها الشارع الحكيم في باب معين من أبواب الفقه، أو في أبواب قليلة متجانسة، وقد ورد في تصانيف الجويني ما يدل على تخصيصه لهذه المقاصد بمفهوم مقاصدي يختلف عن غيره من المقاصد، وهو كونها مقاصد خاصة تختلف عن المقاصد العامة وعن المقاصد الجزئية، وكان تنبيهه على هذه المقاصد الخاصة في المواضع التالية:

١- تحديده للمقاصد الخاصة في أبواب النفقات والكفارات بأن مقصد الشارع فيها هو وجوب الإعانة إذا كان المُعان معسرا^(٢).

٢- تحديده للمقاصد الخاصة في باب الإمامة، بأن مقصد الشارع فيها هو حفظ الحوزة^(٣)، ورعاية الرعية، وإقامة الدعوة بالحجة والسيف، وكفُّ

(١) انظر: المرجع السابق ص ٤٣٨، ٤٤٤ - ٤٤٦.

(٢) انظر: البرهان ١/٦٤٢.

(٣) الحوزة: الناحية، وحوزة الإسلام: حدوده ونواحيه. انظر: المعجم الوسيط، مادة (ح و ز).

الاختلاف والظلم، والانتصاف للمظلومين، واستيفاء الحقوق من الممتنعين، حتى لا يترك الناس فوضى لا يجمعهم على الحق جامع، ولا يردعهم عن اتباع خطوات الشيطان رادع، فتتفرق الأهواء وتتحزب الآراء، وتفشو الخصومات، وتتبدد الجماعات^(١).

٣- تحديده للمقاصد الخاصة في أبواب العبادات من أن أعمال العبادة ليست قربا لأعيانها وذواتها، وليست هي عبادات بسبب خصائص صفاتها، وإنما هي قرب وعبادات من حيث موافقتها لأمر الله تعالى، وهذا هو المقصد منها، فالصلاة لو أتى بها العبد على أبلغ وجه من الخشوع قبل أوانها أو بدون وضوئها لم تقبل منه، والحج إنما هو قربة من حيث موافقة العبد فيه أمر ربه تعالى لا من حيث مجرد الوقوف والإفاضة والسعي والطواف، كما أن المسلمين مجمعون على أن من غلب على ظنه إفضاء خروجه إلى الحج إلى تعرضه أو تعرض طوائف من المسلمين إلى الضرر، لم يجز له ذلك الخروج^(٢).

فالمقصد الخاص إذاً في كل ذلك إنما هو موافقة العبد في عبادته وأعماله لأمر ربه تعالى.

ج- المقاصد الجزئية:

تعتبر المقاصد الجزئية - وهي التي تختص بقصد الشارع الحكيم وغايته في حكم شرعي ما- من المقاصد التي أكثر الجويني من ذكرها في كل

(١) انظر: غياث الأمم ص ٢٢ - ٢٤، ٦٧، ٧٢، ٨٩، ١٠٣، ١٦٧.

(٢) انظر: المرجع السابق ص ٣٦٥.

موضع أو مبحث يتعلق بإثبات هذه المقاصد الجزئية؛ إذ إنه لم يتردد في إثباتها والتدليل عليها، بل واستنباطها من الأحكام الشرعية، سواء التكليفية منها أم الوضعية، وذلك من أجل تثبيت حجته وترجيح قوله، مما يدل على تفتح ذهنه في القدرة على إدراك هذه المقاصد وفهمها وتوظيفها التوظيف العلمي الصحيح من أجل خدمة الفقه وأصوله، وهو بذلك يفتح المجال أمام غيره من العلماء للنظر والاستنباط في أحكام الشرع لفهم مراد الشارع وإدراك مقاصده، ومن هذه المقاصد الجزئية التي كررها الجويني وأكثر من ذكرها، ما يلي:

- الحدود: والمقصود منها الزجر عن أمثالها^(١).
- الولاية على الصبي: والمقصود منها طلب الأصلاح^(٢).
- التييم: والمقصود منه إدامة الدربة في إقامة وظيفة الطهارة^(٣).
- النكاح: ومن مقاصده تحصين الزوجين من فاحشة الزنا^(٤).
- البيع: ومقصوده رفع الحرج لمسيس الحاجة إلى تبادل الأعواض^(٥).
- القصاص: ومقصوده تحقق العصمة في الدماء المحقونة، والزجر عن التهجم عليها^(٦).

(١) انظر: البرهان ٢٦٦/١، مغيث الخلق ص ٧٢.

(٢) انظر: البرهان ٥٦١/٢، مغيث الخلق ص ٦٦.

(٣) انظر: البرهان ٥٩٥/٢.

(٤) انظر: المرجع نفسه ٥٩٦/٢.

(٥) انظر: المرجع نفسه ٥٩٦/٢.

(٦) انظر: البرهان ٦٠٢/٢، ٦٠٤، ٧٨٥، مغيث الخلق ص ٤٠، ٧٠-٧٢.

الإجارة: ومقصودها مراعاة الحاجة إلى المساكن مع القصور عن تملكها، وضمنةً مُلاكها بها على سبيل العارية^(١).

الرهن: والمقصود منه حق الاستيثاق بعين من قبيل الدائن يتمسك به إذا اعترض له توقعات العسر من المدين^(٢).

ربا الفضل: والمقصود من المطاعم الطعم، ومن النقدين النقدية^(٣).

الزكاة: والمقصود منها سد الخلة والحاجة^(٤).

الشهادة: والمقصود منها إيضاح المقصود المشهود به^(٥).

قطع يد السارق: والمقصود منه ردع السارق عن تناول المال النفيس، وصيانتة بإبقائه في يد مُلاكه وزجر المتشوفين إليه^(٦).

هذه هي أهم الأحكام الشرعية التي ذكرها الجويني وغيرها من مقاصد الصلاة والصيام والقضاء^(٧)، وهي كلها تدل على فقه الجويني المقاصدي، وقدرته على استنباط هذه المقاصد الجزئية من أحكامها الشرعية الخاصة بها.



- (١) انظر: البرهان ٦٠٢/٢.
- (٢) انظر: المرجع نفسه ٦٥٨/٢.
- (٣) انظر: المرجع نفسه ٧٠٣/٢.
- (٤) انظر: البرهان ٧٤٦/٢، مغيث الخلق ص ٦٠.
- (٥) انظر: البرهان ٧٨٧/٢.
- (٦) انظر: البرهان ٧٩٢/٢ - ٧٩٤، مغيث الخلق ص ٦٧.
- (٧) انظر: مغيث الخلق ص ٥٥، ٦١، ٧٣، غياث الأمم ص ٢٠٢.

المبحث الثالث

ملامح ريادته في علم المقاصد

المطلب الأول

تعداده لمراتب المقاصد

يعد تقسيم الجويني للمقاصد الشرعية العامة وتعداده لمراتبها وحصرها في الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وكذلك ذكره الضروريات الخمس، من أهم ملامح ريادته في علم المقاصد، بل لو لم يمكن له إلا هذا الإنجاز لكفاه ذلك في إثبات أسبقيته في وضع أسس علم المقاصد، فكيف إذا أضفنا إلى هذا الإنجاز ملامح أخرى تدل على أنه بحق واضع أسس هذا العلم، فهو أول من ذكر هذه المراتب الثلاث، ورتبها من حيث تعلقها بمصالح الأمة الدينية والدنيوية، والتي جاءت النصوص الشرعية في الكتاب والسنة بتحقيقها والمحافظة عليها؛ ولأنه بالبحث والنظر في تاريخ علم المقاصد الشرعية وتطوره، سنجد أن الجويني لم يُسبق في هذا التقسيم، وأنه من وضعه واجتهاده، ولعل ما يُشعر بذلك هو قوله عند شروعه في ذكر هذه المقاصد: «ونحن نقسمها خمسة أقسام»^(١).

كما أنه لم يقع بين أيدينا ما يثبت وجود هذا التقسيم أو الترتيب عند من سبقه من العلماء أو حتى من عاصره، وسواء أكان ذلك بعبارة هو نفسه أنه نقل هذا التقسيم من العالم الفلاني أو المجتهد الفلاني، وهو ما يحرص

(١) البرهان ٢ / ٦٠٢.

الجويني على إثباته دائماً في آرائه ومدخلاته العلمية، أم كان ذلك بنقل العلماء الآخرين وإثباتهم أن هذا التقسيم هو من وضع العالم الفلاني، أو غيره ممن سبقوا الجويني في عصره.

كما أنه لم يقع بين أيدينا من المؤلفات أو الأقوال أو العبارات ما يشعر بوجود مثل هذا التقسيم عند العلماء السابقين له في عصره، فدل ذلك على أن هذا التقسيم والترتيب هو من وضع الجويني نفسه وأنه لم يسبق إليه، وهذه النتيجة تؤيدها المنهجية العلمية في إثبات تاريخ الآراء العلمية ونسبتها إلى أصحابها، وهي نتيجة أكدها الباحثون المعاصرون في علم المقاصد وتاريخ نشأته وتطوره، حيث أكدت الدراسات التي أجراها هؤلاء أن الجويني هو - بحق - واضع لِبَنَات علم المقاصد ومفجّر ينايعة ومرسّخ قواعده، وأن أقوال الجويني تمثل مرحلة التأسيس والتقعيد، وأن دراسة المقاصد قبله هي من باب التحسين والتزيين، وأنه له فضل السبق في تقسيم المقاصد، وغير ذلك من الأقوال التي تثبت أسبقيته في هذا التقسيم^(١).

فتقسيمه وترتيبه للمقاصد إذاً كان غير مسبوق، وكان تأصيلاً وتقعيداً لمن جاء بعده، بل إننا لا نبالغ إذا قلنا بأننا حين نبحث في تقاسيم المقاصد بعده فإنها لا تعدو أن تكون في أغلبها من باب الترتيب والتهديب وإعادة الصياغة لما كتبه الجويني وأصله في هذا التقسيم.

(١) انظر: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ص ٧٥، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام ص ١١٣، نظرية المقاصد عند الشاطبي ص ٣٨، المدخل إلى علم مقاصد الشريعة ص ٤٦، مقاصد الشريعة لليوبي ص ٤٧.

وهذا التقسيم رغم كونه خماسيا إلا أن مرده إلى حصر المقاصد العامة في مراتب الضروريات والحاجيات والتحسينيات، وهي المراتب التي تتحقق من خلالها المصالح العامة التي قصد الشارع الحكيم تحقيقها في حياة المكلفين، حيث رتبها الجويني من جهة أعلاها وهي الضروريات، ثم الحاجيات، ثم التحسينيات، مع ملاحظة سبق ذكرها، وهي أنه لم ينص على لفظة التحسينيات، لكنه أشار إلى مضمونها وما ترشد إليه.

ثم إنه قسم الضروريات إلى خمسة أقسام؛ وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، لكنه لم يرتبها كما هو الشأن مع من جاء بعده من علماء المقاصد، وإنما أشار إليها مفرقة وفي مواضع مختلفة، فتارة يشير إلى مقصد حفظ الضروريات في النفس والنسل والمال^(١)، وتارة يشير إلى مقصدي النفس والمال والعلاقة بينهما^(٢)، وأخرى يشير إلى مقصدي النفس والنسل^(٣)، وغير ذلك من المواضع^(٤)، التي يشير فيها إلى ضرورة حفظ أحد هذه المقاصد الخمسة والتي سميت بالضروريات.

ولكن من أهم ما يلفت النظر عند تعداد الجويني لهذه الضروريات ما

يلي:

١- أنه حصرها في الضروريات الخمسة المعروفة.

(١) انظر: البرهان ٧٤٧/٢.

(٢) انظر: غياث الأمم ص ٢٦٩، ٣٤١.

(٣) انظر: المرجع السابق ص ١٥٤.

(٤) انظر: المرجع السابق ص ١٥٤، ١٥٢، ١٨٠ - ١٨٣، ١٨٦ - ١٨٧، ٢٥٠، ٢٥٩، ٢٦٠،

٢٦٢، ٣٤٢، ٣٩٠، ٥١٢، ٥١١.

٢- أنه عبر عن هذه الضروريات بتعابير مختلفة مثل:

- تعبيره عن مقصد النفس بما يلي: الدم معصوم، المهج، الدماء المحقونة، صيانة الدماء، النفوس^(١).

- تعبيره عن مقصد النسل بما يلي: الفروج، المناكح، الأبضاع^(٢).

٣- أنه لم يلتزم ترتيباً محدداً بين هذه الضروريات من جهة التقديم والتأخير إلا في مسألتين وهما:

أولاً: قوله بأن هذه المقاصد الضرورية الخمسة تنقسم في حقيقتها إلى نوعين، مقاصد دينية ومقاصد دنيوية، وأن المقاصد الدينية، هي مقصد حفظ الدين، وأن باقي المقاصد إنما هي مقاصد دنيوية، وأنها تبع لمقصد الدين الذي هو الأساس والمقدم على غيره عند التزاحم، وأما المقاصد الباقية فهي خادمة لمقصد الدين، وقد أكد هذه القاعدة المقاصدية في أكثر من موضع، وشرح وجهة نظره هذه بإسهاب ليؤكد صحة رأيه هذا، وجعل من أول واجبات إمام المسلمين حفظ مقصد الدين من جهة أصوله وفروعه^(٣).

ثانياً: تقديمه في المقاصد الدنيوية - وهي الضروريات الأربع الباقية- بعض المقاصد على بعضها الآخر على النحو التالي:

١- قدم النفس على المال: فقد أشار إلى وجوب تقديم مقصد حفظ

(١) انظر: البرهان ٢/٤٧٤، مغيث الخلق ص ٧٠ - ٧٢، غياث الأمم ص ٢٦٩، ١٥٤، ٣٤١.

(٢) انظر: البرهان ٢/٤٧٤، غياث الأمم ص ١٥٤، ٥١٤.

(٣) انظر: غياث الأمم ص ١٨٣ - ٢٠٠، ٢٨٠، ٢٦٢.

النفس على مقصد حفظ المال، وذلك حين يطاء الكفار ديار الإسلام، ويخلو بيت المال من الأموال، فالواجب هنا على الأغنياء بذل فضلات أموالهم لتجهيز الجند وابتعاث الجيش والإمداد بالأسلح والعتاد؛ لأن أموال الدنيا في هذه الحالة من المستحقرات ولا تعدل دم امرئ مسلم^(١).

٢- تقديم النسل على المال: وقد أشار إلى وجوب تقديم مقصد حفظ النسل على مقصد حفظ المال، وذلك حين تقصر يد إمام المسلمين عن العدة والمال، فإن له أن يعين بعض الموسرين لبذل الأموال بحسب ما تقتضيه ضرورة الحال؛ لأن ضياع هبة دولة الإسلام وضعف وازع السلطان قد يؤدي إلى هتك الستور، وذلك أعظم من فوات أموال الأغنياء^(٢).

٣- تقديم النسل على النفس: وقد أشار إلى هذا التقديم في مسألة الإيجابار على الزنا، حيث رأي أن مقصد النسل أو العرض مقدم على النفس، فلا يجوز لمن أكره على الزنا أن يقدم عليه بحجة حفظ نفسه، وإنما الواجب عليه الامتناع وإن أدى ذلك إلى التهلكة، وهذا تقديم منه لمقصد النسل أو العرض على مقصد النفس، وهو خلاف ما سار عليه كثير من المقاصديين الذين قدموا النفس على النسل أو العرض^(٣).

(١) انظر: المرجع السابق ص ٢٥٩.

(٢) انظر: المرجع نفسه ص ٢٧٠.

(٣) انظر: البرهان ٦١٣/٢، نحو تفعيل مقاصد الشريعة ص ٤٣، لجمال الدين عطية، دار الفكر، دمشق، ط الأولى (١٤٢٢هـ).

إذًا يتضح لنا من جميع ما سبق ذكره- وما يماثله من فكر الجويني المقاصدي تصريحا أو تلميحا - أن هذه الضروريات مرتبة عنده على نحو محدد، وإذا استبعدنا مقصد العقل عنده، الذي لم يرد له موقع خاص في الترتيب المذكور، تكون هذه الضروريات مرتبة عنده من جهة التقديم والتأخير على النحو التالي: الدين، النسل، النفس، المال.



المطلب الثاني

بيانه لثمرات العلم بالمقاصد وأثر الجهل بها

نَبّه الجويني على أهمية المقاصد بالنسبة للمجتهد، وهذا التنبيه منه مما يدل على أسبقيته وريادته في علم المقاصد، حيث أكد على هذه الأهمية وثمرات إدراك هذا العلم، وكذلك حذر من الجهل به، بل إنه أرجع الكثير من الاختلاف والخبط إلى الجهل بهذه المقاصد، وهو ما درج عليه من ألف في المقاصد بعده، وخصوصا الشاطبي والطاهر بن عاشور، حيث نَبّه إلى أن التأليف في علم المقاصد والتفصيل فيه له ثمرات كثيرة لعل من أهمها حصر الخلاف، وإرجاع المجتهدين والمفتين إلى أصول ثابتة كالمقاصد، تجمع ولا تفرق^(١).

وسوف أسوق بعض الشواهد العلمية والمنهجية التي حرص الجويني على تردادها والإكثار من ذكرها مما يتعلق بثمرات العلم بالمقاصد وأثر الجهل بها؛ لتأكيد هذه الأسبقية والريادة، والتي لم يشر إليها صراحة علماء آخرون معاصرون له أو متقدمون عنه. ومن هذه الشواهد المنهجية ما يلي:

١- تعليله لأسباب الاختلاف الفقهي والخبط العلمي كما أسماه، بأن مرده إلى الجهل بالمقاصد وعدم التفتن لوقوعها في الأوامر والنواهي،

(١) انظر: الموافقات ٢٣/١، للشاطبي، تخريج الشيخ عبدالله دراز، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، مقاصد الشريعة للطاهر بن عاشور ص ١٦٥، مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام ص ٩.

حيث تعتبر قاعدة المقاصد سر هذه الأوامر والنواهي، فالجهل بها والتغافل عنها من علامات فقدان البصيرة في أمر الشريعة، وهذا من دواعي الخبط وغواشي الاضطراب^(١)، فالجهل بالمقاصد إذاً له آثار خطيرة، من أهمها الاختلاف والتخبط.

٢- إرشاد المجتهد والمفتي إلى الخطوات العلمية والمنهجية السديدة من أجل الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح، ومن ضمن هذه الخطوات تتبع المقاصد الشرعية والبحث عنها في مظانها، واستنباطها وإعمالها في الوقائع والنوازل حتى يمكن الوصول إلى حكم الله تعالى فيها، واشترط لذلك أن يكون هذا المجتهد أو المفتي عالماً باللغة وعلومها حتى يدرك مقاصد الشارع في ألفاظها، وأن يتصف بصفات علماء الأمة العالمين بغايات علوم الشرع، منتبهاً للمعاني الكلية؛ لأن للشرع مبنئ بديعاً هو منشأ كل تفصيل وتفريع^(٢)، فإذا كان المجتهد أو المفتي متصفاً بذلك بدأ بالبحث العلمي الصحيح، وهو النظر الكلي إلى الفروع وردها إلى كلياتها، مع البحث عن المصالح الناجزة والمصالح في العقبى، وكذلك النظر في كليات الشرع ومصالحه العامة، وذلك بعد النظر في نصوص الكتاب والسنة، والبحث عن مقاصدها، فإن وجد هذه المقاصد أخذ بها، وإن عدم النص ومقاصده لجأ إلى كليات الشريعة وبحث عن حكم الله فيها^(٣).

(١) انظر: البرهان ١/٢٠٦، ٢١٦، ٢٢٤/٢، مغيث الخلق ص ٣٨.

(٢) انظر: البرهان ٢/٨٧٠، غياث الأمم ص ١٦، ٤٣٣.

(٣) انظر: البرهان ٢/٧٤٦، ٨٠٠، ٨٧٤، مغيث الخلق ص ٥١، غياث الأمم ص ٦٦.

فالعلم بالمقاصد إذاً له ثمرات وفوائد علمية ومنهجية لا يستغني عنها المجتهد أو المفتي، وهو مطالب بقطفها والاستفادة منها.

٣- تأصيله لأصل عظيم، وكشفه عن أساس متين في الاستدلال على وجوب العمل بالمقاصد، وكيفية هذا العمل ومنهجيته، وهو ما لم ينبه إليه أحد قبله، وهذا الأصل يتمثل في عمل الصحابة بالمقاصد الشرعية وكيفية استنباطهم لها، ولا أعني بالتأصيل أو الكشف أن هذا الأمر كان مجهولاً قبل الجويني، كلا، ولكنني أعني أن الجويني قد أبرزه كأصل ودليل، وفصل فائدته ومنهجيته بشكل واضح لا لبس فيه، وكرّره في أكثر من موضع وشاهد، مما يدل على أهميته عنده، ويكون بذلك قد رشح علم المقاصد: أصوله وقواعده.

فهو يؤكد أن مسلك الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ هو النظر إلى المصالح والمراشد، واعتبار محاسن الشريعة، والبحث عن المعاني والمقاصد، فإذا أدركوها عملوا بها في النوازل أو الوقائع التي لم يثبت لهم فيها نص من الكتاب والسنة، كما أنهم يجتهدون في تطبيق الأحكام على المصالح الشرعية، ويسترسلون في استنباط المصالح من أصول الشريعة، وكان الخلفاء منهم يقررون من مصالح الدنيا ومراشدها ما يصلح البلاد والعباد^(١)، فهم إذاً كانوا مقاصديين في منهجهم العلمي وواقعهم العملي، وهي ثمرة علمية قدمها الجويني للمجتهدين والمفتين، بل والباحثين في علم المقاصد الشرعية.

(١) انظر: البرهان ٥١٨/٢، ٥١٩، ٥٢٧، ٧٨٣، غياث الأمم ص ١٨٣، ٢٦٦، مغيث الخلق ص ١٧.

المطلب الثالث

إشارته إلى مبادئ مقاصدية غير مسبوقة

إن من أوضح وأهم الملامح الدالة على ريادة الجويني في علم المقاصد الشرعية، إشارته إلى مبادئ مقاصدية غير مسبوقة، وأعني بكونها غير مسبوقة أنها لم تذكر بصورتها المقاصدية التي أظهرها بها الجويني، فهي مبادئ مقاصدية مستنبطة من القواعد المقاصدية التي كان يسير عليها الجويني في نظره وفكره المفعم بالمقاصد وصورها، حيث يذكر هذه المبادئ المقاصدية من خلال سبّره لأغوار الأحكام الشرعية ونصوصها الدالة عليها، بحثاً عن كل ما يفيد في الوصول إلى الأصول والقواعد والفروع المتعلقة بهذه الواقعة أو تلك النازلة، ويحاول استنطاق النصوص واستنباط الفرائد والفوائد، سائرًا على منهج شمولي يرد الفروع إلى الكليات ويُلحق المقاصد بالنصوص وأحكامها، فتتجت هذه النظرة الشمولية والمنهجية المقاصدية، مبادئ مقاصدية تفيد المجتهد والمفتي في بحثه ومنهجه العلمي.

ولا يقتصر فضل الجويني بشأن هذه المبادئ المقاصدية من جهة تأصيلها وتقعيدها، بل إن فضله يمتد إلى أبعد من ذلك؛ حيث أصبحت هذه المبادئ المقاصدية جزءًا أساسيًا من مباحث علم المقاصد الشرعية بعد ذلك، وخصوصا عند من اشتهر بكونه من المقاصديين، حيث كانت هذه المبادئ المقاصدية منطلقًا وأساسًا للتوسع في مباحثها ومسائلها، حتى أصبح بعضها بعد ذلك من أشهر مباحث علم المقاصد الشرعية كمباحث الوسائل والمقاصد على سبيل المثال، وأصبح لهذه المبادئ أصول وقواعد تحكمها

وتحكم العمل بها.

ولعل من أهم هذه المبادئ المقاصدية التي أشار إليها الجويني ما يلي:

أ) التفريق بين الوسائل والمقاصد:

من المعلوم أن علماء المقاصد هم أشد الناس بحثاً ونظراً في قواعد الوسائل والمقاصد، وما ذاك إلا لعلمهم بأثر هذه القواعد في تحقيق المصالح ودرء المفاسد، وهي المصلحة الكبرى التي يتوخاها العلماء من اجتهادهم، حيث برزت كتابات وآراء هؤلاء المقاصديين بشكل واضح بدءاً من العز بن عبد السلام وانتهاءً بالشاطبي، حيث كان البحث والنظر في شأن هذه الوسائل وعلاقتها بالمقاصد من جهات شتى؛ أهمها التفريق بين الوسائل والمقاصد؛ لأن الخلط بينهما من أسباب الانحراف الفقهي^(١).

ولقد كان من المبادئ المقاصدية التي أشار إليها الجويني ضمناً وفرّق فيها بين الوسائل والمقاصد، ما أشار إليه عند شغور الزمان عن الولاية والأئمة، فقد بيّن الجويني أن هذه السلطة السياسية هي مجرد وسيلة لجلب المصالح ودفع المفاسد، فإن شغل الزمان عن إمام أو وال يتوسل بهذه السلطة السياسية إلى تحقيق هذه المصالح، فإن على الرعية أن يهتّبوا لنصب من يقوم بأداء هذه الوسيلة، فإن عدموا من يقوم بذلك فعليهم أن يقوموا بأنفسهم بتطبيق هذه السلطة السياسية، وإعمالها كوسيلة تحقق المقصد العام، وهو المصلحة المتضمنة لجلب المصالح ودفع المفاسد، فإن قعدوا عن استعمال

(١) انظر: قواعد الوسائل لمصطفى مخدوم ص ١١٠، ط. دار إشبيليا، الرياض، ط. الأولى

هذه الوسيلة وهي السلطة السياسية ظناً منهم أنها من المقاصد التي لا يحق لهم الاقتراب منها، فقد أضروا بأنفسهم وأفسدوا معاشهم، وإن أعملوها كوسيلة فبادروا إلى القيام بما يقوم به الإمام أو الوالي من أمور الدين وشئون الدنيا- كعقد الجُمع وجرّ العساكر^(١)، واستيفاء القصاص وعقد المناكح وحماية الملة والبيضة، وغيرها من مهام الأئمة والولاة، والتي هي في حقيقتها وسيلة لتحقيق المقصد العام وهو المصلحة العامة- فقد حققوا لأنفسهم المصلحة العامة التي أرادها الشارع لهم^(٢).

فهذه الالتفاتة من الجويني في التفريق بين الوسائل والمقاصد تدل على أسبقيته وريادته في علم المقاصد؛ لأنه استثمر هذه النظرة وهذا المبدأ المقاصدي في إنقاذ الأمة وتحقيق مصالحها، فنبّه إليه وعلق المخرج به.

(ب) إشارته إلى العلاقة بين التكاليف الشرعية والنوازع الغريزية :

من الإشارات اللطيفة والالتفاتات البديعة في المبادئ المقاصدية عند الجويني، ما أشار إليه من وجود ترابط عميق بين التكاليف الشرعية التي جاءت بها الأوامر والنواهي، وبين الغريزة البشرية والجملة الإنسانية، وهو ترابط مفاده التكامل في جلب المصالح ودفع المفاسد، وهي إشارة صريحة من الجويني كررها في أكثر من موضع، واستدل بها في أكثر من مناقشة علمية، واضعاً بذلك مبدأ مقاصدياً بديعاً، أصبح بعد ذلك عند المقاصديين قاعدة نفيسة، ومبحثاً أصيلاً في علم المقاصد، كما هو الشأن عند الشاطبي

(١) جر العساكر: استدامة جاهزيتها للحرب والقتال. انظر: المعجم الوسيط، مادة (ج ر ر).

(٢) انظر: غياث الأمم ص ٣٨٥.

وابن عاشور على سبيل المثال^(١).

ويقوم هذا المبدأ المقاصدي الذي أصَّله الجويني على أن الشريعة فرقت بين ما كانت الغريزة البشرية تشتهيه وتندفع إليه جبلةً وطبعًا كالأكل والشرب والنكاح والتملك، وبين ما كانت النفوس تنفر منه بدافع غريزتها، وطبعها، وجبلتها، فأناطت بكل غريزة ما يناسبها من التكاليف الشرعية، وشرعت لها ما يردعها من الحدود والقواعد الزجرية، وكل ذلك من أجل مقصد عظيم وهو تحقيق المصلحة الكلية، بجلبها ودفع ما يفسدها.

وتفصيل ذلك كما ذكر الجويني^(٢)، أن ما تدعو إليه الغريزة وتستحث عليه الطباع كالأكل والشرب والجماع وغير ذلك، فإن الشريعة لم تكلف به، وإنما حدت له حدودًا وزواجر تمنع من التجاوز والتعدي فيه؛ كالجماع مثلاً فإن الغرائز والنفوس تميل إلى الوطء وقضاء الوطر، فلم تأمر الشريعة به، وإنما حدت حدوداً تمنع التجاوز فيه كالوقوع في الزنا.

وأما المحرمات التي لا تميل إليها الطباع وتأنفها النفوس وتأبأها العقول كالسرقة والقتل، فإن الشريعة اكتفت فيها بما في جبلات النفوس من الارعواء عنها، وتجنب المهالك فيها، مع الوعيد بالعقوبة لمن أقدم عليها.

وأما ما تستثقله النفوس وتتقاعد عنه كالعبادات، فإن الشريعة وردت بالتكليف بها، وجاءت بالزواجر البليغة والتخويف الرادع بالتحذير من التفريط فيها، حملاً للنفوس على المداومة عليها، ومنها على سبيل المثال

(١) انظر: الموافقات ٢/١٨٠، ٣/١٣٠، مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٣٨٤.

(٢) انظر: البرهان ٢/٥٩٩، ٦١١، مغيث الخلق ص ٨٠، غياث الأمم ص ١٨١.

الصلاة، وأداء الحقوق.

وأما العبادات التي فيها ما تميل إليه النفوس وتدعو إليه الطباع السليمة، كالتنظيف والتطهر، فإن الشريعة كلّفت به في أوقات محددة وليس على الإطلاق، ومثاله الوضوء، فإنه لا ينكر ما فيه من إفادة النظافة، ولكن لما كان الأمر بالنظافة على استغراق الأوقات مما يعسر على المكلفين، وظف الشارع الوضوء في أوقات مخصوصة، وبنى الأمر على إفادته المقصود وهو النظافة.

هذه إذاً تفصيلات الجويني للعلاقة بين التكاليف الشرعية والنوازع الغريزية؛ حيث يلاحظ بوضوح بناؤه للعلاقة بينهما على أساس المقاصد الشرعية التي تحقق مصلحة المكلفين بجلب المصالح ودفع المفاسد، وهو بناء يدل على التكامل والشمول الذي تتصف به الشريعة، وهو ما أدركه الجويني بحسه وفكره ونظره المقاصدي، فأثمر من خلاله هذا المبدأ المقاصدي الأصيل.

ج) إشارته إلى أثر آحاد المكلفين أو كافتهم في انتقال الأحكام من مرتبة إلى أخرى:

من الإشارات البديعة التي أشار إليها الجويني، ويمكن اعتبارها أيضاً من المبادئ المقاصدية الفريدة والمتقدمة، بيانه لأثر آحاد المكلفين أو كافتهم في انتقال حكم شرعي من مرتبة إلى أخرى من رتب الضروريات أو الحاجيات، وذلك بحسب ما ينالهم من الضرر.

ومثّل لذلك بالبيع والإجارة، حيث إنهما يقعان في رتبة الحاجيات بالنظر إلى آحاد المكلفين؛ لأن كل واحد من آحاد المكلفين غير مضطر إلى

البيع أو الإجارة، لكن لو فُرض امتناع الناس عن البيع وتبادل ما في أيديهم، وعن الإجارة وتبادل منافع الأعيان لأدى ذلك إلى ضرر بالغ يلحق بكافة المكلفين، فينتقل البيع والإجارة بسبب ذلك الضرر العام من رتبة الحاجيات إلى رتبة الضروريات، ويلحق بهما الأحكام الخاصة برتبة الضروريات^(١).

فتبين أن حاجة عموم المكلفين تنزل منزلة ضرورة آحادهم^(٢)، وأن لجنس المكلفين أو آحادهم أثراً في انتقال الأحكام من رتبة إلى أخرى.

وهذا سبق المقاصدي الذي توصل إليه الجويني، كان بذرة لمن جاء بعده من علماء المقاصد المتقدمين والمعاصرين، والذين طبقوا هذا المبدأ على غيره من الأحكام التي ذكرها الجويني، وتوسعوا فيه صقلاً وتوضيحاً^(٣).



(١) انظر: البرهان ٢/٦٠٢.

(٢) انظر: غياث الأمم ص ٤٧٨، ٥١٢.

(٣) انظر: نظرية المقاصد عند الشاطبي ص ٢٦١، نحو تفعيل المقاصد ص ٨٠، المدخل إلى علم مقاصد الشريعة ص ٥٠، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليوسف العالم ص ١٦٤، ط. دار الحديث، القاهرة، ط. الثالثة ١٤١٧هـ.

الفصل الثاني

نماذج تطبيقية للفكر المقاصدي عند الإمام الجويني في السياسة المالية

يعد التنظيم السياسي المالي من أهم السياسات الواجب رعايتها من قبل الحكام والأمراء في أي نظام سياسي يسعى إلى تثبيت أركان نظام الحكم وتقوية مركزه السياسي في محيط إقليمه الجغرافي والسياسي؛ لأنه يمثل شريان الحياة لأي نظام سياسي، كونه يمثل الرافد المالي الممول لجميع عمليات الإنفاق المتعلقة بجوانب الحياة، فضلا عن السعي إلى إيجاد مصادر مالية تتضمن عمليات التنمية واستدامتها لحفظ كيان النظام العام، وضمان الحياة الكريمة لكل أفراد المجتمع^(١).

وهذا البعد العام المهم للتنظيم السياسي المالي هو الذي جعل علماء الفقه الإسلامي يؤلفون العديد من المؤلفات المالية، سواء ما كان منها منفردا بالحديث عن أحكام مالية خاصة كالخراج والفيء والزكاة، أم كان تحت الأحكام السلطانية العامة؛ حيث تضمنت هذه المؤلفات العديد من القواعد الاقتصادية المتعلقة بمالية الدولة ومصادر دخلها، ووجوه الإنفاق فيها، والواجبات المالية المتعلقة بالدولة أو الأفراد، وطبيعة العلاقة المالية بين الدولة والأفراد عن طريق بيت المال، وغير ذلك من الفروع المتعلقة بالتنظيم

(١) انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي لقلعه جي ص ٢٥، ط. دار النفائس، بيروت، ط. الخامسة ١٤٢٥هـ.

الاقتصادي^(١).

وإذا كان لعلماء المسلمين سبق وريادة في تأسيس قواعد التنظيم الاقتصادي، وجعله أحد أهم واجبات الإمام في سياسته الشرعية، فقد كان للجويني تميز واضح في تأصيل القواعد وتفريع الفروع المتعلقة بهذا التنظيم^(٢)، حيث ربط بكل عمق وتبصّر بين المقاصد الشرعية العامة المتعلقة بحفظ الضروريات والحاجيات وبين السياسة الشرعية الموكلة إلى الأئمة والولاة، وذلك من خلال التنظيم السياسي المالي الواجب رعايته والاهتمام بشئونه ضمن الهيكل العام لنظام الدولة الإسلامية؛ حيث يمكن تلمس هذه العلاقة المقاصدية والبعد المصلحي العام في ذلك، ولعل من الأنسب أولاً قبل الحديث عن الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني في السياسة المالية أن نبين المقصود بالسياسة المالية، ونذكر أهدافها وأدواتها بشكل موجز.

فالسياسة المالية إسلامياً تفيد استخدام الدولة الإسلامية لإيراداتها ونفقاتها لتحقيق أهدافها في ضوء القواعد والأصول الإسلامية الحاكمة في

(١) انظر على سبيل المثال: الأموال لأبي عبيد ص ١٤، ٢٤، ٦٠، ٢٦٠، تحقيق محمد خليل هراس، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، الأولى ١٤٠٦هـ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٢، تحقيق: خالد العلمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط الثانية (١٤١٥هـ) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٣٢، ط. دار المعرفة، بيروت.

(٢) انظر على سبيل المثال: بحث الفكر الاقتصادي عند إمام الحرمين الجويني لرفيق المصري ص ٨٦٤، وبحث فقه التوظيف عند الإمام الجويني لرفعت العوضي ص ٩٣٤، الذكرى الألفية لإمام الحرمين الجويني، ط كلية الشريعة والقانون جامعة قطر.

هذا المجال^(١).

وأما أهدافها في ظل الاقتصاد الإسلامي فإنها تتمثل في تحقيق هدف ديني ينصرف لأمر هام هو حراسة الدين وحماية القيم، وهدف اقتصادي يسعى لتنمية اقتصاد المجتمع ونموه، وهدف اجتماعي يرمي إلى تحقيق العدالة الاجتماعية بين أفراد الأمة^(٢).

ويعمل الاقتصاد الإسلامي على تحقيق أهدافه تلك مستخدمًا إيراداته ونفقاته المختلفة والمتعددة^(٣).

وفي هذا الفصل سوف أذكر نماذج تطبيقية للفكر المقاصدي عند الإمام الجويني في السياسة المالية، والتي تعد التطبيق العملي لفكره المقاصدي، والعمدة في ذلك كتابه القيم الغيائي.

ولست بصدد نقل أقوال الفقهاء وبيان الخلاف وإيراد الأدلة في تلك المسائل، وإنما المراد هو تسليط الضوء على الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني، والذي كان من أهم السمات البارزة التي أسهمت في تشكيل نظرية المقاصد عنده حيث التزم في منهجه العملي بإعطاء أمثلة تطبيقية وعملية لوقائع تتعلق بالسياسة المالية وربطها بالمقاصد الشرعية والأحكام الشرعية المستندة إليها، وذلك من خلال المباحث التالية:

(١) انظر: النظرية الاقتصادية من منظور إسلامي ص ٣٥٦، لشوقي دنيا، مكتبة الخريجي، الرياض، ط الأولى (١٤٠٤هـ).

(٢) انظر: المرجع السابق ص ٣٥٦ - ٣٥٨.

(٣) انظر: المرجع السابق ص ٣٥٩.

المبحث الأول

تنويع مصادر الدخل العام للدولة

يعد تنويع مصادر الدخل العام الذي يذهب إلى خزينة الدولة من أهم القضايا التي تهتم بها الدول في تنظيم سياساتها المالية والاقتصادية؛ إذ إن تنويع مصادر الدخل يحفظ للدولة كيانها وقوتها، وذلك باستمرار مشاريع التنمية والتطوير التي تعتبر رافداً من روافد خزينة الدولة، حيث تنتظم عجلة الاقتصاد، وتجسد الدولة ما تستعين به في الإنفاق على خدمات الدولة العامة في شتى النواحي دون الركون إلى رافد أو مصدر هامشي أو رئيس وحيد، تتوقف معه عجلة التنمية بمجرد نضوبه أو اختلاله^(١).

وهذه الأهمية الكبيرة لهذا التنويع في المصادر العامة لدخل الدولة كانت إحدى الميزات التي انفرد بها الجويني في تلك الحقبة المبكرة من تاريخ الكتابة والتنظير السياسي الشرعي الواجب على الأئمة والخلفاء اتباعه لحفظ كيان الدولة واستمرار عجلة الحياة في مرافقها العامة، وذلك بفضل النظر والفكر المقاصدي الذي كان ينطلق منه الجويني في التنظير والتفصيل السياسي الشرعي، المتعلق بنواحي الحياة في نظام الدولة الإسلامية، ومنه بالطبع التنظيم السياسي المالي، والذي يمثل عصب الحياة لأي مجتمع إنساني.

فقد أشار الجويني إلى أهمية تنويع مصادر الدخل العام الوارد إلى خزينة الدولة، وبدأ فكرته هذه بفكر مقاصدي بين فيه خطأ الاعتماد على

(١) انظر: مباحث في الاقتصاد الإسلامي ص ٤٢.

مغانم الحرب كرافد أساسي من روافد خزينة الدولة ومصارفها العامة، حيث بيّن أن المغانم في وضع الشرع ليست مقصودة لذاتها، وإنما المقصود التجرد للجهاد لإعلاء كلمة الله تعالى.

بل إنه شبه من يعتمد في إدارة الممالك على ما يحصل عليه من الغنائم دون الموارد الثابتة بمن يعتمد على الصيد لسد النفقات الملحة والدائمة، ولا شك أن من فعل ذلك هلك وأهلك من هم في ذمته، بل إنه استنكر على من قد يعترض على نظره هذا في وجوب تنويع مصادر الدخل، وأرجع ذلك إلى الجهل بحقائق الأمور وقلة الفهم والإدراك للمقاصد العامة^(١).

كما أنه قرر وجوب أن يعتمد الأئمة في إدارة شؤون الدولة الاقتصادية على مصادر الدخل المتنوعة التي تفي باحتياجات الدولة الراتبية، وخصوصاً ما يتعلق بالشؤون العسكرية والأمنية، فلا بد من توظيف الأموال التي يراها الإمام قائمة بالموثوق الراتبية، كالغلات والثمار، واستثمار الزوائد والفوائد من مختلف الجهات، فإن هو فعل ذلك استقرت الممالك وانتظمت قواعد المُلْك وأحواله^(٢).

ولم يكتف الجويني بالتنبيه على ضرورة تنويع مصادر الدخل العام وربطه بالمقاصد الشرعية، بل إنه أشار إلى أن الإخلال بمبدأ التنويع قد يخرم المقاصد الشرعية العامة، ويلحق الضرر بالمجتمع المسلم، وذلك حين يُداهم العدو الداخلي كالسُّراق واللصوص وقطاع الطرق، أو العدو الخارجي

(١) انظر: غياث الأمم ص ٢٨٢.

(٢) انظر: المرجع نفسه ص ٢٨٣.

كالكفار، أرض الإسلام، ويستبيحون أمنها وحرمتها ويعيثون فسادا في مرافقها، فلا يجد معها الإمام سوى اللجوء إلى ما في أيدي الناس للاستعانة به في دفع الخطر الداهم، وهذا خلاف مقاصد الشارع التي توجب على الأئمة حماية الناس ورعايتهم، وليس الأخذ من أموالهم، وهو ما قد يؤدي إلى حزازات في النفوس وخطرات سيئة في الضمائر^(١).

واستدل الجويني على وجوب تنويع مصادر الدخل بما فعله عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وذلك حين كثر الناس وانتشروا في أرض الإسلام وكثرت المؤنة، فلجأ معها عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إلى توظيف الخراج وما يخرج من أرض العراق في الإنفاق على مرافق الدولة وحاجات الرعية، ولم يكتف بما يغنمه من الكفار مع كثرته ووفرتة في عهده.

إن الجويني وهو يقرر هذه القاعدة الاقتصادية ذات البعد السياسي التشريعي، يؤكد أن مستندها هو ما تقرر من القواعد الكلية الشرعية^(٢)، فالمقاصد الشرعية العامة توجب الاعتماد على مصادر متنوعة تضمن الاستمرار في تدفق إيرادات الدولة من أجل الإنفاق على الشؤون والمرافق العامة للدولة، وليس الاعتماد على غيب محتمل من الظفر بالغنائم والفيء، فإن الحرب سجال، والأيام دول، وما تغنمه اليوم قد تفقده في الغد^(٣).

فالجويني إذاً يحرص على تأكيد أهمية التنويع المالي لمصادر الدخل

(١) انظر: المرجع نفسه ص ٢٨٣، ٢٨٥.

(٢) انظر: المرجع السابق ص ٢٨٥.

(٣) انظر: المرجع السابق ص ٢٨٢، ٢٨٥.

للدولة، ويجعل ذلك من أهم الأعمال الملقاة على عاتق الأئمة وأعمالهم المتعلقة بالسياسة المالية من خلال سياستهم الشرعية المطبقة في رعيته، وهو تنظيم تقررته وتؤكد المقاصد الشرعية العامة المتعلقة بحفظ الضروريات والحاجيات المتعلقة بمصالح الرعية.



المبحث الثاني

الإنفاق العام للدولة

إن رسم سياسات الإنفاق العام يعد من أهم السياسات الواجب على الأئمة تنظيمها ورعايتها بالتخطيط والتنفيذ والرقابة الصارمة؛ لأنها تعتبر إحدى أخطر الأدوات المالية التي يمكن أن تُلحق النفع أو الضرر بكيان الدولة ونظامها العام، ولأن الإنفاق العام لا يخلو في مآلاته من أحد أمرين؛ إما استمرار موارد الدولة في التدفق على المرافق العامة وخدماتها، وإما إفلاس خزينة الدولة، وبالتالي تعطل المصالح العامة للوطن والمواطنين^(١).

فالإنفاق العام وتنظيم سياساته هو من صميم المقاصد الشرعية العامة الواجب رعايتها والاهتمام بها من قبل الأئمة، وهذا هو ما تنبه له الجويني، حيث قسم الأموال الواجب على الإمام جبايتها وطلبها إلى ما يتعين مصرفه وإلى ما يعم صرفه على وجوه المصالح العامة، فالإنفاق العام ليس على عواهنه، بل له مصارف محددة ومعلومة جهة وقدرًا، تخدم المصالح العامة وترعى المقاصد الشرعية وتحفظها من التعطل أو الانخرام.

إن الأصل الذي ينطلق منه الجويني في نظيره للتنظيم السياسي المالي - كونه أحد أهم أركان السياسة الشرعية- هو أن الالتزام بالضوابط الشرعية والمقاصد المرعية يحقق أعلى درجات النفع والاستصلاح؛ لأن هذه الضوابط والمقاصد قد جاءت بها النصوص الشرعية التي لا يأتيها الباطل،

(١) انظر: المالية العامة، للسيد عبد المولى ص ٢٣، دار وهدان للطباعة والنشر، القاهرة، اقتصاديات المالية العامة، ليونس أحمد البطريق ص ٢٠، مركز الكتب الثقافية (١٩٨٥م).

وهي من لدن حكيم خبير، فالأخذ والعمل بها صلاح وخير في الدنيا والآخرة، وتركها وإبطالها شرٌّ متحقق وفساد عام، وعلى هذا الأساس بنى الجويني تقسيمه لأوجه الإنفاق العام إلى ما هو خاص بجهات محددة ومقادير منصوبة، وما هو عام يصرف في وجوه الاستصلاح والنفع.

فالمال الخاص، هو ما كان مختصاً من جهة تحصيله وإنفاقه على جهات محددة، كتحويل أموال الزكاة وصرفها على مستحقيها من الأصناف المذكورة في مصارف الزكاة، فهي أموال محصّلة وفق ضوابط محددة ومقادير منضبطة، وتصرف أيضاً وفق شروط خاصة ومواصفات محددة، ومنها أيضاً أربعة أخماس الفياء وهو المال الذي يحصل عليه المسلمون من أموال الكفار من دون قتال، ويدخل تحته الجزية وهي المال المضروب على الكفار الذين يعيشون في كنف الدولة الإسلامية وحمايتها، وكذلك أموال الخراج، وأموال المرتدين، فهذا المال يتم تحصيله مما سبق ذكره من موارد، ويصرف في شؤون الجند والعسكر المنضبطين في جيش الدولة^(١).

وأما المال العام، فمورده محدد وهو ما تحصّل من خمس خمس الفياء، وخمس خمس الغنيمة، وما يخلفه مسلم ليس له وارث خاص، ومال ضائع لم يُعثر على صاحبه بعد بحث طويل، فهذه أموال عامة، وهو ما يعرف بمال المصالح الذي يرصد للإنفاق منه على مصالح المسلمين العامة مما يحقق لهم النفع ويدفع عنهم الضرر^(٢).

(١) انظر: غياث الأمم ص ٢٠٤، ٢٤٢، ٢٤٣.

(٢) انظر: المرجع السابق ص ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٤٣.

فالمقاصد الشرعية إذا تقتضي النظر في الأموال من جهة إنفاقها في مصارفها الخاصة بها، وعدم التساهل في شأنها أو صرفها في غير جهتها المقررة شرعاً، مع الأخذ بعين الاعتبار النظر إلى الفرق الواضح والبيّن بين ما هو مال خاص أو عام، فيلحق كل قسم بما يليق به ويناسبه، حتى تتحقق المقاصد وتثمر النفع والمصلحة للمسلمين^(١).

وليس الأمر في الإنفاق العام عند الجويني مقتصرًا على ما سبق ذكره، بل إنه أضاف إليه ما يتعلق بما أسماه كُلي المصارف، وهو ما يختص بسياسة الإنفاق العامة في الدولة من جهة مستحقي الأموال العامة الذين يجب على الإمام أن يرعاهم مالياً ويفرغهم لرعاية مصالح الدولة والرعية، ويغنيهم عن التكسب، لتكون جهودهم وأوقاتهم في خدمة عموم الأفراد وتحقيق مصالحهم^(٢).

وقد ذكر من هؤلاء الأصناف الجند ومن انتصبوا لإقامة أركان الدين؛ إذ إنهم أقوام ينبغي للإمام كفايتهم، وأن يدرأ عنهم بالمال العام حاجتهم، ليكونوا متجردين لما هم مكلفون به من المهمات العامة المتعلقة بأمن الدولة الإسلامية ورعاية أركانها^(٣).

فالجند والعساكر حماة الدولة وحدودها، وهم القوة والمنعة التي تحفظ كيان الدولة وتدرأ الأخطار عنها، وهم نجدة المسلمين وعدتهم وشوكتهم،

(١) انظر: المرجع السابق ص ٢٤١.

(٢) انظر: المرجع السابق ص ٢٤٤.

(٣) انظر: المرجع السابق ص ٢٤٤.

فينبغي أن يصرف إليهم ما يسد حاجتهم ويكفي مؤنتهم، ليعفوا وجوههم عن وجوه المكاسب والمطالب، ويتفرغوا لمهماتهم الخطيرة، ويكونوا مستعدين في كل وقت للقتال والحرب، ولا يكونوا مشغولين بما يثقلهم أو يصددهم عن أداء مهمتهم التي انتدبوا لها^(١).

وأما الذين انتصبوا لإقامة أركان الدين، وانقطعوا بسبب ذلك عن التكسب، وكان في انشغالهم لما انتدبوا له إقامة أركان الدين وثبات أسسه، كالقضاة والمفتين والحكام وغيرهم ممن يقوم بقاعدة من قواعد الدين، فهؤلاء ينبغي للإمام أن يعفهم ويغنيهم عن التكسب وعن الانشغال بما كُلفوا به؛ لأنهم لو تركوا بدون ما يسد خلّتهم، لانشغلوا بتحصيل مكاسبهم الخاصة فأدى ذلك إلى تعطيل المصالح العامة المتمثلة بحفظ أركان الدين^(٢).

كانت تلك بعض مظاهر التنظيم السياسي المالي المتعلقة بالإنفاق العام وسياسته الشرعية، وهي مستندة في كل ذلك على المقاصد الشرعية عند الإمام الجويني، والتي عبر عنها بقوله: «فهذه جمل في مصارف أموال بيت المال، يليق بالإيالة العظمى حفظها»^(٣).



(١) انظر: المرجع السابق ص ٢٤٥، ٢٤٦.

(٢) انظر: المرجع نفسه ص ٢٤٥.

(٣) المرجع نفسه ص ٢٤٧. والإيالة هي: السياسة. انظر: لسان العرب، مادة (أول).

المبحث الثالث

الفوائض المالية للدولة

تعد قضية معالجة الفوائض المالية في الميزانيات العامة لأي دولة من أهم القضايا التي توليها الجهات المهنية اهتمامًا خاصًا، وذلك لما يترتب على معالجة هذه الفوائض وتوظيفها في مكانها المناسب من مصالح عامة تتعلق باستمرار تدفق الإيرادات المالية اللازمة لإدارة عجلة المرافق والخدمات العامة، فالفوائض المالية تعتبر مالا زائدًا في وقته الحالي، فضل عن الإنفاق العام على خدمات الدولة، وأصبح في يد الدولة مالا قابلا للنظر والتصرف، ما بين الادخار أو التوزيع^(١).

وقد حرص الجويني على بيان الواجب في التعامل مع مثل هذه الأموال الفائضة، ورجح ما يراه مناسبًا ومتعلقًا بالمقاصد العامة بعد ذكره لاختلاف الفقهاء فيما بينهم بشأن التصرف في هذه الأموال الفائضة، ورأى أن السياسة الشرعية والمقاصد العامة المتعلقة بالسياسة المالية تقتضي ادخار مثل هذه الفوائض المالية، وعلل ذلك بقوله: «فهذا الفن أليق بأحكام السياسات مما قبله»^(٢).

وقبل أن يبين الجويني رأيه المختار والمبني على المقاصد الشرعية،

(١) انظر: المدخل إلى المالية العامة الإسلامية للشايجي ص ٨١، ط. دار النفائس، الأردن، ط. الأولى ١٤٢٥هـ، الدولة ووظيفتها الاقتصادية في الفقه السياسي الإسلامي لعبد اللطيف الهميم ص ٢٤٨، ط. دار عمار، الأردن، ط. الأولى ١٤٢٤هـ.

(٢) انظر: غياث الأمم ص ٢٤٧.

أورد أقوال أهل العلم مختصرة في هذه المسألة، وبين أن هناك من ذهب إلى القول بأن الإمام إذا أوصل إلى كل ذي حق حقه، وفضل من بيت المال مال، فإنه لا سبيل على تبقيته، بل يتعين تفريقه واستيعاب جميع ما احتوته يد الإمام من أموال، وأنه لا يبقى في نهاية كل سنة في بيت المال مال، ويرتب الإمام في استقبال السنة الجديدة أموالها، وأن دليلهم على ذلك هو فعل الخلفاء الراشدين الذين ما كانوا يدخرون شيئاً من الأموال، وهم أسوة الناس في شؤون السياسة والإمامة^(١).

إلا أن الجويني رفض مثل هذا الرأي، ورأى وجوب الاستظهار بالادخار، وحفظ فوائض الأموال وعدم توزيعها، وذلك عملاً بالمقاصد الشرعية العامة، التي توجب النظر والتبصر في السياسة الشرعية المتعلقة بالسياسة المالية؛ لأن توزيع هذه الفوائض المالية وعدم ادخارها، يلحق الضرر بالأمة وكيانها^(٢).

وقد استدل لرأيه هذا وجوب الادخار بعد قضاء الحاجات، بأن هذا ليس من مسالك التحري والظنون، بل هو من القطع الذي يجب العمل به، وذلك لتعلقه بحفظ كيان الأمة وحماية البيضة والحوزة، وهي أعظم المقاصد الشرعية التي جاءت الشريعة بحفظها، ولأن الاستظهار بالجنود والعسكر المعقود عند التمكن حتم، حتى ولو بعد الكفار وتباعدت الديار، فلا بد من

(١) انظر: المرجع السابق ص ٢٤٧.

(٢) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص ٣٠٦، الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى ص

الاستعداد والاستظهار، فإننا لا نأمن الحوادث والبوائق والطوارق، ولا نأمن مدهامة العدو ومباغتته لنا، فإذا تعلق الأمر وآل إلى الخوف على الأمة وكيانها وحرمة أفرادها، فلا مجال للوقوع في الخطأ والزلل بسبب سوء التقدير، بل الواجب الحزم والحتم في الاستظهار بالعدد والعُدّة، وهذا لا يكون إلا بأموال مدخرة وفوائض مالية مرصدة^(١).

وليس الأمر مقتصرًا على هذا الدليل المقاصدي، بل إنه استدل على رأيه هذا بأن منصب الإمامة ومقصده الأعظم يقتضي ممن هو متصدٍ له أن يتحرى الأصلاح فالأصلح، فكيف يقال مع هذا المقصد العظيم بصرف الأموال الفائضة، وتبديدها فيما لا يتعلق بحفظ المقصد الأعظم وهو حفظ كيان الأمة والدُّود عن حياضها، ويصرف على ما دون ذلك من المصالح البعيدة، وعلل ذلك بقوله: «فإذا تعين على الإمام الاحتفاظ بفضلات الأموال فإنها تنزل من نجدة الإسلام منزلة السُّور من الثغور»^(٢).

فالجويني إذاً يقرر وبكل وضوح وجوب الاستظهار بالفوائض المالية، ويقطع بوجوب ادخارها؛ لأن ذلك يتعلق بالمقاصد الشرعية العامة، وخصوصاً الضرورية منها التي توجب القطع بحفظ كيان الأمة في دينها ومالها ونفسها وعرضها، وأن إدراك المقاصد الشرعية يوجب رصد هذه الفوائض فيما يتعلق بأعظم المصالح وأقربها دون ما هو أقل وأبعد من المصالح.

(١) انظر: المرجع السابق ص ٢٤٧.

(٢) انظر: المرجع السابق ص ٢٥٠.

الخاتمة

الحمد لله على توفيقه لإتمام هذا البحث، والذي يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلت إليها فيما يلي:

أولاً النتائج:

١. أن لإمام الحرمين فضل السبق والريادة في وضع اللبنة الأولى لعلم مقاصد الشريعة، وأن آراءه المقاصدية لم تكن كلاماً مرسلأً، بل كشف فيها عن الضروريات والحاجات والتحسينات التي تعد أساسيات هذا العلم لمن كتب بعده.

٢. إن الإمام الجويني قد كشف العديد من جوانب التطور والتجديد في علم المقاصد، وذلك من خلال النقلة النوعية التي أحدثها في هذا العلم، أو من خلال المصطلحات التي كان يستعملها، أو التقاسيم التي كان يذهب إليها، أو الاستدلالات المقاصدية التي كان يُعلمها في النصوص الشرعية.

٣. أن الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني يعد فتحاً ومدخلاً لمن جاء بعده من علماء المقاصد حيث استفادوا من تأصيله لقواعد هذا العلم، ففصّلوا ما أجمله، وتوسعوا فيما اختصره، وتشبعوا فيما قرره.

٤. أن الفكر المقاصدي عند الإمام الجويني يمكن اعتباره أنموذجاً فريداً لما يجب أن يكون عليه المفتي أو العالم في مواجهة النوازل في شتى مجالات الحياة، والاستفادة منها في معرفة كيفية الموازنة بين

الأولويات المتعلقة بمصالح الأمة.

٥. أن الإمام الجويني قد أعمل فكره المقاصدي في التنظيم السياسي المالي من خلال ما ذكره من وجوب ادخار فائض الأموال التي تُرد إلى خزينة الدولة، بل وتنويع مصادر الدخل العام، وترشيد الإنفاق العام للدولة؛ لأن الحوادث والنوازل قد تُباغت الدولة، فلا بد من الاستعداد لمثل هذه الحوادث بالأموال؛ لأن الضرر بالدولة ومصالحها ومصالح أفرادها لا يمكن التفريط فيه أو التساهل بشأنه.

ثانياً: التوصيات:

بقي لي أن أسجل - بعد نتائج البحث - بعض المقترحات والتوصيات التي أرى من المناسب ذكرها وتلخص في النقطتين التاليتين:

١. الاهتمام بمقاصد الشريعة من خلال ما سطره علماؤنا في مؤلفاتهم بسير أغوارها، واستنكاه حقائقها، بعقد المؤتمرات التي تبين أسبقيتهم لهذا العلم الجليل الذي راعته الشريعة الإسلامية عند تشريعها للأحكام.
٢. أن تكون هناك دراسات معمّقة في مقاصد الشريعة، وربطها بالسياسة المالية حتى نقف على أسرار الشريعة في مواجهة مشاكل الحياة الاقتصادية.

هذا والله أسأل التوفيق والسداد.



فهرس أهم المصادر والمراجع

- البرهان في أصول الفقه، تأليف: إمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني، المعروف بإمام الحرمين (ت ٤٧٨ هـ) تحقيق عبدالعظيم الديب، دار الوفاء، مصر، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ).
- اقتصاديات المالية العامة، تأليف د. يونس أحمد البطريق، مركز الكتب الثقافية، (١٩٨٥م).
- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تأليف: الإمام أبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠ هـ) تحقيق: خالد العملي، ط. دار الكتاب العربي، بيروت، ط الثانية (١٤١٥هـ)
- التلخيص في أصول الفقه، تأليف: إمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله الجويني (ت ٤٧٨ هـ) تحقيق: عبدالله جولم، وشبير العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط. الأولى (١٤١٧هـ).
- الفكر الاقتصادي عند إمام الحرمين الجويني، تأليف أ.د. رفيق يونس المصري، ط كلية الشريعة والقانون - جامعة قطر.
- المالية العامة، تأليف د. السيد عبدالمولي، دار وهدان للطباعة والنشر، القاهرة.
- المدخل إلى علم مقاصد الشريعة، تأليف: الدكتور عبدالقادر بن حرز الله، ط. مكتبة الرشد، الرياض، ط الأولى (١٤٢٦هـ).
- المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية، دار المعارف، مصر، ط. الثانية (١٣٩٣هـ).
- المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، تأليف: الدكتور يوسف حامد العالم، ط دار الحديث القاهرة، ط. الثالثة (١٤١٧هـ).
- الموافقات في أصول الشريعة، تأليف: الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى

- اللخمي الشاطبي (ت ٧٩٠هـ)، تخريج الشيخ عبدالله دراز، ط. مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
- النظرية الاقتصادية من منظور إسلامي، تأليف: شوقي أحمد دنيا، مكتبة الخريجي، الرياض، ط الأولى (١٤٠٤هـ).
- غياث الأمم في التياث الظلم، تأليف: إمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله الجويني، (٤٧٨هـ)، تحقيق: عبدالعظيم الديب، ط. مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ط الثانية (١٤٠١هـ).
- مباحث في الاقتصاد الإسلامي، تأليف: الدكتور محمد رواس قلعة جي، ط. دار النفائس، بيروت، ط. الخامسة (١٤٢٥هـ).
- مغيث الخلق في ترجيح القول الحق، تأليف: إمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله الجويني (ت ٤٧٨هـ)، ط المطبعة المصرية، ط. الأولى (١٣٥٢هـ).
- مقاصد الشريعة عند الإمام العز ابن عبدالسلام، تأليف: الدكتور عمر صالح، دار النفائس، الأردن، ط الأولى (١٤٢٣هـ).
- مقاصد الشريعة الإسلامية، تأليف: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور (ت ١٣٩٣هـ) تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، ط. دار النفائس، الأردن، ط الثانية (١٤٢١هـ).
- مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، تأليف: الدكتور محمد سعيد اليوبي، ط. دار الهجرة، الرياض، ط الأولى (١٤١٨هـ).
- مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، تأليف: الدكتور يوسف البدوي، دار النفائس، الأردن، ط الأولى (١٤٢١هـ).
- فقه التوظيف عند الإمام الجويني، تأليف أ.د. رفعت السيد العوضي، ط كلية الشريعة والقانون - جامعة قطر.

- قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، تأليف: الدكتور مصطفى مخزوم، ط. دار إشبيليا، الرياض، ط الأولى (١٤٢٠هـ).
- نحو تفعيل مقاصد الشريعة، تأليف: الدكتور جمال الدين عطية، ط. دار الفكر، دمشق، ط الأولى (١٤٢٢هـ).
- نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، تأليف: أحمد الريسوني، ط. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط الأولى (١٤٢٢هـ).





قسم الفقه العام

أحكام النماء في الأوراق النقدية

دراسة فقهية تخريجا على مذهب السادة الحنابلة

إعداد

د. عبد الرحمن حمود المطيري

الأستاذ المشارك في قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

كلية الشريعة – جامعة الكويت

أحكام النماء في الأوراق النقدية

دراسة فقهية تخريجاً على مذهب السادة الحنابلة

عبد الرحمن حمود المطيري

قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة، جامعة الكويت، الكويت، الكويت.

البريد الإلكتروني: abdulrahman.almutairi@ku.edu.kw

ملخص البحث:

المال المنفصل أحكامه متفرقة في فصول شتى من أبواب الفقه، وتهدف هذه الدراسة إلى تخريج أحكام النماء في الأوراق النقدية على مذهب السادة الحنابلة من حيث بيان تبعة الأوراق النقدية للعين عدمها، والملك وعدمه، والرد وعدمه، والضمان وعدمه، وضبط أحكامها بأصول وتقاسيم تضبط صورها وما يستجد من أحكامها. وقد جاء البحث في مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة. المبحث الأول: نماء الأوراق النقدية، والمبحث الثاني: نماء الأوراق النقدية في الفسوخ، والمبحث الثالث: نماء الأوراق النقدية من غير عقد ولا فسخ وضمائها، أما الخاتمة فقد اشتملت على أهم النتائج ومنها: أن النماء المنفصل هو الزيادة الطارئة على العين مما تنفك عنها، ورغم أن أحكام النماء متفرقة في أبواب شتى من أبواب الفقه مع كثرة الجزئيات فقد أمكن ضبط أحكامه بأربع عشرة قاعدة فقهية عظيمة النفع عالية المنزلة. وتوصي الدراسة: بالعناية بفقه النوازل تأصيلاً وتوقعاً فيما يتعلق بالقضايا النقدية، مع إضافة المقررات والمناهج الدراسية التي تعتمد على الممازجة بين القواعد الفقهية والفقه المعاصر.

الكلمات المفتاحية: النماء، الأوراق النقدية، المال، التخريج، الحنابلة.

The Regulations of Banknotes Increase An Islamic Jurisprudence Authentication Study (Takhrij) Based on the Hanbali Islamic School of Jurisprudence

Abdul Rahman Hammoud al-Mutairi

Department of Comparative Jurisprudence, Faculty of Sharia,
Kuwait University, Kuwait, Kuwait.

E-mail: abdulrahman.almutairi@ku.edu.kw

Abstract:

The regulations of isolated valuable capital are allocated in various chapters of Islamic Jurisprudence, this study seeks to authenticate (Takhrij) the regulations of the increase of banknote according to the Hanbali school of Islamic jurisprudence, that to illustrate and answer the questions of whether the banknote is attachment to the real asset or not, does the ownership exist, the issue of exchange of the banknote by the tangible value, the guarantee of its value, and to expressly define its rules with clear classifications of its forms and presumed future development of its rules. The study comprises an introduction and preliminary note along with three chapters and a conclusion. The first chapter discuss the banknotes increase, the second chapter banknotes increase in case of annulment, the third chapter the increase of banknotes with no contract nor annulment and its financial security. The conclusion addressed the study the main results which include; the separable increase is the contemporary increase on the real asset; despite the split of the banknotes escalation regulation over Islamic jurisprudence the study succeeds in firmly highlighting its regulations on fourteen Islamic jurisprudence valuable rule. The study recommends giving the high priority to Fiqh Al Nawazel (Contemporary Issues Islamic Jurisprudence) of financial cases and to present educational curriculum that combines the Islamic jurisprudence and Contemporary Islamic Jurisprudence

Keywords: Financial increase, Banknotes, Money (Takhrij), Hanbali school.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على محمد عبده ورسوله، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين، وبعد...

فإن هذا البحث سيتناول أحكام الأوراق النقدية إذا كانت نماء من خلال تخريجها على مذهب السادة الحنابلة.

أهمية البحث:

الأوراق النقدية لها أثر عظيم في الوقت المعاصر فهي عصب الحياة، ووسيلة لتبادل السلع والخدمات، وأداة لقياس القيم، وسبيل لادخار الثروات، وأداة لدفع الحسابات وتسويتها، وغير ذلك.

ومن الأحكام الفقهية المهمة المتعلقة بالأوراق النقدية والتي تدخل في كثير من معاملات الناس: الأحكام المتعلقة بالأوراق النقدية إذا كانت نماءً، وهي من النوازل الفقهية التي لم يتطرق لها بحثًا وجمعًا وتديلًا الفقهاء المعاصرون فيما وقفت عليه، فكان هذا البحث بعنوان: (أحكام النماء في الأوراق النقدية دراسة فقهية تخريجيًا على مذهب السادة الحنابلة).

مشكلة الدراسة:

النماء المنفصل - ومنه الأوراق النقدية - أحكامه متفرقة في فصول شتى من أبواب الفقه، متشعبة الفروع، كثيرة الجزئيات، ويحتاج ضبطها إلى حصر أصولها بضوابط يستغني بها الفقيه عن حفظ أكثر الجزئيات؛ ويطلع من خلالها على حقائقها ومداركها، ومآخذها وأسرارها، ويقتدر على الإلحاق

والتخريج.

هدف الدراسة :

تخريج أحكام النماء في الأوراق النقدية على مذهب السادة الحنابلة، من حيث بيان تبعية هذه الأوراق النقدية للعين وعدمها، والملك وعدمها، والرد وعدمه، والضمان وعدمه، وضبط أحكامها بأصول وتقاسيم تضبط صورها وما يستجد من أحكامها.

الدراسات السابقة :

لم أقف على دراسة واحدة تحدثت عن الأحكام الفقهية المتعلقة بالبناء في الأوراق النقدية، بل ولم أقف على من تناول أحكام البناء عمومًا مجموعة في محل واحد غير ابن رجب رحمه الله رحمة واسعة ذكر ذلك في كتابه القواعد الفقهية.

الجديد في البحث :

تخريج أحكام الأوراق النقدية إذا كانت بناء على مذهب السادة الحنابلة في مجمله فيه جدّة، والحقيقة أن جمع مادة هذا البحث ومفرداته وصياغتها كانت عسيرة؛ وذلك لكثرة مسائله وتعددتها وتنوعها وتشعبها، سائلًا الله الإعانة والتسديد، فهو سبحانه خير مسؤول وأكرم مأمول.

حدود البحث :

اقتصرت في معالجة أحكام الأوراق النقدية إذا كانت بناء على معتمد مذهب السادة الحنابلة، ولم أتطرق إلى المذاهب الفقهية الثلاثة والروايات

الأخرى في مذهب الحنابلة؛ وذلك لمحدودية عدد صفحات الأبحاث؛ ولأن هذا البحث نموذج لهذا النوع من الأحكام.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة ومبحث تمهيدي وثلاثة مباحث وخاتمة:

المقدمة: وضمنتها: أهمية البحث، ومشكلته، وأهدافه، والدراسات السابقة، وتقسيمات البحث (خطته)، ومنهجه، وإجراءاته.

المبحث التمهيدي: تعريف نماء الأوراق النقدية وتكييفه الفقهي:

المطلب الأول: تعريف الأوراق النقدية نماء.

المطلب الثاني: تكييف الأوراق النقدية من حيث نوع النماء.

المبحث الأول: نماء الأوراق النقدية في العقود:

المطلب الأول: وجود نماء الأوراق النقدية قبل ورود العقد:

المطلب الثاني: وجود نماء الأوراق النقدية بعد ورود العقد:

المبحث الثاني: نماء الأوراق النقدية في الفسوخ.

المبحث الثالث: نماء الأوراق النقدية من غير عقد ولا فسخ، وضمائها.

المطلب الأول: الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ.

المطلب الثاني: تعلق الضمان بالأعيان للتعدي.

الخاتمة: وضمنتها أهم النتائج والتوصيات.

منهج البحث:

سلكت منهج التطبيق من خلال تنزيل الأصول والضوابط والتقسيم المسطورة في مذهب السادة الحنابلة على الأوراق النقدية إذا كانت نماء، وبيان أحكامه.

إجراءات البحث:

أولاً: بينت الرواية الصحيحة من مذهب السادة الحنابلة في أحكام النماء البائن المنفصل، معتمداً في ذلك على كتب السادة الحنابلة عموماً، وعلى الكتب الثمانية المعتمدة في تحرير المذهب عند المتأخرين خصوصاً، وهي:

الكتاب الأول والثاني والثالث: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، وتصحيح الفروع، والتنقيح المشبع في تحرير ألفاظ المقنع، وهذه الكتب الثلاثة للعلامة مرجح المذهب ومصححه ومنقحه علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، (ت ٨٨٥هـ).

والكتاب الرابع: منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لمحمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، (ت ٩٧٢هـ).

والخامس: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لموسى بن أحمد الحجراوي، (ت ٩٦٨هـ).

والسادس والسابع: شرحا منتهى الإيرادات والإقناع، كلاهما لمنصور بن يونس البهوتي، (ت ١٠٥١هـ).

والثامن: غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى لمرعي بن

يوسف الكرمي، (ت ١٠٣٣هـ).

فإذا وجدت المسألة مجزومًا بها عند هؤلاء أو أحدهم فإني أقول: «المذهب كذا» من غير نسبة، فإن وقع بينهم خلاف بينته، وإن لم أجد لهم قولاً رجعت إلى حواشي الخلوتي وعثمان وغيرهما من المتأخرين وأقول: «الظاهر من المذهب كذا».

ثانيًا: قمت بتخريج أحكام الأوراق النقدية إذا كانت نماء على المعتمد من مذهب السادة الحنابلة من خلال الأصول والضوابط التي قررها السادة الحنابلة مما له أثر على معرفة أحكام نماء الأوراق النقدية.

ثالثًا: اجتهدت بالتمثيل للتقسيمات الواردة على أحكام النمء في الأوراق النقدية؛ لعرض الغائب في معرض المشاهد، ولإظهار المعنى وتوضيحه، واقتصرت على مثال واحد لكل مسألة؛ فيقاس الشبيه على شبيهه، ويحمل النظير على نظيره.

رابعًا: وضعت مشجرات في خاتمة البحث ضمنتها نتاج أحكام النمء في الأوراق النقدية؛ لضبط أحكامها في ذهن القارئ الكريم.

وأخيراً: فهذا جهد المقل، فما كان من صواب فمن الله وحده، وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان، والله ورسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بريئان منه.

والله أسأل أن يغفر الزلات، ويعفو عن الهفوات، ويتجاوز عن الخطيئات، ويخلص النيات، وينزل البركات، إنه مجيب الدعوات، وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث التمهيدي

تعريف نماء الأوراق النقدية وتكييفه الفقهي

من المناسب في هذا المبحث التمهيدي أن نتعرف على معنى نماء الأوراق النقدية وتكييفه الفقهي؛ تمهيداً لمعرفة أحكامه عند فقهاء السادة الحنابلة؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

المطلب الأول

تعريف نماء الأوراق النقدية

الفرع الأول: تعريف النماء:

النَّمَاء -بفتح النون-: الزيادة، نَمَى يَنْمِي نَمْياً وَنُمِيّاً وَنَمَاءً: زاد وكثر^(١)، قال ابن فارس: «النون والميم والحرف المعتل (نمي) أصل واحد يدل على ارتفاع وزيادة، ونمى المال ينمي: زاد. ونمى الخضاب ينمي وينمو: إذا زاد حمرة وسواداً. وتنمى الشيء: ارتفع من مكان إلى مكان. قال:

يَا حُبَّ لَيْلَى لَا تَغَيِّرْ وَازْدَدِ ... وَأَنْمِ كَمَا يَنْمِي الْخِضَابُ فِي الْيَدِ^(٢)

(١) ابن منظور، لسان العرب، (٣٤١/١٥)، بطال، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب، (١٤١/١).

(٢) من غير نسبة في الفصح لثعلب، (ص ٢٦٠)، قال إميل بديع: "الرجز بلا نسبة في لسان العرب، (٣٤٢/١٥) (نمي)؛ وجمهرة اللغة، (ص ١٠٨٥)؛ ومقاييس اللغة، (٥/٤٧٩)؛ وأساس البلاغة (مني)؛ وتاج العروس (مني) انتهى، إميل بديع، المعجم المفصل في شواهد العربية، (٤٤٢/٩).

قلت: إلا إنه في لسان العرب، (٣٤٢/١٥) قال: "وزعم الكسائي أن أبا زياد أنشده" ثم

وانتمى فلان إلى حسبه: انتسب. ونميت الحديث: أشعته، ونميته بالتخفيف، والقياس فيهما واحد. والنامية: الخلق؛ لأنهم ينمون، أي يزيدون^(١).

وأما حقيقة النماء عند الفقهاء فستأتي عند الحديث عن تكييف الأوراق النقدية نماء.

الفرع الثاني: تعريف الأوراق النقدية:

أولاً: تعريف النقد في اللغة:

النَّقْدُ له معان عدة في اللغة، منها: ما يُدفع من نقد عند الشراء خلاف النسيئة، وفي حديث جابر وجمله: «وَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ»^(٢)، أي: أعطانيه نقدًا معجلاً.

ومنها: تمييز الدراهم وإخراج الزيف منها، وكذا تمييز غيرها، وقد نقدها ينقدها نقدًا، وانتقدها، وتنقدها: إذا ميز جيدها من رديئها، ومنها: النقد: الجيد: الوازن من الدراهم، ودرهم نقد ونقود جياذ^(٣).

ذكر البيت، والله تعالى أعلم.

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة، (٤٧٩/٥).

(٢) أخرجه البخاري كتاب: الشروط، باب: إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم الحديث: (٢٧١٨)، (٥ / ٣١٤)، ومسلم في كتاب: المساقاة، باب: بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم الحديث: (٧١٥)، (٣ / ١٢٢١).

(٣) الزبيدي، تاج العروس، (٢٣٠/٩).

ومنها: العُملةُ من الذهب أو الفضة أو غيرها مما يُتعامَلُ به^(١).

وأما في عرف الفقهاء: فالمراد به المعنى الأخير، فالنقد: العملة من الذهب والفضة، وبعبارة أخرى: الذهب والفضة المسكوكة^(٢)، ويقال لهما: النقدان^(٣).

ثانياً: الأوراق النقدية اصطلاحاً:

الأوراق التي يتعامل بها الناس اليوم ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الأوراق النقدية: وهي كل مال وُضع بين الناس ليكون وسيطاً للتبادل في السلع، كالريال، والدرهم، والدينار، والجنيه، والدولار، وغيرها من العملات النقدية^(٤).

والأوراق النقدية تسمى: بالعملات النقدية، والأوراق المالية، والعملات الورقية، وقد أصدرت كل دولة عملة خاصة بها، تختلف قيمتها وقوتها وفئاتها من بلد لآخر، يتعامل بها الناس فيما بينهم في الداخل والخارج، ويصرف ويستبدل بعضها ببعض، حسب اتفاق بين دول العالم، جعلها مقبولة في التعامل والصرف في أي بلد.

النوع الثاني: الأوراق التجارية، وهي صكوك ثابتة قابلة للتداول بين

(١) أديب اللجمي وآخرون، المعجم المحيط، (ص: ١٩٠٩).

(٢) بطل، النظم المستعذب، (٣١/٢).

(٣) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، (١/٢٧٤)، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، (ص: ٣٥٨).

(٤) التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، (٣/٥٧٣).

الناس، وهي تمثل حقاً شخصياً، موضوعه: دفع مبلغ معين من النقود بموجبها لحاملها، وهي ثلاثة أنواع: الشيكات والكمبيالات والسند الإذني.

فالشيك: أمر مكتوب يطلب به صاحبه من البنك أن يدفع مبلغاً من المال لفرد أو شركة أو جهة ونحو ذلك.

والكمبيالة: أمر مكتوب بكيفية خاصة، يحددها النظام، يأمر بموجبه شخص يسمى المحرر أو الساحب، إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بدفع مبلغ معين، أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع، لأمر شخص معين، يسمى المستفيد أو لحامله دون تعيين.

والسند الإذني (السند لأمر): صك يتضمن تعهد محرره (وهو المدين) بدفع مبلغ معين من النقود، في تاريخ محدد، لشخص آخر يسمى المستفيد (وهو الدائن).

وتنقسم السندات باعتبار الشكل إلى قسمين:

(أ) سندات اسمية: وهي السندات التي تحمل اسم صاحبها، وتنتقل بطريق التسجيل.

(ب) سندات لحاملها: وهي السندات التي لا تحمل اسم صاحبها، ويعتبر الحائز عليه مالكا له.

النوع الثالث: الأوراق المالية: وهي: صكوك تمثل مبالغ نقدية، قابلة للتداول بالطرق التجارية، وتمثل حقاً للمساهمين، أو المقترضين، وهي نوعان:

الأسهم: وهي صكوك قابلة للتداول، تمثل الحصص التي يملكها الإنسان في الشركة، ويتكون رأس المال من هذه الأسهم، سواء كانت نقدية أو عينية.

والسندات: وهي صكوك قابلة للتداول، تمثل قرضاً، تصدرها الحكومات والشركات عندما تستدين من الناس، ويعتبر حامله دائماً للشركة، ولا يعد شريكاً فيها^(١).

وهذه الأوراق الثلاث كثيرة الشيوخ والاستعمال في عصرنا الحاضر، وهي من فقه النوازل المستجدة، والحديث هنا عن أحكام النوع الأول وهو الأوراق النقدية نماءً.

وأما المراد بنماء الأوراق النقدية وبيانه وحقيقته فسيكون في المطلب التالي.



(١) الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، (١٣/٥٦٣، ٥٨٩)، الختلان، فقه المعاملات المالية المعاصرة، (ص: ٢٥)، التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، (٣/٥٧٢).

المطلب الثاني

تكييف الأوراق النقدية من حيث نوع النماء

الفقهاء في الجملة يقسمون النماء إلى نوعين: نماء متصل كالسمن، ونماء منفصل كالولد^(١).

ولم أقف على من عرف النماء المنفصل، ويمكن أن يُعرّف بأنه: الزيادة الطارئة على العين مما تنفك عنها.

وقيدت الزيادة بكونها مما تنفك عن العين حتى أخرج النماء المتصل فإن النماء لا ينفك عن العين، كالسمن بالنسبة للشاة، هو نماء متصل بها لا يمكن إزالته ولا فكاهه عنها.

والنماء المنفصل نوعان:

النوع الأول:

أن يكون النماء المنفصل متولِّدًا من عين الذات، وهذا النوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يكون النماء المتولِّد من عين الذات نماءً منفصلاً بائناً، كولد الشاة مثلاً فإنه نماء منفصل بائن متولد من عين ذات الشاة.

القسم الثاني: أن يكون النماء المتولد من عين الذات متصلاً بالذات مستتراً متغيباً فيها بأصل الخلقة، كاللبن مثلاً فإنه نماء منفصل متولد من عين

(١) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، (١/٩١٧)، البركتي، التعريفات الفقهية، (ص: ١٠٩)، قلعجي، معجم لغة الفقهاء، (ص: ٤٨٨).

ذات الشاة مستترًا فيها بأصل الخلقة، وكالطلع غير المؤبر أيضًا فإنه نماء منفصل متولد من عين ذات النخلة مستترًا فيها بأصل الخلقة.

القسم الثالث: أن يكون النماء المتولد من عين الذات ملازمًا للعين لا يفارقها عادة، كالشعر والصوف والوبر والريش، فإن الشعر نماء منفصل متولد من عين ذات الماعز، والصوف من عين الشاة، والوبر من عين الجمل، والريش من عين الدجاجة، وكل هذه ملازمة للعين لا تفارقها عادة.

النوع الثاني:

أن يكون النماء المنفصل متولدًا من غير عين الذات واستحق بسبب العين، كالمهر: فإنه ليس متولدًا من عين ذات الزوجين، ولكن استحق بسبب عقد نكاح الرجل على عين هذه الزوجة، وكالأجرة فإنها ليست متولدة من ذات العين المؤجرة، وإنما استحقت بسبب عقد الإجارة على هذه العين، والأرش^(١) ليس متولدًا من ذات عين العين المباعه مثلًا، وإنما استحق بسبب

(١) الأرش: لغة: البدل، وأصله: دية الجراحة، وما يجب فيها، قال القتيبي وابن الأباري:

سمى أرشًا؛ لأن المبتاع إذا وقف على العيب: وقع بينه وبين البائع أرش، أي: خصومة، يقال: أرشت بين القوم: إذا ألقيت بينهم الشر، وأغریت بعضهم ببعض.

والأرش اصطلاحًا: قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب، فيرجع المشتري إذا اختار الإمساك بمثل نسبته من ثمنه المعقود به، فيقوم المبيع صحيحًا، ثم يقوم معيبًا، فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن.

مثال ذلك: إذا كان الثمن مائة وخمسين، فيقوم المبيع صحيحًا بمائة درهم، ويقوم معيبًا بتسعين، فالعيب نقص عشرة دراهم، نسبته إلى قيمته صحيحًا: عُشر، فتنسب ذلك إلى المائة وخمسين تجده خمسة عشر، وهو الواجب للمشتري، ولو كان الثمن في المثال

العين لوجود عيب فيه، والله أعلم^(١).

ومما تقدم يُعلم أن الأوراق النقدية نماء ليس من النوع الأول بأقسامه الثلاثة؛ لأنه ليس متولِّدًا من عين الذات، فالذات لم تنم بعينها ورقًا نقديًا.

وإنما تكييف الأوراق النقدية نماء أنه من النوع الثاني: النماء المنفصل المتولد من غير عين الذات واستحق بسبب العين كالمهر والأجرة والأرش، والله تعالى أعلم.

وعلى ذلك سيكون تخريج الأوراق النقدية إذا كانت نماء على مذهب السادة الحنابلة على الأحكام المتعلقة بالنماء المنفصل المتولد من غير عين الذات واستحق بسبب العين، والله ولي التوفيق.

توطئة: يختلف حكم النماء في الأوراق النقدية باختلاف الحق المتعلق بالعين التي استحق بسببها هذه الأوراق النقدية، والحقوق المتعلقة بالأعيان:

المذكور خمسين: وجب له خمسة؛ لأنها عشر الخمسين.

بطل، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، (٢٥٠/١)، البهوتي، كشاف القناع، (٢١٩/٣).

(١) وهذه الأنواع بأقسامها أحكامها متشعبة ومسائلها متفرقة في الفقه، ينظر إلى شيء من أحكامها ومسائلها عند: ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، (٢٨٦/٢)، ابن أبي عمير، الشرح الكبير، (٤٢٢/١٦)، ابن رجب، تقرير القواعد وتحليل الفوائد، (١٧٤ / ٢)، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (١٦٧/٥)، المرادوي، الإنصاف، (١٥٧/١٢)، (٤٢٧)، (١٩/١٧)، (٣٦٤)، (١٦١/١٩)، البهوتي، كشاف القناع، (١٦٦/٣)، (٢٠٧، ٣٣٨)، (٢٥٦/٤)، (٣٧٣، ٥٣٢)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (١٣/٢)، (٤٣٠، ٤٠٩، ٥٩٣).

إما عقود، أو فسوخ، أو حقوق تتعلق بغير عقد ولا فسوخ، وقد يتعلق بالنماء حق آخر وهو حق الضمان وعدمه؛ ولذا قسمت المباحث إلى ثلاثة، وفيما يأتي بيان لأحكامها.



المبحث الأول

نماء الأوراق النقدية في العقود

توطئة:

العقد إما أن يرد على الأعيان بعد وجود نمائها المنفصل، أو يحدث النماء بعد ورود العقد على العين، وعليه فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول

النماء في الأوراق النقدية الموجود قبل ورود العقد

الفرع الأول: تعريف العقد:

العقد لغة: العين والقاف والبدال: أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها^(١)، تقول: عقد الحبل والبيع والعهد يعقده عقدًا فانعقد: شده، وأصل العقد: نقيض الحل^(٢).

العقد في اصطلاح الفقهاء:

العقد لدى الفقهاء له معنيان عام وخاص:

العقد بمعناه العام: كل عهد والتزام ألزم به الإنسان نفسه، سواء كان في مقابل التزام آخر كالبيع والإجارة، أو كان بإرادة منفردة لإنشاء حق، أو إنهائه،

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة، (٤/٨٦).

(٢) الزبيدي، تاج العروس، (٨/٣٩٤).

أو إسقاطه، كالوقف، والطلاق، والإبراء^(١).

العقد بمعناه الخاص: ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، كعقد البيع، والإجارة، ونحوهما، وهذا هو الغالب عند الإطلاق، وهذا يعني: أن العقد لا يقع إلا بين طرفين فأكثر^(٢).

والمراد بالعقد هنا العقد بمعناه الخاص كالبيع، والصلح، والصداق، وعوض الخلع، والأجرة، والهبة، والرهن، والشفعة.

الفرع الثاني: تخريج الأوراق النقدية على النماء المستحق بالعين الموجود قبل ورود العقد:

الناماء المنفصل البائن المستحق بالعين عند السادة الحنابلة إذا وجد قبل ورود العقد على العين فإنه لا يدخل في العقد ولا يكون تابعاً للعين المعقود عليها؛ لانفصاله، وهذا بلا خلاف بينهم، كما نقل ذلك ابن رجب رحمه الله^(٣)، وقد قالوا: إنه يصح بيع عين مؤجرة، والأجرة للمشتري من حين البيع نصاً^(٤)، هذا إذا لم يكن المشتري هو المستأجر، فإن كان المشتري هو المستأجر اجتمع عليه للبائع الأجرة والثلث؛ لأن عقد البيع لم يشمل المنافع

(١) الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، (٤٨/١).

(٢) المادة ١٠٣، ١٠٤ من مجلة الأحكام العدلية، وقد صاغ المادتين كما هو مثبت الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٢٨١/١).

(٣) ابن رجب، تقرير القواعد وتحريم الفوائد، (١٧٥/٢)، وانظر: المرادوي، الإنصاف، (١٦١/١٩)، البهوتي، كشف القناع، (٥٣٢/٤) و (٥٣٦/٤).

(٤) ابن قدامة، المغني، (٢٧٤/٥)، ابن النجار، منتهى الإرادات، (١١٣/٣)، الجامع لعلوم الإمام أحمد، (٥٠٩/٩).

الجارية في ملكه بعقد التآجر؛ لأن شراء الإنسان ملك نفسه محال^(١).
ومفهوم ذلك: أن الأجرة قبل البيع من نصيب البائع، ولا تكون تابعة
للعين المعقود عليها.
فعلى ذلك إذا ورد العقد على العين بعد وجود النماء في الأوراق
النقدية: فلا تدخل في العقد ولا تتبع العين المعقود عليها:
مثال ذلك: لو أجر داره بألف دينار، ثم باع بيته بعد انقضاء مدة
الإجارة، فإن الألف تكون ملكاً للبائع، ولا تتبع الدار في عقد البيع؛ لأنه هذه
الألف وجدت قبل ورود العقد على الدار.



(١) ابن النجار، معونة أولى النهى، (٦/ ١٨٣)، البهوتي، كشاف القناع، (٤/ ٣١).

المطلب الثاني

النماء في الأوراق النقدية الحادث بعد ورود العقد

توطئة:

العقود إما أن تكون عقودَ تمليك أو عقودًا غير تمليك، وعقود التمليكات إما أن تكون منجزة أو غير منجزة، والمنجزة إما أن ترد على العين والمنفعة أو على العين المجردة أو على المنفعة المجردة، والمنفعة المجردة إما أن تكون عامة أو خاصة لا تتأبد.

وعقود غير التمليكات المنجزة: منها ما يؤول إلى التمليك ومنها ما وضع لغير التمليك، وما يؤول إلى التمليك إما أن يكون لازماً أو غير لازم. ويختلف حكم الأوراق النقدية إذا كانت نماء باختلاف أنواع العقود المتقدمة وحققتها، وبيان ذلك فيما يلي.

الفرع الأول: استحقاق نماء الأوراق النقدية الحادث بعد ورود عقود التمليكات المنجزة:

توطئة: تعريف التمليكات المنجزة:

أولاً: مجموعة التمليكات: نوع من أنواع العقد، وهي ما يقصد بها تمليك شيء عين أو منفعة، وهي جنس ينتظم المعاوضات والتبرعات:

الأول: المعاوضات نوع من أنواع التمليكات، وجنس ينتظم ما يلي:

أ- مبادلة عين بعين.

ب- مبادلة عين بمنفعة.

ج- مبادلة منفعة بمنفعة.

وعلى ذلك، فهي تشمل البيع بجميع أنواعه، من بيع مطلق ومقايضة وسلم وصرف، والصلح عن إقرار، وقسمة الأعيان أو المنافع (المهياة)، والإيجار والمؤاجرة، والزواج سواء كان فيه المهر مآلاً أو منفعة، والخلع كذلك.

الثاني: التبرعات نوع من أنواع التملكات، وجنس يتنظم ما يلي:

أ- تبرعات مقصودة ابتداء وانتهاء.

ب- تبرعات ضمن عقد معاوضة.

ج- تبرعات ابتداء، وقد ينتهي بها الأمر إلى أن تكون معاوضات أو تبرعات.

وعلى ذلك، فهي تشمل ما يأتي: الهبة، والصدقة، والوصية، والإعارة، والقرض، والكفالة، والحوالة، والمحابة في عقود المعاوضات. ومنها أيضاً: الوقف، والإبراء، وإن كانا من ناحية أخرى من الإسقاطات^(١).

ثانياً: المنجزة: من التنجيز: هو خلاف التعليق^(٢)، وهو تفعيل من قولهم:

(١) السنهوري، نظرية العقد، (١١١/١)، الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٦٣١/١)، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، (٣٠٨٦/٤)، نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، (ص: ٣٢٧)، الشثري، النظريات الفقهية، (ص: ١٥٩).

(٢) البركتي، التعريفات الفقهية، (ص: ٦٣).

نَاجِزٌ بِنَاجِزٍ. أَي: نَقْدٌ بِنَقْدٍ، خِلاَف: الكَالِي بِالكَالِي. أَي: النَّسِيَّةُ بِالنَّسِيَّةِ، وَأَصْلُهُ: التَّعْجِيلُ^(١).

ويستعمل الفقهاء لفظ «التنجيز» بمعنى الحضور والتعجيل، بخلاف التعليق والإضافة والتأجيل، وأكثر ما يستعملونه في صيغ العقود^(٢).

فإذا وقعت هذه التمليكات منجزة - لا معلقة - ثم حدث النماء المنفصل البائن بعدها، فلها ثلاث حالات:

الحالة الأولى: عقود التمليكات المنجزة الواردة على العين والمنفعة:

إذا وردت عقود التمليكات المنجزة على العين والمنفعة فإنه يستلزم استتباع النماء المنفصل البائن من العين وغيره، سواء كان العقد عقد معاوضة أو عقد تبرع.

فما حصل في المبيع أو عوضه، أو في الهبة المنجزة، أو في عوض الخلع، أو في الأجرة، أو في الصداق، ونحو ذلك، من كسب أو أجرة أو نماء منفصل ولو من العين، كثمره، وولد، ولبن فيتبع أصلها^(٣)، قال الإمام أحمد - فيمن اشترى عبداً، فوهب له مال قبل التفرق، ثم اختار البائع العبد -: «المال للمشتري»^(٤).

(١) النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، (ص: ٥٨).

(٢) نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، (ص: ١٥١).

(٣) التتوخي، الممتع في شرح المقنع، (٢/٤٣٤)، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٧٠/٤)، المرادوي، الإنصاف، (١٧/١٩).

(٤) نقله عنه ابن قدامة، المغني، (١٠/٤).

وذلك لما جاء عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ»^(١) قال الترمذي: «هذا حديث صحيح»^(٢).

وهذا من ضمان المشتري ونحوه، فيجب أن يكون خراجه له؛ ولأن الملك ينتقل بالبيع، فيجب أن يكون نماؤه للمشتري، كما بعد انقضاء الخيار^(٣).

(١) الخراج في اللغة: ما خرج من الشيء، فخراج الشجرة: ثمره، وخراج الحيوان: دره ونسله.

والضمان في اللغة: هو الكفالة والالتزام. والمقصود به هنا: المؤونة كالإنفاق والمصاريف وتحمل التلف والخسارة والنقص.

قال أبو عبيد القاسم بن سلام في تفسير الحديث: «وهو أن يشتري الرجل العبد فيستغله، ثم يجد به عيباً كان عند البائع: أنه يرده بالعيب، وتطيب له تلك الغلة بضمانه؛ لأنه لو مات في يده مات من ماله» انتهى.

وكذا قال الفقهاء: معناه ما خرج من الشيء: من غلة، ومنفعة، وعين، فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له؛ ليكون الغنم في مقابلة الغرم.

القاسم بن سلام، الأموال، (ص: ٩٣)، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، (ص: ١٢٧)، السيوطي، الأشباه والنظائر، (ص: ١٣٦)، الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، (٣/٢٧٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الاجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً، وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان، وأخرجه ابن ماجه في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

(٣) ابن أبي عمر، الشرح الكبير على المقنع، (٣٠٨/١١).

فعلى ذلك إذا وقع عقد تمليك منجز وكان وارداً على العين والمنفعة، ثم حدث نماء من الأوراق النقدية، فإن هذا النماء يتبع العين ويكون لمالكها، لا المالك الأول.

مثال ذلك: لو وهب زيد داراً لخالد، ثم أجر خالد -وهو الموهوب له- هذه الدار بألف دينار، فإنه يستحق هذه الألف؛ إذ الأوراق النقدية هنا تتبع أصلها، دون الواهب (زيد)، والله تعالى أعلم.

الحالة الثانية: عقود التمليكات المنجزة الواردة على العين المجردة:

إذا وردت عقود التمليكات المنجزة على العين المجردة من غير منفعة: فلا يتبع النماء المنفصل البائن العين.

وبيان ذلك: أنه تصح الوصية بالمنفعة المفردة عن الرقبة عند السادة الحنابلة، قال المرداوي: "بلا نزاع أعلمه"^(١)؛ لأنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة، فصحت الوصية بها كالأعيان؛ وقياساً على الإجارة، وتورث المنفعة، كما لو أوصى لإنسان بغلة دار، أو ثمرة بستان، سواء أوصى بذلك في الزمان كله أو مدة معينة كسنة؛ لأن غاية التأيد جهالة القدر، وجهالته لا تقدر^(٢).

وللورثة بيع الرقبة من الموصى له بمنافعها ولغيره؛ لأن المشتري قد يرجو الكمال بحصول منافعها له من جهة الوصي إما بهبة أو وصية أو

(١) المرداوي، الإنصاف، (٣٦٥/١٧)، وانظر: الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٦٧/٣).

(٢) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٢٧٣/٥)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، (٤٩٨/٤).

مصالحة بمال، وقد يقصد تكميل المصلحة لمالك المنفعة بتمليك الرقبة للموصى له^(١).

فإذا باع الموصى له بالعين، العين، فإنها تباع مسلووبة المنفعة، ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه^(٢).

فعلى ذلك إذا وقع عقد تمليك منجز وكان واردًا على العين المفردة دون المنفعة، ثم حدث نماء من الأوراق النقدية، فإن هذا النماء لا يتبع العين، بل يكون لمالك المنفعة الأول، لا مالك العين الثاني.

مثال ذلك: يملك زيد دارًا مؤجرة بألف دينار كل شهر، فوصى زيد برقبة هذه الدار لأولاده، ووصى بمنفعتها التي هي ألف دينار كل شهر لصديقه محمد، ثم باع الأولاد رقبة الدار لجارهم خالد، فيملك خالد رقبة الدار دون المنفعة، ولا يستحق من الألف شيئًا، وإنما تبقى هذه الألف على ملك محمد، والله تعالى أعلم.

الحالة الثالثة: عقود التمليكات المنجزة الواردة على المنفعة المجردة:

عقود التمليكات المنجزة الواردة على المنفعة المجردة من غير عين قسمان:

القسم الأول: المنافع المؤبدة: فإذا كان عقد التمليك واردًا على منفعة عامة مؤبدة فإن النماء المنفصل البائن الحادث من العين وغيرها يتبعها، وبيان ذلك:

(١) المرادوي، الإنصاف، (٣٦٤/١٧)، الحجاي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٦٨/٣).

(٢) البهوتي، كشاف القناع، (٣٧٤/٤).

أن من أنواع المنافع المؤبدة الوقف، والموقوف عليه يملك ثمرة الموقوف سواء كانت فوائد ومنافع^(١)، فيملك صوفه، ووبره، وشعره، وبيضه، وغلته، وكسبه، ولبنه، ونحو ذلك، قال ابن أبي عمر: «ولا نعلم في ذلك خلافاً»^(٢)؛ لما جاء عن ابن عمر، قال: أصابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْبَرٍ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرٍ، لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ هُوَ أَنْفُسُ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُنِي بِهِ؟ قَالَ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَضْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا» متفق عليه^(٣).

(١) فائدة: ثمرة الموقوف منقسمة إلى فوائد ومنافع.

والفائدة: فاعلة بمعنى ما يستفاد زائداً على الأصل ولو كان عيناً. والفوائد: هي التي تستخلف مع بقاء أصولها، تجري مجرى المنافع وإن كانت أعياناً، وهي: ثمر الشجر، ولبن الأدميات والبهائم، والصوف، والماء العذب: فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذ خلق الله بدله مع بقاء الأصل والمنافع: هي ما تستفاد شيئاً فشيئاً مع بقاء الأصول الثابتة: كمنفعة دار أو دابة أو آلة أو غير ذلك.

فحكم الفوائد كحكم المنافع، فإذا جاز وقف الأرض البيضاء أو الرباع لمنفعتها، فكذلك وقف الحيطان لثمرتها، ووقف الماشية لدرها وصوفها، ووقف الآبار والعيون لمائها؛ بخلاف ما يذهب بالانتفاع كالطعام ونحوه فلا يوقف.

انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (٧٣/٢٩)، ابن منقور، الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، (٤٥٩/١)، الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، (٦/٨).

(٢) ابن أبي عمر، الشرح الكبير، (٤٢٢/١٦).

(٣) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، رقم الحديث: (٢٥٨٦)، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب الوقف، رقم الحديث: (١٦٣٢)، (١٢٥٥/٣).

فدل الحديث على أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف، فوجد إلى من يصح تملكه على وجه لم يخرج المال عن ماله، فوجب أن ينقل الملك إليه، كالهبة والبيع^(١)، ونفع الوقف من نماء ملكه، فكان للموقوف عليه^(٢)، فيستوفيه بنفسه، وبالإجارة، والإعارة، ونحوها، إلا أن يعين في الوقف غير ذلك^(٣).

فعلى ذلك: إذا وقع عقد تملك منجز وكان وارداً على المنفعة المؤبدة المفردة دون العين، ثم حدث نماء من الأوراق النقدية، فإن هذا النماء يتبع مالك العين، الذي هو الموقوف عليه لا الواقف.

مثال ذلك: لو أجر الموقوف عليه الدار الموقوفة بألف دينار: فإنه يملك هذه الألف؛ لأنه نماء ملكه، ولا يملكها الواقف.

النوع الثاني: المنافع المؤقتة: فإذا كان عقد التملك وارداً على منفعة خاصة لا تتأبد:

فإن كان النماء المنفصل البائن حادثاً من العين فإنه يتبع مالك العين، وأما إن كان حادثاً من غير العين^(٤) فإنه يتبع مالك المنفعة، وبيان ذلك:

أن نماء العين المؤجرة من ذات العين كالأصل بغير خلاف، قاله ابن

(١) ابن قدامة، المغني، (٣٥٠/٥).

(٢) التوخي، الممتع في شرح المقنع، (١٦٩/٣).

(٣) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (١٦٥/٥).

(٤) كالأجرة بخصوصها دون المهر والأرش.

رجب^(١)؛ كما لو استأجر دابة فولدت عنده فإن ولدها يكون عنده أمانة كأمه، وليس له الانتفاع به؛ لأنه غير داخل في العقد^(٢).

وأما الكسب: فإن الإجارة إذا تمت، وكانت على مدة، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة، ويكون حدوثها على ملكه؛ لأن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلية كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين، فلما أجزها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها، كما كان يملكه المؤجر، فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين، ثم انتقلت إلى المستأجر، بخلاف الولد والثمره، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها^(٣).

والأوراق النقدية نوع من أنواع الكسب، فعلى ذلك: إذا وقع عقد تمليك منجز وكان وارداً على المنفعة المؤقتة المفردة دون العين، ثم حدث نماء من الأوراق النقدية، فإن هذا النماء يتبع مالك المنفعة دون مالك العين.

مثال ذلك: لو استأجر رجل داراً بمائة دينار، فله أن يؤجر هذه الدار لمن يقوم مقامه ولو بزيادة على ما أجزها به كألف دينار^(٤)، ويستحق هذه

(١) ابن رجب، تقرير القواعد وتحريم الفوائد، (١٧٦/٢).

(٢) ابن النجار، معونة أولى النهى، (٢٠٩/٦)، البهوتي، كشاف القناع، (٤٦/٤).

(٣) ابن قدامة، المغني، (٢٥٦/٥).

(٤) فائدة: من شروط صحة إجارة عين معينة: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها؛ لأنها بيع المنافع فاشترط فيها ذلك كالبيع، فتصح إجارة مستأجر العين المؤجرة لمن يقوم مقامه في استيفاء النفع أو لمن دونه في الضرر؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكة له، جاز له أن يستوفيه بنفسه ونائبه، وتصح إجارة العين المؤجرة لغير مؤجرها

الأجرة، وليس لمالك الدار شيء من هذه الألف.

الفرع الثاني: استحقاق نماء الأوراق النقدية الحادث بعد ورود عقود غير التمليكات المنجزة:

عقود غير التمليكات المنجزة نوعان:

النوع الأول: عقود تؤول إلى التمليك، أي: ليس عقد تمليك حال، وإنما عقد تمليك في المال، وهذا النوع من العقود قسمان:

القسم الأول: عقد يؤول إلى التمليك لازم لا يستقل العاقد بإبطاله من غير سبب^(١):

ولمؤجرها بمثل الأجرة، وبزيادة على الأجرة التي استأجر بها؛ لأنه عقد يجوز برأس المال، فجاز بزيادة.

الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٢٩٤/٢)، ابن النجار، منتهى الإيرادات، (٨٤/٣)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، (٦١٧/٣).

(١) العقود تنقسم بالنظر إلى اللزوم وقابلية الفسخ إلى أربعة أقسام:

- ١- عقد لازم بحق الطرفين، ولا يقبل الفسخ بطريق الإقالة، وهو عقد الزواج.
- ٢- عقود لازمة بحق الطرفين، ولكنها تقبل الفسخ والإلغاء بطريق الإقالة - أي باتفاق العاقدين - كالبيع والإجارة.
- ٣- عقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط، كالرهن والكفالة؛ فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة إلى الدائن المرتهن والمكفول له.
- ٤- عقود غير لازمة أصلاً بحق كلا الطرفين، وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع والإلغاء، كالإيداع والإعارة والوكالة.

انظر: تقسيمات العقود في: السنهوري، نظرية العقد، (١١١/١)، الزرقا، المدخل الفقهي

وحكم النماء المنفصل الوارد على العقد اللازم الذي يؤول إلى التملك أنه يتبع العين.

وبيان ذلك: أن من العقود التي تؤول إلى التملك التي لا يستقل العاقد بإبطالها من غير سبب: الموصى به لمعين، فهو عقد يؤول إلى تملك الموصى به إلى الموصى له إذا قبل، ولا يملك الورثة إبطاله، فإذا نما الموصى به بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له نماء منفصلاً، فإن هذا النماء يتبع العين الموصى بها، فيملكه من يملك العين، والذي يملك الموصى به بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له هو الوارث، فما حصل من نماء منفصل في الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول كالولد والثمرة والكسب فللورثة؛ لأن الموصى به ملكهم فنماؤه لهم^(١).

والأوراق النقدية نوع من أنواع الكسب، فعلى ذلك: إذا وقع عقد يؤول إلى التملك لازم لا يستقل العاقد بإبطاله من غير سبب، ثم حدث نماء من الأوراق النقدية، فإن هذا النماء يتبع مالك العين.

العام، (٦٣١/١)، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٣٠٨٦/٤)، الشري، النظريات الفقهية، (ص ١٥٩).

(١) وقال المرداوي: «وقيل: يكون على ملك الميت. وهو مقتضى قول الشريف، وأبي الخطاب في خلافهما، واختار أبو بكر في «الشافعي»، أن الملك مراعى؛ فإذا قبل، تبينا أن الملك ثبت له من حين الموت. وهو رواية عن الإمام أحمد، رحمه الله تعالى. وحكى الشريف عن شيخه، أنه قال: هذا ظاهر كلام الخرقى».

المرداوي، الإنصاف، (٢٤٧/١٧)، وانظر: البهوتي، كشف القناع، (٣٤٦/٤).

مثال ذلك: من أوصى بدار لزيد: فأجرت هذه الدار بألف دينار بعد موت الموصي وقبل قبول زيد، فالألف للورثة؛ لأن الموصى به ملكهم، فمأؤه لهم، والأوراق النقدية هنا تابعة للعين.

القسم الثاني: عقد يؤول إلى التملك غير لازم، وهو ما يملك العاقد إبطاله:

وحكم النماء المنفصل من غير العين الوارد على العقد غير اللازم الذي يؤول إلى التملك أنه لا يتبع العين.

وبيان ذلك: أن الوصية بوقف الدار للفقراء من العقود غير اللازمة التي تؤول إلى التملك فلا يتبعها النماء المنفصل البائن^(١)؛ إذ إن الدار الموصى بوقفها تكون وقفاً بعد إنفاذ الورثة للوصية، وللموصي - وهو صاحب الدار - أن يبطل الوصية بأن يرجع عنها: إما بالقول كقوله: قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها ونحو ذلك، أو بالفعل: كأن يبيع الموصى به أو يهبه، فإنه يكون رجوعاً^(٢)، وكون الوصية يجوز الرجوع فيها فقد نقل فيها الإجماع غير واحد من أهل العلم، قال ابن القطان: وأجمعت الأمة أن للموصي أن يبدل وصيته وأن يرجع عنها^(٣) انتهى؛ وذلك لأنه يروى عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «يغيرُ

(١) انظر، ابن رجب، تقرير القواعد وتحريم الفوائد، (١٨٥/٢)، المرادوي، الإنصاف، (١٦٥/١٩).

(٢) التوخي، الممتع في شرح المقنع، (٢٣٤/٣).

(٣) ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، (٨٤/٢)، وانظر: ابن المنذر، الإجماع، (ص: ٩٠)، ابن حزم، مراتب الإجماع، (ص: ١١٢)، ابن قدامة، المغني، (٩٧/٦).

الرجل ما شاء من وصيته»^(١).

فعلى ذلك: إذا وقع عقد يؤول إلى التملك غير لازم، ثم حدث نماء من الأوراق النقدية، فإن هذا النماء لا يتبع المعقود له.

مثاله: إذا أوصى رجل بوقف دار على الفقراء بعد موته، فأجر هذه الدار في حياته بألف دينار: فإن هذه الألف للموصي، ولا تكون للفقراء؛ لأن الوصية من العقود غير اللازمة التي تؤول إلى التملك مما يمكن إبطالها بالقول أو بالفعل والتراجع عنها.

النوع الثاني: العقود الموضوعة لغير تملك العين:

العقود الموضوعة لغير تملك العين تشمل أنواعاً أربعمًا من العقود:

١- الإطلاقات، هي إطلاق الشخص يد غيره في العمل؛ كالوكالة، والوصايا.

٢- التوثيقات، وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها، وتأمين الدائن على دينه، وهي الكفالة والحوالة والرهن، وتسمى هذه العقود (التأمينات أو عقود الضمان).

٣- الاشتراك، وهي التي يقصد بها المشاركة في المال والعمل والربح؛ كعقود الشركات بأنواعها، ومنها المضاربة والمزارعة والمساقاة.

٤- الحفظ، وهي التي يراد منها حفظ المال لصاحبه؛ وهو عقد الإيداع^(١).

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوصايا، باب الرجوع في الوصية وتغييرها، (٢٨١/٦).

وهذه العقود الموضوعة لغير تملك العين لها حكمان:

الحكم الأول: من حيث الملك وعدمه:

العقود الموضوعة لغير تملك العين لا يملك بها النماء؛ إذ الأصل لا يملك، فالفرع من باب أولى^(٢).

وبيان ذلك: أن من العقود الموضوعة لغير تملك العين عقد الوكالة، وحكم عقود الوكيل وما يمتنع عليه منها وما يترتب على تصرفه من ضمان وحقوق العقد متعلقة بالموكل^(٣)؛ لوقوع العقد له^(٤).

فلو باع للموكل وكيله ثوبًا أو نحوه، فوهب المشتري للوكيل ساعة في مدة الخيارين، فالساعة لصاحب الثوب^(٥)، نقل مهنا عن الإمام أحمد: «إذا دفع إلى رجل ثوبًا لبيعه، ففعل، فوهب له المشتري مندبًا، فالمندب لصاحب الثوب»^(٦)، قال ابن قدامة: «إنما قال ذلك؛ لأن هبة المندب سببها البيع، فكان المندب زيادة في الثمن، والزيادة في مجلس العقد تلحق به»^(٧).

(١) انظر تقسيمات العقود في: السنهوري، نظرية العقد، (١١١/١)، الزرقا، المدخل الفقهي

العام، (٦٣١/١)، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٣٠٨٦/٤).

(٢) ابن رجب، تقرير القواعد وتحريم الفوائد، (١٨٦/٢).

(٣) ابن النجار، معونة أولى النهي، (٤٥٩/٥).

(٤) الرحيباني، مطالب أولى النهي، (٤٦٢/٣).

(٥) الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٢٤٨/٢).

(٦) الجامع لعلوم الإمام أحمد، (٤٠٩/٩).

(٧) ابن قدامة، المغني، (٨٢/٥).

فعلى ذلك: إذا وقع عقد موضوع لغير تملك العين، ثم حدث نماء من الأوراق النقدية، فإن هذا النماء لا يملكه المعقود له في جميع أحواله.

مثال ذلك: الدار المرهونة إذا كانت مؤجرة بألف دينار: فإن المرتهن لا يملك الأجرة التي هي الأوراق النقدية؛ إذ الأصل -الذي هو الدار- لا يملك، فالفرع -الذي هو الأوراق النقدية- لا يملك من باب أولى، وإنما تكون في ملك الراهن، والله تعالى أعلم.

الحكم الثاني: من حيث ورود العقد عليه والضمان وعدمه:

العقود الموضوعة لغير تملك العين من حيث تبعية النماء لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضموناً أو غير مضمون على قسمين:

القسم الأول: إن كان العقد وارداً على العين وهو لازم:

فحكم النماء حكم الأصل في ورود العقد عليه، وفي كونه مضموناً أو غير مضمون؛ كالرهن^(١)، فهو عقد موضوع لغير تملك العين، ووارد على

(١) تنبيه: مذهب السادة الحنابلة: أنه لا بد من ملك الراهن للرهن ولو كان بملك منافعه دون عينه بأن يستأجر شيئاً ليرهنه، أو كان بملك الانتفاع به بأن يستعيره ليرهنه بإذن ربه فيهما فيصح الرهن إذن.

ولمعيّر للرهن أن يكلف رهنه فكه في محل الحق وقبله، وله الرجوع في الإذن في الرهن قبل إقباضه المرتهن.

وإن فك المعير الرهن، وأدى الدين الذي على الراهن ناوياً الرجوع رجع المعير بما أداه عنه على الراهن، سواء كان بإذن الراهن أو لا، فإن لم ينو رجوعاً لم يرجع.

المرداوي، الإنصاف، (٣٨٣/١٢)، ابن النجار، منتهى الإرادات، (٤٠٥/٢)، البهوتي، كشاف القناع، (٣٢٢/٣).

العين، وهو لازم.

فيكون حكم نماء الرهن حكم الأصل في ورود العقد عليه: فنماء الرهن، متصلًا كان النماء أو منفصلاً، وكسبه، وغلاته، وصوفه، ولبنه، وورق شجره المقصود، ومهره، وما قطع من الشجر من حطب، وأنقاض الدار تكون رهناً في يده كالأصل فتباع معه إذا بيع؛ لأن الرهن عقد على العين، فيدخل فيه ما ذكر كالبيع والهبة، وسواء حدث بعد عقد الرهن على العين، أو حدث بعد توكيل الراهن المرتهن أو العدل^(١) في بيع الرهن^(٢).

ويكون أيضاً حكم ضمان نماء الرهن وعدم ضمانه حكم أصله، والرهن غير مضمون؛ لما رواه أبو هريرة، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»^(٣).

وهذا يدل على أن الغرم على الراهن لا المرتهن^(٤)؛ ولأنه لو ضمن لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان، وذلك وسيلة إلى تعطيل المدائيات،

(١) العدل في الرهن: هو الشخص الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وأودعاه وسلماه الرهن. (المادة ٧٠٥) من مجلة الأحكام العدلية (ص: ١٣٣)، وانظر: البركتي، التعريفات الفقهية، (ص: ١٤٤)، سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، (ص: ٢٤٤).

(٢) الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، (ص: ٢٦٠)، مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (٣٣٦/١)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، (٢٦٨/٣).

(٣) أخرجه الدار قطني في سننه، (٤٣٧/٣)، رقم الحديث: (٢٩٢٠)، وقال: «وهذا إسناد حسن متصل».

(٤) الزركشي، شرح مختصر الخرقى، (٥٧/٤).

والقروض، وفيه ضرر عظيم، وهو منفي شرعاً^(١)؛ ولأنه وثيقة بالدين، فلا يضمن، كالزيادة على قدر الدين، وكالكفيل والشاهد^(٢).

فيكون نماءه غير مضمون مثله، فنماء الرهن أمانة في يد المرتهن، فإن تلف الرهن أو نماءه بغير تعد من المرتهن أو تفريط فلا شيء على المرتهن، وليس على المرتهن مؤنة رده، بل يخلي بين المالك وبينه، وإن تعدى المرتهن في الرهن ونمائه أو فرط زال ائتمانه، ويصير مضموناً؛ حيثئذ لتعديه أو تفريطه، والرهن باق بحاله؛ لأنه يجمع أمانة واستيثاقاً، فإذا زال أحدهما بقي الآخر.

ولا يسقط بهلاك الرهن ونمائه شيء من دينه إن لم يتعد أو يفرط؛ لأنه كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف، لم يوجد ما يسقطه فبقي بحاله^(٣).

فعلى ذلك فإن حكم النماء في الأوراق النقدية من الرهن حكم الأصل في ورود العقد عليه ويكون رهناً معه.

مثاله: الدار المرهونة إذا كانت مؤجرة بألف دينار: فإن هذه الألف تكون رهناً في يد المرتهن كالأصل، ويملك العدل إن أذن له قضاء دين المرتهن منها؛ لأن الرهن عقد على العين، فيدخل فيه النماء في الأوراق النقدية.

(١) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٢١٥/٤).

(٢) ابن قدامة، المغني، (٢٥٧/٤).

(٣) الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، (٥٧/٤)، ابن مفلح، الفروع، (٣٨٢/٦)،

البهوتي، كشاف القناع، (٣٣٨/٣).

وهذه الأوراق النقدية أمانة في يد المرتهن، فإن تلفت بغير تعد من المرتهن أو تفريط فلا شيء عليه، وليس على المرتهن مؤنة ردها، بل يخلي بين المالك وبينها إذا فك الرهن، وإن تعدى المرتهن فيها أو فرط زال ائتمانه، ويصير مضموناً، والرهن باق بحاله، ولا يسقط بهلاكها شيء من دينه إن لم يتعد أو يفرط.

القسم الثاني: إن كان العقد غير لازم، أو كان لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تأييد، أو على ما في الذمة، فالنماء له حكمان:

الحكم الأول: أن النماء لا يكون داخلاً في العقد في جميع الأحوال.

الحكم الثاني: أن النماء إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان تبعته، وإلا فلا، وبيان ذلك في الأمثلة التالية:

مثال العقد الجائز الوارد على عين: العارية.

فعقد العارية عقد جائز؛ إذ للمعير الرجوع فيها متى شاء، سواء كانت مطلقة أو مؤقتة؛ لأن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تحصل العين في يده؛ ولأن المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها، والذي لم يستوفه لم يقبضه، فجاز الرجوع فيه، كالهبة قبل القبض^(١).

واليد في العارية يد ضمان؛ فيجب ضمانها إذا كانت تالفة، تعدى فيها

(١) ابن أبي عمر، الشرح الكبير على المقنع، (٧٠/١٥)، التنوخي، الممتع في شرح المقنع، (٦/٣).

المستعير أو لم يتعد^(١)؛ لما رواه صَفْوَانُ بنُ أُمَيَّةَ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَعَارَ مِنْهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ أَدْرَاعًا، فَقَالَ: أَعْضَبًا يَا مُحَمَّدُ؟ فَقَالَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ»^(٢).

ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفردًا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإلتلاف، فكان مضمونًا كالغصب^(٣).

فلو ولدت الدابة المعارة فإن هذا الولد لا يكون داخلًا في عقد الإعارة في جميع الأحوال، ولا يكون عارية، وليس للمستعير الانتفاع به، ولا يضمه بتلفه عنده؛ لأن الولد لم يشارك أمه في المعنى الذي أوجب الضمان؛ لأن الأم إنما ضمنت لإمسакها للانتفاع بها، والولد ممسوك لحفظه على المالك؛ فيكون أمانة، ولا يضمن مستعير زيادة حدثت في معارة عنده؛ لعدم ورود عقد العارية عليها^(٤).

ومثال العقد اللازم الوارد على منفعة عين من غير تأييد: العين المؤجرة.

والعين المؤجرة أمانة في يد مستأجرها، إن تلفت بغير تفريط ولا تعد

(١) ابن مفلح، الفروع، (٢٠٤/٧)، الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٣٣٥/٢).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في تضمين العارية، رقم الحديث: (٣٥٦٢)، (٢٩٦/٣)، وأخرجه أحمد في مسنده، رقم الحديث: (٢٧٦٧٤)، (٤٦٥/٦)، قال شعيب الأرنؤوط: "حديث حسن" انتهى.

(٣) ابن قدامة، المغني، (١٢٩/٥).

(٤) المرادوي، الإنصاف، (٩٢/١٥)، ابن النجار، معونة أولى النهي، (٢٦٣/٦).

فلا ضمان عليه، قال ابن قدامة: «ولا نعلم في هذا خلافاً»^(١)؛ وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، فكانت أمانة، ولا فرق بين الإجارة الصحيحة والفسادة^(٢).

ونماء العين المؤجرة في يد المستأجر أمانة كأصلها، ولا يضمنه إن تلف بغير تفريط ولا تعد، وليس له الانتفاع به، فلو استأجر دابة فولدت عنده، فإن هذا الولد لا يكون داخلاً في عقد الإجارة في جميع الأحوال، ولا يكون مستأجراً، وليس للمستأجر الانتفاع به، ويكون أمانة كامه^(٣).

ومثال العقد اللازم الوارد على منفعة في الذمة: الرعي، وبيان ذلك:

أن الأجير قسمان: خاص ومشارك^(٤)، والأجير الخاص يده يد أمان، فلا

(١) ابن قدامة، المغني، (٣١١/٥).

(٢) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٤٤٩/٤)، الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٣١٦/٢).

(٣) البهوتي، كشاف القناع، (٤٦/٤)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، (٦٩٧/٣).

(٤) الأجير الخاص ويسمى الأجير المنفرد: من قدر نفعه بالزمن، بأن استؤجر لرعي أو خدمة أو عمل في بناء أو خياطة يوماً أو أسبوعاً ونحوه. وسمى أجيراً خاصاً لتقدير زمن يستحق المستأجر نفعه في جميعه، فلا يمكنه التزام مثله في ذلك المدة.

والأجير المشترك: من قدر نفعه بالعمل، هو الذي يلتزم العمل في ذمته كعادة الخياطين والصواغين وغيرهم، فإذا التزم له أمكنه أن يلتزم لآخر مثل ذلك، فكأنه مشترك بين الناس؛ فلذلك سمي مشتركاً.

النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، (ص: ٢٢٤)، الفيومي، المصباح المنير، (٣١١/١)، الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٢٩٦/٢).

ضمان عليه فيما يتلف في يده؛ لأنه نائب المالك في صرف منفعه إلى ما أمر به، فلم يضمن كالوكيل، إلا أن يتعمد الإتلاف أو يفرط فيضمن؛ لأنه إذن كالغاصب.

وأما الأجير العام فإن يده يد ضمان، فيضمن ما تلف بفعله ولو بخطئه؛ لما جاء عن علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ كَانَ يُضْمِنُ الصَّبَاغَ وَالصَّائِغَ وَقَالَ: «لَا يَضْلُحُ لِلنَّاسِ إِلَّا ذَاكَ»^(١).

ولأن الأجير المشترك عمله مضمون عليه؛ لأنه لا يستحق الأجرة إلا بعمله، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً^(٢).

ويجوز عقد الإجارة على رعي الماشية، والراعي فيها أجير خاص فيده يد أمان فلا ضمان عليه فيما يتلف في يده من البهائم إلا أن يتعمد الإتلاف أو يفرط فيضمن.

ويجوز أن تكون إجارة الرعي على ماشية معينة بأن يقول: استأجرتك لترعى هذه الماشية. وعلى رعي جنس موصوف في الذمة بأن يقول: استأجرتك لرعي إبل. ويصفها ويرعاها مدة معلومة، ولا يلزمه رعي سخالها؛ لأن العقد لم يتناولها، ونماؤها من سخال وغيره في يده أمانة لا يضمنه إذا تلف إن لم يتعد أو يفرط^(٣).

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، رقم الأثر: (١١٦٦٧)، (١٢٢/٦).

(٢) التنوخي، الممتع في شرح المقنع، (٧٧٩/٢)، البهوتي، كشاف القناع، (٣٣/٤).

(٣) قال الحجاوي في الإقناع: «ولا يلزم الراعي رعي سخالها»، قال البهوتي في كشاف

حكم النماء في الأوراق النقدية :

تخريج النماء في الأوراق النقدية على نماء العقود الموضوعة لغير تملك إن كان العقد غير لازم ونحوه:

أن النماء في الأوراق النقدية له حكمان:

الحكم الأول: أن النماء في الأوراق النقدية غير داخل في العقد في جميع الأحوال.

مثال ذلك: لو استعار زيد سيارة: فأتلف عمرو جزءاً منها، فدفع أرش التلف ألف دينار، فإن هذه الألف لا تدخل في عقد العارية، أي: لا تكون الألف عارية، وليس للمستعير الانتفاع بها.

الحكم الثاني: أن النماء في الأوراق النقدية إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان تبعته، وإلا فلا.

مثال لمشاركة الأوراق النقدية الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان: إذا اشترى زيد من عمرو سيارة بخمر، فالعقد فاسد؛ لأن الثمن محرم، فإذا قبض زيد السيارة^(١) فإنه يضمن منافعها بالفوات والتفويت -أي: يضمنها

القناع: «سواء كانت على معينة أو موصوفة؛ لأن العقد لم يتناولها» انتهى.

البهوتي، كشف القناع، (٣٦/٤)، وانظر: ابن قدامة، المغني، (٣١٦/٥)، ابن رجب، تقرير القواعد وتحريير الفوائد، (١٨٧/٢)، المرادوي، الإنصاف، (٤٨٧/١٤).

(١) هذا يسمى عند الفقهاء المقبوض بعقد فاسد، والمعتمد في مذهب الحنابلة: أنه يضمن زيادة المقبوض بعقد فاسد من ولد وثمره وكسب وغيرها كمغصوب؛ لحصوله بيده بغير

القباض سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب-، فلو أجز السيارة بألف دينار كانت هذه الألف مضمونة عليه؛ لأنها شاركت الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان.

مثال لمشاركة الأوراق النقدية الأصل في المعنى الذي أوجب الائتمان:

لو وكل عمرو زيدًا في تأجير داره، فأجرها وقبض الأجرة، فالأجرة في يده أمانه لا يضمنها إلا إذا تعدى أو فرض؛ لأنها شاركت الأصل في المعنى الذي أوجب الائتمان؛ إذ عقود الوكالة من عقود الأمانات.

مثال لعدم مشاركة الأوراق النقدية الأصل في المعنى الذي أوجب

الضمان أو الائتمان:

من استعار دارًا فأتلف آخر جزءًا منها: فقبض المستعير قيمة التلف ألف دينار، فإن المستعير لا يضمن هذه الألف لو تلفت عنده؛ لأن أصلها -الدار- إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به، وهذه الألف لم تدخل في الإعارة ولا فائدة لمستعير فيها، وإنما هي ممسوكة لحفظها على المالك فتكون أمانة، والله تعالى أعلم.



إذن الشرع، أشبه المغصوب، وعليه أجرة مثله ما كان بيده، ويرد زوائده المنفصلة، وعليه بدل ما تلف منه أو من زوائده.

المرداوي، تصحيح الفروع، (٢٩٠/٦)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (٦٠/٢).

المبحث الثاني

نماء الأوراق النقدية في الفسوخ

أولاً: تعريف الفسوخ:

الفسوخ: جمع فسح، والفسحُ: مصدر فسحَ العقدَ يفسحُه فسحاً: إذا أبطله^(١)، وانفسخ العزم والبيع والنكاح: انتقض^(٢)، قال ابن فارس: «فَسَحَ: الفاء والسين والحاء كلمة تدل على نقض شيء. يقال: نَفَسَحَ الشيء: انْتَقَضَ. ويقولون: أَفْسَحْتُ الشيء: نسيتَه. ويقولون: الْفَسِيخُ: الرجل لا يظفر بحاجته»^(٣).

وتقول: فَسَحْتُ العودَ فَسْحًا: أزلته عن موضعه بيدك فَأَنْفَسَحَ، وَفَسَحْتُ الثوبَ: ألقيته، وَفَسَحْتُ العقدَ فَسْحًا: رفعته، وَفَسَّحَ القومَ العقدَ: توافقوا على فسحه^(٤).

ثانياً: حكم نماء الفسخ:

المتتبع لمذهب السادة الحنابلة يجدهم متفقين على أن النماء المنفصل البائن الحاصل من الكسب لا يتبع العين في الفسوخ، ككسب المبيع قبل الفسخ فهو للمشتري ولا يتبع العين، قال المرداوي: «هذا المذهب، وعليه الأصحاب، وقطع به كثير منهم؛ منهم المصنف في «المغني» و «الشرح»

(١) ابن المبرد، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، (٤٤١/٢).

(٢) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (ص: ٢٥٧).

(٣) ابن فارس، مقاييس اللغة، (٥٠٣/٤).

(٤) الفيومي، المصباح المنير، (٤٧٢/٢).

وقال: لا نعلم فيه خلافاً.

وعنه: للبائع. ونفاها الزركشي. ولا يلتفت إلى ما قال عن صاحب «الكافي» في حكاية الخلاف فيه، فقد ذكر الرواية جماعة^(١).

قال الزركشي: «لا نزاع أن للمشتري إمساكه، ورد المبيع دونه، ولا عبرة بما أوهمه كلام أبي محمد في الكافي، من أن فيه الخلاف الآتي، فإنه في المغني لم يذكر فيه عن أحد خلافاً»^(٢).

فعلى ذلك فإن النماء في الأوراق النقدية لا يتبع العين في الفسوخ، إلا في صورة واحدة، وفيما يلي صور من الفسوخ يتبين من خلالها ما تقدم تقريره:

الصورة: الأولى: إذا كان المبيع مدة الخيارين - خيار المجلس وخيار الشرط^(٣) - مؤجراً ألف دينار، ثم فسخ البيع، فالألف للمشتري، ولا تتبع

(١) المرادوي، الإنصاف، (٣٧٩/١١).

(٢) الزركشي، شرح مختصر الخرقى، (٥٧٦/٣)، وانظر: ابن رجب، تقرير القواعد وتحريم الفوائد، (١٩٠/٢).

(٣) الخيار: اسم مصدر من اختار يختار اختياراً، وهو أخير الأمرين من إمضاء البيع وفسخه وخيار المجلس في الاصطلاح الفقهي: «حقّ العاقد في إمضاء العقد أو رده في مجلس العقد، منذ التعاقد إلى التفزق أو التخair».

ويسمّيه معظم الفقهاء بهذه التسمية، وقليل منهم يطلق عليه «خيار المتبايعين». وخيار الشرط في الاصطلاح الفقهي: «حقّ يثبت بالاشتراط لأحد المتعاقدين أو كليهما يخول مشرطه فسخ العقد خلال مدّة معلومة».

ولهذا الخيار تسميات أخرى وردت على ألسنة الفقهاء، منها «الخيار الشرطي» و «بيع

العين.

وبيان ذلك: أنه ينتقل الملك في الثمن المعين إلى البائع وينتقل الملك في المبيع إلى المشتري زمن الخيارين، فما حصل في المبيع من كسب أو أجرة أو نماء منفصل ولو من عين المبيع كثمرة وولد ولبن فللمشتري، أمضى العاقدان العقد أو فسخاه؛ لأن الفسخ رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصله^(١)، والمالك للمبيع زمن الخيارين المشتري، فالضمان عليه، فيكون الخراج؛ لما جاء عن عائشة، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ»^(٢).

الصورة الثانية: من اشترى دارًا، فأجرها بألف دينار، ثم وقع الفسخ بإقالة^(٣)، فالألف للمشتري، ولا تتبع العين في الفسخ؛ لأن الإقالة فسخ؛ إذ

الخيار» الذي يغلب استعمالهما عند المالكية، و «خيار التروى» الذي يغلب استعماله في مذهب الشافعية.

ابن المبرد، الدر النقي، (٤٤٠/٢)، قلنجي، معجم لغة الفقهاء، (ص: ٢٠٢)، نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، (ص: ٢٠٤).

(١) المرادوي، الإنصاف، (٥٢٨/١١)، البهوتي، كشاف القناع، (٢٠٧/٣)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، (١١٥/٣).

(٢) تقدم تخريجه ص ٢١١.

(٣) الإقالة لغة: من أقاله الأمر: إذا لم يؤاخذ به، وأقاله الله عثرته، فكأنه لما ندم على البيع وأخذه، أقاله صاحبه منه، ولم يؤاخذ به.

والإقالة شرعًا: قال ابن درستويه: «الإقالة في البيع: نقضه وإبطاله».

وقال الفارسي: «معناه: أنك رددت عليه ما أخذت منه، ورد عليك ما أخذ منك».

هي عبارة عن الرفع والإزالة، يقال: أقالك الله عثرتك؛ أي: أزالها، فكانت فسحاً للعقد^(١).

والفسخ رفع للعقد من حين الفسخ لا من أصله، فما حصل في المبيع من كسب أو نماء منفصل فهو للمشتري، ولا تتبع في الفسخ^(٢).

الصورة الثالثة: أن ما كسب المبيع المعيب من الأوراق النقدية قبل الرد فهو للمشتري، ولا يتبع العين.

وبيان ذلك: أن المشتري إذا أراد رد المبيع لعيب وجده فيه، وقد نما المبيع بعد العقد أو حصلت له فائدة وكان هذا النماء نماءً منفصلاً في غير المبيع كالكسب والأجرة وما يوهب له أو يوصى له به فهذا للمشتري في

والأفصح: أقاله، ويقال: قاله بغير «ألف» ذكرها أبو عبيد، وابن القطاع، والفراء، وقطرب. وقال أهل الحجاز: «يقولون: قلتُ فهو مَقْبُولٌ، ومَقْبِيلٌ».

انظر: البعلي، المطلاع على ألفاظ المقنع، (ص: ٢٨٥)، ابن المبرد، الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، (٤٦٠/٢).

(١) المذهب عند السادة الحنابلة: أن الإقالة فسخ لا بيع. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (٦٣/٢).

(٢) وهو المذهب عند السادة الحنابلة، وقال ابن قدامة وتبعه في ابن أبي عمر وبرهان الدين ابن مفلح: «الإقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله» انتهى. قلت: وعلى هذا يرد النماء مع أصله للبائع.

ابن قدامة، المغني، (٢٢٨/٤)، ابن أبي عمر، الشرح الكبير، (٣٠٠/١٢)، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (١٩٠/٤)، المرادوي، الإنصاف، (٥٢٨/١١)، البهوتي، كشاف القناع، (٢٥٠/٣).

مقابلة ضمانه؛ لأنه لو هلك كان من مال المشتري، قال ابن أبي عمر: «ولا نعلم في هذا خلافاً»^(١).

الصورة الرابعة: اللقطة^(٢) إذا جاء مالکها بعد الحول وقد أجراها واجدها بألف دينار مثلاً: فهذه الألف للواجد دون المالك.

وبيان ذلك: أنه متى جاء طالب اللقطة ولو بعد الحول فوصفها لزم دفعها إليه إن كانت عنده، ولو بلا بينة ولا يمين، ظن صدقه أو لا، وحيث أخذ اللقطة طالبها فإنه يأخذها بنمائها المتصل؛ لأنه يتبع في العقود والفسوخ، فأما النماء المنفصل قبل مضي الحول فهو لمالكها؛ لأنه نماء ملكه.

والنماء المنفصل بعد حول التعريف - وهي صورتنا - فإنه لو واجدها؛ لأنه ملك اللقطة بمضي الحول فنماؤها إذن نماء ملكه؛ ولأنه يضمن النقص بعد الحول فتكون له الزيادة؛ ليكون الخراج بالضمان^(٣).

الصورة الخامسة: رجوع الأب فيما وهبه لولده: إذا ربح بها الولد أرواقاً

(١) ابن أبي عمر، الشرح الكبير، (٣٨٠/١١)، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٨٧/٤).
(٢) اللقطة: اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه، وفيها أربع لغات، نظمها أبو عبد الله بن مالك قال: "من الرجز"

لُقَاطَةٌ وَلُقْطَةٌ * وَلَقَطٌ مَا لَاقِطٌ قَدْ لَقَطَهُ

فالثلث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف، وروي عن الخليل، واللقطة "بضم اللام وفتح القاف": الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط.

الفيومي، المصباح المنير، (٥٥٧/٢)، البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، (ص: ٣٤٠).

(٣) المرادوي، الإنصاف، (٢٥٤/١٦)، البهوتي، كشاف القناع، (٢٢٠/٤).

نقدية فهي للولد:

مثال ذلك: إذا وهب الأب لولده دارًا، فأجرها الولد بألف دينار، ثم رجع الأب بهبته: فالألف للولد؛ لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ، فكذا هنا^(١).

الصورة السادسة: عطية المريض مرض الموت:

وبيان ذلك: أن الملك يثبت في عطية المريض مرض الموت من حين وجودها بشروطها مراعى؛ لأننا لا نعلم هل هذا مرض الموت أو لا، ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يتلف شيء من ماله؟ فإذا مات وخرجت العطية من ثلثه عند موت تبيّنًا إذن أن الملك كان ثابتًا من حين العطية؛ لعدم المانع منه.

وإن خرج بعض الموهوب من الثلث دون بقيته فللموهوب له من كسبه بقدر البعض الخارج من الثلث^(٢).

مثال ذلك: إذا وهب المريض جميع ماله في مرضه، فتتج عنه أوراق نقدية، ومات، كما لو كان ماله كله دارًا واحدة، وأجرها بثلاثة آلاف دينار، ثم مات:

أ- فإن لم تجز الورثة: فللموهوب له من الأوراق النقدية بقدر البعض الخارج من الثلث، أي: يكون له ثلث الدار، وثلث الأجرة وهي ألف دينار؛ لأن الكسب تابع لملك الرقبة، وقد تبين كون الثلث لموهوب له، فيتبعه ثلث الكسب.

(١) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٢٠٥/٥)، ابن النجار، منتهى الإرادات، (٤١٠/٣).

(٢) البهوتي، كشف القناع، (٣٢٩/٤)، النجدي، حاشية منتهى الإرادات، (٤٢٤/٣).

ب- وإن أجازت الورثة: فالأوراق النقدية ملك للموهوب له من حين عقد الهبة؛ لأن إجازة الورثة لما زاد على الثلث للأجنبي تنفيذ لقول الموصي، وليست إجازتهم هبة مبتدأة^(١)، وعلى ذلك فالزائد بعد إجازة الورثة ملك للموهوب له؛ لأننا تبينا بعد الإجازة أن الهبة مملوكة للموهوب له، والأوراق النقدية تابعة له.

الصورة السابعة: نماء الصداق المنفصل:

وبيان ذلك: تملك الزوجة الصداق المسمى بالعقد حالاً كان أو مؤجلاً، فإن كان الصداق معيناً كدار أو دابة ونحو ذلك فلها التصرف فيه، ونماؤه المتصل والمنفصل لها، وزكاته ونقصه وضمانه عليها، سواء قبضته أو لم تقبضه^(٢).

فلو زاد الصداق زيادة من أوراق نقدية، كما لو كان الصداق داراً فأجرتها الزوجة بألف دينار، ثم طلق الزوج قبل الدخول، رجع في نصف الدار إن كان باقياً ويدخل في ملكه قهراً ولو لم يختر تملكه كالميراث. والأجرة من الأوراق النقدية قبل تملكه نصف المهر: للزوجة؛ لأن هذه الأوراق النقدية نماء ملكها، فيكون تابعاً له، ولا يأخذ الزوج منه شيئاً.

(١) هذا المذهب عند السادة الحنابلة: أن إجازة الورثة لما زاد على الثلث للأجنبي وللوارث بشيء تنفيذ لقول الموصي، وليست إجازتهم هبة مبتدأة كما يقوله من قال: بيطان الوصية.

ابن قدامة، المغني، (٥٨/٦)، ابن النجار، معونة أولى النهي، (٣٧٠/٧).

(٢) البهوتي، كشف القناع، (١٤٠/٥).

أما ما حصل من أجره الصداق كله بعد دخول نصفه في ملك الزوج فهو بين الزوجين نصفين؛ لأن النماء تابع للأصل^(١).

تنبيه: تستثنى مسألة واحدة فريدة يتبع فيه النماء البائن المنفصل العين بعد الفسخ على مذهب السادة الحنابلة، وهي مسألة فسخ البائع لإفلاس المشتري بالثمن.

وبيان ذلك: أن من وجد عين ما باعه للمفلس^(٢) أو أقرضه ونحو ذلك فهو أحق بها بشرطه^(٣)؛ لما جاء عن أبي هريرة، يقول: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: - أَوْ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: - «مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ - أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ - فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ»^(٤).

(١) ابن قدامة، المغني، (٢٦٨/٧)، المرادوي، الإنصاف، (١٧٦/٢١).

(٢) (فلس): أَفْلَسَ الرَّجُلُ كَأَنَّهُ صَارَ إِلَى حَالٍ لَيْسَ لَهُ فُلُوسٌ، وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: صَارَ ذَا فُلُوسٍ بَعْدَ أَنْ كَانَ ذَا دِرَاهِمٍ، فَهُوَ مُفْلِسٌ، وَالْجَمْعُ: مُفَالِيسٌ، وَحَقِيقَتُهُ: الْإِنْتِقَالُ مِنْ حَالَةِ الْيَسْرِ إِلَى حَالَةِ الْعُسْرِ، وَفَلْسُهُ الْقَاضِي تَفْلِيسًا: نَادَى عَلَيْهِ وَشَهَرَهُ بَيْنَ النَّاسِ بِأَنَّهُ صَارَ مُفْلِسًا، وَالفُلْسُ: الَّذِي يَتَعَامَلُ بِهِ، جَمَعَهُ فِي الْقَلَّةِ: أَفْلَسَ، وَفِي الْكَثْرَةِ: فُلُوسٌ.

والمفلس في عرف الفقهاء: من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله، ويجوز أن يكون سمي بذلك، لما يؤول إليه من عدم ماله، بعد وفاء دينه، ويجوز أن يكون سمي بذلك؛ لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه، كالفلوس ونحوها.

الفيومي، المصباح المنير، (٤٨١/٢)، البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، (ص: ٣٠٤).

(٣) شُرْطٌ لِرَجُوعِ مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ عِنْدَهُ: سِتَّةُ شُرُوطٍ، شَرَطَ فِي الْمَفْلَسِ وَالْبَائِعِ، وَشَرَطَ فِي الْعَوْضِ، وَأَرْبَعَةٌ شُرُوطٌ فِي الْعَيْنِ، يَنْظُرُ فِي تَفْصِيلِهَا فِي: الرَّحِيْبَانِي، مَطَالِبُ أَوْلِي النِّهْيِ، (٣٧٩/٣).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع

قال ابن المنذر: «وقد روينا هذا القول عن عثمان، وعلي، وغيرهما، ولا نعلم أحدًا من أصحاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خالف عثمان وعليًا»^(١).

ولا يمنع الرجوع زيادة منفصلة؛ كثمرة وكسب وولد؛ لأنه وجد عين ماله، والزيادة للبائع والمقرض ونحوهما؛ لأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة^(٢).

والقرض والوديعة فهو أحق به، رقم الحديث: (٢٢٧٢)، (٨٤٦/٢).
وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، رقم الحديث: (١٥٥٩)، (١١٩٣/٣).

(١) ابن المنذر، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، (٢٦/١١).
(٢) قال المرادوي في التنقيح: "وزيادة منفصلة لا تمنع الزيادة، وهي لبائع نصًّا، وعنه: لمفلس، وهي أظهر" انتهى، قال في شرح المنتهى: "واختاره ابن حامد وغيره، وصححه في المغني والشرح، وجزم به في الوجيز، قال في المغني: يحمل كلام أحمد على أنه باعهما في حال حملهما، فيكونان مبيعين؛ ولهذا خص هذين بالذكر، قال: ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف؛ لظهوره.

قلت -أي: البهوتي- : ويؤيده حديث: «الخراج بالضمآن» انتهى.
وقال مرعي: "واستظهر في التنقيح رواية كونها لمفلس، ويتجه: وهو الصحيح، وجزم به في المغني والشرح، وحمل الموفق النص على بيعهما حال حملهما، فكانا مبيعين".
وفي الغاية وشرحها: «واستظهر في التنقيح رواية كونها؛ أي: الزيادة المنفصلة (لمفلس، ويتجه: وهو) أي: كون الزيادة للمفلس (الصحيح، وحمل الموفق) في مغنيه (النص) المذكور في رواية حنبل - من كون ولد الجارية ونتاج الدابة لبائع - (على بيعها حال حملها، فكانا مبيعين) حيثئذ؛ ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء. وهو متجه».

فعلى ذلك: لو اشترى زيد من عمرو دارًا بثمن مؤجل، وقد أجرها زيد بألف دينار، ثم أفلس زيد والدار عنده، فلعمرو الفسخ بشرطه، فيرجع بالدار ويرجع بالأجرة التي أخذها من مستأجر الدار، وهي الألف.



المرداوي، التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، (ص ٢٥٦)، المرادوي، الإنصاف، (٢٥٥/١٦) و (٢٨٢/١٣)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (١٦٥/٢)، مرعي، غاية المنتهى، (٦٤٨/١).

المبحث الثالث

نماء الأوراق النقدية من غير عقد ولا فسخ، وضمائها

المطلب الأول

الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ

الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ قسمان:

القسم الأول: إن كان الحق ملكاً قهرياً:

إذ تنوع الملكية بالنظر إلى سبب الملك نوعين:

الأول: الملكية الاختيارية: وهي التي يكون فيها اختيار للإنسان،

ويملك رده، فتحتاج لإثباتها إلى قبول أو عمل، كالعقود وإحراز المباحات.

الثاني: الملكية القهرية أو الجبرية: وهي التي لا يكون فيه اختيار

للإنسان، وما لا يملك ردها، ولا تحتاج إلى قبول، كالإرث والنتار^(١)

(١) النَّتَارُ -بالكسر والضم لغة-: اسم للفعل كَالنَّتْرِ، ويكون بمعنى المَثُورِ كالكتاب بمعنى

المكتوب، وأصبت من النَّتَارِ: أي من المَثُورِ، وقيل: النَّتَارُ ما يتناثر من الشيء كالسقاط

اسم لما يسقط، قاله الفيومي، وقال الحميري: "نثر الشيء: إلقاؤه متفرقاً، قال الله تعالى:

{لَوْلَوْأَمْثُورًا} [الإنسان: ١٩]

وفي الاصطلاح الفقهي: يطلق على ما ينثر على النَّاسِ في العرس من الجوز واللوز

والسَّكَّر والنقود وغير ذلك، فيلتقطونه.

الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، (١٠/٦٤٨٥)، الفيومي، المصباح

المنير، (٢/٥٩٢)، وانظر: ابن المبرد، الدر النقي، (٣/٦٥٩)، محمد أحمد، معجم الألفاظ

التاريخية في العصر المملوكي، (ص: ١٥١)، نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية

ونحوهما^(١).

فحكم الملك القهري حكم سائر التمليكات، وقد تقدم أن النماء البائن المنفصل يتبع العين في البيع ونحوه، فكذا في الملك القهري.

مثال ذلك: إذا دخل فهدٌ داره فأغلق بابه ملكه ولو جهله أو لم يقصد تملكه بذلك؛ لأنه سبق إليه، فملكه للحيازة.

أو عَشَّش طير غير مملوك في برجه وفرَّخ فيه ملكه ولو جهله أو لم يقصد تملكه؛ لأن ذلك من الصيد المباح، فملكه بحيازته^(٢).

فعلى ذلك لو باع هذا الفهد وكان صالحًا للصيد^(٣) بمائة دينار فإنه

والاقتصادية في لغة الفقهاء، (ص: ٤٥٦).

فمن أخذ من النثار شيئاً ملكه، ومن حصل في حجره منه شيء فهو له، سواء قصد تملكه بذلك أو لم يقصده؛ لأن مالكة قصد تملكه لمن حازه، وقد حازه من أخذه أو حصل في حجره، فيملكه، كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره، وكذا لو دخل صيد داره أو خيمته فأغلق عليه الباب، وليس لأحد أخذ النثار ممن أخذه أو حصل في حجره. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (١٨٣/٥)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، (٢٥١/٥).

(١) للاستزادة: انظر الرحيباني، مطالب أولي النهى، (٥٤٢/٤)، الزرقا، المدخل الفقهي

العام، (٢٤٧/١)، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٤٥٣٩/٦).

(٢) ابن مفلح، الفروع، (٤٢٢/١٠)، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٥٤/٨)، ابن

النجار، معونة أولي النهى، (٧٢/١١).

(٣) تنبيه: يجوز على مذهب السادة الحنابلة بيع سباع بهائم كالفهد، وبيع جوارح طير

كالصقر يصلحان لصيد بأن تكون معلمة أو تقبل التعليم؛ لأن فيها نفعاً مباحاً.

يملك هذه المائة؛ لأنه قد ملك أصله قهراً، والكسب تابع للأصل.

القسم الثاني: إن لم يكن الحق ملكاً: لم يتبع النماء في الأوراق النقدية فيه الأصل.

مثال ذلك: تركة من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته: تنتقل التركة إلى الورثة بمجرد الموت ولا تعلق حقوق الغرماء بنمائها من الأوراق النقدية؛ لأنه نماء ملكهم.

وبيان ذلك: أن دين الميت لا يمنع انتقال تركته إلى ورثته، لما جاء عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، من ترك مالا لأهله، ومن ترك ديناً أو ضياعاً فإليّ وعليّ»^(١).

فينتقل الملك إليهم، ويخيرون بين الوفاء من التركة أو غيرها، ويتعلق حق الغرماء بالتركة كلها وإن لم يستغرقها الدين، والدين باق في ذمة الميت متعلقاً في التركة حتى يوفى منها أو من غيرها^(٢)؛ لما جاء عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يُقضى عنه»^(٣).

ويصح بيع ولد هذه السباع وبيع فرخ هذه الجوارح وبيضه لاستفراخه؛ لأنه ينتفع به.

الحجاوي، الإقناع لطالب الانتفاع، (٥٩ / ٢)، الرحيباني، مطالب أولي النهى، (١٣ / ٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض ...، باب الصلاة على من ترك ديناً،

رقم الحديث: (٢٢٦٧٦) (٢٨٤٤ / ٢)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، باب

من ترك مالا فلورثته، رقم الحديث: (١٦١٩) (١٢٣٧ / ٣).

(٢) ابن أبي عمير، الشرح الكبير، (٥٠٢ / ٤)، المرادوي، الإنصاف، (٣٠٨ / ٥).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

فعلى هذا: إذا نمت التركة، مثل أن غلت الدار، وأثمرت النخيل، ونتاجت الماشية، فهو للوارث، ينفرد به، لا يتعلق به حق الغرماء؛ لأنه نماء ملكه، فأشبهه كسب الجاني^(١).

مثال تبعية نماء الأوراق النقدية العين: رجل توفي وكانت تركته دارًا قيمتها مائة ألف دينار، وعليه دين قيمته مائة ألف دينار، ثم أجزت هذه الدار بألف دينار: فالدار والأجرة للورثة؛ إذ الميراث يدخل في ملك الورثة قهراً ولو لم يختاروا تملكه، والنماء تابع للأصل.



«نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»، رقم الحديث: (١٠٧٨)، (٣/٣٨٩)، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، رقم الحديث: (٢٤١٣)، (٢/٨٠٦).

قال النووي: "رواه الترمذي، وابن ماجه بإسناد صحيح أو حسن" انتهى، خلاصة الأحكام، (٢/٩٣٠).

(١) ابن قدامة، المغني، (١٠/١٩٨)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (٣/٥٥٤).

المطلب الثاني

تعلق الضمان بالأعيان للتعدي

يضمن النماء في الأوراق النقدية إذا كان داخلاً تحت اليد العدوانية كما تضمن الأعيان بالتعدي.

ومن أمثلة ذلك:

المثال الأول: الغصب^(١): فالغاصب له حالة فريدة يتميز بها عن غيره وهو أنه يضمن النماء الحكمي بالفوات والتفويت^(٢) كما أنه يضمن النماء الحقيقي.

وبيان ذلك في النماء الحكمي: أنه إن كان المغصوب مما يؤجر غالباً

(١) غَصَبَهُ غَصَبًا وَاعْتَصَبَهُ: أَخَذَهُ قَهْرًا وَظُلْمًا فَهُوَ غَاصِبٌ، وَالْجَمْعُ: غُصَابٌ، مِثْلُ: كَافِرٍ وَكُفَّارٍ، وَيَتَعَدَى إِلَى مَفْعُولَيْنِ فَيُقَالُ: غَصَبْتُهُ مَالَهُ، وَقَدْ تَزَادَ (مِنْ) فِي الْمَفْعُولِ الْأَوَّلِ فَيُقَالُ: غَصَبْتُ مِنْهُ مَالَهُ، فَزَيْدٌ مَعْصُوبٌ مَالُهُ وَمَعْصُوبٌ مِنْهُ، قَالَ بَطَالٌ: "يُقَالُ: غَصَبَهُ مِنْهُ، وَغَصَبَهُ عَلَيْهِ: بِمَعْنَى "انتهى، والشيء مَعْصُوبٌ وَغَصَبٌ تسمية بالمصدر.

الفيومي، المصباح المنير، (٢/٤٤٨)، بطال، النظم المستعذب، (٢/٢٠).

والغصب اصطلاحاً: استيلاء غير حربي عرفاً على حق غيره قهراً بغير حق.

البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، (ص: ٣٣٠)، مرعي، غاية المنتهى، (١/٧٥٩).

(٢) ومثله: منافع المقبوض بعقد فاسد فيجب ضمانها كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت، ولكن في الغاصب سبب ضمانها اليد العدوانية، وهنا بسبب القبض الفاسد. انظر:

البهوتي، إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، (ص: ٨٧٨)، النجدي، حاشية منتهى الإرادات، (٣/٢٠٠).

كعقار ودواب وسفن ونحو ذلك: فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده - وهذا ما أسميته النماء الحكمي-، يضمنها القابض بالفوات والتفويت، -أي: سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب-؛ لأن كل ما ضمن بالإتلاف جاز أن يضمنه بمجرد التلف في يده كالأعيان، وإن تلف المغصوب فعلى الغاصب أجرته إلى حين تلفه؛ لأنه من حين التلف لم تبق له منفعة حتى توجب عليه ضمانها.

وما لم تجر العادة بإجارته كغنم وشجر ونحوهما مما لا منفعة له تؤجر عادة: لم يلزم الغاصب له أجرة؛ لأن منافعه غير متقومة^(١).

فعلى ذلك: لو غصب دارًا، ومدة مقامها عنده سنة، وكانت أجرة مثلها كل شهر خمسمائة دينار، فيجب على الغاصب للمالك أجرة سنة، وهي ستة آلاف دينار.

وبيان ذلك في النماء الحقيقي: أنه إن زاد المغصوب بيد الغاصب أو غيره لزمه رده بزيادته، متصلة كانت، كالسمن وتعلم صنعة، أو منفصلة كالولد من بهيمة والكسب؛ لأنه من نماء المغصوب وهو لمالكه، فلزمه رده كالأصل^(٢).

(١) الكلوذاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، (ص: ٣١٧)، مجد الدين، المحرر في

الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (١/٣٦٠)، ابن مفلح، الفروع، (٧/٢٤٣).

(٢) ابن أبي موسى، الإرشاد إلى سبيل الرشاد، (ص: ٢٥٧)، ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام

أحمد، (٢/٢٢٠)، ابن أبي عمر، الشرح الكبير، (٥/٤٣٧)، المرادوي، الإنصاف،

(١٥/٢٠٠).

فعلى ذلك: إن غصب أوراقاً نقدية، كآلف دينار كويتي، فاتجر بها، فربح ألفي دينار، فالربح لصاحبها؛ لأنه نماء ماله، قال الإمام أحمد: «لو غصب مالاً فاتجر فيه، يرد المال والربح جميعاً»^(١).

المثال الثاني: عقود الأمانات كالوكالة والوديعة والمضاربة^(٢): إذا تعدى فيها، ثم نمت: فإنه يتبعها النماء فتضمن، كما لو اتجر وديع بوديعة فالربح لمالكها نصاً، نقل أبو طالب وعلي بن سعيد: «إذا اتجر في الوديعة بغير إذن مالكها فربح فيها فالربح لصاحب الوديعة»^(٣).

(١) الإمام أحمد، مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، (ص ١١٤٨).

(٢) العقود تنقسم بالنظر إلى الضمان وعدمه:

١- عقود ضمان: وهي التي يُعتبر المال المنتقل، بناء على تنفيذها، من يد إلى يد مضموناً على الطرف القابض له، فمهما يصبه من تلف فما دونه، ولو بأفة سماوية، يكن على مسؤوليته وحسابه، ومن هذه العقود البيع، والقرض.

٢- عقود أمانة: وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه، فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف فما دونه إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه، من هذه العقود: الوديعة، الوكالة، والشركة.

٣- عقود مزدوجة الأثر: إذ تُنشئ الضمان من وجه، والأمانة من وجه، من هذه العقود: الإجارة، والرهن.

فالإجارة يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر، لكن منافع المعقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها.

السنهوري، نظرية العقد، (١١١/١)، الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٦٣١/١)، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (٣٠٨٦/٤).

(٣) القاضي أبو يعلى، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، (٤١٥/١)، وانظر:

فعلى ذلك: أنه إن اتجر وديع بوديعة، كما لو باعها بألف دينار، وكان ربحه فيها خمسمائة دينار: فالربح لمالك الوديعة.

وهذه المسألة هي آخر المسائل المتعلقة بأحكام الأوراق النقدية إذا كانت نماء، وفيما يلي مشجرتين ضمنتها نتاج أحكام النماء في الأوراق النقدية؛ لضبط أحكامها في ذهن القارئ الكريم.



المرداوي، الإنصاف، (٢٨٩/١٥)، ابن البهاء، فتح الملك العزيز بشرح الوجيز، (٢١٥/٤)، ابن النجار، معونة أولى النهي، (٣٤٨/٦).





الخاتمة

فإنني بعد هذا التطواف في كتابة هذا البحث -والذي يتعلق بشريحة عظيمة من المجتمع- أصل إلى خاتمته؛ إذ لكل بداية نهاية، ولكل وسيلة غاية، وهذه الخاتمة ضمنتها خلاصة ما توصلت إليه في هذا البحث من نتائج، وأهم ما بدا لي من فوائد، سائلًا الله أن ينفع بها المسلمين والمسلمات:

أولاً: النماء المنفصل هو: الزيادة الطارئة على العين مما تنفك عنها.

ثانياً: الأوراق النقدية إن كانت نماء منفصلاً فهي من النوع المتولد من غير الذات واستحق بسبب العين، وليس متولداً من عين الذات.

ثالثاً: النماء المنفصل من الأوراق النقدية أحكامه متفرقة في أبواب شتى من أبواب الفقه، متشعبة الفروع، كثيرة الجزئيات، وقد أمكن ضبط أحكامه بأربع عشرة قاعدة فقهية، عظيمة النفع، كبيرة الفائدة، عالية المنزلة، يستغني بضبطها عن حفظ أكثر الجزئيات، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، ويطلع بها على حقائق من الفقه ومداركه، وماآخذه وأسراره، كما ظهر ذلك جلياً في البحث.

رابعاً: القواعد الأربع عشرة التي ضبطت النماء المنفصل من الأوراق النقدية: حاصلها: أن الحق المتعلق بالعين التي استحق بسببها هذه الأوراق النقدية، إما أن يكون عقداً أو فسحاً أو حقاً من غير عقد ولا فسح.

والعقد إما أن يرد على العين بعد وجود النماء في الأوراق النقدية، أو أن يرد قبل وجود النماء، وإن ورد قبله فالعقد إما أن يكون عقد تملك منجز

أو غيره، وإن كان عقد تملك منجز فإما أن يرد على العين والمنفعة أو على العين المجردة أو على المنفعة المجردة، والمنفعة المجردة إما أن تعم المنافع أو منفعة خاصة لا تتأبد، وعقد غير التملك إما أن يؤول إلى التملك، أو موضوع لغير تملك العين، وما يؤول إلى التملك إما أن يكون لازماً أو غير لازم، وما كان موضوعاً لغير تملك العين إما أن يكون الحكم متعلقاً بالملك أو بتبعية النماء لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضموناً، وما يتعلق بتبعية النماء إما يكون العقد وارداً على العين وهو لازم، أو غير لازم، أو لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تأييد، أو على ما في الذمة.

وفي الفسوخ فالنماء في الأوراق النقدية حكمه واحد إلا في مسألة فسخ البائع لإفلاس المشتري بالثمن.

وفي الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ: إما أن يكون ملكاً قهرياً وإما أن يكون حقاً غير لازم.

والنماء في الأوراق النقدية يضمن مطلقاً إذا كان داخلياً تحت اليد العدوانية، والله تعالى أعلم.

خامساً: الأحكام المتعلقة بالنماء المنفصل من الأوراق النقدية حاصلها تبعية النماء للعين في الملك أو عدم تبعيته له، وتبعيته لحكم الأصل في ورود العقد عليه أو عدم وروده، وتبعيته للأصل في كونه مضموناً أو غير مضمون.

التوصيات:

أولاً: العناية بالمسائل المستجدة وفقه النوازل تأصيلاً وتوقعاً خاصة فيما يتعلق بالقضايا التي تمس عامة المجتمع كالأحكام المتعلقة بالأوراق

النقدية.

ثانياً: القيام بدراسات علمية تعنى بضبط القضايا الفقهية المستجدة، المتشعبة الفروع، الكثيرة الجزئيات، بضوابط وإحكامها من خلال آراء فقهاء الأمة وقواعدهم، خصوصاً تخريج الفروع على الأصول الفقهية.

ثالثاً: إضافة المقررات والمناهج التي تعتمد على الممازجة بين القواعد الفقهية والفقه المعاصر، حتى يكون المقرر مقررًا علميًا عمليًا واقعيًا.

والحمد لله رب العالمين



فهرس أهم المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.
- الإجماع، ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري، (ت ٣١٩هـ/٩٣١م). ط ٢، (تحقيق صغير أحمد)، مكتبة الفرقان ومكتبة مكة الثقافية، عجمان ورأس الخيمة، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.
- الإرشاد إلى سبيل الرشاد، محمد بن أحمد بن أبي موسى الشريف، أبو علي الهاشمي البغدادي (المتوفى: ٤٢٨هـ)، (تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١هـ)، (تحقيق: د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش).
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: ٩٧٠هـ - ١٥٦٣م)، ط ١. (تحقيق: زكريا عميرات)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- الأشباه والنظائر، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري، (ت ٩١١هـ/١٥٠٥م). ط ١، دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ.
- الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطان، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، (ت: ٦٢٨هـ). ط ١. (تحقيق: حسن فوزي الصعدي)، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- الإقناع لطالب الانتفاع، ط ٢، الحجاوي، موسى بن أحمد المقدسي، (ت ٩٦٨هـ/١٥٦٠م). (تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي)، دار هجر، وزارة الشؤون والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٨م.
- الأموال، أبو عبيد، القاسم بن سلام الهروي الأزدي، (ت ٢٢٤هـ/٨٣٨م). (تحقيق خليل محمد خراس)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٨هـ.

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد (ت ٨٨٥هـ/١٤٨٠م). وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ.
- الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري، (ت ٣١٩هـ/٩٣١م). (تحقيق: أحمد بن محمد)، دار طيبة، الرياض.
- تاج العروس، الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق (ت ١٢٠٥هـ) تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية - القاهرة.
- تحرير ألفاظ التنبيه «لغة الفقه»، النووي، محيي الدين يحيى بن شرف، (ت ٦٧٦هـ/١٢٧٧م). ط ١. (تحقيق عبد الغني الدقر)، دار القلم، دمشق، ١٤٠٨هـ.
- تصحيح الفروع، المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد (ت ٨٨٥هـ/١٤٨٠م). (تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.
- التعريفات الفقهية، البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٣م.
- تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بـ «قواعد ابن رجب». ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، (ت: ٧٩٥ هـ)، ط ١. (تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان) الناشر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ.
- التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع، المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد (ت ٨٨٥هـ/١٤٨٠م). (تحقيق: ناصر بن سعود السلامة)، ط ٢، دار أطلس الخضراء، ٢٠١٨م.

- الجامع الصحيح المختصر، البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت ٢٥٦هـ/٨٧٠م). ط ٣، (تحقيق د. مصطفى ديب البغا)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.
- الجامع الصحيح سنن الترمذي، الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة السلمي، (ت ٢٧٩هـ/٨٩٢م). (تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الجامع لعلوم الإمام أحمد، (جمع خالد الرباط-سيد عزت عيد)، دار الفلاح، الفيوم، جمهورية مصر العربية، ط ١، ١٤٣٠هـ.
- حاشية المنتهى، ابن قائد، عثمان بن محمد النجدي (ت ١٠٩٧هـ). ط ١، (تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
- خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الإسلام، يحيى بن شرف النووي، (ت: ٦٧٦هـ)، ط ١. (تحقيق: حسين إسماعيل الجمل) مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقى، ابن المبرد، يوسف بن حسن بن عبد الهادي، (تحقيق: رضوان مختار بن غريبة)، دار المجتمع، جدة.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بـ «شرح منتهى الإيرادات»، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (ت: ١٠٥١هـ). عالم الكتب، ط ١، ١٩٩٣م.
- سنن ابن ماجه، ابن ماجه، محمد بن يزيد، (ت ٢٧٣هـ/٨٨٧م). (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.
- سنن أبي داود، أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، (ت: ٢٧٥هـ). ط ٣. (تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره

- بللي)، الناشر: دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- سنن الدار قطني، الدار قطني، علي بن عمر بن أحمد، (ت ٣٨٥هـ/٩٩٥م). (تحقيق عبد الله هاشم يمانى المدني)، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م.
 - السنن الكبرى، البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، (ت ٤٥٨هـ/١٠٦٦م). (تحقيق محمد عبد القادر عطا)، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.
 - شرح الزركشي على مختصر الخرقى، الزركشي، محمد بن عبد الله، (ت ٧٧٢هـ). (تحقيق عبد الله عبد الرحمن الجبرين)، مكتبة العبيكان، ط ١، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.
 - الشرح الكبير، ابن أبي عمر، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي الجماعيلي، (ت ٦٨٢هـ/١٢٨٣م). وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ.
 - شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، الحميري، نشوان بن سعيد (ت ٥٧٣هـ). ط ١، دار الفكر دمشق ١٤٢٠هـ.
 - صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، (ت ٢٦١هـ). (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
 - طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، النسفي، عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل، (ت ٥٣٧هـ)، المطبعة العامرة، مكتبة المثنى ببغداد، ١٣١١هـ.
 - غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، مرعي، الكرمي، مرعي بن يوسف، (ت ١٠٣٣هـ)، اعتنى به: ياسر إبراهيم المزروعى، رائد يوسف الرومي، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الكويت، ط ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

- فتح الملك العزيز بشرح الوجيز، ابن البهاء، علي بن البهاء البغدادي الحنبلي، (ت ٩٠٠هـ)، دراسة وتحقيق: أ. د. عبد الملك بن دهيش، ١٤٢٣هـ.
- الفروع، ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي، (ت ٧٦٣هـ/١٣٦٢م). (تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.
- الفصيح، أحمد بن يحيى بن زيد المعروف بثعلب، (ت: ٢٩١هـ)، (تحقيق ودراسة: دكتور عاطف مدكور).
- الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي، محمد بن مصطفى، الطبعة الرابعة، دار الفكر - دمشق.
- فقه المعاملات المالية المعاصرة، سعد بن تركي الخثلان، دار الصميعي، ط ٤، ٢٠١٦م.
- الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، ابن منقور، أحمد بن محمد بن أحمد بن حمد، (ت: ١١٢٥ هـ)، شركة الطباعة العربية السعودية، ط ٥، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧م.
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا، سعدي أبو حبيب، دار الفكر. دمشق - سورية، ط ٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- القاموس المحيط، الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب (ت ٥٨١٧هـ). (تحقيق: مكتب تحقيق التراث بمؤسسة الرسالة)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٨، ١٤٢٦هـ.
- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (ت ٦٢٠هـ/١٢٢٣م). (تحقيق زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، ط ٥، ١٩٨٨م.
- كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، التهانوي، محمد بن علي (ت ١١٥٨هـ).

- (تحقيق: د. علي دحروج)، مكتبة لبنان - بيروت، ط ٢، ١٩٩٦م.
- كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، منصور بن يونس، (ت ١٠٥١هـ/١٦٤١م). (تحقيق هلال مصيلحي)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- لسان العرب، ابن منظور، محمد بن مكرم، (ت ٧١١هـ/١٣١١م). دار صادر، بيروت ط ٣، ١٤١٤هـ.
- المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح، ابراهيم بن محمد بن المقدسي، (ت ٨٨٤هـ/١٤٧٩م). المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ.
- المجتبى من السنن، النسائي، أحمد بن علي بن شعيب أبو عبد الرحمن، (ت ٣٠٣هـ/٩١٥م). ط ٢، (تحقيق عبد الفتاح أبو غدة)، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم (ت ٧٢٨هـ/١٣٢٨م). (إعداد محمد بن عبد الرحمن بن قاسم)، مطبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مجد الدين، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني، (ت: ٦٥٢هـ)، مكتبة المعارف - الرياض، ط ٢، ١٩٨٤م.
- المدخل الفقهي العام، الزرقا، مصطفى أحمد، دار القلم - دمشق.
- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ابن حزم، علي بن أحمد، (ت ٤٥٦هـ/١٠٦٤م). ط ١. (تحقيق حسن أحمد إسبر)، دار ابن حزم، بيروت، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م.
- مسائل أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، (ت: ٢٤١هـ)، ط ١، (تحقيق: زهير الشاويش)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ ١٩٨١م.

- المسائل الفقهية من كتاب الروائتين والوجهين، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء، (ت: ٤٥٨هـ)، (تحقيق: عبد الكريم بن محمد اللاحم)، مكتبة المعارف، الرياض، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- المسند، ابن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل، (ت ٢٤١هـ/٨٥٥ م). مؤسسة قرطبة، مصر.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، أحمد بن محمد، (ت ٧٧٠هـ/١٣٦٨م)، المكتبة العلمية، بيروت.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي، (ت: ١٢٤٣هـ). المكتب الإسلامي، ط ٢. ١٩٩٤م.
- المطلع على أبواب المقنع، البعلي، محمد بن أبي الفتح، (ت ٧٠٩هـ/١٣٠٩م). (تحقيق محمد بشير الأدلبي)، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨١م.
- المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، الديان، ديان بن محمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط ٢، ١٤٣٢هـ.
- معجم الألفاظ التاريخية في العصر المملوكي، محمد أحمد دهمان، ط ١. دار الفكر المعاصر - بيروت، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد، (ت: ١٤٢٤هـ). عالم الكتب، ط ١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد، ط ١. دار القلم - دمشق، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م.
- المعجم المفصل في شواهد العربية، إميل بديع يعقوب، ط ١، دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- معجم لغة الفقهاء، قلعجي، محمد رواس، دار النفائس، الأردن، ط ٢،

١٤٠٨هـ.

- معونة أولى النهى شرح المنتهى، ابن النجار، محمد بن محمد الفتوحى (ت ٩٧٢هـ/١٥٦٤م). (تحقيق: عبد الملك بن عبد الله دهيش).
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي، (ت ٦٢٠هـ/١٢٢٣م). دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ.
- مقاييس اللغة، ابن فارس، أحمد بن فارس (ت ٣٩٥هـ). (تحقيق عبد السلام محمد هارون)، دار الفكر ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩.
- الممتع في شرح المقنع، زين الدين المنجى بن عثمان بن أسعد التنوخي، (ت ٦٩٥هـ)، ط ٣، (تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش)، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، ابن النجار، محمد بن محمد الفتوحى (ت ٩٧٢هـ/١٥٦٤م). (تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٩٩٩م.
- موسوعة الفقه الإسلامي، التويجري، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، بيت الأفكار الدولية، ط ١، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- موسوعة القواعد الفقهية، الغزي، محمد صدقي بن أحمد، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧
- النظريات الفقهية، الشري، سعد بن ناصر، دار كنوز إشبيلية، ط ١، ١٤٣٧هـ.
- نظرية العقد، السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت.
- النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المذهب، بطال، محمد بن أحمد (ت ٥٦٣٣هـ). (تحقيق د. مصطفى عبد الحفيظ سالم)، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ط ١، ١٩٨٨م، ١٩٩١م.

- الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، أبو الخطاب الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن (ت ٥١٠هـ)، ط ١. (تحقيق: عبد اللطيف هميم - ماهر ياسين الفحل)، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.



الألعاب الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي

إعداد

د. عيد أحمد الهادي عثمان

مدرس الفقه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الألعاب الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي

عيد أحمد الهادي عثمان

قسم الفقه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، جمهورية مصر العربية.

البريد الإلكتروني: aidosman@azhar.edu.eg

ملخص البحث:

هذا البحث الموجز والموسوم بـ (الألعاب الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي) مهدت إليه بنظرة الإسلام للعب والترفيه، ثم تناولت الألعاب الإلكترونية من حيث التعريف بها، وبيان حكمها، مع ذكر نماذج منها، وكذا الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر، وبيان حكمها، كما تناولت المسابقات في الألعاب الإلكترونية، وبينت حكم الاتجار فيها، وأخيرا أثر القواعد الفقهية في ضبط الألعاب الإلكترونية، وختمت البحث بأهم النتائج والتوصيات. وقد خلص البحث إلى ما يأتي: أن الإسلام لا يحرم اللعب والترفيه عن النفس طالما كان في حدود الآداب والأصول الشرعية، مع عدم الإسراف فيه، وأن الأصل في الألعاب الإلكترونية الإباحة، ويتغير حكمها بما يترتب عليها من آثار، وما يصحبها من منافع أو مضار، فإن اقترن بها مخالفات شرعية أو ضرر بالنفس أو العقل أو المال، أو الغير، أو الانشغال عن واجب فهي عندئذ محرمة، وإن خلت من المخالفات الشرعية والأضرار بالشخص وبالغير وكانت ذا فائدة كتنمية المهارات، وتربية القدرة على الابتكار وغير ذلك، فعندئذ تكون مندوبة، ويمكن ضبط الألعاب الإلكترونية من خلال قواعد الفقه كقاعدة: لا ثواب إلا بنية، والضرر يزال، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وغير ذلك من القواعد، وفي النهاية أوصي باستغلال الألعاب الإلكترونية من قبل الأسر والمؤسسات التعليمية وذلك باختيار ألعاب مسلية وتعليمية في نفس الوقت يمكن الاستفادة منها في تقوية المهارات، وذلك في حدود ثوابتنا الدينية.

الكلمات المفتاحية: ألعاب، الكترونية، أحكام، فقه، مسابقات.

ELECTRONIC GAMES RULES IN ISLAMIC JURISPRUDENCE

Aid Ahmed Elhady Osman

Dep. Of Jurisprudence, Faculty of Sharia and Law, Al - Azhar University, Cairo, Egypt.

Email: aidosman@azhar.edu.eg

Abstract:

I introduced this concise research, titles “Electronic games rules from Islamic jurisprudence perspectives” by the Islamic judgment on playing games and personal entertainment, then we defined electronic games, their legality, the forms it takes, as well as gambling using the electronic games and its legality; then the research approached electronic games competition and legality of profiting from it, finally the impacts of jurisprudence on regulating electronic games and concluded the research by the recommendations and results. The research concluded that Islam does not prohibit personal entertainment as far as it was bond by good manners and Shariah rules and not to be overspent and that the permissibility is the principle ruling of electronic games in Islam, yet, its ruling evolves with its positive or negative impacts. If electronic games caused a preach of Shariah or mental, physical, or monetary damages for the individual or any other human, or wasting the time assigned to personal duty then its ruling shall be prohibited. On the other hand, if there was no Shariah violation or personal or other individual harm and its practice increase creativity and support innovation and so on it should be recommended and we can put a rule to judge electronic games by the Islamic principle that says “no reward unless there is a good intention”, “harm shall be removed”, “blocking the harm is before driving the benefits” and alike of Islamic jurisprudence principles. On the conclusion, I recommend families and educational institutions to use electronic games which is pleased and educational to post skills that be all governed by our firm religious beliefs.

Keywords: Electronic games, Judgments, Islamic jurisprudence, Competitions.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله البر الجواد، الذي جلت نعمه عن الإحصاء بالأعداد، المان باللطف والإرشاد، الموفق للتفقه في الدين من لطف به واختاره من العباد، أحمده أبلغ حمد وأكمله وأزكاه وأشمله، وأشهد أن لا إله إلا الله الواحد الغفار، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله المصطفى المختار، صلى الله وسلم عليه، وزاده فضلا وشرفا لديه.

وبعد، فإن من عظيم فضل الله تعالى وكمال جوده وإحسانه أن شرع لنا من الأحكام ما فيه صلاحنا وفلاحنا في المعاش وفي المعاد، فأحكام الشريعة مهما تنوعت وتشعبت فإنها تصب في سبيل تحقيق المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية للإنسان، وهي صالحة لكل زمان ومكان، لتجيب على الناس في كل ما ينزل بهم، وما يستجد في حياتهم.

ومن المستجدات في حياتنا المعاصرة ما انشغل الناس به من الألعاب الإلكترونية، وهو نوع من أنواع اللهو ولكن بصورة إلكترونية وليست تقليدية، حيث تمثل الألعاب الإلكترونية نازلة مهمة من نوازل العصر الحالي، والتي انتشرت بسرعة هائلة في المجتمعات العربية، وظهرت بكثرة مدهشة، فلا يكاد يخلو بيت من جهاز البلاي ستيشن أو الدريم كاست أو PSP المشغلين لتلك الألعاب فضلا عن أجهزة الموبايل والانترنت الذي يحوي مئات

الألعاب الإلكترونية عن طريق الدخول إلى المنتديات والمواقع الإلكترونية الخاصة بالألعاب، فكانت أحد أكثر الأنشطة التي يزاولها الأفراد على اختلاف أعمارهم وأجناسهم لأوقات طويلة دون ملل، وكان لها الأثر الواضح على مواهب الأطفال وأوقاتهم وسلوكياتهم، وأفردت جيوب الآباء والأمهات، وغيرت موازنات الأسر والمجتمعات، وفعلت فعلها في العقول والأبدان وفي الدول والبلدان، مما استلزم بيان الحكم الشرعي فيها ووضع الضوابط من خلال القواعد الفقهية والأصول الشرعية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في كونها تعالج ظاهرة الألعاب الإلكترونية التي انتشرت انتشاراً واسعاً وكبيراً ونمت نمواً ملحوظاً وأغرقت الأسواق بأنواع مختلفة منها، ودخلت إلى معظم المنازل فلا يكاد يخلو بيت منها، وأصبحت الشغل الشاغل لأطفال اليوم حيث إنها استحوذت على عقولهم واهتماماتهم. كما أن ألعاب الألعاب الإلكترونية لم تعد حكراً على الصغار بل صارت هوس الكثير من الشباب وتعدى ذلك للكبار، ومما يزيد من أهمية البحث ما ترتب على الألعاب الإلكترونية من آثار تتعلق بالفرد والمجتمع، وغالبا ما تكون ضارة، وقد تكون نافعة أحيانا، مما استلزم ضرورة تناول الموضوع بالدراسة والبحث.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان الحكم العام للألعاب الإلكترونية، وبيان حكم الألعاب الإلكترونية المشتملة على عوض، ووضع الضوابط العامة لما

يستجد منها وذلك من خلال القواعد الفقهية.

الدراسات السابقة:

من خلال البحث والاطلاع لم أعثر على كتابات مستقلة في هذا الموضوع، وإنما هناك بعض المقالات المنتشرة في مجلات علمية أو صحف، أو على شبكة المعلومات، وكذا بعض الفتاوي، وهناك بعض الأبحاث تناولت جزئيات معينة من البحث، مثل:

- الانعكاسات التربوية لاستخدام الأطفال للألعاب الإلكترونية، أ.د: ماجد محمد الزيودي، وهو بحث علمي محكم منشور بمجلة جامعة طيبة، كلية التربية، وقد تناول الألعاب الإلكترونية من الناحية التربوية فقط.
- المسابقات في الألعاب الإلكترونية، أسماء عبد المهدي المصري، وهو بحث علمي محكم منشور بمجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، وتناول الحديث عن المسابقات في الألعاب الإلكترونية.
- الألعاب الإلكترونية، رؤية شرعية، د. نور الدين الخادمي، وهو بحث مختصر، طبعته دار السلام، وقد أشار مؤلفه إلى حاجة الموضوع للمزيد من البحث والتأصيل الفقهي.
- أعمال المؤتمر الدولي بعنوان: الألعاب الإلكترونية وتأثيرها على الطفل في ظل جائحة فيروس Covid - 19 ، يومي ٧، ٨ يونيو، ٢٠٢٠، ألمانيا - برلين، وقد نشرت أبحاث المؤتمر في كتاب يحمل عنوان المؤتمر، الناشر: المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، وقد عالج المؤتمر آثار الألعاب الإلكترونية على الطفل،

ولم يتعرض للجانب الفقهي.

خطة البحث:

جاء البحث في مقدمة وتمهيد وخمسة مباحث وخاتمة، على النحو التالي:

المقدمة: وقد اشتملت على أهمية البحث، والدراسات السابقة، ومحتوياته.

التمهيد: حول نظرة الإسلام للعب والترفيه.

المبحث الأول: التعريف بالألعاب الإلكترونية، وبيان حكمها، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الألعاب الإلكترونية .

المطلب الثاني: أنواع الألعاب الإلكترونية .

المطلب الثالث: الجوانب الإيجابية والسلبية للألعاب الإلكترونية .

المطلب الرابع: الحكم العام للألعاب الإلكترونية .

المطلب الخامس: نماذج من الألعاب الإلكترونية وحكمها.

المبحث الثاني: الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الميسر.

المطلب الثاني: أركان الميسر.

المطلب الثالث: حكم الميسر.

المطلب الرابع: حكم الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر.

المبحث الثالث: المسابقات في الألعاب الإلكترونية، وفيه أربعة

مطالب:

المطلب الأول: تعريف المسابقة.

المطلب الثاني: الحكم العام للمسابقة.

المطلب الثالث: أنواع المسابقة.

المطلب الرابع: حكم المسابقات في الألعاب الإلكترونية.

المبحث الرابع: حكم الاتجار في الألعاب الإلكترونية.

المبحث الخامس: أثر القواعد الفقهية في ضبط الألعاب الإلكترونية.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

وبعد: فهذا جهدي المقل، أتضرع إلى الله تعالى، وأسأله من فضله العميم أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وسبباً للفوز بجنت النعيم، وأن ينفع به في حياتي وبعد مماتي، والحمد لله أولاً وآخراً، ولا حول ولا قوة إلا بالله، وصلى الله وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.



تهذيب

نظرة الإسلام للعب والترفيه

بالنظر إلى أصول الشريعة الإسلامية، نجد أنها عاملت الإنسان على أساس مراعاة غرائزه النفسية وحاجاته الجسدية، ونجد أن الإسلام اعترف بحقّ البدن في أخذ نصيبه من الراحة والاستجمام، وحقّ الروح والنفس في أن تنال حظّها من الترويح والتلطف ليقوى كلّ منهما على متابعة الطريق إلى الآخرة بلطف وثبات، والأدلة على جواز ذلك كثيرة، منها:

الدليل الأول: عن أبي هريرة، قال: بينما الحبشة يلعبون عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بحرابهم، إذ دخل عمر بن الخطاب، فأهوى إلى الحصباء يحصبهم بها، فقال له رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "دعهم يا عمر"^(١).

وجه الدلالة كما قال ابن رجب: والمقصود من هذا الحديث: جواز اللعب بآلات الحرب في المساجد؛ فان ذلك من باب التمرين على الجهاد، فيكون من العبادات^(٢).

بل وأذن للسيدة عائشة بالنظر إلى لعبهم كما أخبرت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بقولها: "والله لقد رأيت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقوم على باب حجرتي، والحبشة يلعبون بحرابهم، في مسجد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يسترني بردائه، لكي

(١) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير باب اللهو بالحراب ونحوها، رقم (٢٩٠١)،

ومسلم في صلاة العيدين باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه، رقم (٨٩٣).

(٢) فتح الباري، لابن رجب (٣/ ٣٤٠).

أنظر إلى لعبهم، ثم يقوم من أجلي، حتى أكون أنا التي أنصرف، فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن، حريصة على اللهو^(١).

قال الإمام النووي: أنها تحب اللهو والتفرج والنظر إلى اللعب حبا بليغا وتحرص على إدامته ما أمكنها ولا تمل ذلك إلا بعد زمن طويل وقولها فاقدروا من التّقدير أي قدروا رغبتها في ذلك إلى أن تنتهي أي قدروا رغبتها في ذلك إلى أن تنتهي أي قيسوا قياس أمرها في حداتها وحرصها على اللهو ومع ذلك كانت هي التي تمل وتنصرف عن النظر إليه والنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يمسه شيء من الضجر والإعياء رفقا بها، وقولها: العربية معناها المشتية للعب المحبة له^(٢)، ونظر السيدة عائشة إنما كان للعبهم وحرابهم دون وجوههم وأجسادهم^(٣).

الدليل الثاني: عن عائشة، أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار، فقال نبي الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يا عائشة، ما كان معكم لهو؟ فإن الأنصار يعجبهم اللهو"^(٤).

وجه الدلالة كما قال ابن بطال: اتفق العلماء على جواز اللهو في وليمة النكاح، مثل ضرب الدف وشبهه ما لم يكن محرماً، وخصت الوليمة بذلك

(١) أخرجه مسلم في صلاة العيدين باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه، رقم (٨٩٢).

(٢) شرح النووي على مسلم (٦/١٨٥).

(٣) شرح النووي على مسلم بتصرف يسير (٦/١٨٤).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب النسوة اللاتي يهدين المرأة إلى زوجها، رقم (٥١٦٢).

ليظهر النكاح وينتشر فتشت حقوقه وحرمة^(١).

والمقصود هنا اللهو المباح الذي يكون بالدفع حيث يكون خفيفاً، والذي له فائدة في مثل هذه المناسبات السعيدة، طالما خلا من المخالفات الشرعية.

الدليل الثالث: عن أبي سلمة، عن عائشة، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، أنها كانت مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر قالت: فسابقته فسبقته على رجلي، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال: "هذه بتلك"^(٢).

قال الشوكاني: وفيه دليل على مشروعية المسابقة على الأرجل وبين الرجال والنساء المحارم، وأن مثل ذلك لا ينافي الوقار والشرف والعلم والفضل وعلو السن فإنه - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لم يتزوج عائشة إلا بعد الخمسين من عمره. ولا فرق بين الخلاء والملاء^(٣).

الدليل الرابع: عن حنظلة الأسيدي - وكان من كتاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: لقيني أبو بكر، فقال: كيف أنت يا حنظلة؟ قال: قلت: نافق حنظلة، قال: سبحان الله ما تقول؟ قال: قلت: نكون عند رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يذكرنا بالنار والجنة، حتى كأننا رأي عين، فإذا خرجنا من عند

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال (٧/ ٢٧٩).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد باب في السبق على الرجل، رقم (٢٥٧٨)، والنسائي في الكبرى، كتاب عشرة النساء باب مسابقة الرجل زوجته رقم (٨٨٩٣)، قال ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٤٢٤): هذا الحديث صحيح.

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني (٨/ ١٠٥).

رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، عافسنا الأزواج والأولاد والضيعات، فنسينا كثيرا، قال أبو بكر: فوالله إنا لنتلقى مثل هذا، فانطلقت أنا وأبو بكر، حتى دخلنا على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قلت: نافق حنظلة، يا رسول الله فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وما ذاك؟» قلت: يا رسول الله نكون عندك، تذكرنا بالنار والجنة، حتى كأننا رأي عين، فإذا خرجنا من عندك، عافسنا الأزواج والأولاد والضيعات، نسينا كثيرا فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "والذي نفسي بيده إن لو تدمون على ما تكونون عندي، وفي الذكر، لصافحتكم الملائكة على فرشكم وفي طرقكم، ولكن يا حنظلة ساعة وساعة» ثلاث مرات^(١).

قال في كشف المشكل من حديث الصحيحين: "ساعة لقوة اليقظة، وساعة للمباح وإن أوجبت بعض الغفلة؛ وهذا لأن الإنسان لو حقق مع نفسه ما بقي، فلا بد للمتيقظ من التعرض لأسباب الغفلة ليعدل ما عنده، ومن أين يقدر على الأكل والشرب والجماع من يرى الأمر كأنه معاين، وإن من الغفلة لنعمة عظيمة، إلا أنها إذا زادت أفسدت، إنما ينبغي أن تكون بمقدار ما يعدل"^(٢).

وقال المناوي: أي أريحوها بعض الأوقات من مكابدة العبادات بمباح لا عقاب فيه ولا ثواب، قال أبو الدرداء: إني لأجم فؤادي ببعض الباطل أي اللهو الجائر؛ لأنشط للحق، وقال علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: "أجموا هذه القلوب فإنها تمل كما تمل الأبدان"، أي تكل، وقال بعضهم: إنما ذكر المصطفى

(١) أخرجه مسلم في كتاب التوبة باب فضل دوام الذكر وجواز ترك ذلك في بعض الأوقات والاشتغال بالدنيا، رقم (٢٧٥٠).

(٢) كشف المشكل من حديث الصحيحين، لابن الجوزي (٤/ ٢٢٩).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأولئك الأكابر الذين استولت هموم الآخرة على قلوبهم فخشى عليها أن تحترق، وقال الحكيم في شرح هذا الحديث: الذكر المذهل للنفوس إنما يدوم ساعة وساعة ثم ينقطع ولولا ذلك ما انتفع بالعيش^(١).

الدليل الخامس: ما ورد عن صحابة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقد كانوا يعكسون نموذج المسلم الموازن في حياته بين حاجيات الروح ومطالب الجسد، فعن عقبة بن الحارث رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: صلى أبو بكر العصر ثم خرج يمشي، فرأى الحسن يلعب مع الصبيان، فحملة على عاتقه وقال: بأبي شبيهة بالنبي، لا شبيهاً بعلي، وعلي يضحك^(٢).

قال ابن حجر: وفيه ترك الصبي المميز يلعب لأن الحسن إذ ذاك كان بن سبع سنين وقد سمع من النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وحفظ عنه ولعبه محمول على ما يليق بمثله في ذلك الزمان من الأشياء المباحة بل على ما فيه تمرين وتنشيط ونحو ذلك، والله أعلم^(٣).

وعن بكر بن عبد الله قال: كان أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتبادحون بالبطين، فإذا كانت الحقائق كانوا هم الرجال^(٤).

وأود في نهاية الحديث عن نظرة الإسلام إلى اللعب والترفيه أن أشير إلى حديث ربما يفهم منه خلاف ما أوردنا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: "

(١) فيض القدير، للمناوي (٤/٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب المناقب باب صفة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، رقم (٣٥٤٢).

(٣) فتح الباري لابن حجر (٦/٥٦٨).

(٤) أخرجه البخاري في الأدب المفرد باب المزاح (رقم ٢٦٦).

كل ما يلهو به الرجل المسلم باطل، إلا رميه بقوسه، وتأديبه فرسه، وملاعبته أهله، فإنهن من الحق^(١).

قال ابن حجر: وإنما أطلق على الرمي أنه لهُو لإمالة الرغبات إلى تعليمه لما فيه من صورة اللهُو لكن المقصود من تعلمه الإعانة على الجهاد، وتأديب الفرس إشارة إلى المسابقة عليها، وملاعبة الأهل للتأيس ونحوه، وإنما أطلق على ما عداها البطلان من طريق المقابلة لا أن جميعها من الباطل المحرم^(٢).

وقد ترجم البخاري في صحيحه: "باب كل لهُو باطل إذا شغله عن طاعة الله". ولما لم يكن هذا الحديث على شرطه جعل منه ترجمة ولم يخرج في الجامع^(٣).

وقد أشار العلامة بدر الدين العيني إلى هذا الحديث في شرحه على ترجمة الإمام البخاري فقال: كل لهُو باطل إذا شغله الضمير المرفوع فيه يرجع إلى اللهُو، وقيد بقوله: إذا شغله ... الخ، لأنه إذا لم يشغله عن طاعة الله يكون مباحا، وعليه أهل الحجاز. ألا يرى أن الشارع أباح للجاريتين يوم العيد الغناء في بيت عائشة من أجل العيد، كما مضى في كتاب العيدين، وأباح لها النظر إلى لعب الحبشة بالحرايب في المسجد؟^(٤).

(١) أخرجه الترمذي في سننه (رقم ١٦٣٧)، وابن ماجه في سننه (رقم ٢٨١١)

(٢) فتح الباري لابن حجر (٩١ / ١١).

(٣) عمدة القاري شرح صحيح البخاري لبدر الدين العيني (٢٢ / ٢٧٣).

(٤) عمدة القاري شرح صحيح البخاري لبدر الدين العيني (٢٢ / ٢٧٣).

وقال الإمام أبو حامد الغزالي: فقولُه باطل لا يدل على التحريم بل يدل على عدم الفائدة، وقد يسلم ذلك على أن التلهي بالنظر إلى الحبشة خارج عن هذه الثلاثة وليس بحرام بل يلحق بالمحضور غير المحضور قياساً كقولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، فإنه يلحق به رابع وخامس فكذاك ملاعبة امرأته لا فائدة له إلا التلذذ، وفي هذا دليل على أن التفرج في البساتين وسماع أصوات الطيور وأنواع المداعبات مما يلهو به الرجل لا يحرم عليه شيء منها وإن جاز وصفه بأنه باطل^(١).

قال الشوكاني مقررًا لكلام الغزالي: وهو جوابٌ صحيحٌ ، لأن ما لا فائدة فيه من قسم المباح ، على أن التلهي بالنظر إلى الحبشة وهم يرقصون في مسجده صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما ثبت في الصحيح خارجٌ عن تلكم الأمور الثلاثة^(٢).

خلاصةُ كلام أهل العلم في الحديث أن معنى لفظة (باطل) في الحديث، ما لا ثواب فيه ولا إثم، وأن غير هذه الأنواع المذكورة من اللهو ليست محرمة، بل منها ما هو مباح وما هو محرّم بدليل نظر عائشة للحبشة وهو يرقصون في المسجد ويأقرار رسول الله لها، وأنه إذا كان المباح تعقبه فائدةٌ أخرويةٌ فهو من هذه الثلاثة، والله أعلم.

- ممّا سبق نجدُ شرعية اللهو الترفيهي وذلك في حدود الآداب والأصول الشرعية، فلا بأس من الترفيه عن النفس من حين لآخر بشيء من المباح،

(١) إحياء علوم الدين للغزالي (٢/ ٢٨٥).

(٢) نيل الأوطار (١١٨/٨).

سواء كان ترفيهًا إلكترونيًا، أو غير ذلك، ولا يعد الترفيه مضيعة للوقت؛ لأنه يجم النفس مخافة السامة عن العبادة، فالمداومة على الطاعات فقط مشقة لا يطيقها كل أحد، نعم لو كان الإنسان من ذوي الهمم العالية ولا ينشغل إلا بمعالي الأمور ويستطيع أن يتنزه عن اللهو واللعب فهذا أفضل، لكن ينبغي ألا يحمل كل الناس على ذلك فإن من النفوس ما تحتاج إلى ترويض بالمباح ولو حملناهم على الجادة ربما تركوا العمل رأسًا، فلا بد من التلطف بالبدن، بتناول ما يصلحه، وبالقلب بما يدفع الحزن المؤذي له.

ونختم بفتوى دار الإفتاء المصرية على السؤال الوارد: ما حكم اللعب بصفة عامة؟ وما حكم اللعب في ألعاب الحاسب الآلي والشبكات والإنترنت؟

ونص الجواب: "اللعب: هو السلوان والترويح عن النفس بما لا تقتضيه الحكمة، وهو أيضًا: ما يشغل الإنسان عما يعنيه أو يهمله من هوى وطرب ونحوهما.

واللعب أعمُّ من اللهو؛ لأن اللعب قد يعقب نفعًا فيكون للتدريب والتأديب كملاعبة الفرس، والشطرنج، وقد لا يعقب نفعًا فيكون لهوًا.

واللعب جائز بشروط:

١- ألا يشتمل على ضرر بإنسان أو حيوان، فإن ترتب على اللعب ضرر فهو حرام.

٢- ألا يشغل عن صلاة الفريضة وتحمل المسؤولية وكل ما هو واجب مؤقت يخرج وقته باللعب، وإلا كان حرامًا.

٣- ألا يشتمل على محرم في نفسه؛ كالحلف الكاذب، والسباب واللعن، أو تكون نفس اللعبة تشتمل على طقوس تعبدية تخالف ثوابت الإسلام.

٤- ألا يرتبط اللعب بمعاملة محرمة؛ فلا يرتبط بقمار أو غرر أو أكل لأموال الناس بالباطل، ومثال ذلك أن يتم دفع الأموال من اللاعبين والفائز يأخذها فهذا من المقامرة المحرمة.

فإن توافر في اللعب هذه الشروط -بأن خلا من الضرر والانشغال عن الواجب، وخلا عن المحرم والمعاملات المنهي عنها- كان اللعب جائزاً، إلا أنه لا ينبغي الإسراف فيه، فإن الإسراف في المباح قد يخرج به إلى الكراهة أو التحريم.

والله سبحانه وتعالى أعلم^(١).



(١) الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية، فتوى بعنوان: ضوابط اللعب المباح" الرقم المسلسل (٢٨٥٣) التاريخ: ١١/٥/٢٠١٤م.

المبحث الأول

التعريف بالألعاب الإلكترونية، وبيان حكمها

جاء هذا المبحث في خمسة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الألعاب الإلكترونية.

والثاني: أنواع الألعاب الإلكترونية.

والثالث: الجوانب الإيجابية والسلبية للألعاب الإلكترونية.

والرابع: الحكم العام للألعاب الإلكترونية.

والخامس: نماذج من الألعاب الإلكترونية وحكمها.

المطلب الأول

تعريف الألعاب الإلكترونية.

اللَّعِبُ واللَّعْبُ: ضِدُّ الْجِدِّ، لَعِبَ يَلْعَبُ لِعِبًا وَلِعْبًا، وَلَعَبٌ، وَتَلَاعَبَ، وَتَلَعَّبَ: لَعِبَ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَيُقَالُ لِكُلِّ مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَا يُجْدِي عَلَيْهِ نَفْعًا: إِنَّمَا أَنْتَ لِاعِبٍ، قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: رَجُلٌ تَلْعَابَةٌ إِذَا كَانَ يَتَلَعَّبُ، وَكَانَ كَثِيرَ اللَّعِبِ. وَالتَّلْعَابُ بِالْفَتْحِ: اللَّعْبُ. وَلاَعَبَهُ مُلَاعَبَةً وَلِعَابًا: لَعِبَ مَعَهُ، وَاللَّعَابُ: الَّذِي حِرْفَتُهُ اللَّعِبُ، وَلَعُوبٌ اسْمُ امْرَأَةٍ، سُمِّيَتْ لَعُوبَ لِكثْرَةِ لِعِبِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ تُسَمَّى لَعُوبَ، لِأَنَّهُ يُلْعَبُ بِهَا. وَالمَلْعَبَةُ: ثَوْبٌ لَا كُمَّ لَهُ، يُلْعَبُ فِيهِ الصَّبِيُّ. وَالأَلْعُوبَةُ: اللَّعِبُ. وَالمَلْعَبُ: مَوْضِعُ اللَّعِبِ. وَالمَلْعَبَةُ بِالضَّمِّ: جِزْمٌ مَا يُلْعَبُ بِهِ كَالشِّطْرُنْجِ وَنَحْوِهِ. وَكُلُّ مَلْعُوبٍ بِهِ فَهُوَ لُعْبَةٌ، لِأَنَّهُ اسْمٌ. وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ: أَقْعُدْ حَتَّى أَفْرَغَ مِنْ هَذِهِ اللَّعْبَةِ. قَالَ ثَعْلَبٌ: مِنْ هَذِهِ اللَّعْبَةِ بِالْفَتْحِ أَجُودٌ، لِأَنَّهُ أَرَادَ الْمَرَّةَ الْوَاحِدَةَ مِنَ اللَّعِبِ. وَالمَلْعَبَةُ بِالْكَسْرِ: نَوْعٌ مِنَ اللَّعِبِ، مِثْلُ الرُّكْبَةِ وَالْجِلْسَةِ. تَقُولُ: فَلَانِ حَسَنُ اللَّعْبَةِ. كَمَا تَقُولُ: حَسَنُ الْجِلْسَةِ. لِلْحَالِ وَالْهَيْئَةِ الَّتِي يَكُونُ الْإِنْسَانُ عَلَيْهَا، وَلَعَبٌ يُلْعَبُ بِفَتْحَتَيْنِ سَأَلَ لُعَابُهُ مِنْ فَمِهِ^(١). وَفِي الْفُرُوقِ اللَّغَوِيَّةِ: اللَّعِبُ عَمَلٌ لِلذَّةِ لَا يُرَاعَى فِيهِ دَاعِي الْحِكْمَةِ كَعَمَلِ الصَّبِيِّ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ الْحِكْمَةَ وَإِنَّمَا يَعْلَمُ لِلذَّةِ^(٢).

من خلال اللغة نلاحظ أن اللَّعِبُ معناه التشاغل بما لا يجدي نفعًا عمدًا

(١) الصحاح تاج اللغة (١/ ٢١٩) مادة [لعب]، لسان العرب (١/ ٧٣٩) مادة لعب، المصباح

المنير (٢/ ٥٥٤) مادة (ل ع ب).

(٢) الفروق اللغوية، للعسكري (٢٥٤).

هو مطلوبٌ ومرغوبٌ، وهو ضدُّ الجَدِّ؛ لإشباع النفس رغباتها والترويح عنها. واللعب في الاصطلاح الفقهي لا يخرج عن معناه اللغوي، فهو يطلق على العمل الذي لا نفع فيه^(١)، وعرفه الإمام الطحطاوي الحنفي بأنه ما لا غرض فيه شرعا وفيه لذة^(٢). وقيل: اللعب: عمل للذة لا يراعى فيه داعي الحكمة كعمل الصبي؛ لأنه لا يعرف الحكيم ولا الحكمة وإنما يعمل للذة^(٣). واللعبة عند المعاصرين تعني: نشاط تفاعلي حركي غير جدي لغرض التسلية والاستمتاع^(٤).

أما عن تعريف الألعاب الإلكترونية فهذه لم تكن معروفة لدى الفقهاء؛ لأنها لم تكن موجودة في زمانهم وإنما وجدت بتطور التكنولوجيا المعاصرة وتعدد صورها، ويمكن تعريفها بأنها: "جميع أنواع الألعاب المتوفرة على هيئات الكترونية، وتشمل ألعاب الحاسب، وألعاب الإنترنت، وألعاب الفيديو، وألعاب الهواتف النقالة، وألعاب الأجهزة المحمولة"^(٥)، ومن أمثلة تلك الأجهزة البلاي ستيشن ودريم كاست و xbox والمدخلات للأوامر في

(١) معجم لغة الفقهاء (٣٩٢).

(٢) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح (٣٤٥).

(٣) الفروق اللغوية، للعسكري (ص ٢٥٤).

(٤) ظاهرة انتشار الألعاب الإلكترونية، مرح مؤيد حسن (ص ٣).

(٥) الانعكاسات التربوية لاستخدام الأطفال للألعاب الإلكترونية، أد: ماجد محمد الزيودي،

(ص ٢١)، أثر الألعاب الإلكترونية عبر الهواتف الذكية، أميرة مشري، (ص ١١)، (مذكرة

لنيل شهادة الماجستير)، الألعاب الإلكترونية وتأثيرها على الطفل في ظل جائحة فيروس

Covid - 19، (ص ٧٤)

الألعاب هي يد التحكم أو الأزرار في أجهزة الألعاب أو لوحة المفاتيح والفأرة على الحاسوب كما تحوي بعض أجهزة التلفاز الحديثة في داخلها على ألعاب إلكترونية^(١).

وقد تطورت هذه الألعاب حيث أصبحت تمتاز بنظام ثلاثي الأبعاد للصورة ومؤثرات صوتية وحركية عالية، يمارسها اللاعب بشكل فردي ضد الحاسوب، أو ضد أشخاص آخرين موجودين على الإنترنت، أو شخصين أو أكثر باستخدام جهازين أو أدوات معينة كاليد الإلكترونية^(٢).

أما الألعاب الإلكترونية في المفهوم الاجتماعي فهي تفاعل بين الإنسان والآلة للإفادة من إمكاناتها في التعليم والتسلية والترفيه.



(١) ظاهرة انتشار الألعاب الإلكترونية، مرح مؤيد حسن (ص ٣).

(٢) المسابقات في الألعاب الإلكترونية، أسماء عبد المهدي المصري (ص ١٨٣).

المطلب الثاني

أنواع الألعاب الإلكترونية^(١).

تنقسم الألعاب الإلكترونية من حيث الهدف منها إلى ثلاثة أنواع رئيسة،

وهي:

١- ألعاب المتعة والإثارة، وتهدف عموماً للتسلية وشغل الفراغ وتعتمد على تفاعل المستخدم مع اللعبة في حالات تبدأ بمستويات بسيطة لتصبح معقدة وسريعة وغالباً ما تتجاوز سقف قدرات المستخدم مهما أتقن تدريبه، وتتميز هذه الألعاب بأنها مثيرة وتشد الانتباه لكثرة تنالي المواقف فيها واستخدامها للصور والأصوات القريبة من الواقع، ومن أمثلتها ألعاب السيارات وألعاب القتال.

٢- ألعاب الذكاء، وتعتمد على المحاكاة المنطقية في اتخاذ القرار، وتتطلب للتفكير في التعامل معها، وتكمن إمكانياتها في إمكانية معالجة كم هائل من الاحتمالات واختيار الحلول المثلى تبعاً لمعايير معينة، وذلك في وقت قصير.

٣- الألعاب التربوية والتعليمية، وتهدف إلى التوازن بين المتعة ونقل المعلومة بطريقة سهلة للمستفيد، وهي تغطي جميع الأعمار، فمن الألعاب البسيطة التي تعلم الطفل قراءة الأرقام والحروف وكتابتها، والألعاب التي تعلمه تركيب الجمل إلى الألعاب التي تهتم بالثقيف

(١) ظاهرة انتشار الألعاب الإلكترونية، مرع مؤيد حسن (ص ٤)، المسابقات في الألعاب

الإلكترونية، أسماء عبد المهدي المصري (ص ١٨٥).

العام ونقل المعلومات في مجالات عدة كالرياضيات والعلوم والتاريخ والجغرافية وتعليم اللغات، كما لها إمكانية إجراء اختبارات لتقويم مستوى المتعلم.

هذه هي أنواع الألعاب الإلكترونية الموجودة والمتداولة، وقد أضافت الباحثة: أسماء المصري في بحثها نوعا رابعا، وهو الألعاب العلاجية^(١)، وهي تلك التي صممت لمعالجة بعض الأمراض المستعصية، وهي مازالت تحت التجربة وقليلة.



(١) المسابقات في الألعاب الإلكترونية، أسماء عبد المهدي المصري (ص ١٨٥).

المطلب الثالث

الجوانب الإيجابية والسلبية للألعاب الإلكترونية^(١).

من الدراسات التي أجريت على الأطفال والمراهقين وآثارها عليهم وُجد أن هناك إيجابيات وسلبيات للألعاب الإلكترونية، فهي سلاح ذو حدين، حيث تشمل على سلبيات، وفي نفس الوقت لا تخلو من الإيجابيات.

أولاً: الجوانب الإيجابية للألعاب الإلكترونية^(٢):

تتعدد فوائد الألعاب الإلكترونية، وخصوصاً للأطفال؛ ومن فوائد الألعاب الإلكترونية ما يلي:

- الالتزام بالتعليمات، والخضوع للأوامر، وتنمية المنطق، والقدرة على حل المشاكل، من خلال الاعتماد على الذات.
- تنمية القدرات العقلية والذهنية؛ كالتحكّم بالأعين مع اليدين، والقيام بكافة المهام في وقت واحد.
- تعليم الفرد على سرعة البديهة، وإدارة الموارد، والتحليل، والقدرة على

(١) للاستزادة ينظر: أعمال المؤتمر الدولي بعنوان: الألعاب الإلكترونية وتأثيرها على الطفل في ظل جائحة فيروس Covid - 19.

(٢) أثر ممارسة بعض الألعاب الإلكترونية في السلوك العدواني للباحثة: دلال عبد العزيز الحشاش (بحث تكميلي ماجستير في التربية)، (ص ١٥ - ١٨ بتصرف)، الألعاب الإلكترونية .. إيجابياتها لأطفالنا وماهي الأضرار المترتبة عليها، د. عائشة بلهيش العمري، مقال نشر بتاريخ: ٢٥ سبتمبر ٢٠١٥م.

التخطيط.

- تقوية الذاكرة، من خلال التنوع في ممارسة الألعاب المختلفة.
- استغلال الألعاب الإلكترونية في مجال التعليم، إذ يتم استخدامها كوسيلة تعليمية سهلة ومسلية، تجعل من التعليم أمراً ممتعاً.
- استخدام الألعاب الإلكترونية كأداة للمحاكاة في تعليم الأمور المعقدة والصعبة، فمثلاً هناك تُحاكي الطيران وصيانة السيارات، وهي من أشهر الألعاب الإلكترونية.

- الترويح عن النفس في أوقات الفراغ.

- تساعد على المشاركة لأن الطفل حين يلعب يكون غالباً وحيداً، لكن لإيجاد الحلول وحلّ الألغاز، يحتاج للاستعلام من أصدقائه ومن الباعة عن الألعاب قبل شرائها، وأحياناً اللجوء إلى المجالات المتخصصة بالألعاب واستعارتها. إذ يحتاج إلى إقامة الحجج، وطرح الأسئلة، والحصول على شروحات وتبادل المعلومات. وهذه الأبعاد من المشاركة مهمة، حتى وإن كان الأهل لا يلحظونها^(١)، بينما يرى البعض أن ممارسة الطفل والمراهقين للألعاب الإلكترونية لفترات طويلة قد يؤثر على مستوى قدرتهم على ممارسة العديد من الأنشطة الاجتماعية، ويعرضهم إلى خلل في علاقاتهم الاجتماعية، فالفرد الذي يقضي ساعات طويلة في ممارسة الألعاب الإلكترونية دون تواصل مع

(١) إيجابيات وسلبيات الألعاب الإلكترونية ودوافع ممارستها، د. عبد الله بن عبد العزيز الهدلق، (ص ١٥).

الآخرين يصبح فرداً غير اجتماعي منطوي على ذاته، وأكثر ميلاً للانسحاب الاجتماعي والميل إلى العزلة الاجتماعية^(١). وهذا ما أرجحه.

ولقد خلصت دراسة ميدانية تم عملها على الألعاب الإلكترونية إلى أن للألعاب الإلكترونية بعض الإيجابيات التي تترك أثرها على اللاعبين ومن أبرز تلك الإيجابيات أنها تحقق المتعة والتسلية للاعبين وتقوي لغتهم الانكليزية وتساعد على تنمية قدراتهم وذكائهم وتفكيرهم الإبداعي^(٢).

ثانياً: الجوانب السلبية للألعاب الإلكترونية^(٣).

وفيما يتعلق بسلبيات هذه الألعاب، كما تناولته بعض الأبحاث المتخصصة، فهي تشمل على أضرار صحية وبدنية، وأضرار نفسية واجتماعية، وأضرار تربوية، وأضرار ثقافية^(٤)، وبيان ذلك على النحو الآتي:

- الاختيار الخاطيء للألعاب المُناسبة بناءً على العمر؛ فهناك ألعاب

(١) مستوى ممارسة الألعاب الإلكترونية وعلاقتها بالعزلة الاجتماعية، كرام محمد يوسف، (ص ٣) بحث تكميلي ماجستير، الألعاب الإلكترونية وتأثيرها على الطفل في ظل جائحة فيروس Covid - 19، (ص ٢٢).

(٢) ظاهرة انتشار الألعاب الإلكترونية، مرح مؤيد حسن (ص ١٣).

(٣) للاستزادة ينظر: أعمال المؤتمر الدولي بعنوان: الألعاب الإلكترونية وتأثيرها على الطفل في ظل جائحة فيروس Covid - 19.

(٤) الألعاب الإلكترونية خطر غفلنا عنه يهدد الأسرة والمجتمع، د. فهد بن عبد العزيز الغفيلي، (ص ٢٣)، الانعكاسات التربوية لاستخدام الأطفال للألعاب الإلكترونية، أد: ماجد محمد الزيودي، (ص ١٨).

إلكترونية وألعاب فيديو تعتمد على العنف، مما يزيد من سلوك الأطفال العنفواني، ففي كثير من ألعاب الفيديو يُسيطر على الأطفال بالعنف الموجود في اللعبة، من خلال مُشاهدته بأعينهم، ومحاولة تطبيقه على الواقع.

- تولّد العزلة لدى الأطفال، والإسهام في التشويش الفكري بين العالم الوهمي الافتراضي المتوفّر في الألعاب، والعالم الحقيقي الذي يعيشون فيه، وذلك لا ينحصر على الأطفال فقط بل على الشباب أيضاً.

- بناء العديد من المعتقدات والأفكار الخاطئة في عقول الأطفال والشباب، والتي قد تتعارض مع التربية الصحيحة، التي ينشأ عليها الأبناء من آباءهم، كما أنها قد تتخالف مع العادات الموجودة في المجتمع ذاته.

- إهدار الوقت الكثير الذي يقضيه الأشخاص في اللعب، والإدمان على الألعاب الإلكترونية دون الشعور بذلك، مما يؤدي إلى إلهاء الشباب والأطفال عن الأمور المهمة كالدراسة وغيرها، فقد أثبت الباحثون أنه عندما يتعلق الطفل الصغير (ما دون سن العاشرة) بهذه الألعاب، فإن ذلك يؤثر سلباً في دراسته ونطاق تفكيره. كما أن سهر الأطفال والمراهقين طيلة الليل في ممارسة الألعاب الإلكترونية، يؤثر بشكل مباشر في مجهوداتهم الدراسية في اليوم التالي، وقد يجعل الأطفال غير قادرين على الاستيقاظ للذهاب إلى المدرسة، وإن ذهبوا فإنهم قد يستسلموا للنوم في فصولهم المدرسية.

- التعرّض للمشاكل الصحيّة مثل زيادة الوزن، ومشاكل العيون، وتقوُّس في الظهر وهشاشة العظام؛ فقد أثبتت الدّراسات أنّ الأطفال الذين يمارسون هذه الألعاب يعانون من قلة التركيز.

- التسبب في الأمراض والاعتلالات العصبية والنفسية؛ بسبب كثرة التوتر والقلق وانتظار النتيجة، وكثرة الصراخ والانفعالات خلال اللعب من أجل تحقيق المكسب. الخسارات المتكررة تدفع بالإنسان أحياناً إلى الإقدام على أفعالٍ خارجةٍ عن المنطق كالضرب والاعتداء الجسدي والتخريب والقتل والجنون والانتحار في أسوأ الحالات.

وهذا ما توصلت إليه الدراسة الميدانية، والتي جاء فيها: للألعاب الإلكترونية بعض السلبيات التي تترك أثرها على اللاعبين ومن أبرز تلك السلبيات: التبذير المالي في شراء الأجهزة والألعاب الإلكترونية وإهمال الواجبات المدرسية وتعارض أفكار الألعاب المعروضة مع تعاليم ديننا وتقاليد مجتمعنا^(١).



(١) ظاهرة انتشار الألعاب الإلكترونية، مرح مؤيد حسن (ص ١٣).

المطلب الرابع

الحكم العام للألعاب الإلكترونية.

الألعاب الإلكترونية منتج حضاري، ومتاع من الأمتعة التي يتخذها الإنسان في أنشطته وأعماله، وشكل من أشكال الترويح عن النفس وتحصيل اللذة المباحة، الأصل فيها الإباحة، يدل على ذلك:

١- ما تم التوصل إليه من خلال التمهيد -في بداية هذا البحث -حول الحديث عن نظرة الإسلام للعب والترفيه، حيث خلصت إلى أن الترفيه مباح بشرط خلوه من المخالفات الشرعية.

والألعاب الإلكترونية نوع من أنواع اللعب والترفيه عن النفس فتكون مباحة طالما خلت من المخالفات الشرعية.

٢- القاعدة الفقهية: "الأصل في الأشياء الإباحة"

واللعب الإلكتروني من حيث كونه كذلك فلا يبدو أن يوجد له ما يعارض دينه وثقافته، إلا إذا تعلق به أمور تمس عقيدته وأخلاقه وأمنه وسلامته ومجتمعه ودولته، أو تصد عن واجب شرعي كإقامة الصلاة وبر الوالدين؛ فإنه عندئذ يجوز القول بخلاف ذلك.

وبالموازنة بين الآثار الإيجابية والسلبية للألعاب الإلكترونية نستطيع أن ننظر في حكمها من حيث الحرمة أو الكراهة أو الندب، وذلك بحسب نوع اللعبة وما يقترن بها وما يترتب عليها من آثار، فإن اقترن بها مخالفات شرعية أو مفسدة كبرى تؤثر على النفس أو العقل أو المال فهي محرمة، وإن خلت

من المخالفات الشرعية والأضرار بالشخص وكانت ذا فائدة للشخص كتسمية المهارات الذهنية والنفسية وتربية القدرة على الابتكار وغير ذلك مما ينفع الإنسان في دينه ونفسه فعندئذ تكون مندوبة، وقد نوازن بين المصالح والمفاسد فإما أن تغلب المصلحة وإما أن تغلب المفسدة، والضابط هنا هو القاعدة الفقهية الكبرى: "الضرر يزال" وما يندرج تحتها من قواعد فرعية توازن بين المصالح والمفاسد.



المطلب الخامس

نماذج من الألعاب الإلكترونية، وحكمها.

الألعاب الإلكترونية متعددة، وسأذكر لعبتين أجابت عنهما دار الإفتاء المصرية، وسأنقل نص السؤال والجواب؛ لتأكيد الحكم العام للألعاب الإلكترونية الذي ذكرته في المطلب السابق.

اللعبة الأولى: لعبة الحوت الأزرق "Blue Whale".

هذه اللعبة الإلكترونية شغلت الصحف المحلية والولية، حيث نشرت صحيفة اليوم السابع مقالاً بعنوان: (لعبة الحوت الأزرق.. كل ما تريد معرفته عن التطبيق القاتل) واستعرضت الصحيفة في تقرير كافة الأسئلة التي تدور حول لعبة الحوت الأزرق، والتي تدفع ممارسيها للانتحار، كجزء من خطوات اللعبة^(١).

ولقد قام الأزهر الشريف ودار الإفتاء المصرية بدورهما في الإجابة على أسئلة الناس، ونسوق هنا نص السؤال والجواب.

ونص السؤال^(٢): ظهرت في الآونة الأخيرة لعبة تسمى "لعبة الحوت الأزرق" أو "Blue Whale"، وهي متاحة على شبكة الإنترنت وتطبيقات الهواتف الذكية، تطلب من المشتركين فيها عددًا من التحديات، وهذه التحديات تنتهي بطلب الانتحار من الشخص المشترك، أو تطلب منه ارتكاب

(١) والمقال نشرته الصحيفة في يوم الأربعاء، الرابع من أبريل ٢٠١٨م.

(٢) الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية، الرقم المسلسل (٤٢٩٥)، التاريخ: ٢٠١٨/٤/٢م.

جريمة ما، ويطلب القائمون عليها أن يقوم اللاعب بعمل "مشنقة" في المكان الذي يكون متواجداً فيه قبل الخوض في تفاصيل اللعبة، وذلك للتأكد من جدية المشترك في تنفيذ المهام التي تُطلب منه.

والمشاركة في هذه اللعبة تكون عن طريق تسجيل الشخص في التطبيق المُعدّ لها على الإنترنت أو الأجهزة المحمولة الذكية "Smart Phone"، وبعد أن يقوم الشخص بالتسجيل لخوض التحدي يُطلب منه نقش الرمز "F57" أو رسم "الحوت الأزرق Blue Whale" على الذراع بأداة حادة، ومن ثم إرسال صورة للمسؤول للتأكد من أن الشخص قد دخل في اللعبة فعلاً، لتبدأ سلسلة المهام أو التحديات، والتي تشمل مشاهدة أفلام رعب والصعود إلى سطح المنزل أو الجسر حقيقةً بهدف التغلب على الخوف، وقتل حيوانات وتعذيبها وتصويرها ونشر صورها، لتنتهي هذه المهام بطلب الانتحار؛ إما بالقفز من النافذة أو الطعن بسكين، فإن لم يفعل يهدد بقتل أحد أفراد عائلته أو أحد أقرانه، أو نشر معلومات شخصية مهمة عنه، وقد أكدت تقارير رسمية تأثير هذه اللعبة وخطورتها على المشاركين فيها بشكل حقيقي؛ حيث أقدم بعضهم على الانتحار في بعض الدول الأوروبية والعربية، فما حكم الشرع في ممارسة هذه اللعبة والمشاركة فيها؟

وأجاب فضيلة مفتي الجمهورية الأستاذ الدكتور شوقي علام على هذه الفتوى، ونص الجواب: "جاءت الشريعة الإسلامية رحمةً للعالمين، واتجهت في أحكامها إلى إقامة مجتمعٍ راقٍ متكاملٍ تسوده المحبة والعدالة والمثل العليا في الأخلاق والتعامل بين أفراد المجتمع، ومن أجل هذا كانت غايتها الأولى تهذيب الفرد وتربيته ليكون مصدر خيرٍ للبلاد والعباد، وجعلت

الشريعة الإسلامية الحفاظ على النفس والأمن الفردي والمجتمعي مقصداً من أهم المقاصد الشرعية؛ التي هي: النفس، والدين، والنسل، والعقل، والمال. فكل ما يتضمن حفظ هذه المقاصد الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوتها فهو مفسدةٌ ودفعها مصلحة.

كما قررت الشريعة الإسلامية أن الأصل في الدماء الحرمه، وسنت من الأحكام والحدود ما يكفل الحفاظ على نفوس الأدميين، ويحافظ على حماية الأفراد واستقرار المجتمعات، وسدت من الذرائع ما يمكن أن يمثل خطراً على ذلك في الحال والمآل.

ومن هذا المنطلق يتضح - من خلال ما ذكر في السؤال - أن هذه اللعبة تشتمل على عدة أفعال؛ كل واحد منها كفيلاً بتحريمها شرعاً وتجريمها قانوناً؛ أهمها:

أولاً: أن المشارك في هذه اللعبة يبدأ بعد التسجيل فيها بنقش رمزٍ على جسده بألة حادة؛ كالسكين أو الإبرة أو نحوهما، وفي هذا الفعل إيذاءً من الإنسان لنفسه، وهو أمرٌ محرّمٌ شرعاً؛ فإن حفظ النفس من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية الخمسة، ولهذا حرّم الله تعالى كل ما يؤدي إلى إتلاف الإنسان أو جزءٍ منه، وجعل رعايته في نفسه وجسده مقدمةً على غيرها، كما أن النقش على الجسد بألة حادة -كسكين أو نحوها - يدخل تحت الوشم المحرم شرعاً، والوشم عبارةٌ عن غرز إبرة أو مسلةٍ أو نحوهما في الجلد للنقش عليه.

ثانياً: يقوم المشارك في نهاية اللعبة بأحد فعلين: إما أن يقتل نفسه وهو

الانتحار، أو يقتل غيره، وقد حرّمت الشريعة الإسلامية إتلاف البدن وإزهاق الروح عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه؛ فأمرت الإنسان بالمحافظة على نفسه وجسده من كل ما يهلكه أو يسوءه، ونهت عن أن يقتل الإنسان نفسه أو يُنزَل بها الأذى، فلا يجوز لأحد أن يتصرف في جسده تصرفاً يؤدي إلى إهلاكه أو إتلافه، وكلُّ إنسانٍ وإن كان صاحب إرادةٍ - فيما يتعلّق بشخصه - إلا أنها مُقيّدةٌ بالحدود التي شرعها الله تبارك وتعالى، وكذلك الحال بالنسبة لقتل الإنسان غيره بغير حقٍّ؛ فالأصل في النفس الإنسانية عصمتها وعدم جواز الاجترار على إنهاء حياتها.

وعليه: فيحرم شرعاً المشاركة في اللعبة المسماة بـ "الحوث الأزرق Blue Whale"، وعلى من استدرج للمشاركة فيها أن يُسارع بالخروج منها. وتهيب دار الإفتاء المصرية بالجهات المعنية تجريم هذه اللعبة، ومنعها بكل الوسائل الممكنة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومن إجابة فضيلة المفتي على السؤال نجد أن السبب في حرمة هذه اللعبة وتجريمها هو ما اقترن بها من مفاسد ومضار كالإضرار بالنفس أو بالغير.

اللعبة الثانية: لعبة البوكيمون.

هذه اللعبة الثانية والتي انتشرت محلياً ودولياً وغزت الأسواق بصور متعددة ومتجددة، وأجابت عليها دار الإفتاء المصرية^(١) قديماً وحديثاً، وإليك نص السؤال والجواب:

(١) الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية، الرقم المسلسل (٤٨٤٩)، التاريخ: ٢٠١٩/٧/٣٠ م.

انتشرت في هذه الفترة لعبة جديدة في أغلب دول العالم، وهي مختلفة تماماً عما اعتاده الشباب والأطفال من ألعاب الكمبيوتر والهواتف الذكية، وهذه اللعبة تعتمد على اصطيات بعض الكائنات الخيالية (البوكيمون) الموجودة في أماكن تواجد الهاتف، وعن طريق كاميرا الهاتف تكشف اللعبة كل هذه الأماكن من غير إذن أصحابها، ويقوم اللاعب بتوجيه الهاتف نحو البوكيمون على مسافة قريبة منه، ولكي يجمع اللاعب أكبر عدد من البوكيمونات الموجودة؛ لا بد له من تتبع كل واحد منها أيًا كان مكانه، فيدخل الإنسان أماكن غير مسموح له الدخول فيها، ويسير في طرق غير آمنة حتى يستطيع أن ينتهز فرصة اصطيات البوكيمون.

والسؤال: ما رأي الشرع الشريف في هذه اللعبة؟

وأجاب الأستاذ الدكتور: شوقي علام مفتي الجمهورية على هذه الفتوى، مبينا طبيعة اللعبة وحكمها، - بعد نقل فتوى فضيلة الأستاذ الدكتور/ نصر فريد واصل - المفتي الأسبق بتاريخ: ٦/١٠/٢٠١١م، بتحريمها - بقوله: والآن ومع تقدم التكنولوجيا في العالم وانتشارها بين الناس، حدث تطور شديد في لعبة البوكيمون: أشكالها، وأنواعها، وطريقة لعبها، واختلفت شكلاً ومضموناً اختلافاً يقتضي تأكيد حظرها واشتداد تحريمها؛ لما أصبحت تمثله من خطورة وفساد على المجتمع والأفراد.

والبوكي أو البوكيمون "Pokemon GO" كلمة يابانية معناها: "وحوش الجيب"، وهي عبارة عن كائنات أو أشباح افتراضية تظهر على شاشات هواتف المحمول المشتملة على نظام الأندرويد عن طريق الكاميرا أو

البلوتوث أو "جي بي أس" GPS، وتبدو هذه الكائنات وكأنها موجودة في الواقع الخارجي فتمزج بين الواقع والخيال.

وتعتمد هذه اللعبة على التنقل والاستكشاف داخل المواقع المختلفة؛ فتفرض على اللاعبين اقتحام أماكن في العالم الحقيقي بهدف اصطياد الوحوش الكارتونية برمي كرة افتراضية عليها (Poké Ball)، وأي وحش يتم اصطياده منها يمكن تدريبه ودفعه للقتال ضد بوكيمونات اللاعبين الآخرين.

وتتنوع أماكن الاستكشاف وطريقة الاصطياد حسب نوع البوكيمون الموجود فيها؛ فهناك البوكيمون الذي يعيش في المياه، ويسمى: سايداك (Psyduck)، وهناك البوكيمون الذي يعيش في الغابات الممطرة، ويسمى: هيراكروس (Heracross)، وهناك البوكيمون الطائر المتجول، ويسمى: بيدجي (Pidgey)، وهناك البوكيمون الناري الزاحف، ويسمى: شارمندر (Charmander)، وهناك البوكيمون الناري الطائر الأسطوري، ويسمى: مولتريس (Moltres)، وهناك البوكيمون الضخم ذو الأنف الطويل الذي يهاجم أعداءه بالتنويم المغناطيسي، ويسمى: ستارمي (Starmie)، وهناك جمع البيوض من مواقع معينة يطلق عليها بوكيستوب (Pokestops)، وهي عبارة عن معالم عالمية مشهورة تظهر في اللعبة، وتطلب السير على الأقدام لمسافات تصل إلى ١٠ كيلومترات، إلى غير ذلك من الأنواع.

وما زالت الشركات المسؤولة عن هذه اللعبة تطرح أشكالاً وأنواعاً مختلفة من البوكيمونات، حتى وصلت إلى أكثر من ١٠٠ نوع من البوكيمونات؛ حسب ما نُشر في المواقع المتخصصة بإحصاءات وبيانات

اللعبة؛ كموقعي: (PokeVS) و(The Silph Road).

وأصبحت لعبة البوكيمون أكثر الألعاب انتشارًا؛ حيث أُقيمت لهذه اللعبة مقرّات في كثير من عواصم العالم، وتنافست المطاعم والمحلات التجارية على تقديم صورها، وأصبح لها مطبوعات ودوريات وأشرطة فيديو وأنواع متعددة من أشكال اللعبات التي تناسب مع مختلف الأعمار، بل تبنت بث برامجها محطات تلفزيونية متنوعة، واستحدثت لها مواقع عديدة على شبكة المعلومات "الإنترنت"، حسب تحليل شركة "سيميلارويب" المتخصصة في تحليل التطبيقات المختلفة.

وقد ظهرت بعض الدراسات التي تدّعي أنّ لعبة البوكيمون لها فائدة تعود على بعض الأفراد؛ حيث إنها تُحفّز الناس على الخروج من المنازل والتواصل مع غيرهم، واستكشاف العالم المحيط بهم؛ فوفقًا لما ذكرته مجلة "Daily Mail" البريطانية، قام مؤسس شبكة الصحة العقلية بدراسة لعبة البوكيمون، وتوصّل فيها إلى أنّ لعبة "Pokemon GO" مخصصة للصحة الذهنية، وتؤثر على تحسين المزاج، وزيادة نشاطهم البدني والحركي، وأن هذه اللعبة قدّمت خدمة قيمة للقطاع الطبي، الذي يحث الناس على التحرك المستمر والعمل المتواصل.

وعلى فرض التسليم بهذه الفائدة المزعومة فإن هذه اللعبة ليست هي الطريقة الوحيدة التي تحث على التحرك والعمل، وبدهي أن حركة الناس لن تتوقف إذا لم يلعبوها، وأن الألعاب الرياضية والتمارين الذهنية والتنمية البشرية أكثر منها فائدة وأحسن منها عائدة، وأن الأضرار التي تحويها اللعبة

كفيلة بإفقادها كل فائدة، مما يدعو لمنعها والتحذير منها.

فلعبة البوكيمون فيها من المحاذير الشرعية، والمفاسد المجتمعية، والأضرار النفسية والصحية، ما يجزّمها ويحرّمها؛ كالاستهانة بالأديان والمقدسات، والتجسس، وانتهاك حرمة الآخرين، واستهداف مناطق خاصة، سواء بالدول أو بالأفراد:

فتشتمل اللعبة على رموز وشعارات لبعض المقدسات ذات مدلولات خطيرة ومنحرفة؛ كرموز تعدد الآلهة، ورسوم بعض المعبودات من الحيوانات والنباتات ونحو ذلك.

وبمجرد أن يقوم الفرد بتحميل تطبيق هذه اللعبة، يقوم التطبيق بالدخول إلى كاميرا الهاتف، وجهات الاتصال، والموقع الجغرافي، وذاكرة الهاتف، وكذلك ما تتطلبه اللعبة من اقتحام الأماكن الاستراتيجية المهمة وتصويرها؛ كالأماكن العسكرية، والمنشآت الحكومية، والمؤسسات الحيوية كالمطارات ونحوها.

وكذلك انتهاك حرمت الآخرين؛ وذلك بالتسلط عليهم في أماكنهم الخاصة، وباستدراج الأطفال والمراهقين إلى أماكن بعيدة لسرقتهم والاعتداء عليهم.

كما أن اللعب بها يشتمل على جملة من الأضرار النفسية والصحية - كما أفاده الخبراء والمتخصصون - حيث إنها تسبب أنواعاً من الاكتئاب الناتج عن العزلة الاجتماعية أغلب الأوقات، وتؤثر على التوازن العقلي، وتؤدي إلى الخلط الكبير بين الواقع والخيال، خاصة لدى الأطفال الذين لم

يصلوا لمرحلة الوعي والتفكير المجرد، وتعرض اللاعب إلى ضربات الشمس المحرقة، وتآكل البشرة، والسير في الطرقات دون انتباه مما يعرض الباحث للكسر والالتواء، أو الحوادث المؤلمة.

وبناءً على ذلك: فالعاب البوكيمون مُحَرَّمَةٌ شرعاً، حرّمها العلماء والمفتون منذ ظهورها، وحظرتها الدول والمنظمات؛ لما اشتملت عليه من المحاذير والمفاسد والمخاطر، ولما تسببه من أضرار على الأفراد والمجتمعات، من الجاسوسية وخيانة الأوطان، والاستهانة بالمقدسات، وانتهاك حرّمات الآخرين، ونشر مفاهيم مخالفة لتعاليم الإسلام وقيمه. وكذلك لما تسببه من أضرارٍ نفسية وجسدية تؤثر على صحة الأفراد وعقولهم، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كما أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بحرمة هذه اللعبة، وحرمة الأموال الحاصلة بسبب اللعب بها؛ لأنها ميسر، وهو القمار المحرم، وحرمة بيعها وشرائها؛ لأن ذلك وسيلة موصلة إلى ما حرم الله ورسوله، وأوصت اللجنة جميع المسلمين بالحذر منها، ومنع أولادهم من تعاطيها واللعب بها، محافظة على دينهم وعقيدتهم وأخلاقهم^(١).

من خلال هذا العرض نلاحظ وبوضوح أن مدار الحل والحرمة للعبة الإلكترونية يتوقف على ما يقترن بها من مخالفات شرعية، فإن اشتملت اللعبة على مخالفات شرعية فهي حرام، وإن خلت من المخالفات الشرعية فهي باقية على الأصل الذي هو الإباحة، والله تعالى أعلم.

(١) فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، (٢٦ / ٢٩٢).

المبحث الثاني

الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر

الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وعليه فأول ما يجب علينا في معرض الكلام عن الميسر هو أن نذكر تعريف الميسر حتى ندرك حقيقته، وذلك في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الميسر.

والثاني: أركان الميسر.

والثالث: حكم الميسر.

والرابع: حكم الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر.

المطلب الأول

تعريف الميسر.

الميسر في اللغة مثال مسجد: قمار العرب بالأزلام يقال منه يَسِرُ الرجل يَسِرُ من باب وعد فهو ياسر وبه سَمِّي^(١). أو اللَّعِبُ بِالْقِدَاحِ فِي كُلِّ شَيْءٍ، وكلُّ شَيْءٍ فِيهِ قِمَارٌ حَتَّى لَعِبَ الصَّبِيَانُ بِالْجُوزِ^(٢).

كما يطلق الميسر في اللغة على الْجَزُورِ الَّتِي كَانُوا يَتَقَامَرُونَ عَلَيْهَا، سَمِّيَ مَيْسِرًا لِأَنَّهُ يَجْزَأُ أَجْزَاءً؛ فَكَأَنَّهُ مَوْضِعُ التَّجْزِئَةِ، وَكُلُّ شَيْءٍ جَزَأَتْهُ فَقَدْ يَسِرْتُهُ، وَالْيَاسِرُ: الْجَازِرُ؛ لِأَنَّهُ يُجْزَى لَحْمَ الْجَزُورِ، وَهَذَا الْأَصْلُ فِي الْيَاسِرِ، ثُمَّ يُقَالُ لِلضَّارِبِينَ بِالْقِدَاحِ وَالْمُتَقَامِرِينَ عَلَى الْجَزُورِ: يَاسِرُونَ؛ لِأَنَّهُمْ جَازِرُونَ إِذَا كَانُوا سَبَبًا لِذَلِكَ^(٣). وَالْيَاسِرُ: مِنَ الْغِنَى وَالسَّعَةِ^(٤). وَالْيَسِرُ: الْمُجْتَمِعُونَ عَلَى الْمَيْسِرِ، وَالْجَمْعُ أَيَّسَارُ^(٥).

أما عن الميسر في اصطلاح الفقهاء، فقد تنوعت عباراتهم في تعريفه، وهي لا تخرج عن المعنى اللغوي:

فعند الأحناف أنه اسم لكل قمار^(٦). وكذا عند المالكية^(٧).

(١) المصباح المنير (٢/ ٦٨٠).

(٢) لسان العرب (٥/ ٢٩٨)، المعجم الوسيط (٢/ ١٠٦٤).

(٣) تهذيب اللغة (١٣/ ٤٣)، لسان العرب (٥/ ٢٩٨)، المعجم الوسيط (٢/ ١٠٦٤).

(٤) تهذيب اللغة، للأزهري (١٣/ ٤٢).

(٥) لسان العرب (٥/ ٢٩٨).

(٦) بدائع الصنائع (٥/ ١٢٧)، الهداية في شرح بداية المبتدي (٤/ ٣٨٠)، البحر الرائق (٧/

وعند الشافعية: الميسر هو القمار والقمار ما لم يحل أن يكون كل واحد منهما آخذاً أو معطياً فيأخذ إن كان غالباً ويعطي إن كان مغلوباً^(٢)، فهو كل لعب تردد بين الغنم والغرم^(٣).

ومن خلال تعريف الميسر في اللغة وعند الفقهاء يمكن أن نعرفه بأنه "اتفاق طرفين أو أكثر على ممارسة ما يكون كل واحد منهما غارماً أو غانماً بناءً على معايير الحظ والنصيب فقط.



.(٩١)

(١) الذخيرة، للقرافي (١١ / ١٧٢)، الفواكه الدواني (٢ / ٢٨٨).

(٢) الحاوي الكبير، للماوردي (١٧ / ١٨٠).

(٣) حاشية البجيرمي على الخطيب (٤ / ١٨٦).

المطلب الثاني

أركان الميسر.

الركن الأول: لاعبين: هما المشارك أو المشاركون في اللعبة أو المسابقة من جهة، والمنظم للعبة أو المسابقة من جهة أخرى وقد يكون شخصا واحدا أو شركة.

الركن الثاني: آلة الميسر: اللعبة مثل مباراة رياضية بين فريقين، أو سباق بين خيول، أو مصارعة بين رجلين.

الركن الثالث: العوض: هو ما يتفق عليه بين أطراف الميسر ليمثل غنم طرف وغرم الآخر، ويكون في الغالب شيء من المال وقد يكون أداء عمل^(١).

الركن الرابع: المخاطرة من الجانبين، أي أن يكون كل واحد منهما مترددا بين الغنم والغرم، فإذا كانت المخاطرة من طرف واحد لا تعد ميسرا ولا قمارا^(٢).



(١) الميسر والقمار حقيقته وصوره المعاصرة للباحث: أحمد إبراهيم قيروز (ص ٧٣).

(٢) المرجع السابق، (ص ٧٥).

المطلب الثالث

حكم الميسر.

إن الإسلام يريد من المسلم أن يتبع سنن الله في اكتساب المال، وأن يطلب النتائج من مقدماتها، ويأتي البيوت من أبوابها، والميسر يجعل الإنسان يعتمد على الحظ والصدفة والأمانى الفارغة، لا على العمل والجد واحترام الأسباب التي وضعها الله وأمر باتخاذها.

والإسلام يجعل لمال الإنسان حرمة فلا يجوز أخذه منه إلا عن طريقة مبادلة مشروعة، أو عن طيب نفس منه بهبة أو صدقة، أما ما أخذ بالميسر فهو من أكل المال بالباطل.

وقد دل على حرمة الميسر القرآن والسنة.

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم.

١ - قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١).

عطفت الآية الكريمة الميسر على الخمر وبينت أن فيهما إثم كبير، والذي فيه إثم يكون حراماً كما قال صاحب البناية^(٢)، وقال الإمام الماوردي: وقرأ حمزة والكسائي كثير؛ لأنه ما كثر إثمه لم يجز استباحته، فوقع بها التحريم، وكان ما بعدها مؤكداً^(٣).

(١) سورة البقرة، جزء من الآية (٢١٩).

(٢) البناية شرح الهداية، لبدر الدين العيني (١٢ / ٢٤٩).

(٣) الحاوي الكبير، للماوردي (١٣ / ٣٨٣).

٢- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ
وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ
الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيُضِدَّكُمْ
عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ﴾^(١).

وجه الدلالة من الآية كما قال الإمام الماوردي: دلت الآية على التحريم
من وجهين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ ﴾ والرجس المضاف
إلى الشيطان يكون رجسا بإضافته إلى الشيطان تغليظا.

وفي "الرجس" أربعة تأويلات:

أحدها: سخط، والثاني: شر، والثالث: إثم، والرابع: حرام.

وقوله ﴿ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ ﴾ أي مما يدعو إليه الشيطان ويأمر به.

والثاني: قوله ﴿ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ وما ورد الأمر باجتنابه حرم الإقدام عليه،
وفيما أراد بقوله " فاجتنبوه " تأويلان محتملان:

أحدهما: الرجس أن تفعلوه، والثاني: الشيطان أن تطيعوه^(٢).

ثانيا: الأدلة على تحريم الميسر من السنة النبوية.

١- عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَنْ حَلَفَ
فَقَالَ فِي حَلْفِهِ: وَاللَّاتِ وَالْعُزَّى، فَلْيَقُلْ: لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَمَنْ قَالَ

(١) سورة المائدة الآيتان (٩٠، ٩١).

(٢) الحاوي الكبير، للماوردي (١٧/ ١٨٢).

لصاحبه: تعال أقامرك، فليصدق^(١).

ووجه الدلالة كما قال الطيبي: إنما قرن القمار بذكر الأصنام تأسيا بالتنزيل، في قوله تعالى جل شأنه: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ﴾^(٢)، فمن حلف بالأصنام فقد أشركها بالله في التعظيم، فوجب تداركها بكلمة التوحيد، ومن دعي إلى المقامرة، فوافق أهل الجاهلية في تصديقه بالميسر فكفارته التصدق بقدر ما جعله خطرا، أو بما تيسر، فكفارته التصدق مما يطلق عليه اسم الصدقة، وفيه أن من دعي إلى اللعب فكفارته التصدق، فكيف بمن لعب^(٣).

٢ - عن ابن عباس، أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "إن الله حرم عليّ، أو حرم الخمر والميسر والكوبة" قال: "وكل مسكر حرام"^(٤)

والحديث واضح الدلالة في تحريم الميسر حيث عطف على الخمر، وتحريمهما مذكور في القرآن.



- (١) أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن باب أفرايتم اللات والعزى رقم (٤٨٦٠)، ومسلم في الإيمان باب من حلف باللات والعزى ... رقم (١٦٤٧)، ومسلم في الإيمان باب من حلف باللات والعزى رقم (١٦٤٧).
- (٢) سورة المائدة جزء من الآية رقم (٩٠).
- (٣) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (٦/ ٢٢٣٥).
- (٤) أخرجه أبو داود في سننه رقم (٣٦٩٦)، وأحمد في مسنده رقم (٢٤٧٦)، والحديث صححه ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٦٤٩).

المطلب الرابع

حكم الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر.

وبعد أن انتهينا من بيان حكم الميسر في الشريعة الإسلامية نستطيع أن نقول: كل ما اشتمل على الميسر يأخذ حكمه، فإذا اشتملت اللعبة الإلكترونية على الميسر تحرم، ولقد وضع الإمام ابن قدامة الضابط في ذلك فقال: كل لعب فيه قمار، فهو محرم، أي لعب كان، وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه، ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته. وما خلا من القمار، وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين، ولا من أحدهما، فمنه ما هو محرم، ومنه ما هو مباح^(١).



(١) المغني، لابن قدامة (١٥٠ / ١٠).

المبحث الثالث

المسابقات في الألعاب الإلكترونية

وقد اشتمل هذا المبحث على أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف المسابقة.

والثاني: الحكم العام للمسابقة.

والثالث: أنواع المسابقة.

والرابع: حكم المسابقات في الألعاب الإلكترونية.

المطلب الأول

تعريف المسابقة.

في اللغة: السَّبَقُ بالسكون: القُدْمَةُ فِي الجَرِي وفي كلِّ أمرٍ، تقول له: فِي هَذَا الأمرِ سُبُقَةٌ وسَابِقَةٌ وَسَبَقَ، والجمع الأسباق، والسوابق.

والسَبَقُ بفتح الباء: الحَظَرُ الَّذِي يوضع فِي النَّضالِ والرَّهَانِ فِي الخَيْلِ فَمَنْ سَبَقَ أَخَذَهُ.

ويُقَال: سَبَقَ إِذَا أَخَذَ السَّبَقَ، وَسَبَقَ إِذَا أعطى السَّبَقَ، وَهَذَا من الأضداد^(١). قال ابن منظور: وهو نادر^(٢).

والسباق عند الفقهاء لا يختلف عن المعنى اللغوي، فقد عرفه الكاساني

(١) تهذيب اللغة، للأزهري (٨ / ٣١٧) مادة (سبق).

(٢) لسان العرب، لابن منظور (١٠ / ١٥١) مادة (سبق).

الحنفي بأنه: فعال من السبق وهو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل ونحو ذلك فيقول: إن سبقتك فكذا أو إن سبقتني فكذا، ويسمى أيضا رهانا فعالا من الرهن^(١).

وقال الخرشي وغيره: المسابقة: مشتقة من السبق بسكون الباء مصدر سبق إذا تقدم، وبفتحها المال الذي يوضع بين أهل السباق^(٢). وهو نفس التعريف الذي أورده الشافعية^(٣).

وهناك تعريفات عند المعاصرين، وهي قريبة:

منهم من عرفها بأنها: عقد بين متعاقدين على عمل يعملونه لمعرفة الأحذق منهم فيه^(٤).

وآخر عرفها بأنها: عقد بين فردين أو فريقين أو أكثر على المغالبة بينهما في مجال عسكري أو علمي أو رياضي من أجل معرفة السابق من المسبوق^(٥).

وثالث بأنها: عقد على المغالبة^(٦).

(١) بدائع الصنائع، للكاساني (٦/٢٠٦).

(٢) شرح مختصر خليل، للخرشي (٣/١٥٤)، الشرح الكبير، للشيخ الدردير (٢/٢٠٨).

(٣) المجموع، للنووي (١٥/١٤٦).

(٤) المسابقات وأحكامها في الشريعة الإسلامية، د. سعد بن ناصر الشثري (ص ٢٠).

(٥) الميسر والقمار المسابقات والجوائز، رفيق المصري (ص ١٣) ط. دار القلم، دمشق،

والدار الشامية، بيروت، ط ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

(٦) أحكام المسابقات في الفقه الإسلامي، د. خليفة الجابري، (ص ١٢).

المطلب الثاني

الحكم العام للمسابقة.

المسابقة مشروعة، والأدلة على مشروعيتها كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع، وسأكتفي بذكر بعضها.

أولاً: الأدلة من الكتاب: قول الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾^(١).

وموضع الدليل من هذه الآية، كما قال الماوردي: أنه لما أمر بإعداد الرمي والخيال للعدو في حربه، وذلك لا يكون إلا بالتعليم والثقة بالسبق والإصابة، فدل على إباحة ما دعا إليهما^(٢).

وقوله تعالى فيما حكاه عن إخوة يوسف: ﴿قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّبُّ﴾^(٣).

قال الماوردي: وفي قوله ﴿نَسْتَبِقُ﴾ تأويلان:

أحدهما: نتضل من السباق في الرمي. قاله الزجاج.

والثاني: أنه أرادوا السبق بالسعي على الأقدام.

وموضع الدليل في هذا هو: أنهم أخبروا بذلك نبيا لم ينكره عليهم، فدل على إباحته في شرعه، وما تقدم به شرع لم يتعقبه نسخ كان معمولا

(١) سورة الأنفال جزء من الآية رقم (٦٠).

(٢) الحاوي الكبير، للماوردي (١٥ / ١٨٠).

(٣) سورة يوسف جزء من الآية رقم (١٧).

به^(١).

ثانياً: الأدلة من السنة:

١- عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: "أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي أُضْمِرَتْ^(٢) مِنَ الْحَفِيَاءِ، وَأَمَدُهَا ثِنْتَةُ الْوَدَاعِ، وَسَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي لَمْ تُضْمَرْ مِنَ الثَّنِيَّةِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ"، وأن عبد الله بن عمر كان فيمن سابق بها^(٣).

قال ابن حجر: وفي الحديث مشروعية المسابقة وأنه ليس من العبث بل من الرياضة المحمودة الموصلة إلى تحصيل المقاصد في الغزو والانتفاع بها عند الحاجة وهي دائرة بين الاستحباب والإباحة بحسب الباعث على ذلك^(٤).

٢- عن أبي سلمة، عن عائشة، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أنها كانت مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر قالت: فسابقته فسبقته على رجلي، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال: "هذه بتلك"^(٥).

(١) الحاوي الكبير، للماوردي (١٥ / ١٨٠، ١٨١).

(٢) تضمير الخيل: أن يعلف الحب والقضيم حتى تسمن وتقوى ثم تغشى بالجلال وتترك حتى تحمى فتعرق ولا تعلق إلا قوتا حتى تضمير ويذهب رهلها فيخف فإذا فعل ذلك بها فهي مضمرة. معالم السنن، للخطابي (٢ / ٢٥٤).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد والسير باب إضممار الخيل للسبق رقم (٢٨٦٩)، ومسلم في الإمارة باب المسابقة بين الخيل وتضميرها رقم (١٨٧٠).

(٤) فتح الباري، لابن حجر (٦ / ٧٢).

(٥) أخرجه أبو داود في كتاب الجهاد باب في سبق على الرجل، رقم (٢٥٧٨)، والنسائي

قال الشوكاني: وفيه دليل على مشروعية المسابقة على الأرجل وبين الرجال والنساء المحارم، وأن مثل ذلك لا ينافي الوقار والشرف والعلم والفضل وعلو السن فإنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لم يتزوج عائشة إلا بعد الخمسين من عمره، ولا فرق بين الخلاء والملاء^(١).

ثالثا: الإجماع.

قال ابن قدامة: وأجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة^(٢)، كما نقل هذا الإجماع كثير من الفقهاء، منهم ابن حجر في الفتح^(٣).

قال الماوردي: فإذا ثبت جواز السبق والرمي، فهو مندوب إليه إن قصد به أهبة الجهاد، ومباح إن قصد به غيره؛ لأنه قد يكون عدة للجهاد^(٤).



في الكبرى، كتاب عشرة النساء باب مسابقة الرجل زوجته رقم (٨٨٩٣)، قال ابن الملقن في البدر المنير (٩/٤٢٤): هذا الحديث صحيح.

(١) نيل الأوطار، للشوكاني (٨/١٠٥).

(٢) المغني، لابن قدامة (٩/٤٦٦).

(٣) فتح الباري، لابن حجر (٦/٧٢).

(٤) الحاوي الكبير، للماوردي (١٥/١٨٢).

المطلب الثالث

أنواع المسابقة.

المسابقة على ضربين؛ مسابقة بغير عوض، ومسابقة بعوض.

فأما المسابقة بغير عوض، فتجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء معين، كالمسابقة على الأقدام، والسفن، والطيور، والبغال، والحمير، والفيلة، والمزاريق، وتجوز المصارعة، ورفع الحجر، ليعرف الأشد، وغير هذا^(١)، وقيد بعض المالكية: الجواز إذا وقعت لغرض صحيح^(٢).

قال صاحب الدر المختار: وأما السباق بلا جعل فيجوز في كل شيء^(٣). وقد نقل الحافظ العراقي إجماع العلماء على ذلك^(٤).

ومما يدل على ذلك مسابقة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفره مع السيدة عائشة^(٥).

وسابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في يوم ذي قرد^(٦)، وسائر المسابقات يقاس على هذا.

(١) الحاوي الكبير، للماوردي، (١٥ / ١٨٢)، المغني، لابن قدامة (٩ / ٤٦٦).

(٢) الفواكه الدواني (٢ / ٣٥٠).

(٣) رد المحتار على الدر المختار (٦ / ٤٠٤).

(٤) طرح الشريب في شرح التقريب، للعراقي (٧ / ٢٤١).

(٥) الحديث صحيح، وقد سبق تخريجه.

(٦) الحديث طويل أخرجه الإمام مسلم كتاب الجهاد والسير باب غزوة ذي قرد وغيرها رقم (١٨٠٧).

فالمسابقة هنا على الأصل في جواز المسابقات في الجملة كما بينا في
المطلب السابق.

وأما المسابقة بعوض، وهي التي يدفع فيها مبلغ من المال، فسوف
أتناولها في أمرين:

الأمر الأول: مجال المسابقة، والأمر الثاني: صور المسابقة.

أما عن الأمر الأول، وهو مجال المسابقة، فقد اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول: لا يجوز العوض إلا في ثلاث: الحافر وهو الفرس،
والخف وهو البعير، والنصل وهو السهم، وهذا ما ذهب إليه المالكية^(١)،
والحنابلة^(٢)، ووجه عند الشافعية^(٣).

واستدلوا بما رواه أبو هريرة، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا سبق إلا
في نصل، أو خف، أو حافر"^(٤).

ووجه الدلالة كما قال ابن قدامة: فنفي سبق في غير هذه الثلاثة.
ويحتمل أن يراد به نفي الجعل، أي لا يجوز الجعل إلا في هذه الثلاثة.
ويحتمل أن يراد به نفي المسابقة بعوض، فإنه يتعين حمل الخبر على أحد

(١) الكافي في فقه أهل المدينة (١/ ٤٨٩)، المقدمات الممهدة (٣/ ٤٧٥).

(٢) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٧)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٧/ ٥٦).

(٣) الأم، للشافعي، (٤/ ٢٤٣)، الحاوي الكبير، للماوردي، (١٥/ ١٨٢)، الوسيط، للغزالي،
(٧/ ١٧٥).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣/ ٢٩) رقم (٢٥٧٤)، والحديث صحيح. ينظر: البدر المنير،
لابن الملقن، (٩/ ٤١٨).

الأميرين، للإجماع على جواز المسابقة بغير عوض في هذه الثلاثة، وعلى كل تقدير فالحديث حجة لنا^(١).

وقال الماوردي: فلما استثناه في الإباحة دل على اختصاصه بالعوض، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض^(٢).

وعلّوه بأنه قوة على أهل الحرب^(٣)، ولأن غير هذه الثلاثة لا يحتاج إليها في الجهاد، كالحاجة إليها، فلم تجز المسابقة عليها بعوض، كالرمي بالحجارة ورفعها^(٤).

القول الثاني: تجوز المسابقة بعوض في كل شيء يعين على الجهاد، وهو قول الحنفية^(٥)، ووجه عند الشافعية^(٦).

أدخل الشافعي كل نصل رمي به من سهم أو نشابة أو ما ينكأ العدو نكائتهما، وكل حافر من خيل وحمير وبغال، وكل خف من إبل بخت أو عراب داخل في هذا المعنى الذي يحل فيه السبق في قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصال"^(٧). فكل ما هو من أسباب الجهاد

(١) المغني، لابن قدامة (٩/٤٦٧).

(٢) الحاوي الكبير، للماوردي، (١٥/١٨٢).

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة (١/٤٨٩)، المقدمات الممهديات (٣/٤٧٥).

(٤) الأم، للشافعي، (٤/٢٤٣)، المغني، لابن قدامة (٩/٤٦٧).

(٥) بدائع الصنائع (٦/٢٠٦).

(٦) الأم، للشافعي، (٤/٢٤٣)، الوسيط، للغزالي، (٧/١٧٥)، نهاية المحتاج، للرملي، (٨/١٦٥).

(٧) الأم، للشافعي، (٤/٢٤٣).

فتعلمه مندوب إليه^(١).

وقال الكاساني الحنفي: ولئن كان لعبا لكن اللعب إذا تعلقت به عاقبة حميدة لا يكون حراما، ولهذا استثنى ملاعبة الأهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهو انبعاث الشهوة الداعية إلى الوطء الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكنى وغير ذلك من العواقب الحميدة^(٢).

وقصد التنصيص في الحديث على المعظم من آلات الجِدِّ، لنفي ما عداها من التقامر على الهُزء واللعب، وما لا خير فيه^(٣).

قال الإمام الغزالي: والمعنى معقول من ذكر هذه الأشياء الثلاثة فيلحق به ما في معناه^(٤). فَحَلَّ بعوض ودونه^(٥).

الرأي الراجح: بعد ذكر أدلة القولين أري: رجحان الرأي الثاني، فكل ما فيه رفعة للدين ونفع للأمة فهو جائز بعوض، ومن ثم لو تحقق المعنى في الألعاب الإلكترونية، كأن كانت تنمي المهارات والابتكارات لدى الأطفال، وتفيد في تعلم الأشياء النافعة فإنه يجوز فيها بذل العوض، والله أعلم.

وأما عن الأمر الثاني، وهو صور المسابقة بعوض فثلاث، على النحو التالي:

الصورة الأولى: أن يدفع الوالي أو غيره - ممن ليس طرفا في المسابقة -

(١) الاختيار لتعليل المختار، (٤/ ١٦٨).

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، (٦/ ٢٠٦).

(٣) نهاية المطلب في دراية المذهب، للجويني، (١٨/ ٢٣٣).

(٤) الوسيط، للغزالي، (٧/ ١٧٥).

(٥) انهاء المحتاج، للرملبي، (٨/ ١٦٥).

مالا يأخذه الفائز في المسابقة دون أن يدفع أحد من المتسابقين شيئاً.

وحكم هذه الصورة على التفصيل التالي: إن كان العوض من الإمام جاز، سواء كان من ماله، أو من بيت المال؛ لأن في ذلك مصلحة وحثاً على تعلم الجهاد، ونفعاً للمسلمين^(١).

وإن كان غير إمام، جاز له بذل العوض من ماله. وبهذا قال أبو حنيفة^(٢)، والشافعي^(٣) وأحمد^(٤). ونقل الإمام ابن قدامة عن الإمام مالك أنه لا يجوز بذل العوض من غير الإمام؛ لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد، فاختص به الإمام لتولية الولايات وتأمير الأمراء^(٥)، وقد بحثت عن هذا القول عند المالكية فلم أجده، والله أعلم.

ودليل الجمهور: أنه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجاز كما لو اشترى به خيلاً وسلاحاً^(٦)، وإن كان المال من غير الإمام فإنه أحق بالجواز^(٧)؛ لأن هذا يتصرف في مال نفسه بالبدل، والإمام بالتنفيل يتصرف فيما غيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك فهذا بالجواز

(١) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٨).

(٢) تحفة الفقهاء (٣/ ٣٤٨).

(٣) الأم، للشافعي (٤/ ٢٤٣)، الحاوي الكبير، للماوردي (١٥/ ١٨٩).

(٤) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٨).

(٥) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٨).

(٦) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٨).

(٧) تحفة الفقهاء (٣/ ٣٤٨).

أولى^(١).

الصورة الثانية: أن يدفع المال أحد المتسابقين فقط ولا يدفع الآخر شيئاً، كما بين ابن قدامة صورتها بقوله: وإذا أراد أن يستبقا، أخرج أحدهما، ولم يخرج الآخر، فإن سبق من أخرج، أحرز سبقه، ولم يأخذ من المسبوق شيئاً، وإن سبق من لم يخرج، أحرز سبق صاحبه^(٢).

وحكم هذه الصورة الجواز عند جمهور الفقهاء^(٣)، وحكي عن مالك قولاً: أنه لا يجوز؛ لأنه قمار، والصورة الجائزة عندهم: أن يخرج أحد المتسابقين إن كانا اثنين أو أحد المتسابقين إن كانوا جماعة جعلاً لا يرجع إليه بحال ولا يخرج من سواه شيئاً، فإن سبق مخرج الجعل كان الجعل للسابق، وإن سبق هو صاحبه ولم يكن معه غيره كان الجعل طعمة لمن حضر، وحجتهم في ذلك: أن هذا مثل أن يخرج الإمام الجعل فيجعله لمن سبق من المتسابقين، فهو مما لا اختلاف فيه^(٤).

واستدل الجمهور بأن أحدهما يختص بالسبق، فجاز، كما لو أخرجه الإمام^(٥)، ولأن الخطر فيه من أحد الجانبين^(٦).

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٠٦)، الحاوي الكبير، للماوردي (١٥/ ١٨٩).

(٢) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٨).

(٣) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٨).

(٤) المقدمات الممهديات (٣/ ٤٧٥)، الشرح الكبير، للدردير (٢/ ٢٠٩)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٤/ ٦٠٩).

(٥) المغني، لابن قدامة (٩/ ٤٦٨).

(٦) تحفة الفقهاء (٣/ ٣٤٨).

وأجابوا على الإمام مالك بأن ما ذكره لا يصح؛ لأن القمار ألا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم، وها هنا لا خطر على أحدهما، فلا يكون قماراً فإذا سبق المخرج أحرز سبقه، ولا شيء له على صاحبه، وإن سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه، وكان كسائر ماله^(١).

الصورة الثالثة: أن يدفع المال كلا المتسابقين ويكون المال في النهاية للفائز. وهذه الصورة حرام إجماع؛ لأنها صورة القمار المحرم في الشريعة^(٢).



(١) المغني، لابن قدامة (٩ / ٤٦٨).

(٢) تحفة الفقهاء (٣ / ٣٤٨)، المقدمات الممهدة (٣ / ٤٧٥)، التاج والإكليل لمختصر خليل (٤ / ٦٠٩).

المطلب الرابع

حكم المسابقات في الألعاب الإلكترونية.

المسابقات في الألعاب الإلكترونية عبارة عن منافسة بين شخصين أو أكثر يمارسون لعبة إلكترونية، وهذه الألعاب إن كانت نافعة وخلت من المخالفات الشرعية تجوز بلا عوض، وأما بعوض فتجوز - كما سبق أن تفصيله في المطلب السابق - بشروط، وهي:

١- أن يتحقق للعبة الإلكترونية أثر في تنمية مهارات الطفل وتربيته على الفضائل.

٢- ألا يكون هناك خطر على كلا الطرفين؛ لأن هذه صورة القمار المحرمة إجماعاً.

٣- ألا يترتب عليها ترك واجب أو فعل محرم.



المبحث الرابع

حكم الاتجار في الألعاب الإلكترونية

من حكمة هذه الشريعة أنها جعلت للعبادات شروطاً، وللعقود شروطاً، وللتبرعات شروطاً؛ لأن هذه الشروط هي التي تضبط ما كانت شرطاً فيه، وإلا صارت المسألة فوضى، فالشروط من ضرورات انتظام الأحكام؛ ولهذا كان للبيع شروط، وللإجارة شروط، وللوقف شروط، وللرهن شروط، وهلم جرا حتى تنضبط الأحكام والعقود.

والشروط التي ذكرها الفقهاء في صحة البيع باختصار، منها في العاقد، وهو أن يكون عاقلاً مميزاً، ومنها في الصيغة، وهو أن يكون بلفظ الماضي، ومنها في المحل وهو أن يكون مالا متقوماً - أي أن يكون مما أباح الشارع الانتفاع به -، وأن يكون مقدور التسليم، ومنها التراضي. ومنها شرط النفاذ، وهو الملك أو الولاية^(١).

فكون العين مباحة النفع، شرط لصحة البيع بلا خلاف، كما نص في المجموع^(٢).

وهذا الشرط يقتضي أمرين:

الأول: أن يكون فيها نفع.

(١) البناية شرح الهداية (٣/٨)، رد المحتار على الدر المختار (٥٠٤/٤ وما بعدها)، الشرح الكبير على متن المقنع، لابن قدامة (٥/٤ وما بعدها)، بداية المجتهد، لابن رشد الحفيد (١٨٧/٣ وما بعدها)، مواهب الجليل (٢٦٣/٤ وما بعدها).

(٢) المجموع، للنووي (٢٣٩/٩).

الثاني: أن يكون النفع مباحاً.

فخرج بمباحة النفع: محرمة النفع، مثل آلات اللهو، فإنه لا يجوز بيعها؛ لأن منفعتها محرمة، وكذلك الخمر؛ لأن منفعتها محرمة. وخرج بأن يكون فيها نفع، ما لا نفع فيه كالحشرات، فلا يصح بيعها؛ لأنه لا يعد مالا فأخذ المال في مقابلته ممتنع؛ للنهي عن إضاعة المال وعدم نفعه^(١).

قال الحطاب المالكي: يشترط في المعقود عليه أن يكون منتفعا به، فيجوز بيع المنتفع به لا ما لا منفعة فيه فلا يجوز العقد به، ولا عليه^(٢).

والألعاب الإلكترونية من حيث الأصل مباحة كما سبق أن بينا، ومن خلال شرط الفقهاء في المعقود عليه وهو أن يكون منتفعا به يتبين حكم الاتجار فيها، فإن تحقق فيها النفع، وكانت خالية من المفسد والمضار يجوز البيع والشراء، وإن كانت عديمة النفع فلا يحل الاتجار فيها، أما إذا اشتملت على مفسد ومخاطر كأن كانت تحتوي على مظاهر شركية أو تؤدي إلى الانتحار أو القتل أو تنشر الإباحية وغير ذلك فلا يحل بيعها ولا تأجيرها - كما هو الحال في اللعبتين التي ذكرنا سابقا - وبذل المال في مقابلتها سفه وتبذير، وأخذ ثمنه آكل لأموال الناس بالباطل، كما أن في الاتجار فيها تعاون على المعصية، والله تعالى يقول: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّوَدُّانِ﴾^(٣).

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٩/٢)، مغني المحتاج (٣٤٢/٢).

(٢) مواهب الجليل (٢٦٣/٤، ٢٦٥).

(٣) سورة المائدة، جزء من الآية رقم (٢).

المبحث الخامس

أثر القواعد الفقهية في ضبط الألعاب الإلكترونية

للقواعد الفقهية أثر كبير في الألعاب الإلكترونية، ما ظهر منها وما يستجد، حيث ضببت التعامل معها من حيث بيان حكمها ابتداءً، وما هو ضابط الألعاب التي تحقق مصلحة وفي نفس الوقت اشتملت على بعض المفسد، وكيف يطوع الإنسان حياتها لله حتى مع اللعب والترفيه، وهذا هو الأصل كما قال الله تعالى: قل إن صلاتي ونسكي، وقد اخترت بعض القواعد الفقهية التي نص عليها السادة الفقهاء في كتبهم، والتي لها تعلق كبير بموضوع بحثنا، وسألتي نظرة مختصرة حول القاعدة وبيان أثرها في الألعاب الإلكترونية.

القاعدة الأولى: الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم^(١).

هذه القاعدة عامة وتشمل الأقوال والأفعال والأعيان والمنافع، فالأصل الإباحة شريطة أن تكون هذه الأشياء مما ينتفع بها ولا يقترن بها ما يخالف مبادئ الشريعة وقيمها فتحرم حينئذ؛ لما اقترن بها من مضار.

قال ابن قدامة بعد أن تحدث عن المسابقة المشروعة: وسائر اللعب، إذا لم يتضمن ضرراً، ولا شغلا عن فرض، فالأصل إباحته^(٢).

أثر القاعدة في الألعاب الإلكترونية: من خلال هذه القاعدة نستطيع أن

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٠)، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد (١/ ١٤١).

(٢) المغني، لابن قدامة (١٠/ ١٥٣).

نحكم على الألعاب الإلكترونية وسائر اللعب، فإن لم تشتمل على أضرار ومخالفات فهي مباحة، وإن اشتملت على أضرار بالنفس أو العقل أو المال أو الغير، أو شغلت الإنسان عن واجباته الخاصة والعامة، فتحرم.

القاعدة الثانية: لا ثواب إلا بنية.

هذه القاعدة جعلها الإمام ابن نجيم الحنفي أولى القواعد الكلية الكبرى، وهي ست عنده^(١)، ومن الفقهاء من جعلها ضمن قاعدة: الأمور بمقاصدها، لتكون القواعد الكبرى خمس^(٢).

والمقصود بهذه القاعدة: بيان أن الأعمال من قول وفعل تنبني - من حيث آثارها المترتبة عليها - على المقصود من ذلك العمل، ونية العامل، فالعبادات - من حيث الجملة - لا تصح ولا تجزئ إلا مقترنة بالنية، ولا ثواب عليها إلا على أساس النية.

والعمل المباح قد يثاب عليه الإنسان إذا ما أحسن نيته فيه، وقد يعاقب إذا أساء نيته، واللفظ لا يدل على معناه إلا إذا اقترن بنية ذلك المعنى^(٣).

والثواب في القاعدة المراد به الأخرى، وقد نقل الإمام ابن نجيم الإجماع على ذلك^(٤).

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص ١٧).

(٢) الأشباه والنظائر، للسبكي (١ / ٥٤)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٤٩)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب، د. محمد مصطفى الزحيلي (١ / ٦٣).

(٣) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد (١ / ١٩٧).

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص ١٧).

وأثر هذه القاعدة في الألعاب الإلكترونية واضح، فإذا مارسها الإنسان - شريطة أن تخلو من المخالفات الشرعية - بنية التقرب إلى الله تعالى من بناء المهارات الذهنية، أو من أجل التعليم، أو غرس القيم النافعة والتربوية، أو حتى الترفيه عن النفس حتى تعاود نشاطها، وغير ذلك من النيات الصالحة فإنه يثاب عليها.

القاعدة الثالثة: الضرر يزال.

هذه القاعدة إحدى القواعد الكلية الكبرى، ومن العلماء من يسميها "لا ضرر ولا ضرار"^(١)، وهذا نص الحديث الشريف الدال عليها، كما ورد عن ابن عباس، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا ضرر ولا ضرار"^(٢). ومعناها أن كل ضرر يجب إزالته قبل وقوعه وبعد وقوعه، فليس للإنسان أن يضر نفسه أو يضر غيره.

أثر القاعدة في الألعاب الإلكترونية: تنطبق هذه القاعدة على الألعاب الإلكترونية من جهة الأضرار التي تسببها هذه الألعاب، فإذا كان لها أضرار بالدين من مخالفات عقدية كرفع الصلبان أو النيل من الأديان أو الاستهزاء بالمقدسات، أو أضرار بالنفس من الاعتداء عليها بالقتل (الانتحار) أو الوشم أو تمزيق الجسد، أو إضرار بالعقل أو المال، أو إضرار بالغير، أو على مستوى القيام بالواجبات الشرعية والأسرية؛ أو كان الإضرار بالغير كالتجسس

(١) الأشباه والنظائر، للسبكي (١ / ٤١)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه رقم (٢٣٤١)، وأحمد في مسنده رقم (٢٨٦٥)، وغيرهما من

حديث ابن عباس، والحديث صحيح. نصب الراية، للزيلعي (٤ / ٣٨٤).

أو الاعتداء بأي نوع آخر، فإنه عندئذ يجب منعها تطبيقاً للقاعدة.

القاعدة الرابعة: درء المفساد أولى من جلب المصالح.

هذه القاعدة نص عليها الفقهاء^(١)، وهي من القواعد الهامة إذ الأصل أن الشريعة جاءت لجلب المنافع، ودرء المفساد في معظم المسائل، لكن في كثير من الأحيان تشتمل الأشياء التي يحتاجها الناس على مضار، فيتحصل في الشيء الواحد تعارض بين المصالح والمفساد فأيهما يقدم؟ والإجابة في هذه القاعدة لتكون عامة في جميع شؤون الحياة.

ومعنى القاعدة كما قال الإمام السيوطي: فإذا تعارض مفسدة ومصالحة قدم دفع المفسدة غالباً؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، ولذلك قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"^(٢)»^(٣).

أثر هذه القاعدة في الألعاب الإلكترونية: أي لعبة الكترونية اشتملت على فائدة - كما سبق وتحدثنا عن الجوانب الإيجابية للألعاب الإلكترونية - وفي نفس الوقت اشتملت على مفسد، فإننا نغلب دفع المفسدة على جلب المصلحة ونحكم حينئذ بعدم إباحتها.

(١) الموافقات، للشاطبي (٦/ ٤٤٦)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٨٧).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة باب الاقتداء بسنن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رقم (٧٢٨٨)، ومسلم في الفضائل باب توقيره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وترك إكثار سؤاله مما لا ضرورة إليه رقم (١٣٣٧).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٨٧).

القاعدة الخامسة: الوسائل لها أحكام المقاصد.

المقاصد الشرعية هي جملة ما أراده الشارع الحكيم من مصالح تترتب على الأحكام الشرعية، كمصلحة الصوم والتي هي بلوغ التقوى، ومصلحة الجهاد التي هي در العدوان والذب عن الأمة، ومصلحة الزواج والتي هي غض البصر وتحسين الفرج وإنجاء الذرية وإعمار الكون، وهذه المصالح كثيرة ومتنوعة، وهي تجمع في مصلحة كبرى وغاية كلية هي تحقيق عبادة الله، وإصلاح المخلوقين وإسعاده في الدنيا والآخرة^(١).

وهذه القاعدة ذكرها الإمام القرافي وغيره^(٢)، وقال في بيانها: وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطة^(٣).

فإذا كان المقصود الأصلي مباحا كانت وسيلته وما يحصل تبعاً له مباحا كذلك، ولا ريب أن حكم هذه القاعدة يجب أن يقيد بعدم مخالفة النص أو

(١) علم المقاصد الشرعية، نور الدين الخادمي (ص ١٧).

(٢) الفروق، للقرافي (٢ / ٣٣)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعزبن عبد السلام (١ / ٥٤)، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد (٢ / ٥٩٨).

(٣) الفروق، للقرافي (٢ / ٣٣).

الإجماع^(١).

أثر القاعدة في الألعاب الإلكترونية: الألعاب الإلكترونية وسيلة لمقصود، وأن هذه الوسيلة يحكم عليها في ضوء ما تؤول إليه من نتائج ومآلات ومقاصد، فلننظر للمقصود وبقدره نستطيع أن نحكم على الوسيلة، فإن كانت اللعبة الإلكترونية لها جوانب إيجابية عدة كتعليم أو تربية قيم ومبادئ بصورة مسلية وجذابة، أو تنمية المهارات ومن ثم انتاج جيل قوي ونافع فإنه يحكم عليها بالجواز والإذن في التناول، وإذا آلت إلى خلاف ذلك فالحكم يكون المنع والتحریم، كأن تؤول إلى مفسد بصرية وبدنية، أو مفسد فكرية وسلوكية، أو مفسد على صعيد التنمية الحقيقية للمجتمع المعرفي والمدني.

القاعدة السادسة: العبرة للغالب الشائع لا النادر^(٢).

تعددت ألفاظ هذه القاعدة عند الفقهاء فعند الإمام القرافي: اللاحق بالغالب دون النادر^(٣). وأوردها البعض على صيغة الاستفهام: (النادر هل يلحق بالغالب)^(٤).

وهي إحدى قواعد الفقه الإسلامي التي تراعي الأغلب أو الغالب في إطلاق الأحكام وتقريرها وترجيحها، ومعناها: أن العبرة للغالب الشائع لا

(١) القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد (٢/ ٥٩٨).

(٢) شرح القواعد الفقهية، للزرقا (٢٣٥).

(٣) الفروق، للقرافي (٣/ ٢٣٠).

(٤) المنشور في القواعد الفقهية، للزركشي (٣/ ٢٤٣).

للنادر، فلو بني حكم على أمر غالب فإنه يبنى عاما، ولا يؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد أو في بعض الأوقات^(١)، هذا هو الأصل، ولا تبنى الأحكام على الشيء النادر القليل، إلا في بعض الحالات استثناء^(٢).

أثر القاعدة في الألعاب الإلكترونية: أن المراعى في الحكم على الألعاب الإلكترونية الغالب فيها، كأن يكون الغالب فيها التثقيف والترفيه، مع ما يوجد فيها من يسير الإرهاق البدني والإنفاق المالي والانزواء عن الجو الأسري والمحيط الاجتماعي، فهذا اليسير قد يُعفى عنه ولا يتلفت إليه، ويستثنى من هذه القاعدة مجال الاعتقاد والتدين والأخلاق والدماء والأعراض، فلا يجوز التغاضي عن اليسير والتهاون فيه، كأن يتهاون في يسير المس من العقيدة الإسلامية أو الأحكام الشرعية ومن الدماء والأعراض والأخلاق، فإن هذه المجالات لا يجوز فيها بأي حال من الأحوال التعدي والتفريط، ومعلوم أن الألعاب الإلكترونية التي تحوي شيئا من هذا، كاحتوائها على الاستهزاء بالرسول والثوابت، أو دعوتها إلى التقاتل والتنازع، أو تكريسها لحالات الرذيلة والتهاون في الفضيلة، فلا شك أن هذا اليسير غير معفو عنه.

وفي ختام هذا المبحث أقول: هناك قواعد فقهية أخرى لها أثرها في استخراج حكم الألعاب الإلكترونية، وضبطها، وقد اكتفيت بهذه القواعد نظرا

(١) شرح القواعد الفقهية، للزرقا (ص ٢٣٥).

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب، د. محمد مصطفى الزحيلي (١/ ٣٢٥)، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد (٢/ ٦٢١).

لطبيعة البحث، وأرجو أن أكون قد وفقت في توضيح بيان أثر القواعد الفقهية في ضبط الألعاب الإلكترونية؛ لتكون بمثابة ضوابط عامة لجميع الألعاب الإلكترونية مما هو موجود بين أيدينا، أو ما يخرج علينا في المستقبل.



الخاتمة

أولاً: أهم النتائج:

وفي ختام البحث بعد أن تناولت نظرة الإسلام للمرح واللعب، وبيان الجوانب الإيجابية والسلبية للألعاب الإلكترونية، وتحدثت عن الألعاب التي تشمل على الميسر، وحكم المنافسة في الألعاب الإلكترونية تبين أن الأصل في الألعاب الإلكترونية الإباحة، ويتغير حكمها بما يترتب عليها من آثار وما يصحبها من منافع أو مضار، فإن خلت من المضار والمخالفات الشرعية وكانت نافعة للطفل أو الشاب كتنمية المهارات الذهنية والتعليمية، والابتكارات فهي مطلوبة ومندوبة، كما يتصور هذا النذب في تلهية الطفل عن الاشتغال ببعض الأعمال التي قد تركز فيه الاستخفاف بالوقت والخلود إلى الدعة والبطالة، أو تلهيته عن الخروج إلى الشارع والتقاط بعض المساوي القولية والسلوكية، كما يتصور هذا النذب أيضاً في الترويج عن النفس وتجديد النشاط ودرء الملل الذي قد يكدر النفس ويشوش على الذهن، وكذا لو كان لها دور في تنمية اقتصاد الأمة، أو تربي ملكات اختراع عند الشباب، أو كانت مطلوبة كعلاج لتنشيط الذاكرة في بعض الحالات الذين يعانون من اعاقات ذهنية، أو المحتاج إلى الاشتغال بها ليصرف عن الاشتغال بما هو محرم بالتسبب أو المباشرة.

فإن اشتملت على مضار ومخالفات للشريعة الإسلامية فعندئذ تحرم؛ للأمر باجتنب ما نهى عنه، ومن ذلك:

- الألعاب التي تضر بالعقيدة الإسلامية، كالتناول على الذات العلية،

أو نسبة الخلق والاحياء والإماتة لغير الله، أو بيان عجز الله تعالى عن فعل شيء، أو احتقار ما أمر الله بتعظيمه، كالقرآن الكريم وسنة النبي ونقلتها من الصحابة والتابعين.

- الألعاب التي تعمل على نشر الرذيلة في المجتمع كشرب الخمر والعشق والزنا، وغير ذلك.

- الألعاب التي تشتمل على الإضرار بالنفس كالانتحار أو الأمراض النفسية والعصبية أو العضوية كالتأثير على البصر أو العمود الفقري أو نحوها، وكذا التي تضر بالغير، كالتجسس وأخذ مال الغير أو الإيذاء بصوره المختلفة.

- الألعاب التي تشتمل على الميسر أو إضاعة المال في ثمنها بصورة تصل إلى حد الإسراف.

ثانياً: التوصيات:

معظم الألعاب الإلكترونية - إن لم يكن جميعها - يتم استيرادها من الخارج، وهي مفروضة علينا فرضاً، ولذلك أوصي بما يلي:

- على المدارس والمؤسسات التعليمية الأخرى وكذلك على الأسرة استغلال هذه الظاهرة المسلية للأبناء في اختيار ألعاب مسلية وتعليمية في نفس الوقت يمكن الاستفادة منها في تقوية المهارات اللغوية العربية والانكليزية فضلاً عن الاتجاه إلى الألعاب التي تقوي الذاكرة والخيال والإبداع، وذلك في حدود ثوابتنا الدينية وخصوصيتنا الثقافية.

- على الأسرة ألا تترك الحرية كاملة لأبنائها في ممارسة الألعاب متى

وأين وكيف شاءوا بل يجب أن تحدد أوقات اللعب وكذلك نوع الألعاب يجب اختيارها بدقة حتى نحقق تنشئة سليمة لأبنائنا.

- العمل من قبل الجهات المختصة على استحداث بديل يتماشى مع قيمنا ومبادئنا، ويقوم بدوره التربوي والتعليمي، والاقتصادي في نفس الوقت.

- على الأجهزة الرقابية أن تمنع بيع وتداول بعض الألعاب غير اللائقة والتي لا تنسجم مع مجتمعنا أو التي يراد منها تشويه تراثنا أو بث أفكار العولمة الغربية التي لا تنسجم وقيمنا وديننا.

- على الإنسان أن يعمر وقته بما يعود عليه بالنفع في دينه ودنياه، فإن المرء مسؤول عن وقته، فعن أبي برزة الأسلمي، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه، وعن علمه فيم فعل، وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفقه، وعن جسمه فيم أبلاه"^(١).

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين



(١) أخرجه الترمذي في سننه رقم (٢٤١٧) وقال: هذا حديث حسن صحيح، والحديث صححه الهيثمي في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (٣٤٦ / ١٠).

المصادر والمراجع^(١)

- الموقع الرسمي لدار الإفتاء المصرية، الرقم المسلسل (٤٢٩٥)، التاريخ: ٢٠١٨/٤/٢ م.
- أثر الألعاب الإلكترونية عبر الهواتف الذكية، أميرة مشري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في علوم الإعلام، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة العربي بن مهيدي، الجزائر، ٢٠١٧ م.
- أثر ممارسة بعض الألعاب الإلكترونية في السلوك العدواني للباحثة: دلال عبد العزيز الحشاش (بحث تكميلي ماجستير في التربية) إشراف أ. د: محمد صالح الإمام، كلية الدراسات التربوية العليا، جامعة عمان، ٢٠٠٨ م.
- أحكام المسابقات في الفقه الإسلامي، د. خليفة الجابري، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الرقم الجامعي (٩٩٢٠١٠٤٠١٣)
- إحياء علوم الدين للغزالي، ط. دار المعرفة - بيروت.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، شيخ الإسلام زكريا الانصاري، ط. دار الكتاب الإسلامي، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
- الأشباه والنظائر، لتاج الدين السبكي ط. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.
- الأشباه والنظائر، للسيوطي، ط. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
- الألعاب الالكترونية .. ايجابياتها لأطفالنا وماهي الأضرار المترتبة عليها،

(١) المصادر والمراجع مرتبة هجائياً.

- د. عائشة بلهيش العمري، مقال نشر بتاريخ: ٢٥ سبتمبر ٢٠١٥ م.
- الألعاب الإلكترونية خطر غفلنا عنه يهدد الأسرة والمجتمع، د. فهد بن عبد العزيز الغفيلي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ١٤٣١ هـ.
- الألعاب الإلكترونية وتأثيرها على الطفل في ظل جائحة فيروس Covid - 19، الناشر: المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية.
- الانعكاسات التربوية لاستخدام الأطفال للألعاب الإلكترونية، أ.د. ماجد محمد الزيودي، مجلة جامعة طيبة، كلية التربية، جامعة طيبة، المجلد (١٠)، العدد (١)، رجب ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥ م.
- الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ط. دار المعرفة - بيروت، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م.
- الاختيار لتعليل المخترار، لمجد الدين عبد الله بن مودود الموصلي، ط. مطبعة الحلبي - القاهرة، ١٣٥٦ هـ - ١٩٣٧ م.
- إيجابيات وسلبيات الألعاب الإلكترونية ودوافع ممارستها، د. عبد الله بن عبد العزيز الهدلق، نشر شبكة الألوكة.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، ط. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن، ط. دار الهجرة للنشر، الرياض - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
- البناية شرح الهداية لبدر الدين العيني، ط. دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
- البيان، للعمراني، ط. دار المنهاج - جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م.
- البيان والتحصيل، لابن رشد القرطبي، ط. دار الغرب الإسلامي، بيروت -

- لبنان، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م.
- التاج والإكليل، للمواق المالكي ط. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٤م.
- الجامع المسند الصحيح المختصر (صحيح البخاري)، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ط. دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ط. دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
- الحاوي الكبير، للماوردي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- الذخيرة، للقرافي، ط. دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- السنن الكبرى، للنسائي، ط. مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- الشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة، ط. دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
- الشرح الكبير، للدردير، ط. دار الفكر.
- الصحاح تاج اللغة، للجوهري، ط. دار العلم للملايين - بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
- الفروق اللغوية للعسكري، ط. دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر.
- الفروق، للقرافي، ط. عالم الكتب.
- الفواكه الدواني، لشهاب الدين أحمد بن غانم النفاوي، ط. دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب، د. محمد مصطفى الزحيلي، ط. دار

- الفكر - دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.
- القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد، الناشر: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م.
- القوانين الفقهية، لابن جُزَي الكلبى، تحقيق أ.د: محمد بن سيدي محمد مولاي.
- المبسوط، للسرخسي، ط. دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
- المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ط. دار الفكر.
- المسابقات في الألعاب الإلكترونية، أسماء عبد المهدي المصري، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، مجلد (٢٧) عدد ٤ (٢٠١٩ م).
- المسابقات وأحكامها في الشريعة الإسلامية، د. سعد بن ناصر الشثري، ط. دار العاصمة، دار الغيث، ط ١ ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- المسند الصحيح المختصر (صحيح مسلم)، لمسلم بن الحجاج النيسابوري، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- المصباح المنير، للفيومي، ط. المكتبة العلمية - بيروت .
- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الناشر: دار الدعوة.
- المغني، لابن قدامة المقدسي، ط. مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م.
- المقدمات الممهّدات، ابن رشد القرطبي، ط. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
- المنثور في القواعد الفقهية، للزركشي، الناشر: وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للنووي ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢ هـ.

- الموافقات، للشاطبي، ط. دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- الموقع الرسمي لصحيفة اليوم السابع، الأربعاء، الرابع من أبريل ٢٠١٨م.
- الميسر والقمار المسابقات والجوائز، رفيق المصري، ط. دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ط ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- الميسر والقمار حقيقته وصوره المعاصرة للباحث: أحمد إبراهيم قيروز، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، ط ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م.
- الوسيط في المذهب، للإمام أبي حامد الغزالي، ط. دار السلام - القاهرة، ط ١، ١٤١٧هـ.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد الحفيد، ط. دار الحديث - القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لأبي بكر الكاساني، ط. دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي الحنفي ط. المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
- تحفة الفقهاء، لمحمد بن أحمد السمرقندي، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- تهذيب اللغة، للأزهري، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- حاشية البجيرمي على الخطيب، ط. دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ط. دار الفكر - بيروت، الطبعة

- الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- سبل السلام، لعز الدين محمد بن إسماعيل الصنعاني، ط. دار الحديث.
- سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ط. دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
- سنن أبي داود، ط. المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
- سنن الترمذي، ط. شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، لشمس الدين الزركشي، ط. دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- شرح القواعد الفقهية، للزرقا، دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- شرح صحيح البخاري لابن بطال، ط. مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشى، ط. دار الفكر - بيروت.
- طرح الشريب في شرح التقريب، للعراقي، الطبعة المصرية القديمة - وصورتها دور عدة منها: دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، ودار الفكر العربي.
- ظاهرة انتشار الألعاب الإلكترونية، مرشح مؤيد حسن، مجلة إضاءات موصلية، العدد (٧٥)، شوال ١٤٣٤هـ، سبتمبر ٢٠١٣م.
- علم المقاصد الشرعية، نور الدين الخادمي، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، لبدر الدين العيني، ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.

- فتاوى اللجنة الدائمة، المجموعة الأولى، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، ط. دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ.
- فتح الباري، لابن رجب، ط. مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة النبوية، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- فيض القدير، للمناوي، ط. المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٥٦هـ.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، وصورتها دور عدة مثل: دار الكتب العلمية - بيروت، ودار أم القرى - القاهرة.
- كشف المشكل من حديث الصحيحين لابن الجوزي، ط. دار الوطن - الرياض.
- لسان العرب، لجمال الدين بن منظور، ط. دار صادر - بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، للهيتمي، ط. مكتبة القدسي، القاهرة، ١٤١٤ هـ، ١٩٩٤ م.
- مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، لأبي الحسن الملا الهروي القاري، ط. دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- مستوى ممارسة الألعاب الإلكترونية وعلاقتها بالعزلة الاجتماعية، كرام محمد يوسف، بحث تكميلي ماجستير، كلية العلوم التربوية والنفسية، جامعة عمان العربية.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط. مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ -

- ٢٠٠١ م.
- معالم السنن، للخطابي، ط. المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م.
- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
- مغني المحتاج، للخطيب الشربيني، ط. دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد عlish، ط. دار الفكر - بيروت، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب الرُّعيني المالكي، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م.
- نصب الراية لأحاديث الهداية، للزيلعي، ط. مؤسسة الريان - بيروت - لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- نهاية المطلب، للجويني، ط. دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
- نيل الأوطار، لمحمد بن علي الشوكاني، ط. دار الحديث - مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.



فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٢٦٥	ملخص البحث
٢٦٧	المقدمة
٢٧٢	التمهيد: نظرة الإسلام للعب والترفيه.
٢٨١	المبحث الأول: التعريف بالألعاب الإلكترونية، وبيان حكمها .
٢٨٢	المطلب الأول: تعريف الألعاب الإلكترونية .
٢٨٥	المطلب الثاني: أنواع الألعاب الإلكترونية .
٢٨٧	المطلب الثالث: الجوانب الإيجابية والسلبية للألعاب الإلكترونية .
٢٩٢	المطلب الرابع: الحكم العام للألعاب الإلكترونية .
٢٩٤	المطلب الخامس: نماذج من الألعاب الإلكترونية وحكمها.
٣٠٣	المبحث الثاني: الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر .
٣٠٤	المطلب الأول: تعريف الميسر.
٣٠٦	المطلب الثاني: أركان الميسر.
٣٠٧	المطلب الثالث: حكم الميسر.
٣١٠	المطلب الرابع: حكم الألعاب الإلكترونية المشتملة على الميسر.
٣١١	المبحث الثالث: المسابقات في الألعاب الإلكترونية .
٣١١	المطلب الأول: تعريف المسابقة.
٣١٣	المطلب الثاني: الحكم العام للمسابقة.
٣١٦	المطلب الثالث: أنواع المسابقة.
٣٢٣	المطلب الرابع: حكم المسابقات في الألعاب الإلكترونية.
٣٢٤	المبحث الرابع: حكم الاتجار في الألعاب الإلكترونية.

المبحث الخامس: أثر القواعد الفقهية في ضبط الألعاب الإلكترونية.....	٣٢٦
الخاتمة.....	٣٣٤
المصادر والمراجع.....	٣٣٧
فهرس الموضوعات.....	٣٤٥



نوازل الصلاة المتعلقة بالتدابير الوقائية من فيروس كورونا دراسة فقهية مقارنة

إعداد

د. عبد الرحمن محمد البالول

مدرس منتدب بالهيئة العامة

للتعليم التطبيقي والتدريب بدولة الكويت

نوازل الصلاة المتعلقة بالتدابير الوقائية من فيروس كورونا "دراسة فقهية مقارنة"

عبد الرحمن محمد البالول

الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب، الكويت، الكويت

البريد الإلكتروني: Dr.a.albaloul@gmail.com

ملخص البحث:

اكتشف في كانون الأول، ديسمبر ٢٠١٩م بمدينة (ووهان) الصينية، فيروس كورونا السبب لمرض كوفيد - ١٩، (COVID-19)، وهو مرض معدٍ يأتي على صورة التهاب رئوي حاد، يهاجم الجهاز التنفسي للإنسان، وتتراوح حدته وخطورته من نزلات البرد العادية، إلى الوفاة بحسب حالة الشخص المصاب؛ لاسيما عند كبار السن، والأشخاص الذين يعانون من الأمراض المزمنة، أو نقص المناعة. وقد أصدر الأطباء الثقات في شتى المنظمات الطبية توصياتهم الوقائية لمواجهة هذا الفيروس، ومن هذه التوصيات ما يؤثر على صلاة الإنسان، كغسل اليدين بالمعقمات الكحولية، وعدم تسوية الصفوف في صلاة الجماعة، وتغطية الأنف والشم في الصلاة، للحد من انتشار المرض بين الناس. فجاءت هذه الدراسة؛ لبيان ما يتعلق بهذه الاحترازاات من أحكام فقهية، يراعى من خلالها مقاصد الشرع المتعلقة بحفظ النفس، ودفع الأذى عن الناس.

الكلمات المفتاحية: فيروس كورونا، كوفيد-١٩، مقاصد الشريعة،

أحكام الصلاة الفقهية، التدابير الوقائية، نوازل

Ways to prevent Coronavirus and how they affect prayer

Jurisprudential and Objective-Oriented Study

Abdulrahman Mohammad Al-Baloul

General Authority for Applied Education and Training Kuwait
City, Kuwait

Email: Dr.a.albaloul@gmail.com

Abstract:

Coronavirus that causes Covid-19 disease was discovered in December 2019 in Wuhan, the Chinese city. Covid-19 is a contagious disease as an acute pneumonia that attacks human's respiratory system. The severity and seriousness of the disease range from regular colds to death depending on the condition of the infected person, particularly in the elderly and people with chronic diseases or immunodeficiency. Doctors in various medical institutions have declared their preventive recommendations to confront this virus, and some of these recommendations affect the prayer, such as washing hands with alcoholic disinfectants and not straightening the rows in congregational prayer and covering the nose and mouth during prayer, in order to reduce the spread of the disease among people. Accordingly, this study discusses the jurisprudential judgements related to these precautions, in which the purposes of Sharia (Islamic law) related to protecting people are taken into account.

Keywords: Coronavirus, Covid-19, Sharia Purposes, Prayer rulings, Preventive Measures, New developments.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وعلى آله وصحبه أجمعين، ثم أما بعد:

فإن الله تبارك وتعالى أنزل الكتاب والسنة لبيان الأحكام وهداية الناس للطريق المستقيم، وقد جعل سبحانه لأحكام الشريعة مقاصد تجلب المصلحة للناس، وتدفع الضرر عنهم، وهي باستقراء العلماء خمسة: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال^(١)، فكل ما يصون هذا الخمسة ويحفظها مقصد شرعي معتبر، وكل ما يضر بها بغير حق مردود في الشريعة؛ لما دلت عليه النصوص والقواعد العامة.

وقد جاءت هذه الدراسة؛ لتتناول الأحكام الفقهية والمقاصدية لطرق الوقاية المتعلقة بفيروس كورونا، المسبب لمرض كوفيد - ١٩ وآثارها على الصلاة، فمسألة البحث من المسائل المعاصرة الحديثة، وينبغي لكل باحث أو فقيه فهم الواقع قبل تنزيل الأحكام عليه، وذلك لا يكون إلا بالعلم بما استقر عليه أهل البصيرة^(٢) في الواقعة؛ قال ابن القيم: "ينبغي الاستعانة في

(١) المستصفي، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، تحقيق: محمد عبد السلام، (لبنان: دار الكتب العلمية)، ط ١، (١٧٤/١).

(٢) أهل البصيرة: "أي أهل النظر، والمعرفة في قيمة ذلك الشيء"، رد المحتار على الدر المختار شرح الأبصار، ابن عابدين، محمد أمين، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٩٩٤م): (٧١٨/٦).

كل علم وصناعة بأحذق من فيها فالأحذق" (١).

وهذا ما عمدت الدراسة إليه؛ وذلك من خلال فهم المسألة كما قررها الأطباء المختصين، ثم بيان التأصيل الفقهي لما يتعلق بها من أحكام، وبيان الراجح منها، مع مراعاة مقاصد الشرع التي حث الله تبارك وتعالى على صونها، والعمل بمقتضاها.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الدراسة في حاجة المجتمع الإسلامي لمعرفة أحكام النوازل الفقهية المتعلقة بالصلاة، لا سيما في زمن انتشار الأمراض والأوبئة المعدية.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في بيان أحكام النوازل الفقهية للصلاة؛ المتعلقة بالتدابير الوقائية لفيروس كورونا.

أسئلة البحث:

- ١- ما المقصود بفيروس كورونا، ومرض كوفيد - ١٩.
- ٢- ما الأعراض الدالة على إصابة الإنسان بهذا المرض؟ وما آثار ذلك على الفرد والمجتمع؟
- ٣- ما طرق الوقائية الموصى بها من قبل المنظمات الطبية للوقاية من

(١) زاد المعاد، ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الكويت: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية (١٤١٥هـ / ١٩٩٤م)، ط٢٧ (٤/١٢١).

فيروس كورونا، وما آثارها الفقهية على الصلاة؟

٤- ما أثر استخدام المطهرات الكحولية على الصلاة؟ وما حكم الصلاة مع عدم تسوية الصفوف، وحكم تغطية الأنف والفم في الصلاة، ومنع المصلين من الجمعة والجماعات في المساجد؛ في زمن انتشار فيروس كورونا المسبب لمرض كوفيد - ١٩؟

أهداف البحث:

- ١ - بيان مفهوم فيروس كورونا، ومرض كوفيد - ١٩.
- ٢ - بيان آثار طرق الوقاية المتعلقة بفيروس كورونا، وأثرها على الصلاة.
- ٣ - ربط المسائل الفقهية المعاصرة بأصول الشرع ومقاصده الرئيسة.
- ٤ - إبراز دور الفقهاء وتأصيلاتهم الشرعية؛ لا سيما في مسائل النوازل الفقهية المتعلقة بحفظ الدين، والنفس.
- ٥ - استقراء أقوال العلماء في مسألة البحث، بغية تحليلها والإستفادة منها.

منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث على المنهج الوصفي، والتحليلي، والمقارن، وذلك على النحو الآتي:

- ١ - المنهج الوصفي: وذلك من خلال بيان ما ذكرته المنظمات الطبية عن المرض، والآثار المترتبة عليه، وهو منهج تقريرى بينت من خلاله الأقوال وما يترتب عليها من أحكام.
- ٢ - المنهج التحليلي: تناولت من خلاله المسألة كما نص عليها علماء

الطب، فعرضت أقوالهم المتعلقة بالمرض، وبينت الآثار، والاحترازمات الموصى بها من قبلهم، ثم بيان الأثر الفقهي والمقاصدي المتعلق بهذه الأمور.

٣ - المنهج المقارن: ومن خلاله عرض الباحث أقوال الفقهاء المتعلقة بالمسألة، مع بيان أدلتهم ووجه الدلالة منها، ثم المناقشة، وردود بعضهم على بعض، وأذكر في نهاية المقارنة ترجيح الباحث، مع أسباب الترجيح.

الدراسات السابقة:

تناول موضوع البحث العديد من الدراسات؛ منها المنشور في المجالات العلمية، ومنها الآراء المعلنة في وسائل التواصل ونحوها، ومنها على سبيل المثال لا الحصر الآتي:

١- نوازل الصلاة المتعلقة بجائحة كورونا المستجد (COVID_19) دراسة فقهية تأصيلية، د. عبدالرحمن حمود المطيري، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مايو ٢٠٢٠م.

تناول البحث موضوع إغلاق الدولة للمساجد لسبب انتشار فيروس كورونا، فبين الباحث من خلاله أقوال المعاصرين بالمسألة وأدلتهم، ثم توصل إلى عدم جواز إغلاق المساجد، ومنع الناس من الصلاة فيها؛ لما في ذلك من تعد على أمر الله وحكمه.

٢- حكم تعليق الجمعات والجماعات بسبب وباء كورونا (COVID_19)،

د. محمد هندو، مجلة الجامعة الإسلامية للعلوم الشرعية،
العدد: (١٩٣)، الجزء الأول، ١٤٤١هـ.

تناولت الدراسة موضوع تعليق الجماعات والجمعات، فبين من خلالها الباحث أدلة المجيزين والمانعين، مع بيان أسباب الاختلاف ومناقشة الأقوال، ثم توصل في ختام البحث إلى وجوب تعطيل الجمعة والجماعة لحفظ نفوس الناس، ودفع الضرر عنهم.

٣- أثر قاعدة المشقة تجلب التيسير على جائحة كورونا المستجد (COVID_19) وتطبيقاتها في باب العبادات، د. منار محمد الحربي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مايو ٢٠٢٠م.

تناول البحث أثر قاعدة المشقة تجلب التيسير على جائحة كورونا، فبينت الباحثة المقصود من القاعدة، ومن جائحة كورونا، ثم بيان بعض تطبيقات القاعدة على مسائل العبادات ومنها؛ المسح على اللواصق الطبية عند الوضوء للصلاة، وحكم تعليق إقامة الصلوات في المساجد، وتعليق الجمعة، وما يتعلق بأحكام صلاة المريض، ومسألة تعجيل الزكاة، ودفعها للمتضررين، وإفطار المصابين بالفيروس في رمضان، وغير ذلك من المسائل.

ما يميز هذه الدراسة عن الدراسات السابقة :

١- تبين هذه الدراسة المقصود من فيروس كورونا، ومرض كوفيد - ١٩، مع بيان أسباب المرض وطرق الوقاية منه؛ فبعض الدراسات السابقة

لم تتطرق لبيان المقصود من المرض، وبعضها تناول المقصود منه بشكل مختصر، فحاول الباحث من خلال هذه الدراسة بيان المقصود من الفيروس، والمرض المصاحب له، مع بيان آثاره، وطرق انتشاره، والاحترازاات الطبية الموصى بها لتفاديه.

٢- تتناول هذه الدراسة مسائل لم تتطرق لها بعض الدراسة السابقة؛ ومنها: تعقيم اليدين بالمعقمات الكحولية وأثره على الوضوء، وتباعد المصلين في الصلاة، وتغطية الوجه في الكمام واللائام بالصلاة.

٣- توصل الباحث في هذه الدراسة إلى ترجيح فقهي مختلف عن الترجيح المختار في دراسة د. المطيري، ود. هندو فيما يتعلق بموضوع إغلاق المساجد ومنع الناس من الجمعة والجماعة؛ في زمن انتشار فيروس كورونا.

حدود الدراسة:

آثار التدابير الوقائية الموصى بها من قبل المنظمات الطبية لمواجهة فيروس كورونا على الصلاة، وهذه التدابير هي: غسل اليدين بالمعقمات الكحولية، وعدم تسوية الصفوف في الصلاة، وارتداء الكمام أو اللثام المغطي للأنف والتم أثناء الصلاة، والمنع من الجمعة والجماعة في المساجد.

إجراءات البحث:

سرتُ في هذا البحث حسب الإجراءات الآتية:

أولاً: أئين المعنى اللغوي، والاصطلاحي للمصطلحات الرئيسة في

البحث المحتاجة لذلك؛ مع توثيقها من كتب اللغة المعتمدة، وكتب الفقه.

ثانياً: أذكر المقصود من المرض وأسبابه، مع بيان الاحترازات الطبية المتعلقة به، من خلال الاعتماد على المصادر المعتمدة لاستقصاء المعلومات الطبية.

ثالثاً: أبين أقوال الفقهاء وآراءهم في الطرق الوقائية الموصى بها، فأذكر أدلتهم مع توثيقها من كتبهم المعتمدة، مع بيان وجه الدلالة منها، وأبين مناقشة الفقهاء وردود بعضهم على بعض، ثم أذكر الراجع في المسألة، وأسباب الترجيح.

رابعاً: أكتب اسم السورة ورقم الآية في متن البحث بعد الاستشهاد بها، وإن كان الدليل أو الاستشهاد من السنة النبوية؛ فإني أبين المصدر، مع بيان حكم علماء الحديث عليه، وإن كان في صحيح البخاري، أو مسلم؛ فإني أكتفي بذكر الحديث دون ذكر الحكم؛ لعدم الحاجة لذلك.

خامساً: بعد مناقشة المسألة عند الفقهاء، وبيان الراجع من أقوالهم، فإني أذكر حكم النازلة المستجدة، مع بيان القول الراجع لدى الباحث، والآثار المترتبة عليه.

خطة البحث:

قسمت الدراسة إلى ثلاثة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث التمهيدي: المقصود من مصطلحات البحث.

المبحث الأول: التعريف بفيروس كورونا وطرق الوقاية منه.

المطلب الأول: المقصود بفيروس كورونا.

المطلب الثاني: المقصود بمرض كوفيد - ١٩.

المطلب الثالث: الأعراض الدالة على إصابة الإنسان أو الاشتباه في إصابته بفيروس كورونا.

المطلب الرابع: طرق انتشار فيروس كورونا.

المطلب الخامس: طرق الوقاية من فيروس كورونا.

المبحث الثاني: الأحكام الفقهية لنوازل الصلاة المتعلقة بفيروس كورونا.

المطلب الأول: حكم استخدام المُصلي للمعقمات الكحولية.

المطلب الثاني: حكم التباعد بين المصلين في صلاة الجماعة.

المطلب الثالث: حكم الصلاة بالكمادات والأقنعة الواقية.

المطلب الرابع: حكم تعليق الجُمع والجماعات في المساجد والمصليات عند استئراء الفيروس.

الخاتمة، وأهم النتائج.

قائمة المصادر والمراجع.

وختاماً: أسأل الله تبارك وتعالى القبول والسداد، والعفو عن كل تقصير

وزلل.



المبحث التمهيدي

المقصود من مصطلحات البحث

يتناول هذا المبحث المقصود من مصطلحات البحث، وهي النوازل، والصلاة، والتعلق، والتدابير، والوقاية، ويؤخر المقصود من فيروس كورونا للمبحث الأول من هذه الدراسة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النوازل في اللغة: مفردها نازلة؛ وهي المصيبة الشديدة تنزل بالناس^(١)، ويطلق النزول على هبوط شيءٍ ووقوعه، كقولهم: نزل عن دابته نزولاً، ونزل المطر من السماء نزولاً^(٢).

ثانياً: النَّازِلَةُ في الاصطلاح: "الحادثة التي تحتاج إلى حكم شرعي"^(٣).

ثالثاً: الصلاة في اللغة: الجمع صلوات، وأصلها في اللغة الدعاء لقوله تعالى: (وَصَلِّ عَلَيْهِمْ)، (التوبة: ١٠٣) أي أدع لهم^(٤)، وتطلق ويراد بها الاستغفار؛ وتأتي بمعنى الرحمة، كما في الحديث: "اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى آلِ أَبِي

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، ثم الحموي، المكتبة العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، (د.ت): (٧٠٠/٢).

(٢) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، لبنان، (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م): (٤١٧/٥).

(٣) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، (ط ٢)، (١٤٠٨هـ): (ص ٤٧١).

(٤) المصباح المنير، الفيومي: (٣٤٦/١).

أَوْفَى" ^(١)، يُرِيدُ بِذَلِكَ الرَّحْمَةَ ^(٢).

رابعاً: الصلاة في الاصطلاح هي: "الأفعال المَعْلُومَة مِنْ الْقِيَامِ، وَالْمُعُودِ، وَالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْقِرَاءَةِ، وَالذِّكْرِ، مُفْتَتِحَةً بِالتَّكْبِيرِ، مُخْتَتِمَةً بِالتَّسْلِيمِ" ^(٣).

خامساً: التَّعَلُّقُ فِي اللُّغَةِ: يَطْلُقُ عَلَى إِنَاطَةِ الشَّيْءِ بِالشَّيْءِ الْعَالِي ^(٤)، وَمِنْهُ قِيلَ عَلِقَ الْخَضَمُ بِخَضَمِهِ وَتَعَلَّقَ بِهِ وَأَعْلَقْتُ ظُنْفِرِي بِالشَّيْءِ ^(٥).

سادساً: التدابير باللغة: الدُّبُرُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ: عَقِبُهُ وَمُؤَخَّرُهُ، وَأَضْلُهُ مَا أَذْبَرَ عَنْهُ الْإِنْسَانُ ^(٦)، وَيَطْلُقُ التَّدْبِيرُ فِي الْأَمْرِ وَيَقْصَدُ بِهِ النَّظْرُ إِلَى مَا تُتَوَلَّى إِلَيْهِ

(١) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، المعروف بصحيح البخاري، البخاري، محمد بن اسماعيل، تحقيق: محمد زهير الناصر، طوق النجاة، لبنان، (د.ت): كتاب: الزكاة، باب: صلاة الإمام، ودعائه لصاحب الصدقة، حديث رقم: (١٤٩٧)، (١٢٩/٢).

(٢) مقاييس اللغة، ابن فارس: (٣/ص ٣٠١)، لسان العرب، ابن منظور، محمد بن مكرم، دار صادر، لبنان، (ط ٣)، (د.ت): (٤٦٥/١٤).

(٣) في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان، دار إحياء التراث العربي، مصر، (ط ٢)، (د.ت): (٣٨٨/١).

(٤) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس: (٤٠١/١٥).

(٥) الفيومي، المصباح المنير: (٤٢٥/٢).

(٦) القاموس المحيط، الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م): (٣٨٩/١)، المصباح المنير، الفيومي: (١٨٨/١).

عَاقِبَتُهُ، وَالتَّدْبِيرُ التَّفَكُّرُ^(١).

سابعاً: الوقاية في اللغة: "كَلِمَةٌ وَاحِدَةٌ تَدُلُّ عَلَى دَفْعِ شَيْءٍ عَنْ شَيْءٍ بغيرِهِ. وَوَقَيْتُهُ أَقْبَهُ وَفِيًّا. وَالْوَقَايَةُ: مَا يَبْقَى الشَّيْءُ"^(٢).

فالحاصل: أن المقصود من عنوان البحث لا يخرج عن معناه اللغوي، وهو بيان الأحكام الفقهية للصلاة؛ المتعلقة بالنازلة الشديدة الطارئة على الناس، وذلك بعد تدبر ما يتعلق بها من أمور واحترازات وقائية، لبيان الحكم الشرعي المناسب لها.



(١) مختار الصحاح، الرازي: (١٠١/١).

(٢) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس: (١٢٥/٤).

المبحث الأول

التعريف بفيروس كورونا وطرق الوقاية منه

ينقسم هذا المبحث إلى خمسة مطالب:

المطلب الأول: المقصود من فيروس كورونا.

المطلب الثاني: بيان المقصود من مرض كوفيد - ١٩ الناتج من هذا الفيروس.

المطلب الثالث: الأعراض الدالة على تعرض الإنسان لهذا المرض.

المطلب الرابع: طرق انتشاره.

المطلب الخامس: بيان طرق الوقاية منه.

وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول المقصود بفيروس كورونا

الفَيْرُوسُ: كائنات دقيقة لا تُرى بالمِجهر العاديّ، تنفُذ من الرّاشحات البكتيرية، وتُحدث بعض الأمراض^(١)، وهو اسم لا تيني مشتق من كلمة تعني: سُم، أو سُم الحيوان، أو السائل الدبق، وهي عبارة عن جسيمات تتكون من غطاء بروتيني يحيط بمادتها الوراثية ويحميها، وعرفت الفيروسات بأنها: "فئة من الميكروبات تتصف بأنها مسببة للعدوى، وتمر من فتحات المرشحات، وتحتاج إلى خلايا حية حتى تنتشر"^(٢)، وعرفها السير بيتر ميداوار بأنها: "نبأ سيء مغلف بالبروتين"^(٣).

ويعتبر فيروس كورونا نوع من سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للإنسان، والحيوان عند الإصابة به، وتتراوح هذه الأمراض بحدتها وخطورتها من نزلات البرد الشائعة، إلى الأمراض الأشد ضرراً على الإنسان؛ كمتلازمة الشرق الأوسط التنفسية المعروفة "بميرس" (Mers)، والمتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة المعروفة: "بسارس" (Sars)، ويسبب فيروس كورونا المكتشف مؤخراً مرض كوفيد - ١٩ (COVID-19)^(٤).

(١) معجم المعاني الجامع - معجم عربي عربي:

[https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/
%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3/](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3/)

(٢) الفيروسات، مقدمة قصيرة جداً، دوروثي إتش كروفورد، ترجمة: أسامة فاروق حسن، (القاهرة: مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة ٢٠١٤م)، ط: (ص ١١).

(٣) المصدر السابق.

(٤) منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:

المطلب الثاني

المقصود بمرض كوفيد ١٩

مرض كوفيد - ١٩ مرض معدٍ على صورة التهاب رئوي حاد، يسببه الفيروس الأخير المتعلق بسلسلة فيروسات كورونا، وقد تم اكتشاف هذا الفيروس لأول مرة في مدينة: (ووهان) الصينية في كانون الأول، ديسمبر ٢٠١٩م، ثم تحول هذا الفيروس المسبب لهذا المرض إلى جائحة تؤثر على حياة الكثير من الناس بعد انتشاره في العديد من الدول حول العالم، وتزداد مخاطر الإصابة بهذا المرض عند المسنين، والمصابين بمشاكل صحية أخرى كضغط الدم، أو أمراض القلب، أو الرئة، أو السكري، أو السرطان، والواجب لجميع الأشخاص أياً كانت أعمارهم التماس العناية الطبية المناسبة عند الإصابة بهذا المرض أو ظهور أعراضه^(١).

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

وانظر: الموقع الرسمي لوزارة الصحة في دولة الكويت، حول فيروس كورونا تاريخ الدخول: ٢٧-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.moh.gov.kw/ar/Pages/abtCoro.aspx>

(١) منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> ،

وانظر: الموقع الرسمي لوزارة الصحة في دولة الكويت، حول فيروس كورونا، تاريخ الدخول: ٢٧-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.moh.gov.kw/ar/Pages/abtCoro.aspx>

المطلب الثالث

الأعراض الدالة على إصابة الإنسان أو الاشتباه بإصابته بفيروس كورونا

تعتبر الحمى، والإرهاق، والسعال الجاف؛ أكثر الأعراض شيوعاً للدلالة على إصابة الإنسان بفيروس كورونا المسبب لمرض كوفيد - ١٩، ولهذا المرض أعراض أخرى تعتبر أقل شيوعاً، وقد يصاب بها بعض المرضى، وهي المتمثلة في: احتقان الأنف، والصداع، والآلام والأوجاع، وألم الحلق، والإسهال، وفقدان حاسة الذوق أو الشم، وتغير لون أصابع اليدين أو القدمين، وقد لوحظ بأن هذه الأعراض تكون خفيفة في الغالب، ثم تبدأ بالظهور بشكل تدريجي على الإنسان، ويصاب بعض الناس بهذا المرض دون أن يشعروا بهذه الأعراض، إلا الخفيف منها^(١).



(١) منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> ،

وانظر: الموقع الرسمي لوزارة الصحة في المملكة العربية السعودية، فيروس كورونا الجديد (١٩)، تاريخ الدخول: ٢١-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.moh.gov.sa/HealthAwareness/EducationalContent/PublicHealth/Pages/corona.aspx>

المطلب الرابع

طرق انتشار فيروس كورونا

ينتشر فيروس كورونا من خلال الأشخاص المصابين بالفيروس، وذلك يكون من خلال القطيرات الصغيرة التي يفرزها الشخص المصاب بالمرض؛ عن طريق الأنف، أو الفم عند الكلام، أو السعال، أو العطس، وقد ثبت أن لهذه القطيرات وزناً ثقيلاً؛ يؤدي إلى عدم انتقالها من مكان إلى آخر بعيد عنه؛ فتسقط سريعاً على الأرض، ويمكن أن يلتقط الإنسان المرض من خلال تنفسه لهذه القطيرات من الشخص المصاب بهذا المرض.

كما أن هذه القطيرات قد تحط على الأشياء والأسطح المحيطة للشخص المصاب، فينتقل المرض للغير بعد لمسه لهذه الأشياء، ثم لمس العين، أو الأنف، أو الفم؛ مما يسبب انتقال الفيروس المؤدي لهذا المرض^(١).

وقد بلغ إجمالي عدد المصابين بالمرض كما في موقع الإحصائيات العالمي: (١٠،٣٣١،٨٧٩)، وعدد الحالات المغلقة منها: (٦،١١٤،٩٦٩)، وحالات الوفاة: (٥٠٦،٠٨٧)، وبذلك تكون نسبة الوفاة بالنسبة إلى عدد الحالات المغلقة من المصابين بالمرض ٨%، كما أن حالات الشفاء قد بلغت: (٥،٦٠٨،٨٨٢)^(٢).

(١) منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

(٢) موقع الإحصائيات العالمي، تاريخ الدخول: ٢٩-٦-٢٠٢٠م:

=

المطلب الخامس

طرق الوقاية من فيروس كورونا

إن المراد من طرق الوقاية؛ بيان آراء علماء الطب المتخصصين في الوقاية الدفاعة لهذا المرض، المناعة له من الانتشار، وقد أوصت منظمة الصحة العالمية، وغيرها من الجهات الصحية المعتبرة، بأمر وقائية للحد من انتشار هذا المرض، ومن ذلك الآتي^(١):

- ١- ضرورة المحافظة على مسافة ثلاثة أقدام من الآخرين، للحفاظ على سلامة الإنسان وحفظه من انتقال المرض من خلال القطرات الصغيرة التي يفرزها الشخص المصاب.
- ٢- ضرورة الاهتمام بغسل اليدين بالماء والصابون، أو تنظيفهما بمطهر كحولي للقضاء على الفيروس في حال تم التقاطه من الأسطح الملامسة لليدين، أو غير ذلك من الأمور الملامسة للفيروس.
- ٣- تجنب الأماكن المزدحمة؛ لاحتمال مخالطة الإنسان للمرضى، وانتقال الفيروس إليه دون علمه بذلك.
- ٤- تجنب لمس العين، أو الأنف، أو الفم، لا سيما قبل غسل اليدين؛

<https://www.worldometers.info/coronavirus/>.

(١) منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> ،

وانظر: الموقع الرسمي لوزارة الصحة في دولة الكويت، حول فيروس كورونا، تاريخ

الدخول: (٢٧-٦-٢٠٢٠):

<https://www.moh.gov.kw/ar/Pages/abtCoro.aspx>

وذلك لكونها المنافذ المتاحة للفيروس، التي يمكن الدخول من خلالها إلى جسم الإنسان.

٥- تغطية الفم عند السعال بشي المرفق أو بمنديل ورقي، مع ضرورة التخلص من المنديل بعد استعماله في سلة النفايات، ثم غسل اليدين.

٦- ارتداء الكمام المغطي للأنف والفم، لا سيما في مرافق الرعاية الصحية، مع العلم بأنه لم يتم التوصل حتى هذه اللحظة إلى أدلة تؤيد أو تنفي جدوى ارتداء الكمامات، إلا أن ارتدائها بلا شك نوع من أنواع التدابير الوقائية التي ينصح باستعمالها مع غيرها مما سبق ذكره.

٧- ضرورة اتباع الإرشادات الصحية الصادرة من الجهات الرسمية في الدولة؛ لاحتقال تغير التوصيات بين حين وآخر؛ لكون المرض ما زال مستجداً وخاضعاً للتجارب والأبحاث؛ مما قد يؤدي إلى تغير النصائح والتوصيات، إن أثبتت الأبحاث والتقارير ضرورة ذلك.

٨- الحرص على مراجعة الطبيب المختص عند الشعور بأعراض المرض كالسعال، والحمى.

ويجب عدم اقتصار استخدام الطرق الوقائية عند الاقتراب من الأشخاص المصابين بالمرض، بل ينبغي مراعاتها في كل حال؛ وذلك لاحتقال إصابة الإنسان بالفيروس مع عدم ظهور الأعراض عليه، فينتقل المرض منه إلى الآخرين من خلال القطيرات التنفسية، أو السعال، أو العطاس، دون الشعور بذلك^(١).

(١) منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus->

المبحث الثاني

الأحكام الفقهية لنوازل الصلاة المتعلقة بفيروس كورونا

يحتوي هذا المبحث على أربعة مطالب، أبين من خلالها أحكام الصلاة المتعلقة بطرق الوقائية من فيروس كورونا، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: حكم استخدام المصلي للمعقمات الكحولية.

المطلب الثاني: حكم التباعد بين المصلين في صلاة الجماعة.

المطلب الثالث: حكم الصلاة بالكمادات والأقنعة الواقية.

المطلب الرابع: حكم تعليق الجُمع والجماعات في المساجد والمصليات عند استئراء الفيروس.

المطلب الأول

حكم استخدام المُصلي للمعقمات الكحولية.

الفرع الأول: حكم نجاسة الخمر عند الفقهاء.

تبين مما سبق في المبحث الأول: أن الجهات الصحية المعتبرة؛ توصي باستخدام المعقمات الكحولية للمحافظة على طهارة اليدين، وقد اختلف الفقهاء في حكم نجاسة هذه المعقمات، واختلافهم عائد في الأصل إلى الاختلاف في حكم نجاسة الخمر، فهل النجاسة المذكورة في الخمر معنوية، أم حسية؟، اختلفوا في ذلك على قولين، بيانهما الآتي:

القول الأول: أن الخمر نجسة نجاسة حسية.

وهو اختيار الجمهور: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)،

(١) رد المحتار، ابن عابدين: (٣٠٩/١)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الزيلعي، عثمان بن علي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، (١٣١٣هـ): (٩٥/١).

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي، الحَرَشِي، محمد بن عبد الله، دار الفكر للطباعة، لبنان، (د.ت): (٨٨/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، دار الفكر، لبنان، (د.ط): (٤٩/١).

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، يحيى بن شرف بن مري، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، لبنان، (ط٣)، (١٩٩١م): (٧٢/٤)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، شهاب الدين محمد ابن أبي العباس، دار الفكر، لبنان، (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م): (٢٣٤/١).

(٤) المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م): (٢٠٧/١)، كشاف القناع عن متن الإقناع، البُهوتِيُّ، منصور بن

وابن حزم من الظاهرية^(١):

واستدلوا بالآتي:

١- بالكتاب:

أ- قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ ﴾ (المائدة: ٩٠).

وجه الدلالة: الرجس: هو النجس؛ فدل ذلك على نجاسة الخمر؛ ولأن كل واحد من الأمور المذكورة بالآية حرام؛ والحرمة دليل النجاسة^(٢)، وفي تفسير القرطبي: "قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ فِي هَذِهِ الْآيَةِ: ﴿رِجْسٌ﴾ سُخْطٌ وَقَدْ يُقَالُ لِلثَّنِّ وَالْعَذْرَةِ وَالْأَقْدَارِ رِجْسٌ ... فَهَمَّ الْجُمْهُورُ مِنْ تَحْرِيمِ الْخَمْرِ، وَاسْتَحْبَابِ الشَّرْعِ لَهَا، وَإِطْلَاقِ الرَّجْسِ عَلَيْهَا، وَالْأَمْرِ بِاجْتِنَابِهَا، الْحُكْمَ بِنَجَاسَتِهَا"^(٣).

يونس، دار الكتب العلمية، مصر، (د.ت): (٧٧/٢).

(١) المحلى بالآثار، ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي، دار الفكر، لبنان، (د.ت): (١٨٨/١).

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، دار الكتب العلمية، مصر، (ط ٢)، (١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م): (٦٦/١)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، تحقيق: علي محمد معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م): (٢٦٠/٢).

(٣) الجامع لأحكام القرآن، المعروف بتفسير القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، (القاهرة، دار الكتب المصرية

ونوقش: بأن النجاسة المقصودة بالآية معنوية لا حسية، بدليل اقتران الخمر مع الأنصاب والأزلام بالآية؛ ومعلوم أن نجاستهم معنوية، كما أنه مقيد بالآية بقوله: «مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ»، فدل ذلك أنه رجس عملي لا حسي^(١).

ب- وقوله تعالى: «وَسَقَاهُمْ رَبُّهُمْ شَرَابًا طَهُورًا»، (الإنسان: ٢١).

وجه الدلالة: لو كانت خمر الدنيا طاهرة، لفات الامتنان بكون شراب الآخرة طهوراً^(٢).

ونوقش: بأن شراب أهل الجنة لا يقتصر على الخمر؛ لما فيها من أنهار اللبن، والعسل، وغيرها، فهل يمكن أن يُقال: أن ماء الدنيا ولبنها وعسلها نجس؛ بمفهوم الآية؟ لا يقول بذلك أحد، فيبطل الاستدلال بالآية على نجاسة الخمر^(٣).

٢- بالقياس: لأنه يحرم تناول الخمر من دون ضرر؛ فكان نجساً كالدم^(٤).

١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م)، ط ٢: (٢٨٧/٦-٢٨٨).

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، (ن: دار ابن حزم)، ط ١: (٢٥/١)، الشرح الممتع على زاد المستقنع، العثيمين، محمد بن صالح، (المتوفى: ١٤٢١هـ)، (ط ١)، (ج ١٥) دار ابن الجوزي، الأردن، (١٤٢٢هـ - ١٤٢٨هـ): (٤٣١/١).

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني، محمد بن أحمد، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٩٩٤م): (٢٢٥/١).

(٣) الشرح الممتع، العثيمين: (٤٣٢/١).

(٤) المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، النووي، أبو زكريا يحيى بن

ونوقش: بعدم اشتراط نجاسة كل ما كل ما حرمه الشرع، فالسُّم حرام؛ إلا أنه ليس بنجس^(١).

القول الثاني: أن الخمر طاهرة مع حرمتها:

وهو اختيار ربيعة، ونقل عن الحسن، والليث بن سعد، وداود، المزني^(٢)، واختاره الشوكاني^(٣)، والصنعاني^(٤):

واستدلوا بالآتي:

١ - بالسنة:

أ - لما روى البخاري عن أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: "كُنْتُ سَاقِي الْقَوْمِ فِي مَنْزِلِ أَبِي طَلْحَةَ، وَكَانَ خَمْرُهُمْ يَوْمَئِذٍ الْفَضِيخَ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُنَادِيًا يُنَادِي: «أَلَا إِنَّ الْخَمْرَ قَدْ حُرِّمَتْ» قَالَ: فَقَالَ لِي أَبُو طَلْحَةَ: اخْرُجْ، فَأَهْرِقْهَا، فَخَرَجْتُ فَهَرَقْتُهَا، فَجَرَّتْ فِي سِكَكِ الْمَدِينَةِ"^(٥).

شرف، دار الفكر، (د.ت)، الأردن: (٥٦٣/٢)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، البُهوتي، منصور ابن يونس، عالم الكتب، السعودية، (١٤١٣ هـ - ١٩٣٣ م): (١٠٦/١).

(١) الشرح الممتع، العثيمين: (٤٣١/١).

(٢) تفسير القرطبي، القرطبي: (٢٨٨/٦)، مغني المحتاج، الشربيني: (٢٢٥/١)، المبدع، ابن مفلح: (٢٠٩/١).

(٣) السيل الجرار، الشوكاني: (٢٥/١).

(٤) سبل السلام، الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، (ن: دار الحديث - بدون: ت، بدون: ط): (٤/٢).

(٥) صحيح البخاري، البخاري: كتاب: المظالم والغصب، باب: صب الخمر في الطريق،

وجه الدلالة: ثبت في الحديث أن الخمر قد سُفِكَت بطرق المدينة بعد نزول الآية بتحريمها، فلو كانت نجسة لما أقدم الصحابة - رضي الله عنهم - على ذلك لنهي الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه، كما نهى عن التخلي في الطرق^(١).

ونوقش: بأن الصحابة قد أقدموا على هذا الفعل لعدم وجود الآبار والحفر المناسبة لإراقة الخمر فيها، فكان لا بد من سفكها في الشوارع، كما أنه يمكن التحرز منها بعد سفكها لاتساع طرق المدينة، ولم تكن الخمر المسكوبة بتلك الكثرة التي تصير نهراً فتأثر نجاستها على الناس، وإنما هي في مواضع يسيرة يمكن التحرز منها^(٢).

وأجيب: بأن طرقات المدينة لم تكن كلها واسعة، وقال بعض العلماء إن أوسع ما تكون الطرقات سبعة أذرع^(٣).

ب- لما روى مسلم عن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: "إِنَّ رَجُلًا أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَاوِيَةَ خَمْرٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلْ عَلِمْتَ أَنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَهَا؟» قَالَ: لَا، فَسَارَّ إِنْسَانًا، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بِمَ سَارَرْتَهُ؟» فَقَالَ: أَمَرْتُهُ بِبَيْعِهَا، فَقَالَ: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا» قَالَ: فَفَتَحَ الْمَزَادَةَ حَتَّى ذَهَبَ مَا فِيهَا"^(٤).

حديث رقم: (٢٤٦٤)، (١٣٢/٣).

(١) القرطبي، تفسير القرطبي: (٢٨٨/٦).

(٢) القرطبي، تفسير القرطبي، بتصرف: (٢٨٨/٦).

(٣) الشرح الممتع، العثيمين: (٤٣٠/١).

(٤) صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله

وجه الدلالة: دل مقتضى الحديث على طهارة الخمر؛ لكون الفعل قد تم بحضور النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولم يأمره بغسلها، فلو كانت الخمر نجسة لأمره بغسل المَزَادَةَ^(١).

٢- بالمعقول: لكون التنجيس حكم شرعي، ولا يلزم من حرمة الخمر أنها نجسة، بدليل أن السُّم حرام؛ إلا أنه ليس بنجس^(٢).

ونوقش: بأن قوله تعالى «رَجِسْ» دليل على نجاستها؛ فالرجس باللسان النجاسة^(٣).

وأجيب: بأنها نجاسة معنوية لا حسية، بدليل اقترانها مع الأنصاب والأزلام بالآية، ونجاستهم معنوية لا حسية^(٤).

ترجيح الباحث:

يظهر لي بعد عرض الأدلة والمناقشة رجحان القول باعتبار نجاسة الخمر معنوية لا حسية؛ لكون الأصل طهارة الأشياء، ولم يثبت بعد المناقشة دليل صحيح، أو صريح على حرمتها.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د.ت): كتاب: المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر، حديث رقم: (١٥٧٩)، (١٢٠٦/٣).

(١) الشرح الممتع، العثيمين: (٤٣١/١).

(٢) القرطبي، تفسير القرطبي: (٢٨٩/٦)، الشرح الممتع، العثيمين: (٤٣١/١).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٦٦/١)، الحاوي الكبير، الماوردي: (٢٦٠/٢).

(٤) السيل الجرار، الشوكاني: (٢٥/١)، الشرح الممتع، العثيمين: (٤٣١/١).

الفرع الثاني: حكم استخدام المعقمات الكحولية في زمن انتشار فيروس كورونا وأثرها على الصلاة

لا مانع من تعقيم اليدين بالمعقمات الكحولية الموثوقة والمعتمدة من قبل الجهات الصحية في كل بلد؛ لثبوت طهارتها وعدم اختلال الوضوء بها، فلا يؤثر استخدامها على الصلاة، وفي ذلك دفع للضرر عن الإنسان، وحفظ لحياتهم من انتشار الأمراض، والأوبئة.



المطلب الثاني

حكم التباعد بين المصلين في صلاة الجماعة

أتناول في هذا المطلب حكم الصلاة مع عدم تسوية الصفوف، فأبين المقصود منها في اللغة والاصطلاح، ثم اختلاف الفقهاء في حكمها مع بيان الراجح من أقوالهم، ثم أبين أثر ذلك على الصلاة في ظل انتشار فيروس كورونا، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تسوية الصفوف في اللغة والاصطلاح.

أولاً: التسوية في اللغة: "السِّينُ وَالْوَاوُ وَالْيَاءُ أَضْلُ يَدُلُّ عَلَى اسْتِقَامَةٍ وَاعْتِدَالٍ بَيْنَ شَيْئَيْنِ. يُقَالُ: هَذَا لَا يُسَاوِي كَذَا، أَي لَا يُعَادِلُهُ"^(١)، وفي مختار الصحاح "استوى) الشَّيْءُ اعْتَدَلَ وَالِاسْمُ (السَّوَاءُ)"^(٢)، وفي القاموس المحيط: "واستويا وتساويا: تماثلاً، وسويته به تسويةً، وسويت بينهما، وسويت، وأسويته به"^(٣).

ثانياً: الصفوف في اللغة: "الصَّفُّ: السَّطْرُ الْمُسْتَوِي مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَعْرُوفٍ، وَجَمْعُهُ صُفُوفٌ. وَصَفَفْتُ الْقَوْمَ فَاضْطَفُوا إِذَا أَقَمْتَهُمْ فِي الْحَرْبِ صَفًّا"^(٤)، يقال: "صَفَّ الْقَوْمَ مِنْ بَابِ رَدٍّ (فَاضْطَفُوا) أَي أَقَمَهُمْ (صَفًّا)"^(٥).

(١) مقاييس اللغة، ابن فارس: (١١٢/٣).

(٢) مختار الصحاح، الرازي: (١٥٨/١).

(٣) القاموس المحيط، الفيروز آبادي: (١٢٩٧/١).

(٤) لسان العرب، ابن منظور: (١٩٤/٩)، وانظر: مقاييس اللغة، ابن فارس: (٢٧٥/٣).

(٥) مختار الصحاح، الرازي: (١٧٧/١).

ثالثاً: تسوية الصفوف في الاصطلاح: هي "اعتدال القائمين بها على سمت واحد. وقد تدل تسويتها أيضاً على سد الفرج فيها، بناء على التسوية المعنوية. والاتفاق على أن تسويتها بالمعنى الأول والثاني أمر مطلوب"^(١)، قال النووي: "إتمام الأول فالأول، وسد الفرج، ويحاذي القائمين فيها بحيث لا يتقدم صدر أحد ولا شيء منه على من هو بجنبه"^(٢)، وبين البهوتي كيفية تسوية الصفوف بقوله: "بمحاذاة المناكب والأكعب دون أطراف الأصابع"^(٣).
وعليه فقد تبين: اتفاق المعنى اللغوي من المقصود بالتسوية، والصف، مع ما تعارف عليه الفقهاء في مصطلحاتهم الفقهية.

الفرع الثاني: الحكم التكليفي لتسوية الصفوف عند الفقهاء.

اتفق الفقهاء على أن تراص الصفوف، وتسويتها؛ أمر مرغّب فيه في الصلاة لما ثبت بالسنة، وفعل الصحابة^(٤)، واختلفوا في حكمها التكليفي على

(١) إحكام الأحكام في شرح أحاديث سيد الأنام، ابن دقيق العيد، تقي الدين محمد بن علي، تحقيق: عبد المجيد بن خليل القمري، (الكويت، أسفار لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية (١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م)، ط ٢: (٢١٧/١)، وانظر: تبين الحقائق، الزيلعي: (١٣٦/١)، الذخيرة، القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، (١٩٩٤م)، تحقيق: محمد حجي وآخرون، لبنان: دار الغرب الإسلامي: (٢٦٠/٢)، المجموع، النووي: (٢٢٦/٤)، المبدع، ابن مفلح: (٣٧٦/١).

(٢) المجموع، النووي: (٢٢٦/٤).

(٣) كشاف القناع، البهوتي: (٣٢٨/١).

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، دار الكتاب الإسلامي، مصر، (ط ٢)، (د.ت): (٣٧٥/١)، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية

قولين، بيانهما الآتي:

القول الأول: يستحب تسوية الصفوف في الصلاة: وهو المروي عن عمر، وعثمان^(١)، واختيار الجمهور: الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥):

واستدلوا بالآتي:

الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، دار المعارف، مصر، (د.ت): (٢٥٤/١)، الحاوي الكبير، الماوردي: (٩٧/٢)، المغني، ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، مكتبة القاهرة، مصر، (١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م): (٣٣٣/١).

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، القاري، أبو محمد محمود بن أحمد الحنفي بدر الدين العيني (د.ت)، لبنان: دار إحياء التراث العربي: (٢٥٤/٥)، الذخيرة، القرافي: (٢٦٢/٢)، المبدع، ابن مفلح: (٣٣٧/١).

(٢) فتح القدير، ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (المتوفى: ٨٦١ هـ)، (ط بدون)، دار الفكر، بيروت، لبنان، (بدون تاريخ): (٣٥٩/١)، البحر الرائق، ابن نجيم: (٣٧٥/١).

(٣) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، دار الفكر، لبنان، (١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م): (٤٦٨/١)، شرح مختصر خليل للخرشي، الخَرَشِي، محمد بن عبد الله، دار الفكر للطباعة، لبنان، (د.ت): (٣٣/٢).

(٤) مغني المحتاج، الشرييني: (٤٩٤/١)، نهاية المحتاج: الرملي: (١٩٦/٢).

(٥) الإنصاف، المرداوي: (٣٩/٢)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الحجواوي، موسى بن أحمد بن موسى، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، لبنان، (د.ت): (١١٢/١).

١ - بالسنة، ومن ذلك الآتي:

أ- عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "سَوُّوا صُفُوفَكُمْ، فَإِنَّ تَسْوِيَةَ الصَّفِّ، مِنْ تَمَامِ الصَّلَاةِ"^(١).

وجه الدلالة: إن قوله: "مِنْ تَمَامِ الصَّلَاةِ": دليل على أن ذلك مطلوب فيها، وقد يؤخذ منه أنه التسوية مستحبة؛ لكونه لم يقل أنها من أركان الصلاة، أو واجباتها، فتمام الشيء: أمر زائد على وجود حقيقته التي لا يتحقق إلا بها^(٢).

ونوقش: بما ذكره الصنعاني بقوله: "التعبير بالأركان والواجبات ليس من المطرد، واعتبارات الشارع له مسلم، بل قال بالفاتحة: "لا صلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن"، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "فإنك لم تصلي"، وغايته كون هذا القول أو الفعل ركناً من الصلاة أو واجباً منها لم يقع التعبير به في لسان الشارع فيما لا تتم الصلاة إلا به، وإن جاز فنادر"^(٣).

ب- لَمَّا رَوَى الْبُخَارِيُّ مِنْ حَدِيثِ حَمِيدٍ عَنْ أَنَسٍ قَالَ: "أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَأَقْبَلَ عَلَيْنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: أَقِيمُوا صُفُوفَكُمْ وَتَرَاضُوا

(١) صحيح البخاري، البخاري: كتاب: الأذان، باب: إقامة الصف من تمام الصلاة، حديث رقم: (٧٢٣)، (١٤٥/١)، وفي صحيح مسلم، مسلم: كتاب: الصلاة، باب: تسوي الصفوف، وإقامتها.. حديث رقم: (٤٣٣)، (٣٢٤/١)، واللفظ لمسلم.

(٢) إحكام الأحكام، ابن دقيق العيد: (٢١٧/١).

(٣) العدة حاشية الصنعاني على إحكام الأحكام على شرح عمدة الأحكام، الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، (ن: المكتبة السلفية ١٤٠٩هـ)، ط ٢: (٢١٨/٢).

فَإِنِّي أَرَاكُمْ مِنْ وَرَاءِ ظَهْرِي. وَكَانَ أَحَدُنَا يُلْصِقُ مَنْكِبَهُ بِمَنْكِبِ صَاحِبِهِ
وَبَدَنَهُ بِبَدَنِهِ"^(١)، وعند مسلم: "أَتَمُّوا الصُّفُوفَ، فَإِنِّي أَرَاكُمْ خَلْفَ
ظَهْرِي"^(٢).

ج- لما رواه مسلم عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ، قَالَ: "كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
يَمْسَحُ مَنَاكِبَنَا فِي الصَّلَاةِ، وَيَقُولُ: اسْتَوُوا، وَلَا تَخْتَلِفُوا، فَتَخْتَلِفَ
قُلُوبُكُمْ"^(٣).

وجه الدلالة: دلت الأحاديث السابقة على استحباب النبي
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تسوية الصفوف في الصلاة؛ لأن اختلاف الصف يقتضي
اختلاف القلوب^(٤)، قال الماوردي: "ولأن الإمام إذا أحرم قبل استواء
الصفوف اختلفوا في الإحرام فتقدم به بعضهم وتأخر به البعض، والأولى أن
يكونوا متفقين في اتباعه في الإحرام كما يتفقون في سائر الأركان"^(٥).

٢- بالمعقول: فقالوا "لأن المأمومين إذا اشتغلوا بتسوية الصفوف فاتهم

(١) صحيح البخاري، البخاري: كتاب: الأذان، باب: إلزاق المنكب بالمنكب والقدم بالقدم
في الصف، حديث رقم: (٧٢٥)، (١٤٦/١).

(٢) صحيح مسلم، مسلم: كتاب: الصلاة، باب: تسوي الصفوف، وإقامتها .. حديث رقم:
(٤٣٤)، (٣٢٤/١).

(٣) صحيح مسلم، مسلم: كتاب: الصلاة، باب: تسوية الصفوف، وإقامتها .. حديث رقم:
(٤٣٢)، (٣٢٣/١).

(٤) تبين الحقائق، الزيلعي: (١٣٦/١)، الحاوي الكبير، الماوردي: (٩٨/٢)، المجموع،
النووي: (٢٢٧/٤)، المغني، ابن قدامة: (٣٣٣/١).

(٥) الحاوي الكبير، الماوردي: (٩٨/٢).

من الصلاة مع الإمام خير كثير، ومن فاتته أم القرآن فقد فاتته خير كثير، وإن اشتغلوا بالتكبير فاتهم تسوية الصفوف"^(١).

القول الثاني: تسوية الصفوف واجبة في الصلاة: وهو رواية عند الحنابلة^(٢)، اختارها ابن تيمية^(٣)، وقول العيني من الحنفية^(٤)، وابن حجر من الشافعية^(٥)، واختيار الظاهرية^(٦):

واستدلوا بالآتي:

١ - بالسنة:

أ - لما روي عَنْ أَنَسٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَقِيمُوا صُفُوفَكُمْ وَتَرَاضُوا فَإِنِّي أَرَاكُمْ مِنْ وَرَاءِ ظَهْرِي"^(٧)، وفي رواية مسلم: "أَتِمُّوا الصُّفُوفَ، فَإِنِّي أَرَاكُمْ خَلْفَ ظَهْرِي"^(٨).

(١) مواهب الجليل، الحطاب: (٤٦٨/١).

(٢) المبدع، ابن مفلح: (٣٧٧/١)، الإنصاف، المرادوي: (٣٩/٢).

(٣) الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، دار الكتب العلمية ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م، ط ١: (٣٣١/٥).

(٤) عمدة القاري، العيني: (٢٥٤/٥).

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩ هـ: (٢٠٧/٢).

(٦) المحلى، ابن حزم: (٣٧٥/٢).

(٧) صحيح البخاري، البخاري: كتاب: الأذان، باب: إلزاق المنكب بالمنكب والقدم بالقدم في الصف، حديث رقم: (٧٢٥)، (١٤٦/١).

(٨) صحيح مسلم، مسلم: كتاب: الصلاة، باب: تسوي الصفوف، وإقامتها .. حديث رقم:

وجه الدلالة: أن الأمر في الحديث بقوله: "أَقِيمُوا صُفُوفَكُمْ وَتَرَاضُوا"، وقوله: "أَتِمُّوا الصُّفُوفَ" يقتضي الوجوب، قال ابن حزم: "قال علي: تسوية الصف إذا كان من إقامة الصلاة فهو فرض؛ لأن إقامة الصلاة فرض؛ وما كان من الفرض فهو فرض" (١).

ب- لما ثبت بالسنة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى رجلاً بادياً صدره، فقال: "لَتَسُونَنَّ صُفُوفَكُمْ أَوْ لِيُخَالِفَنَّ اللَّهُ بَيْنَ وُجُوهِكُمْ" (٢).

وجه الدلالة: في الحديث وعيد شديد لمن لا يسوي الصف في الصلاة، وذلك يقتضي أن عدم التسوية كبيرة من الكبائر، فدل على الوجوب، (٣) جاء في الشرح الممتع: "«اللام» واقعة في جواب قسم مقدر، وتقدير الكلام: «والله لتسون»، فالجملة مؤكدة بثلاث مؤكدات، وهي: القسم، واللام، والنون. وهذا خبر فيه تحذير؛ لأنه قال: "لتسون صفوفكم، أو ليخالفن الله بين وجوهكم"، أي: بين وجهات نظركم حتى تختلف القلوب" (٤).

(٤٣٤)، (٣٢٤/١).

(١) المحلى، ابن حزم: (٣٧٥/٢).

(٢) صحيح البخاري، البخاري: كتاب: الأذان، باب: تسوية الصفوف عند الإقامة وبعدها، حديث رقم: (٧١٧)، (١٤٥/١)، وصحيح مسلم، مسلم: كتاب: الصلاة، باب: تسوية الصفوف، وإقامتها.. حديث رقم: (٤٣٦)، (٣٢٤/١).

(٣) المحلى، ابن حزم: (٣٧٥/٢)، فتح الباري، ابن حجر: (٢٠٧/٢)، سبل السلام، الصنعاني، محمد بن إسماعيل الصنعاني: (٣٧٤/١).

(٤) الشرح الممتع، العثيمين: (١٠/٣).

٢ - بقول الصحابة رضي الله عنهم، ومن ذلك الآتي:

أ - قال العيني: "وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ كَانَ يُوَكِّلُ رَجُلًا بِإِقَامَةِ الصُّفُوفِ، فَلَا يَكْبُرُ حَتَّى يَخْبَرَ أَنَّ الصُّفُوفَ قَدْ اسْتَوَتْ، وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ وَعُثْمَانَ، رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا، أَنَّهُمَا كَانَا يَتَعَاهَدَانِ ذَلِكَ وَيَقُولَانِ: اسْتَوُوا، وَكَانَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، يَقُولُ: تَقْدِمُ يَا فَلَانُ، وَتَأْخِرُ يَا فَلَانُ"^(١).

ب - لما روي عن ابنِ عُمَرَ: "خِيَارُكُمْ أَلْيَنُكُمْ مَنَاكِبًا فِي الصَّلَاةِ، وَمَا تَخَطَّى عَبْدٌ خُطْوَةً أَكْبَرَ مِنْ خُطْوَةِ مَشَاهَا رَجُلٌ إِلَى فُرْجَةٍ فِي الصِّفِّ فَسَدَّهَا"^(٢).

ترجيح الباحث:

يظهر لي رجحان القول بوجوب تسوية الصفوف في الصلاة؛ لثبوت الأمر بها في الأحاديث السابقة، والقاعدة أن: "الأمر يقتضي الوجوب"^(٣) ما لم يكن له صارف، كما أن: "الأمر بالشيء نهى عن ضده"^(٤)، لا سيما مع

(١) عمدة القاري، العيني: (٢٥٤/٥)، وانظر: الذخيرة، القرافي: (٢٦٢/٢)، المبدع، ابن مفلح: (٣٣٧/١).

(٢) المعجم الأوسط، الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن ابن إبراهيم الحسيني، (ن: دار الحرمين - القاهرة)، (بدون: ط): (٢٥٤/٥).

(٣) مجموع الفتاوى، ابن تيمية: (١٠٧/٢٣)، البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله، (دار الكتبي ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ط: (١١١/٨).

(٤) مجموع الفتاوى، ابن تيمية: (٥٣١/١٠).

وثبوت الوعيد على من لا يسوي الصف في الصلاة، فتجب تسوية الصفوف لذلك.

الفرع الثالث: تسوية الصفوف في الصلاة في زمن انتشار فيروس كورونا.

ثبت مما سبق: أن تسوية الصفوف واجبة في صلاة الجماعة، إلا أن تنزيل الحكم السابق على المصلين في زمن انتشار فيروس كورونا فيه نظر، لاختلاف المحل، وإن الواجب على الفقهية قبل الاجتهاد في مثل هذه المسائل؛ الرجوع إلى أهل الاختصاص من الأطباء الثقات للوقوف على ما في المسألة من مصالح ومفاسد، قال ابن تيمية: "وَالْمَرْجِعُ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَى الصَّالِحِينَ مِنْ أَهْلِ الْخِبْرَةِ بِهِ"^(١)، وقد تبين من خلال عرض كلام المختصين خطورة هذا المرض، كما أن آثاره تتراوح بدرجة خطورتها على الناس بحسب أحوالهم، وقد تصل للوفاة في بعض الأحيان.

وعليه: فإن الراجح هو القول بعدم إيجاب تسوية الصفوف في الصلاة في زمن انتشار فيروس كورونا؛ وذلك لما في التسوية، وتراص المصلين من حرج، وضيق، ومشقة، قد تؤدي إلى ضياع الأنفس عند تفشي المرض، لما ثبت من سرعة انتشاره عند تقارب الناس واحتكاك بعضهم ببعض؛ لا سيما أن فيهم الكبير، والمريض ونحوهم، وفي ذلك مخالفة لمقاصد الشرع، ونصوصه العامة الدالة على رفع الحرج، وقد نص الشارع على مراعاة هذا الدين لليسر، ونبد العسر، كما في قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ

(١) القواعد النورانية، ابن تيمية، تقي أحمد بن عبد الحلیم، تحقيق: د أحمد بن محمد الخليل، (السعودية: دار ابن الجوزي ١٤٢٢هـ)، ط ١: (١٨٠/١).

بِكُمْ الْعُسْرُ ﴿ (البقرة: ١٨٥)، والقاعدة أن: "المشقة تجلب التيسير"^(١)، قال الشاطبي: "والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد"^(٢)، ومعلوم أن مصالح العباد، وحفظ نفوسهم، ودفع الضرر عنهم لا يكون في هذه المسألة إلا عند القول بعدم وجوب تسوية الصفوف، ولا ينكر اختلاف الحكم؛ لاختلاف المحل، واختلاف ظروف الناس وأحوالهم، وقد اتفق الفقهاء على إباحة ارتكاب المحذور دفعاً للضرر في حال الضرورة^(٣)؛ فيباح الفطر للمريض مثلاً مع كون الصيام واجب في رمضان؛ إلا أن الفطر قد أبيع له دفعاً للضرر، وتباح الميتة للمضطر إن خشي على نفسه الهلاك، وكذلك تسوية الصفوف؛ فإنها تسقط حفظاً للنفوس ودفع للضرر عن الناس،

(١) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م)، لبنان: دار الكتب العلمية: (٦٤/١)، الأشباه والنظائر، السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، (١٤١١ هـ - ١٩٩١ م)، لبنان: دار الكتب العلمية: (٤٩/١)، الأشباه والنظائر، السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م)، لبنان: دار الكتب العلمية: (٧/١)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، (الرياض، مكتبة ابن رشد ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م)، ط ١: (٣٨٤٧/٨).

(٢) الموافقات، الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد (د.ت)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور ابن حسن آل سلمان، مصر: دار ابن عفان: (١٢/٢).

(٣) الضرورة هي: "الحالة التي تطرأ على الإنسان بحيث لو لم تراع لزم أو خيف أن تضيع مصالحه الضرورية" قاعدة المشقة تجلب التيسير، يعقوب بن عبد الله الباحسين، (الملكة العربية السعودية: مكتبة الرشد ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)، ط ١: (ص ٤٨٢).

وقد دلت على ذلك القواعد الفقهية المتفق عليها كقول العلماء: "الضرورات تبيح المحظورات"^(١)، وإن الواجب في مثل هذه المسائل؛ أن تقدر الضرورة بقدرها، فيعود الحكم بالوجوب بعد زوال السبب؛ فما جاز لعذر، بطل بزواله^(٢)، ولا يعلم زوال السبب إلا بالرجوع إلى أهل البصيرة من الأطباء الثقات، كما قال تعالى: ﴿ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾، (النحل: ٤٣)، قال السرخسي: "وَإِنَّمَا يَرْجَعُ إِلَى مَعْرِفَةِ كُلِّ شَيْءٍ إِلَى مَنْ لَهُ بَصَرٌ فِي ذَلِكَ الْبَابِ"^(٣)، وقال القرافي: "مَا أَشْكَلَ أَخَذَ فِيهِ بِقَوْلِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ"^(٤).



- (١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (٧٣/١)، الموافقات، الشاطبي: (٩٩/٥)، الأشباه والنظائر، السبكي: (٤٩/١)، التحبير شرح التحرير، المرداوي: (٣٨٤٧/٨).
- (٢) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (٧٤/١)، الأشباه والنظائر، السيوطي: (٨٥/١).
- (٣) المبسوط، السرخسي، محمد بن أحمد، دار المعرفة، لبنان، (١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م): (١١٠/١٣).
- (٤) الذخيرة، القرافي: (١٣٧/٧).

المطلب الثالث

حكم الصلاة بالكمامات والأقنعة الواقية

تبين من خلال المبحث الأول أن تغطية الوجه بالكمام - وهو المعروف عند الفقهاء بالثام - من العوامل الوقائية لمكافحة انتشار فيروس كورونا، وبناء على التوصيات الطبية؛ فإن الحكومات في كثير من الدول الإسلامية قد أصدرت أوامرها بوجوب تغطية الوجه في الصلاة؛ دفعاً للضرر المحتمل من انتشار المرض، وقد اختلف الفقهاء في الحكم التكليفي لهذه التغطية، فأبين المقصود من الثام عندهم، ثم الاختلاف فيه، والراجح من أقوالهم، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود من الثام في اللغة والاصطلاح.

أولاً: الثام في اللغة: "اللَّامُ وَالثَّاءُ وَالْمِيمُ أَصْنُلٌ يَدُلُّ عَلَى مُصَاكَّةِ شَيْءٍ لَشَيْءٍ أَوْ مُضَامَّةٍ لَهُ .. وَمِنْ الْمُضَامَةِ اللَّثَامُ: مَا تُغَطَّى بِهِ الشَّفَّةُ مِنْ ثَوْبٍ"^(١) وفي لسان العرب: "قَالَ الْفَرَّاءُ: اللَّثَامُ مَا كَانَ عَلَى الْفَمِ مِنَ اللَّثَابِ"^(٢).

ثانياً: التلثم في الاصطلاح: عند الحنفية والحنابلة: "هو تغطية الأنف والوجه"^(٣)، وعند المالكية: "ما يصل لآخر الشفة السفلى"^(٤)، وقال الشافعية:

(١) معجم مقاييس اللغة، ابن فارس: (٢٣٤/٥)، وانظر: المصباح المنير، الفيومي: (٥٤٩/٢).

(٢) لسان العرب، ابن منظور: (٥٣٣/١٢).

(٣) البحر الرائق، ابن نجيم: (٢٧/٢)، وانظر: المبدع، ابن مفلح: (٣٣١/١).

(٤) حاشية الدسوقي، الدسوقي: (٢١٨/١).

"مثلثاً أي مغطياً فاه بيده أو غيرها"^(١).

الفرع الثاني: الحكم التكليفي للتلثم في الصلاة

اختلف الفقهاء في حكم اللثام في الصلاة على قولين، وبيان ذلك الآتي:

القول الأول: يكره التلثم في الصلاة: وهو مروى عن ابن عمر^(٢)، واختيار الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦):

واستدلوا بالسنة:

١- لما روي عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عنه أنه قال: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُعْطِيَ الرَّجُلُ فَاهُ فِي الصَّلَاةِ"^(٧).

(١) المجموع، النووي: (١٧٩/٣).

(٢) المغني، ابن قدامة: (٤١٩/١).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢١٦/١)، رد المحتار، ابن عابدين: (٣٥٠/١).

(٤) التاج والإكليل، المواق: (١٨٦/٢)، مواهب الجليل، الحطاب: (٥٠٣-٥٠٢/١).

(٥) الحاوي الكبير، الماوردي: (١٩٢/٢)، نهاية المحتاج، الرملي: (١٤/٢).

(٦) المبدع، ابن مفلح: (٣٣٢/١)، الإنصاف، المرداوي: (٤٧٠/١).

(٧) سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (د.ت)، تحقيق: محمد فؤاد عبد

الباقي، مصر: دار إحياء الكتب العربية وفيصل عيسى البابي الحلبي: كتاب: إقامة الصلاة

والسنة فيها، باب: ما يكره في الصلاة، حديث رقم: (٩٦٦)، (٣١٠/١)، وحكمه: قال

الألباني: حسن، واللفظ لابن ماجه، وأخرجه أبو داود، سنن أبي داود، أبو داود،

سليمان بن الأشعث بن إسحاق، تحقيق، محيي الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة

العصرية) (د.ط): كتاب: الصلاة، باب: ما جاء في السدل في الصلاة، حديث رقم:

وجه الدلالة: حمل الفقهاء النهي على الكراهة، وذلك للآتي^(١):

أ- أن تغطية الوجه قد تمنع بيان الحروف، فيؤدي ذلك إلى تعذر القراءة الصحيحة، والأذكار المشروعة في الصلاة^(٢).

ب- أن الإنسان لو غطى الوجه بيده فقد ترك سنة اليد في الصلاة، فيكره له ذلك^(٣).

ج- أن في تغطية الوجه بالثوب تشبه بالمجوس؛ لأنهم يتلثمون في عبادتهم للنار، ويكره شد وسطه؛ لأنه صنيع أهل الكتاب^(٤).

٢- لما روي عن ابن عباس أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "أَمَرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْظَمٍ عَلَى الْجَبْهَةِ، وَأَشَارَ بِيَدِهِ عَلَى أَنْفِهِ وَالْيَدَيْنِ وَالرُّكْبَتَيْنِ، وَأَطْرَافِ الْقَدَمَيْنِ"^(٥).

(١) (٦٤٣)، (١٧٤/١).

(١) انظر: المبسوط، السرخسي: (٣١/١)، الذخيرة، القرافي: (٢٦٤/١٣)، المجموع، النووي: (١٧٩/٣)، المغني، ابن قدامة: (٤١٩/١).

(٢) المبسوط، السرخسي: (٣١/١)، بدائع الصنائع، الكاساني: (٢١٦/١).

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني: (٢١٦/١).

(٤) تبين الحقائق، الزيلعي: (١٦٤/١).

(٥) صحيح البخاري، البخاري: كتاب: الأذان، باب: السجود على الأنف، حديث رقم:

(٨١٢)، (١٦٢/١)، واللفظ للبخاري، ورواه مسلم، صحيح مسلم: كتاب: الصلاة، باب:

أعضاء السجود، والنهي عن كف الشعر والثوب وعقص الرأس في الصلاة، حديث رقم:

(٤٩٠)، (٣٥٤/١).

وجه الدلالة: فيه دليل على الكراهة؛ لكون المتلثم مغطياً لأنفه، وهو من الأعضاء التي أمر الإنسان أن يسجد عليها فيها الصلاة^(١).

القول الثاني: يباح التلثم في الصلاة: وهو رواية عند الحنابلة^(٢):

واستدلوا بالمعقول: لكون النهي جاء خاصاً في تغطية الفم، فدل ذلك على إباحة تغطية غيره لعدم النهي^(٣).

ترجيح الباحث:

يظهر لي رجحان قول الجمهور بكراهة تغطية الفم، والأنف في الصلاة، لما ثبت من نهي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن التشبه بالكفار، فقال: "مَنْ تَشَبَّهَ بِقَوْمٍ فَهُوَ مِنْهُمْ"^(٤)، قال ابن تيمية: "فإذا كان هذا في التشبه بهم، وإن كان من العادات فكيف التشبه بهم فيما هو أبلغ من ذلك؟!"^(٥) وقد تؤثر تغطية الفم في الصلاة على القراءة الصحيحة للقرآن؛ فيكره للمصلي ذلك.

الفرع الثالث: تغطية الفم والأنف بالثام في الصلاة في زمن انتشار فيروس كورونا

ثبت أن اللثام مكروه في الصلاة، إلا أن المصلحة الراجحة، ودفع الضرر المحتمل من انتشار المرض؛ يؤدي بنا إلى القول باستحباب تغطية

(١) المبدع، ابن مفلح، بتصرف: (٣٣٢/١).

(٢) المبدع، ابن مفلح: (٣٣٢/١)، الإنصاف، المرادوي: (٤٧٠/١).

(٣) المغني، ابن قدامة: (٤١٩/١).

(٤) سنن أبي داود، أبو داود: كتاب: اللباس، باب: في لباس الشهرة، حديث رقم: (٤٠٣١)،

(٤٤/٤)، وحكمه: قال الألباني: حسن صحيح.

(٥) مجموع الفتاوى، ابن تيمية: (٣٣٢/٢٥).

الفم والأنف في الصلاة، وإلى الوجوب إن لزم الأمر ذلك؛ والمرجع في تقدير الحاجة والضرورة؛ إلى الثقات من أهل الاختصاص؛ وفي تغير الحكم بهذه المسألة مراعاة لمقصد دفع الضرر؛ لما رواه ابن عباس أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"^(١)، قال ابن تيمية: "فَعِنْدَ الْحَاجَةِ تَزُولُ الْكَرَاهَةُ"^(٢)، فإن كانت الحاجة وحدها تزيل الكراهة؛ فالضرورة من باب أولى، فيدخل لبس باللثام - الكمام - بالقاعدة المتفق عليها عند الفقهاء بقولهم: "الضرورات تبيح المحظورات"^(٣)، وقال ابن القيم: "ومن قواعد الشرع الكلية أنه: لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة"^(٤)، ومثل ذلك ما ذكره العثيمين بقوله: "فإن كان حوله رائحة كريهة تؤذيه في الصلاة، واحتاج إلى اللثام فهذا جائز؛ لأنه للحاجة، وكذلك لو كان به زكام، وصار معه حساسية إذا لم يتلثم، فهذه أيضا حاجة تبيح أن يتلثم"^(٥).

وبناء على ما سبق: فإنه يستحب للمصلي تغطية الوجه في الصلاة في زمن انتشار الأمراض والأوبئة؛ ويجب عليه ذلك إن اقتضته الضرورة؛ وفي هذا مراعاة لمقصد حفظ النفس، ودفع الأذى عن الناس.

- (١) سنن ابن ماجة، ابن ماجة، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضره بجاره، (٧٨٤/٢)، (رقم الحديث: ٢٣٤١)، وحكمه: قال الألباني: صحيح، الألباني سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، رقم: (٢٥٠)، (٤٩٨/١).
- (٢) مجموع الفتاوى، ابن تيمية: (٢٠٣/٢١).
- (٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: (٧٣/١)، الموافقات، الشاطبي: (٩٩/٥)، الأشباه والنظائر، السبكي: (٤٩/١)، التحبير شرح التحرير، المرادوي: (٣٨٤٧/٨).
- (٤) إعلام الموقعين، ابن القيم: (١٧/١).
- (٥) الشرح الممتع، العثيمين: (١٩٣-١٩٤).

المطلب الرابع

حكم تعليق الجُمع والجماعات في المساجد والمصليات عند استئراء الفيروس

بعد تفشي فيروس كورونا؛ وانتشاره بين الناس، أصدر مجموعة من العلماء فتواهم الفقهية الدالة على جواز منع ولي الأمر المصلين من أداء الجُمع والجماعات في المساجد والمصليات؛ دفعاً للضرر عنهم، ومن ذلك بيان هيئة الفتوى في وزارة الأوقاف بدولة الكويت (١٣-٣-٢٠٢٠م)، وبيان هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف (١٥-٣-٢٠٢٠م)، وبيان المجلس العلمي الأعلى بالمغرب (١٦-٣-٢٠٢٠م)، وبيان هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية (١٧-٣-٢٠٢٠م)، وغيرها من هيئات الفتوى المعتمدة في شتى دولة العالم؛ التي أصدرت فتواها بجواز منع الصلاة في المساجد؛ دفعاً للضرر عن الناس عند تفشي المرض.

رأي الباحث:

يرى الباحث مشروعية القول بجواز منع ولي الأمر المصلين من أداء الجُمع والجماعات في المساجد، والمصليات؛ دفعاً للضرر عنهم في زمن تفشي فيروس كورونا، وذلك يكون بضوابط، وشروط، بيانها الآتي:

١- إن تعليق الجمع والجماعات من مسائل النوازل، فلا ينبغي للفقيه أو المجتهد الخوض في الإفتاء فيها إلا بعد الرجوع إلى أهل الاختصاص الثقات من الأطباء المسلمين، قال ابن النجيم: "أَنَّ الْأَحْكَامَ إِنَّمَا تُسْتَفَادُ مِمَّنْ لَهُ عِلْمٌ أَضْلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا

تَعَلَّمُونَ ﴿ (النحل: ٤٣) ﴾^(١).

٢- إذا أصدر الأطباء الثقات رأيهم في وجوب تعطيل الجمع والجماعات في المساجد؛ فإن الواجب على ولي الأمر فعل ذلك؛ دفعاً للضرر عن الناس، وقد ثبت سرعة انتشار المرض عند التقارب، كما أنه مرض خطير لا سيما على كبار السن ومن يعاني من نقص المناعة، والأصل في دفع الضرر ما رواه ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أَلَا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ"^(٢).

٣- إن القول بجواز تعطيل الجمع والجماعات في المساجد؛ كان للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فيحرم على ولي الأمر تعطيل الصلاة في المساجد إن ثبت له إمكانية دفع الضرر بغير ذلك، كالاحترازات الموصى بها؛ مثل: تباعد الصفوف بين المصلين، ولبس الكمام والثلثام، وتعقيم اليدين؛ فإن أصدر الأطباء قرارهم بزوال الضرر بمجرد مراعاة مثل هذه الاحترازات أو غيرها؛ فإنه لا يجوز تعطيل الصلاة بالمساجد لإمكانية دفع الضرر بالضرر الأقل؛ فما جاز لعذر، بطل بزواله^(٣).

ويناقش بالآتي:

(١) البحر الرائق، ابن نجيم: (١٢٩/١).

(٢) سنن ابن ماجة، ابن ماجة، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضره بجاره، (٧٨٤/٢)، (رقم الحديث: ٢٣٤١)، وحكمه: قال الألباني: صحيح، الألباني سلسلة

الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، رقم: (٢٥٠)، (٤٩٨/١).

(٣) انظر: الأشباه والنظائر، ابن النجيم: (٧٤/١)، الأشباه والنظائر، السيوطي: (٨٥/١).

١- أن الشرع قد أمر بالجهاد؛ ورغب فيه، مع ما في الجهاد من إزهاق للروح، وخطر على النفس؛ إلا أن ذلك واجب في الشريعة لما فيه من حفظ للدين، وإعلاء كلمة الله تبارك وتعالى، فلماذا تقدمون حفظ النفس، على حفظ الدين؟ مع أن الله تبارك وتعالى قد قدم حفظ الدين على النفس في الجهاد؟

ويجاب: أن الجهاد إنما شرع لحفظ الدين حفظاً كلياً؛ فليس المقصود به التضحية بالنفس في سبيل الله لحفظ فرع جزئي من فروع الدين، فالصلاة ركن واجب على كل مسلم، وأمر ضروري بلا شك؛ وذلك بخلاف الصلاة في المسجد فإنها مكمل لضروري، ليست مقصودة لذاتها؛ بل لتكملة ما هو ضروري في الدين؛ فإن تعارض مكمل الضروري، مع ضروري بذاته وهو حفظ النفس؛ قدمنا الضروري على المكمل لأهميته^(١)، كما أن حفظ النفس أمر كلي مقصود في الدين، والصلاة في المساجد أمر جزئي مكمل لغيره فلا يقدم عليه، قال الشاطبي رحمه الله: "والقاعدة المقررة في موضعها أنه إذا تعارض أمر كلي وأمر جزئي؛ فالكلي مقدم؛ لأن الجزئي يقتضي مصلحة جزئية، والكلي يقتضي مصلحة كلية، ولا ينخرم نظام في العالم بانخرام المصلحة الجزئية بخلاف ما إذا قدم اعتبار المصلحة الجزئية؛ فإن المصلحة الكلية ينخرم نظام كليتها"^(٢).

٢- إن العالم الإسلامي قد مر بأزمات، وجوائح، وأمراض كثيرة على مر

(١) الموافقات، الشاطبي: (٢٤/٢).

(٢) الموافقات، الشاطبي: (١/ص٤٩٨).

التاريخ، ولم ينقل عن العلماء قولهم بجواز إغلاق المساجد، ومنع الناس من الصلاة فيها، دفعاً للضرر.

ويجاب: إن عدم العلم لا يعني العلم بالعدم، فعدم نقل ذلك عن العلماء لا يدل على عدم القول به مطلقاً، كما أن الأمور تقدر بقدرها؛ فليست العبرة في الحوادث السابقة، بل في فهم النازلة من خلال أهل الاختصاص من الأطباء المسلمين الثقات، لقوله تعالى: ﴿ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾، (النحل: ٤٣)، فإن ثبت أن في تجمع الناس بالمساجد خطراً على نفوسهم؛ جاز المنع لما فيه من حفظ لمقصد ضروري حث الشرع على اعتباره، ولا يسلم بقياس النازلة المعاصرة على غيرها من النوازل في التاريخ الإسلامي؛ لاختلافها عنهم بطريقة الوقاية الموصى بها، كما أن لكل مرض خصائصه وآثاره، فلا يسلم بتنزيل الأقوال السابقة على النازلة المعاصرة.



الخاتمة

أحمد الله سبحانه وتعالى على توفيقه لإتمام هذا العمل، وأسأله تبارك وتعالى القبول والسداد، فما قصدت من هذا البحث إلا بيان أحكام الشرع الحنيف، مع ربطها بمقاصدها التي جاءت أحكام الشريعة حاثّة عليها في الكتاب والسنة، فما كان من توفيق فمن الله تعالى، وأستغفره عن كل تقصير وزلل، والحمد لله رب العالمين.

أولاً: أهم النتائج:

- ١- يسبب فيروس كورونا المكتشف في عام ٢٠١٩م بمدينة (ووهان) الصينية؛ مرض كوفيد-١٩، وهو مرض معدٍ تتراوح حدته بين نزلات البرد العادية، ويصل إلى الوفاة عند بعض الأشخاص؛ لمهاجمته الجهاز التنفسي في جسم الإنسان، مما يضر بالحياة، لا سيما من يعاني من الأمراض المزمنة، أو نقص المناعة.
- ٢- أوصت المنظمات الطبية ببعض الطرق الوقائية للحد من انتشار هذا الفيروس، ومنها تعقيم اليدين بالمعقمات الكحولية، ومراعاة التباعد الجسدي بين الأشخاص، وتغطية الأنف والتم بالثام، أو الكمام.
- ٣- تبين من خلال عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم رجحان القول بطهارة الخمر طهارة حسية مع حرمتها، فلا مانع من تعقيم اليدين بالمعقمات الكحولية، ولا يؤثر ذلك على صحة الصلاة.
- ٤- تسوية الصفوف واجبة في الصلاة؛ إلا أن الواجب قد يسقط للضرورة

- في زمن انتشار فيروس كورونا؛ دفعا للضرر، وحفظاً لحياة الناس.
- ٥- يكره للمصلي تغطية الوجه بالثام، ويباح له ذلك في زمن انتشار الأمراض والأوبئة؛ لكون الحاجات تزيل المكروهات.
- ٦- لولي الأمر الحق بإصدار القرار بتعليق الصلاة في المساجد والمصليات عند تفشي الفيروس؛ بعد الرجوع إلى أهل الاختصاص من الفقهاء، والأطباء المسلمين الثقات؛ دفعا للضرر عن الناس، وذلك لا يكون إلا للضرورة، وهي تقدر بقدرها، فيزول الحكم بزوال السبب.

ثانياً: التوصيات:

أوصي في ختام هذا البحث بإنشاء موسوعة فقهية طبية، يراعى من خلالها بيان الأحكام الفقهية المقاصدية لمسائل الطب المتعلقة بالعبادات والمعاملات، مع ربطها بمقاصد الشرع، وأصوله؛ لبيان الحكمة من هذه الأحكام، وربط الفروع بالأصول، وفي ذلك خير ومنفعة للناس في دينهم ودنياهم.

قائمة المصادر والمراجع

- ١- إحكام الأحكام في شرح أحاديث سيد الأنام، ابن دقيق العيد، تقي الدين محمد بن علي، تحقيق: عبد المجيد بن خليل القمري، (الكويت، أسفار لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية (١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م)، ط ٢.
- ٢- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، لبنان: دار الكتب العلمية.
- ٣- الأشباه والنظائر، السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، (١٤١١هـ - ١٩٩١م)، لبنان: دار الكتب العلمية.
- ٤- الأشباه والنظائر، السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (١٤١١هـ - ١٩٩٠م)، لبنان: دار الكتب العلمية.
- ٥- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، محمد بن أبي بكر، ابن قيم الجوزية، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٤١١هـ - ١٩٩١م).
- ٦- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى، تحقيق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة، لبنان، (د.ت).
- ٧- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، علاء الدين علي بن سليمان، دار إحياء التراث العربي، مصر، (ط ٢)، (د.ت).
- ٨- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، دار الكتاب الإسلامي، مصر، (ط ٢)، (د.ت).
- ٩- البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله، (دار الكتبي ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ط ١.

- ١٠- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، دار الكتب العلمية، مصر، (ط٢)، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م).
- ١١- بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، دار المعارف، مصر، (د.ت).
- ١٢- التاج والإكليل لمختصر خليل، المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٤١٦هـ - ١٩٩٤م).
- ١٣- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الزيلعي، عثمان بن علي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، (١٣١٣هـ).
- ١٤- التجميع شرح التحرير في أصول الفقه، المرادوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، (الرياض، مكتبة ابن رشد ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، ط١.
- ١٥- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، المعروف بصحيح البخاري، البخاري، محمد بن اسماعيل، تحقيق: محمد زهير الناصر، طوق النجاة، لبنان، (د.ت).
- ١٦- الجامع لأحكام القرآن، المعروف بتفسير القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، (القاهرة، دار الكتب المصرية ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م)، ط٢.
- ١٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، دار الفكر، لبنان، (د.ط).
- ١٨- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، تحقيق: علي محمد معوض وعادل

- عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).
- ١٩- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، البُهوتي، منصور ابن يونس، عالم الكتب، السعودية، (١٤١٣هـ - ١٩٣٣م).
- ٢٠- الذخيرة، القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، (١٩٩٤م)، تحقيق: محمد حجي وآخرون، لبنان: دار الغرب الإسلامي.
- ٢١- رد المحتار على الدر المختار شرح الأبصار، ابن عابدين، محمد أمين، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٩٩٤م).
- ٢٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، يحيى بن شرف بن مري، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، لبنان، (٣)، (١٩٩١م).
- ٢٣- زاد المعاد، ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الكويت: مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية (١٤١٥هـ / ١٩٩٤م)، ط ٢٧.
- ٢٤- سبل السلام، الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، (ن: دار الحديث - بدون: ت، بدون: ط).
- ٢٥- سنن ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (د.ت)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مصر: دار إحياء الكتب العربية وفيصل عيسى البابي الحلبي.
- ٢٦- سنن أبي داود، أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق، تحقيق، محيي الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية) (د.ط).
- ٢٧- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، (ن: دار ابن حزم)، ط ١.
- ٢٨- الشرح الممتع على زاد المستقنع، العثيمين، محمد بن صالح، (المتوفى: ١٤٢١هـ)، (ط ١)، (ج ١٥) دار ابن الجوزي، الأردن، (١٤٢٢هـ -

(١٤٢٨هـ).

- ٢٩- شرح مختصر خليل للخرشي، الخَرَشِيّ، محمد بن عبد الله، دار الفكر للطباعة، لبنان، (د.ت).
- ٣٠- صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، (د.ت).
- ٣١- العدة حاشية الصنعاني على إحكام الأحكام على شرح عمدة الأحكام، الصنعاني، محمد ابن إسماعيل الأمير، (ن: المكتبة السلفية ١٤٠٩هـ)، ط ٢.
- ٣٢- عمدة القاري شرح صحيح البخاري، القاري، أبو محمد محمود بن أحمد الحنفي بدر الدين العيني (د.ت)، لبنان: دار إحياء التراث العربي.
- ٣٣- الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام، (دار الكتب العلمية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م)، ط ١.
- ٣٤- فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.
- ٣٥- فتح القدير، ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (المتوفى: ٨٦١هـ)، (ط بدون)، دار الفكر، بيروت، لبنان، (بدون تاريخ).
- ٣٦- الفيروسات مقدمة قصيرة جداً، دوروثي إتش كروفورد، ترجمة: أسامة فاروق حسن، (القاهرة: مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة ٢٠١٤م)، ط ١.
- ٣٧- قاعدة المشقة تجلب التيسير، يعقوب بن عبد الله الباسين، (الملكة العربية السعودية: مكتبة الرشد ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، ط ١.
- ٣٨- القاموس المحيط، الفيروزآبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة

- والنشر والتوزيع، لبنان، (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م).
- ٣٩- القواعد النورانية، ابن تيمية، تقي أحمد بن عبد الحلیم، تحقيق: د أحمد بن محمد الخلیل، (السعودية: دار ابن الجوزي ١٤٢٢هـ)، ط ١.
- ٤٠- كشاف القناع عن متن الإقناع، البُهوتِيُّ، منصور بن يونس، دار الكتب العلمية، مصر، (د.ت).
- ٤١- لسان العرب، ابن منظور، محمد بن مكرم، دار صادر، لبنان، (ط ٣)، (د.ت).
- ٤٢- المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
- ٤٣- المبسوط، السرخسي، محمد بن أحمد، دار المعرفة، لبنان، (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م).
- ٤٤- مجموع الفتاوى، ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، تحقيق: عبد الرحمن بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، (١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م).
- ٤٥- المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، دار الفكر، (د.ت)، الأردن.
- ٤٦- المحلى بالآثار، ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي، دار الفكر، لبنان، (د.ت).
- ٤٧- مختار الصحاح، الرازي، محمد بن أبي بكر، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، لبنان، (ط ٥)، (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
- ٤٨- المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الطوسي، تحقيق: محمد عبد السلام، (لبنان: دار الكتب العلمية)، ط ١.
- ٤٩- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي

- الفيومي، ثم الحموي، المكتبة العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، (د.ت).
- ٥٠- المعجم الأوسط، الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، تحقيق: طارق بن عوض الله ابن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، (القاهرة، دار الحرمين)، ط بدون.
- ٥١- معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكرياء، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، لبنان، (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
- ٥٢- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنيبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، (ط٢)، (١٤٠٨هـ).
- ٥٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني، محمد بن أحمد، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٩٩٤م).
- ٥٤- المغني، ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، مكتبة القاهرة، مصر، (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م).
- ٥٥- الموافقات، الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد (د.ت)، تحقيق: أبو عبيدة مشهور ابن حسن آل سلمان، مصر: دار ابن عفان.
- ٥٦- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، دار الفكر، لبنان، (١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).
- ٥٧- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، شهاب الدين محمد بن أبي العباس، دار الفكر، لبنان، (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).

المواقع الالكترونية:

- ٥٨- معجم المعاني الجامع - معجم عربي عربي:
[https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/
%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3/](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%8A%D8%B1%D9%88%D8%B3/)

- ٥٩ - منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> ،
- ٦٠ - الموقع الرسمي لوزارة الصحة في دولة الكويت، حول فيروس كورونا تاريخ الدخول: ٢٧-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.moh.gov.kw/ar/Pages/abtCoro.aspx>
- ٦١ - منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- ٦٢ - الموقع الرسمي لوزارة الصحة في دولة الكويت، حول فيروس كورونا، تاريخ الدخول: ٢٧-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.moh.gov.kw/ar/Pages/abtCoro.aspx>
- ٦٣ - منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- ٦٤ - الموقع الرسمي لوزارة الصحة في المملكة العربية السعودية، فيروس كورونا الجديد (١٩)، تاريخ الدخول: ٢١-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.moh.gov.sa/HealthAwareness/EducationalContent/PublicHealth/Pages/corona.aspx>
- ٦٥ - منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- ٦٦ - منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- ٦٧ - الموقع الرسمي لوزارة الصحة في دولة الكويت، حول فيروس كورونا، تاريخ الدخول: ٢٧-٦-٢٠٢٠م:
<https://www.moh.gov.kw/ar/Pages/abtCoro.aspx>

٦٨ - منظمة الصحة العالمية، تاريخ الدخول: ٢٥-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

٦٩ - موقع الإحصائيات العالمي، تاريخ الدخول: ٢٩-٦-٢٠٢٠م:

<https://www.worldometers.info/coronavirus/>.



فوضى الفتاوى الإلكترونية أسبابها - نتائجها - سبل القضاء عليها

إعداد

د. سمحاء عبد المنعم أبو العطا عطية

مدرس بقسم الفقه - كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات

بالمقصورة - جامعة الأزهر

فَوْضَى الْفَتَاوَى الْإِلِكْتُرُونِيَّةِ أسبابها - نتائجها - سبل القضاء عليها

سمحاء عبد المنعم أبو العطا عطية
قسم الفقه، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، جامعة الأزهر، المنصورة،
مصر .

البريد الإلكتروني: Samhaaaboelatta2175.el@azhar.edu.eg

ملخص البحث:

يهدف البحث إلى توضيح أهمية الفتوى الإلكترونية في هذا العصر، ومعالجة بعض المشاكل التي أدت إلى وجود فوضى في تلك الفتاوى، وتنطلق الدراسة من مقدمة بها التعريف بموضوع البحث ، ومنهجي في البحث، لأتطرق بعد ذلك إلى أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية، ثم بعد ذلك بينت نتائج تلك الفوضى، وسبل القضاء على فوضى الفتاوى الإلكترونية. وأوصيت في نهاية البحث أن تكون بعض أنشطة المشاركة المجتمعية للمؤسسات العلمية توعية المجتمع ببدوات عن مبادئ العلم الشرعي والفرق بين الداعية والمفتي، ومعنى الفتوى الشاذة، واجتناب أذعياء الدين غير المؤهلين للإفتاء، ومحو أميتهم الدينية. وأوصيت كذلك بالرقابة على المواقع الإفتائية على الانترنت، وندبت إلى تفعيل جميع هيئات الإفتاء الجماعية ومحاولة تفريغ المرجعيات ذات الكفاءة العلمية في الإفتاء من الأعباء الزائدة عليهم، حتى يُقبلوا على الإفتاء، ولا يتركوا الساحة لأذعياء العلم الراغبين في الشهرة أو المال .

الكلمات المفتاحية : الفوضى، الفتوى الإلكترونية، تتبع الرخص، الفتاوى الشاذة، القضاء.

The Chaos of Electronic Fatwas Causes, Consequences, and Ways to Eliminate them

Samaha Abdel Moneim Abu Al-Ata attia

Department of Jurisprudence, Faculty of Islamic and Arab
Studies for Girls, Al-Azhar University, Mansoura, Egypt.

E-mail : Samhaaaboelatta2175.el@azhar.edu.eg

Abstract:

The research aims to clarify the importance of the electronic fatwa in this era, and address some of the problems that led to the existence of chaos in those fatwas. The introduction of the study includes defining of the topic and determining my research method. Then, I move to discussing the reasons of the chaos in the Electronic Fatwas, and the ways to overcome it. The study ends with some recommendations which include: the needs to do some activities to raise awareness of the communities which help them to distinguish between the Preacher and Muftis, and to overcome the illiteracy of the religious knowledge. The study also recommends the necessity of observing the fatwa websites on the Internet. Besides, it calls to the importance of empowering the prominent scholars, so they can fill the gap the fatwa needs, and able them to overcome the abnormality of electronic fatwa.

Keywords: Chaos, Electronic Fatwa, Tracking Licenses, Abnormal Fatwas, Elimination.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، خاتم النبيين، وقدوة المفتين، وأفضل من وَقَّعَ عن رب العالمين، سيدنا محمد إمام الأولين والآخرين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد منَّ الله علينا بنعمة عظيمة وهي التطور التكنولوجي، الذي أدى لوصول الفتوى إلى فئة عريضة من المجتمع، دون بذل جهد للسعي إلي المفتي، ليجد ردودًا على تساؤلاته وحلًا لإشكالاته، فجزى الله القائمين على ذلك خير الجزاء.

ومن أجل إتمام الفائدة، أحببت من باب النصيحة والنقد البناء، أن ألقى الضوء على بعض الأمور التي أدت إلى وجود فوضى في الفتاوى الإلكترونية؛ وذلك لتجنبها، حتى يتم ويكتمل الانتفاع بالفتاوى الإلكترونية التي لا يستطيع عاقل إنكار أهميتها للمجتمعات الإسلامية، وما لها من تأثير مباشر وسريع في إظهار حكم الله، خاصة أنها تخاطبهم باللغة التي يفهمونها الآن، بالإضافة إلى إفادتها اللامحدودة؛ لأنها تنتشر سريعًا بطول البلاد وعرضها وتصل لفئات من المجتمع، لم يكن لهم في يوم من الأيام أن يقفوا أمام مفتٍ لسؤاله عما يحتاجون إليه، إما لازدحام يومهم أو لبعدهم عن المفتين أو عدم معرفتهم القبلة الصحيحة التي يتوجهون إليها بأسئلتهم.

ولشدة إيماني بأهمية الفتوى الإلكترونية، فإني أتحسس عيوبها لتلافيها،

وأحاول إيجاد حلول عملية لها، لتحقيق مزيد من الإفادة للإسلام والمسلمين.

إشكالية البحث:

يحاول البحث أن يجيب عن بعض التساؤلات، أهمها:

- ١- ما أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية؟ وما السبيل إلى القضاء على هذه الأسباب؟
- ٢- ما نتائج فوضى الفتاوى الإلكترونية؟
- ٣- وما سبل إنجاح هذا النوع من الفتاوى؟

الدراسات السابقة:

لم يتسن لي - حسب علمي واطلاعي - الوقوف على أي مؤلف علمي عن فوضى الفتاوى الإلكترونية حتى الآن، وإن كان هناك كتاب "فوضى الإفتاء" د/أسامة عمر الأشقر، طبعته دار النفائس عام ٢٠٠٩م، وما سأضيفه بهذا البحث هو تأصيل الكلام حول أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية تحديداً، والنتائج التي ترتبت على هذه الفوضى، مع ذكر حلول عملية لعلاج أسباب الفوضى، للوصول بها إلى أفضل نتيجة.

منهج البحث:

اتبعت في بحثي هذا، المنهج الاستقرائي، ثم المنهج الوصفي والتحليلي؛ لأنني بصدد بيان أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية، ونتائجها، للوصول إلى كيفية معالجة هذه المآخذ.

كما التزمت في كتابة هذا البحث بالمنهج العلمي للأبحاث فقامت بعزو الآيات القرآنية إلى سورها مع ذكر رقم الآية، وتخريج الأحاديث وعزوها إلى مظانها، فإن كانت في الصحيحين فأقتصر عليهما، وإلا فأذكر من أخرجه وأعقب بدرجة الحديث من كتب التخريج مع ذكر اسم الكتاب والباب، ورقم الحديث، والجزء والصفحة، كذلك التزمت بالتوثيق العلمي للأراء والاقتراسات والرجوع إلى كتب التراث بقدر الإمكان.

وقد تناولت ذلك في خطة تكونت من مبحث تمهيدي وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

مبحث تمهيدي: التعريف بمفردات عنوان البحث

• المبحث الأول: أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية

المطلب الأول: أسباب تعود إلى تكوين وتأهيل المفتي

الفرع الأول: دخول غير المؤهلين للإفتاء مجال الفتوى

الإلكترونية

الفرع الثاني: تعصب بعض المفتين لمذهبهم ورفضهم الإفتاء

بمذهب آخر

الفرع الثالث: الإفراط في التيسير

الفرع الرابع: غياب ثقافة "لا أدري"، أو الرجوع في الفتوى

عند ثبوت خطئها

المطلب الثاني: أسباب تعود إلى طبيعة الفتوى الإلكترونية

الفرع الأول: عدم القدرة على فهم الفتوى جيداً من المستفتي

الفرع الثاني: عدم القدرة على التفرس في السائل

الفرع الثالث: ضيق الوقت

الفرع الرابع: استخدام الفتوى لأغراض تجارية

• المبحث الثاني: نتائج فوضى الفتاوى الإلكترونية

المطلب الأول: التضارب والتعارض في الفتوى الإلكترونية

المطلب الثاني: ظهور الفتاوى الشاذة

المطلب الثالث: التوجيه السياسي من خلال الفتوى

• المبحث الثالث: سبل القضاء على فوضى الفتاوى الإلكترونية

خاتمة، وبها أهم النتائج والتوصيات

وختاماً أتوجه إلى الله - سبحانه وتعالى - بحمدٍ وثناء يليقان بجلال وجهه الكريم ، وعظيم سلطانه ، على ما منَّ عليّ من توفيق وسداد، وأسأله - عز وجل - أن يديم عليّ فضله ، وأن يقبل منى هذا الجهد المتواضع خالصاً لوجهه الكريم ، فينفع به عباده، ويدخره لى عدة ليوم الميعاد، إنه نعم المولى ونعم النصير، وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين.

الباحثة

مبحث تمهيدي

التعريف بمفردات عنوان البحث

تعريف الفوضى: الاختلاط وعدم الترتيب، يقال: الأمر فوضى بينهم: أي مختلط بعضه ببعض، والمال فَوْضَى بينهم أي مختلط من أراد منهم شيئاً أخذه^(١)، وقوم فوضى أي: متفرقون ليس لهم رئيس يقودهم أو يجمعهم، فيصدروا عن أمره ويتتهوا إلى رأيه.^(٢)

تعريف الفتوى لغة: الجواب والإبانة عن حكم مسؤول عنه^(٣)، والسائل يُسَمَّى مستفتي، والمجيب هو المفتي، والفتوى هي نص الجواب. والفتوى شرعاً: الإخبار عن حكم شرعي لا على وجه الإلزام^(٤).

الإلكترونية: كل ما يحتوي على إلكترون - شحنات كهربائية - فهو إلكتروني، ويُعد الجهاز إلكترونياً إذا كان يعمل بالأسلاك أو البطارية^(٥)، مثل:

-
- (١) تاج العروس للزبيدي (٤٩٦/١٨) ط/ دار الهداية ؛ المصباح المنير للفيومي في غريب الشرح الكبير للرافعي (٤٨٣/٢) المكتبة العلمية - بيروت ؛ الصحاح للجوهري (٢٣٦/٤) دار العلم للملايين - بيروت، ط٤ / ١٩٩٠م (مادة/ فوض)
- (٢) غريب الحديث للخطابي (٥٣١/٢)، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ط/١٤٠٢
- (٣) لسان العرب (١٤٥/١٥) ط/١، دار صادر - بيروت (مادة/ فتا) ؛ العين للخليل الفراهيدي (١٣٧/٨) دار ومكتبة الهلال (مادة/ ف ت و)
- (٤) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (ت/٩٥٤هـ) (٢٣/١) دار الفكر، ط٣ / ١٤١٢هـ
- (٥) الأجهزة الإلكترونية، اعتدال هارون، بحث منشور على موقع sotor.com

التلفاز، الراديو، الحاسب الآلي، الهاتف الأرضي والمحمول، وغير ذلك من الأجهزة الرقمية.

والمقصود بالفتوى الإلكترونية: طلب الفتوى أو الحكم الشرعي لمسألة أو قضية، عبر وسائل الاتصال الحديثة، ويجب عنها المفتي وتصل الإجابة للمستفتي حيثما كان.

أنواع الفتاوى الإلكترونية:

١- مرئية عن طريق البث المباشر: وفيها يتم إرسال الأسئلة مباشرة إلى المفتي أثناء العرض، ويتولى الإجابة عليها مباشرة فيما يطرح عليه من أسئلة، وفيها يجب المفتي على عشرات الأسئلة في زمن لا يتجاوز ساعة غالبًا، وتنشر هذه المقاطع على اليوتيوب والفيس بوك.

٢- مكتوبة في المواقع الإلكترونية: وهي أقل خطرًا بكثير من الفتاوى المرئية؛ لأن فيها وقتًا ومساحةً للنظر والتأمل في الأسئلة وفي الإجابة، وهذه الطريقة أحد أهم وسائل الفتوى ولها عدة صور:

- المواقع الإلكترونية المتخصصة في تقديم الفتوى ومنها ما هو رسمي تابع للدولة مثل مواقع دور الإفتاء، ومنها ما هو غير رسمي مثل: موقع آسك إف إم.

- البريد الإلكتروني للمفتي نفسه أو لجهة إفتائية مثل: بريد الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات

Fatwa@awqaf.gov.ae

- مواقع التواصل الاجتماعي مثل فيس بوك وتويتر.

٣- مسموعة: مثل الفتاوى الإذاعية وهي الطريقة الأوسع للإفتاء ؛ لما فيها من سهولة التناول، فهي متاحة لكل أحد وفي كل مكان، وقد أفادت الإذاعات الأمة الإسلامية عمومًا وطلاب العلم والمستفتين خصوصًا إفادة جلية من خلال إذاعات القرآن الكريم، والإذاعات المحلية لكل بلد.

وهناك أيضًا ما هو عن طريق تسجيلات صوتية للفتاوى بصوت المفتي، ووضعها على الموقع الإلكتروني الخاص به.

٤- عبر الهاتف أو المحمول: إما بترك رسالة صوتية، أو رسالة نصية، وبعض شركات الاتصال تفرض رسومًا إضافية على الرسائل الخاصة بالاستفتاء.

أهمية الفتوى الإلكترونية:

١- مواكبتها للتطور التقني الذي صرنا إليه، فنحن نعيش حاليًا في العالم الرقمي ؛ بمعنى أننا نعتمد اعتمادًا كليًا على التقنية والتكنولوجيا الحديثة (شبكة المعلومات- مواقع التواصل الاجتماعي- المواقع الإلكترونية - الأجهزة الرقمية).

٢- سريعة في الرد على المستفتي ؛ فلم يعد المستفتي يبذل أي وقت أو جهد في سبيل الوصول لإجابة فتواه.

٣- ترفع الحرج عن من يتحرج من إلقاء السؤال مباشرة أمام المفتي، خاصة النساء.

والمقصود بفوضى الفتاوى الإلكترونية: تعارض وتضارب الفتاوى لصدورها عن جهات متعددة - رسمية وغير رسمية - مما أفرز كثير من الفتاوى الشاذة الخارجة عن السياق، المخالفة لمنهج الإفتاء الصحيح، من حيث الترجيح بدون مرجح، أو اتباع الأهواء أو استخدام الفتوى لأغراض سياسية... إلى غير ذلك.



*

المبحث الأول

❖ أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية ❖

انتشرت فوضى الفتاوى الإلكترونية انتشار النار في الهشيم، ومن أجل أن نتمكن من القضاء على هذه الفوضى، يجب علينا أن نتوقف عند أسبابها؛ حتى نقضي عليها من جذورها، وقد وجدنا العديد من الأسباب التي يمكن إجمالها في أمرين رئيسيين: أسباب تعود إلى تكوين وتأهيل المفتي، وأسباب تعود إلى طبيعة الفتوى الإلكترونية.

المطلب الأول

أسباب تعود إلى تكوين وتأهيل المفتي

ويحتوي على الفروع الآتية:

الفرع الأول: دخول غير المؤهلين للإفتاء مجال الفتوى الإلكترونية

الفرع الثاني: تعصب بعض المفتين لمذهبهم ورفضهم الإفتاء بمذهب

آخر

الفرع الثالث: الإفراط في التيسير

الفرع الرابع: غياب ثقافة "لا أدري"، أو الرجوع في الفتوى عند ثبوت

خطئها

الفرع الأول: دخول غير المؤهلين للإفتاء مجال الفتوى الإلكترونية

لا بد على من يُنصب لإفتاء الناس أن يكون متمكناً من الأصلين الكتاب

والسنة، وعلوم العربية، ومتبحراً في الفقه ومقاصد الشريعة، وذا معرفة

بالقياس وعلله، ومعرفة بمواضع الإجماع والاختلاف ومنازعه، ومُطَّلَعًا على أحوال الناس وأعرافهم^(١)، وذا دربة وحذق وممارسة للفتوى والنوازل، مع الورع والتقوى وخشية الله.

وحالٌ كثيرٌ من المفتين في هذا العصر على غير هذا المسلك السوي، حيث اقتحموا هذا الميدان وخاضوا غمار هذا البحر دون أن يتأهلوا له، وبعضهم ليس من أهل الاختصاص أصلاً، وقد جاء التحذير من الفتوى بغير علم في قوله تعالى: " وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ"^(٢)، قال ابن كثير: "ويدخل في هذا كل من ابتدع بدعة ليس له فيها مستند شرعي، أو حلل شيئاً مما حرم الله، أو حرم شيئاً مما أباح الله بمجرد رأيه وتشهيه"^(٣)، وقال تعالى: " قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ"^(٤)، قال ابن القيم: " فرَّتْب المحرمات أربع مراتب وبدأ بأسهلها وهو الفواحش ثم ثنى بما هو أشد تحريمًا منه وهو الإثم

(١) قرار رقم ١٥٣ (١٧/٢) بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) ٢٤ - ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م

<https://.iifa-aifi.org/ar>

(٢) سورة النحل/ ١١٦

(٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير (ت/٧٧٤هـ) (٢/٧١٨) دار الفكر - بيروت، ط/١٤١٤هـ

(٤) سورة الأعراف/ ٣٣

والظلم ثم ثلث بما هو أعظم تحريماً منهما وهو الشرك به سبحانه ثم رجع بما هو أشد تحريماً من ذلك كله، وهو القول عليه بلا علم وهذا يعم القول عليه سبحانه بلا علم في أسمائه وصفاته وأفعاله وفي دينه وشرعه".^(١)

ومن أمثلة الفتاوى الصادرة من غير المؤهلين للإفتاء: فتوى إهدار دم السائحين الإسرائيليين

والتي ذكرها أحد الدعاة في قناة الناس الفضائية بمناسبة الغزو الإسرائيلي للبنان، وهي فتوى مخالفة لكل تعاليم الإسلام الذي يدعو إلى السماحة والعدل ونبد الظلم، وعدم مؤاخذه البرئ بالجاني؛ قال تعالى: "لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ"^(٢)، بالإضافة إلى أن تأشيرة الدخول على جواز السفر - مختومة بختم الدولة، ومكتوب فيها إجازة الدولة لصاحب التأشيرة بدخول أراضيها والإقامة فيها - لها حكم عقد الأمان^(٣).

إضافة إلى أن العلاقات الدبلوماسية وفتح السفارات بين تلك البلاد وبعضها بمثابة معاهدة لا يفتقر بعدها إلى عقد أمان آخر فلا يجوز التعرض

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (ت/٧٥١هـ) (٣٨/١) مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ط/١٣٨٨هـ

(٢) سورة الممتحنة ٨/

(٣) فتوى دار الإفتاء المصرية

www.dar-alifta.org/AR/ViewResearch.aspx?ID=227

وعقد الأمان هو: رفع استباحة دم الحربي ورَقَه وماله حين قتاله أو العزم عليه مع استقراره تحت حكم الإسلام مدة. مواهب الجليل (٣٦٠/٣)

له، ولا الاعتداء على نفسه ولا ماله، وقد ثبت عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قال:

" من قتل معاهدًا لم يرح رائحة الجنة وإن ريحها توجد من مسيرة أربعين عامًا " (١)

وعليه فإن قتل المستأمن (الذي يقدم بلاد المسلمين من غير استيطان) (٢) يُعد خيانة للأمانة، والرسول عليه الصلاة والسلام عندما دخل المدينة أعطى العهد لليهود، ووفى لهم، وما قاتلهم إلا بعد أن نقضوا هذا العهد. فمثل هذه الفتوى الصادرة عن غير علم أدت إلى اتهام المسلمين بالدعوة إلى التطرف والعنف.

وأيضًا من فتاوى المتشددین غير المؤهلین للإفتاء: فتوى أصدرها أحد الدعاة على موقعه الرسمي بتحريم الزينة وفوانيس رمضان التي يصدر منها الموسيقى والأغاني مشيرًا إلى أنها بدعة لا أصل لها في الإسلام، ولا يجب السير وراءها.

كذلك فإن من صور عدم تأهل المفتي والتي تؤدي به إلى الوقوع في الخطأ عند الإفتاء:

الجمود في فهم واستعمال النصوص، دون التنبيه إلى متغيرات الواقع، والإخفاق في تحليل وفهم ما يحيط بالمسألة موضع الفتوى، وعدم مراعاة ما

(١) أخرجه البخاري: ٦٢ - أبواب الجزية والموادعة، ٥ - باب إثم من قتل معاهدًا بغير جرم

(ح/٢٩٩٥) (١١٥٥/٣) دار ابن كثير - بيروت

(٢) أحكام أهل الذمة لابن القيم (٨٧٣/٢) دار العلم للملايين - بيروت، ط ١٤٠١هـ

يترتب على الفتوى من آثار بعد ذلك، وفي ذلك يقول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا"^(١)

فالمفتي حين يجتهد ويفتي، عليه أن يُقدّر مآلات الأفعال التي هي محل حكمه وإفتائه، وأن يقدر عواقب حكمه وفتواه، ولا يعتقد أن مهمته تنحصر في إعطاء الحكم الشرعي.

ومن أمثلة الجمود في فهم النص، وعدم النظر في المآلات:

إفتاء البعض بأن توثيق عقد الزواج ليس واجبًا؛ وذلك اعتمادًا على ما هو مسطور في كتب الفقه، ولكن ذلك يؤول إلى خصومات وربما حرمان المرأة من حقوقها وحرمان الأولاد من نسبهم، لعدم توثيق العقد، وذلك لخراب الذمم وقلة الوازع الديني عند كثير من الناس، فلو التفت هذا المفتي الذي قال بأن توثيق عقد الزواج ليس شرطًا إلى المآلات التي تترتب على فتواه هذه؛ لتغيرت فتواه.^(٢)

وأيضًا إخراج القيمة في زكاة الفطر: فقد وقف البعض عند ظاهر النص، في حديث أبي سعيد الخدري: "كنا نخرج زكاة الفطر، صاعًا من طعام، أو صاعًا من شعير، أو صاعًا من تمر، أو صاعًا من أقط، أو صاعًا من زبيب"^(٣)،

(١) الموافقات للشاطبي (ت/٧٩٠هـ) (٤/١٩٤-١٩٥) ط/ دار المعرفة - بيروت

(٢) مزالق الفتوى في عالمنا المعاصر، د/عصام البشير (ص/١٩) أبحاث المؤتمر العالمي

للفتوى وضوابطها، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ١٤٣٠هـ

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه الجامع: ٣١ - أبواب صدقة الفطر، ٤ - باب صدقة الفطر

صاعًا من طعام (حديث رقم/ ١٤٣٥) (٢/٥٤٨)؛ صحيح مسلم: ١٢ - كتاب الزكاة، ٤ -

وهو غالب قوت البلد، ولم يلتفتوا إلى المقصد الشرعي من الحديث، وهو: إغناء الفقير يوم العيد^(١).

الفرع الثاني: تعصب بعض المفتين لمذهبهم ورفضهم الإفتاء بمذهب آخر

ظهر من تصدى للفتوى وهو لا يعلم من مذاهب الفقهاء إلا مذهباً واحداً، وأكثرهم ممن تعلم على شيوخ في بعض دول الخليج، ممن يتمذهبون بالمذهب الحنبلي فقط - على سبيل المثال -، فيفتى به وكأنه لا يوجد غير هذا القول، فأوقع الناس في العنت والمشقة، مثال ذلك: الإفتاء بأن قدمي المرأة عورة، وظهورهما يُفسد الصلاة، وغفل عن رأي الحنفية أن قدمي المرأة ليسا عورة في الصلاة^(٢).

باب زكاة الفطر على المسلمين (ح/٩٨٥) (٢/٦٧٨) دار إحياء التراث العربي - بيروت
(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني (ت/٥٨٧هـ) (٢/٧٣) دار الكتاب العربي - بيروت، ط/١٩٨٢ م

(٢) انقسم الفقهاء في حكم كشف قدمي المرأة في الصلاة وهل هي عورة أم لا إلى قولين: القول الأول: قدم المرأة ليست بعورة في الصلاة، وهو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، وهو المعتمد في مذهبهم، والمزني من الشافعية، وشيخ الإسلام ابن تيمية. شرح فتح القدير لكamal الدين بن الهمام (ت/٦٨١هـ) (١/٢٦٢) دار الفكر - بيروت؛ فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (٤/٨٩) دار الفكر؛ مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٢/١١٤ - ١١٥) إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين.

وقد استدلوا لما ذهبوا إليه بحديث عبدالله بن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لا تتقب المرأة المحرمة ولا تلبس القفازين". أخرجه البخاري: ٣٤ - أبواب الإحصار وجزاء الصيد، ٢٤ - باب ما ينهى من الطيب للمحرم

والمحرمة (ح/١٧٤١) (٢/٦٥٣)

فيظهر من حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه لو كان كشف الوجه واليدين حراماً، لما نهاهم عن سترهما وهما مكان الاشتهاء، والقدم ليست كذلك، فكان من الأولى ألا يحرم كشف القدم، وبالتالي فهي ليست بعورة، فلو صلت المرأة كاشفة أقل من ربع ساقها جازت صلاتها ولم تعدها، أما ما زاد عن الربع فتعيد الصلاة خلافاً لأبي يوسف الذي قال أقل من النصف لا تعيد. البناية شرح الهداية، بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ) (٢/١٢٦ - ١٢٧) دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١/١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م

لأن قليل الانكشاف معفو عندهم للضرورة، خاصة أن ثياب الفقراء لا تخلو عن قليل خرق، والأغنياء من فتق، واعتبر الربع، وأقيم مكان الكل احتياطاً؛ لأن الربع شبهاً بالكل كما في حلق ربع الرأس، وهذا هو الرأي المعتمد والصحيح عندهم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم (١/٢٨٥) دار الكتاب الإسلامي، ط ٢/

ويلحظ من قولهم أنه طالما معفو عن كشف أقل من ربع الساق، فمن باب أولى لو كشفت القدم فلا تبطل الصلاة، ولأنها تبتلى بإبداء القدم إذا مشت حافية أو متنقلة وربما لا تجد الخف، على أن الاشتهاء لا يحصل بالنظر إلى القدم كما يحصل بالنظر إلى الوجه، فإذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم أولى، ولما كانت رواية الجامع الصغير مما يدل على أن القدم ليست بعورة رتبها على ما قبلها بالفاء فقال (فإن صلت) وذلك؛ لأنه جوز الصلاة مع كشف ما دون ربع الساق فكانت القدم مكشوفة لا محالة. العناية شرح الهداية البابرني (ت/٧٨٦هـ) (١/٢٥٩) ط/ دار الفكر

القول الثاني: قدم المرأة عورة في الصلاة وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة. بداية المجتهد (١/٩٦) دار الفكر، بيروت - لبنان، ط/١٤١٥ هـ؛ فتح العزيز ٤/٨٧؛ كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (١/٢٦٦) دار الفكر - بيروت، ط/١٤٠٢ هـ

واحتجوا بما روي عن أم سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أنها قالت: سألت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

ويقوم أدياء الفتوى بالإفتاء بمذهب إمامهم فقط، إما لجهلهم بأقوال باقي الفقهاء، وإما تعصبًا لمذهبهم، وكأن غيره من المذاهب هم أعداء له، ولو كان عند أحدهم مثقال ذرة من علم ما فعل ذلك، فالعلاقة بين أئمة المذاهب الفقهية كانت علاقة تكاملية، والأمثلة على ذلك كثيرة، أذكر منها:

١- عندما تعلم الإمام الشافعي علي يد الإمام مالك، وأخذ عنه فقه أهل المدينة، كان الإمام مالك يعتقد أن الشافعي سيكون من أحسن فقهاء المذهب المالكي، ولكن الشافعي أخبره برغبته في السفر إلى العراق لتعلم المذهب الحنفي على يد محمد بن الحسن الشيباني، لم يمنعه مالك من ذلك، بل أعطاه المال الذي يعينه على السفر؛ لأنهم علماء

أصلي المرأة في درع وخمار ليس عليها إزار؟ فقال: "إذا كان الدرع سابغا يغطي ظهور قديمها" أخرجه الحاكم في مستدركه: باب التأمين (ح/٩١٥) (٣٨٠/١) دار الكتب العلمية - بيروت؛ سنن أبي داود: ٨٦- باب في كم تصلي المرأة (ح/٦٤٠) (٢٤٤/١) دار الكتاب العربي - بيروت، قال ابن الجوزي: "في هذا الحديث مقال وهو أن عبد الرحمن بن عبد الله قد ضعفه يحيى وقال أبو حاتم الرازي لا يحتج به". التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (ت/٥٩٧هـ) (٣٢٣/١) دار الكتب العلمية - بيروت، ط/١٤١٥هـ

دل هذا الحديث على وجوب تغطية قدم المرأة في الصلاة، في حين أن الإمام المزني فهم من هذا الحديث أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خص ظهور القدمين بالذكر، فأشعر ذلك بأن تغطية باطن القدمين لا تجب. فتح العزيز ٨٩/٤
فهذان قولان لأئمة الفقه الإسلامي استند كل منهما إلى أدلة شرعية، ولا حرج على المسلمة في الأخذ بأي من القولين، والله أعلم

أدركوا أن اختلاف الأئمة هو رحمة من الله بالأمة، وأن العلاقة بينهم ليست عداً أو منافسة.

٢- لما حج المنصور قال للإمام مالك: قد عزمت أن أمر بكتك هذه التي وضعتها فتنسخ، ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة، وأمرهم بأن يعملوا بما فيها ولا يتعدوه إلى غيره فقال يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق إليهم ودانوا به من اختلاف الناس، فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم، وتحكى نسبة هذه القصة إلى هارون الرشيد وأنه شاور مالكا في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه فقال لا تفعل؛ فإن أصحاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان.^(١)

وكثيرة هي المواقف التي تؤكد لنا أن التعصب المذهبي هو من أنفسنا، ولو علم أئمتنا أصحاب المذاهب الأربعة ما صرنا إليه لحزنوا على ذلك أشد الحزن؛ لأنهم لم يكونوا يتعصبون لمذهبهم أبداً، فكان الإمام أبو حنيفة يقول "إذا صح الحديث فهو مذهبي"، ومالك كان يقول: "كل قول يؤخذ منه ويُرد عليه إلا المعصوم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"، والشافعي كان يقول: "قولي صواب يحتمل الخطأ، وقول غيري خطأ يحتمل الصواب"، وقال الإمام أحمد: "لا

(١) الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي (ص/٣٨) دار النفائس - بيروت، ط ١٤٠٤/٢ هـ

تقلدني ولا تقلد مالكا ولا الشافعي ولا الأوزاعي ولا الثوري، وخذ من حيث أخذوا " فلم يكن هناك أي تعصب بينهم كما نرى الآن، وهذا شأن الراسخين في العلم كما يقول الشاعر:

قال أبو حنيفة الإمام ** " لا ينبغي لمن لله إسلام
أخذًا بأقوالي حتى تعرضا ** على الكتاب والحديث المرتضى "
ومالك إمام دار الهجرة ** قال وقد أشـار نحو الحجرة
" كل قول منه ذو قبول ** ومنه مردود سوى الرسول "
والشافعي قال " إن رأيتم ** قولي مخالفًا لما رويتم
من الحديث فاضربوا الجدارا ** بقولي المخالف الأخبـار "
وأحمد قال لهم " لا تكتبوا ** ما قلته، بل أصل ذلك اطلبوا "
فاسمع مقالات الهداة الأربعة ** واعمل بها فإن فيها منفعة
لقمها لكل ذي تعصب ** والمنصفون يكتبون بالنبي^(١)

الفرع الثالث: الإفراط في التيسير

يعتمد بعض المفتين في فتواهم على منهج التيسير، وهو أمر محمود، لكن قد يزيد الأمر عن حده فيقع المفتي في المحذور، والإفراط في التيسير المذموم شرعًا له عدة صور، أهمها:

أولاً: التساهل في الفتوى: منهج التساهل في الفتوى القائم على اتباع الأسهل والأيسر من الآراء، يختلف تمامًا عن التيسير في الشريعة الإسلامية

(١) رسالة الهدى للشيخ محمد سعيد المدني (ص/١٤) مطبعة السنة المحمدية - القاهرة،

القائم على مبدأ رفع الحرج والمشقة عن المكلفين، يقول الفقهاء: "والتساهل يكون بأن لا يثبت، ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقه من النظر والفكر، وقد يحمله على ذلك توهمه أن الإسراع براءة والإبطاء عجز، ولا يبطئ ولا يخطئ أجمل به أن يعجل فيضلاً ويضلل" (١)، وفي ذلك يقول ابن الصلاح: "لا يجوز للمفتي أن يتساهل في الفتوى ومن عرف بذلك لم يجز أن يستفتي" (٢).

فربما لا يعلم المفتي الحكم فيقول "جائز ولا حرج"، وأحياناً يعتقد المفتي أنه لا سبيل لإيجاد مخرج للمستفتي يوافق ظروفه سوى اتباع منهج التيسير.

ومن أهم أسباب التساهل والانفلات في الفتوى:

- ١- حب الدنيا ومغرياتها، وضعف الوازع الديني، وهذا السبب يؤدي إلى وجود صنف من المفتين يحاول أن يرضي بفتواه من يرجو نعمته أو يخاف نقمته، وربما يعلم في قرارة نفسه عدم تسويغ فتياه شرعاً.
- ٢- حب الظهور بين الناس فيأتي بالفتوى الشاذة، أو الرخص التي لا تقوم على دليل صحيح، لكي يبحث عنه الناس ويشتهر بينهم، وبخاصة عند الباحثين عن الرخص من المستفتين.
- ٣- الهزيمة النفسية: فمن المفتين من يضعف أمام ضغط العوامل

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عlish (ت/١٢٩٩هـ) (١/٢٦٥) دار الفكر - بيروت، ط/١٤٠٩هـ

(٢) فتاوى ومسائل ابن الصلاح (ت/٦٤٣هـ) (١/٤٦) دار المعرفة - بيروت، ط/١٤٠٦هـ

المختلفة التي تمر بها الأمة الإسلامية وكثرة الدعاوى المغرضة والطعون الموجهة ضد الإسلام، فأمام هذه الضغوط تجد بعض المفتين من يحاول إضفاء صفات جديدة على الإسلام؛ لكي يبرروا للناس الواقع الذي يعيشون فيه، فيتحايلون على النصوص الشرعية ويلوون أعناقها بتعليلات وهمية استسلامًا لضغوط الواقع.

٤- التضخيم المتعمد لبعض المفتين من قبل وسائل الإعلام، ومن قبل من تخدم فتاوى هؤلاء المفتين مصالحهم الخاصة، حتى أصبح يخيل إليهم أنه لا يجيد الفتوى إلا هم، ولا يفقه واقع الحياة أحد غيرهم في الوقت الذي يتغيب فيه من هو أهل للفتوى فعلاً.

٥- وجود الطرف المتشدد فإن ظهور المنهج المتشدد يؤدي إلى ظهور المنهج المتساهل، ولا مناص من التخلص من تطرف التشدد والتساهل إلا بسلوك مسلك الوسط الذي لا إفراط فيه ولا تفريط.^(١)

وقد أدى إفراط بعض المفتين في الفتاوى الإلكترونية في التيسير والمبالغة في مسايرة الواقع إلى إخضاع أحكام الشريعة له، فصارت تابعة لا متبوعة، مما جعل العامة يقصدون من عرف بالتساهل في الفتوى بحجة طلب التيسير، فيسألونه عما ينزل بهم من نوازل فقهية، وهم لا يبحثون عن الوصول إلى الحق في المسألة، ومعرفة حكم الله فيها، وإنما يبحثون عن ذريعة لفعل

(١) الفتوى خطرهما وأهميتها، د/ ناصر عبدالله الميمان (ص/٣٢-٣٣) بتصرف يسير، بحث مقدم إلى مؤتمر الفتوى وضوابطها الذي عقدته رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م

ما يريدون فعله، وهذا بدوره نتج عنه تفشي الفتاوى الشاذة، واتهام المفتين السائرين على طريق الحق بالتشدد في الدين، مثال ذلك:

إفتاء البعض بجواز بيع الخمر للسياح داخل بلادنا، وإباحة إفطار لاعبي كرة القدم في رمضان إذا كان هناك مباريات مهمة، فهذا يُعد من التساهل في الفتوى، وقد أجمع الفقهاء على أن التساهل في الفتوى محرم شرعاً^(١).

كذلك فإن هناك من أفتى بأن الأموال المودعة بالبنوك والتي تُدِرُّ عائداً تُستَحَقُّ زكاتها على العوائد فقط - بمقدار العُشر - على اعتبار أن المال المودع في البنك كالأرض بالنسبة لصاحبها في تَعْيِشِهِ منها وتَضَرُّرِهِ من انتقاص أصلها، وله أن يكتفي بإخراج عشر أرباحه الناتجة منه، ويكون ذلك مجزئاً له عن زكاة هذا المال المودع، وهذا القول فيه إفراط في التيسير وصل إلى حد التساهل في الفتوى.

وقد استدلوا على قولهم هذا بالقياس؛ حيث إن المال المودع في البنك كالأرض التي تجب الزكاة فيما تخرجه من نتائجها، بجامع أن كلاً منهما أصل ثابت يُدِرُّ على صاحبه دخلاً يتعيش منه، ويضره الانتقاص من أصله، فيجوز للمودع أن يكتفي بإخراج عشر أرباح المال المودع بالبنك^(٢).

وقد رفضت هيئة كبار العلماء ومجمع البحوث الإسلامية هذه الفتوى

(١) البحر الرائق (٦/٢٩١)؛ منح الجليل (٨/٢٦٥)؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب

(٢٨٣/٤) دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ؛ المبدع في شرح المقنع لابن مفلح

(ت/٨٨٤هـ) (١٠/٢٥) المكتب الإسلامي - بيروت

[www.dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID=\(٢\)](http://www.dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID=(٢))

مؤكدة أن الأموال إذا حال عليها الحول القمري، فمقدار الزكاة الواجبة فيها هو ربع العشر أي: اثنان ونصف بالمائة من أصل المال؛ لأن هناك فرقاً بين زكاة المال وزكاة الزروع والثمار، فالقياس هنا مع الفارق، لأن طبيعة المال مختلفة عن طبيعة الأرض، فالمال ثابت والأرض تزيد.^(١)

ومن هنا كان لابد من وجود ضوابط للتيسير المباح، كمرعاة الضرورة والعدر الشرعي، وتغير العادات والأعراف والأحوال والزمان والمكان، ووفق ما يحقق المصالح، ولا يتأتى التيسير إلا أن يستند إلى دليل شرعي معتبر، ويكون لرفع الضيق والحرَج، ولا ينبنى عليه فساد أكبر، ومعنى تيسير المفتي على المستفتي أن يفتيه في مجالات أعمال التطوع وما فيه تخيير في الشرع بما يناسب حاله وينهاه عما يشق عليه المشقة الخارجة عن طوقه.^(٢)

ثانياً: تتبع الرخص الفقهية:

والمقصود به اختيار المرء من كل مذهب ما هو الأهون عليه، ولا يجوز اختيار الأهون والأخف من كل مذهب، وإلا فإنه يفسق كما قال أبو إسحاق المروزي^(٣)؛ وذلك لأنه لا يقول بإباحة جميع الرخص أحد من علماء المسلمين، فإن القائل بالرخصة في هذا المذهب لا يقول بالرخصة الأخرى

(١) www.elbalad.news/2559716

(٢) الفتيا ومناهج الإفتاء، محمد سليمان الأشقر (ص/٤٢) مكتبة المنار الإسلامية - الكويت، ط١/١٣٩٦هـ

(٣) إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (٢/٢٥٣) دار الكتاب العربي، ط١/ ١٤١٩هـ؛ البحر المحيط للزركشي (ت/٧٩٤هـ) (٤/٦٠٢) دار الكتب العلمية، بيروت، ط١/١٤٢١هـ

التي في غيره.

نعم، إن كان الإنسان قد وقع في حرج، أو لحقته حاجة ماسة، فلا بأس له أن يقلد غير مذهبه في تلك المسألة، نظرًا للأصل في التشريع القائم على مبدأ رفع الحرج والمشقة، ولكن بشرط أن يكون عارفًا بحكم المسألة عند من يقلده، ويأتي بها على وجهها.

وقد حدد مجمع الفقه الإسلامي ضوابط لإباحة تتبع الرخص، ووضع بعض الشروط، وهي:

١- أن تكون تلك الرخص من الأقوال المعتبرة، ولم يصفها العلماء بالشذوذ.

٢- أن تقوم الحاجة إلى الأخذ بالرخصة، دفعًا للمشقة سواء أكانت حاجة خاصة فردية أم عامة.

٣- ألا يترتب على الأخذ بالرخصة الوقوع في التلفيق الممنوع.

٤- أن يكون الأخذ بالرخص ذا قدرة على الاختيار والترجيح، وأن تطمئن نفس المترخص للرخصة.^(١)

وهذه الضوابط لا يلتزم بها إلا المفتون المؤهلون أصحاب العلم الشرعي، أما غيرهم من المتفقيهيين فلا يبالون بمثل هذه الأمور، فنجد فتاوى الكترونية من أمثال أولئكم خرجت علينا - في زمن تفشي وباء الكورونا

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في بروناي - دار السلام - من ١

إلى ٧ محرم ١٤١٤هـ الموافق ٢١ إلى ٢٧ يونيو ١٩٩٣م

وإغلاق المساجد - بجواز صلاة الجمعة في البيت مع أهله، ويخطب فيهم قبل الصلاة ثم يصلون ركعتين، وذاعت هذه الفتاوى وملأت البلاد طولاً وعرضاً، وهي فتوى ملفقة من عدة رخص لا يجوز جمعها في حكم واحد، فقد اشترط الفقهاء أن يكون هناك جمع من الناس، وأقل الجمع ما اشترطه أبو حنيفة وهو ثلاثة غير الإمام، وعند أبي يوسف اثنان مع الإمام^(١)، ولكن الحنفية اشترطوا لإقامة الجمعة إذن الحاكم واشتتار المكان وأن يكون متاحاً لكل أحد أن يحضر الصلاة^(٢)، واشترط المالكية أن تكون صلاة الجمعة في المسجد^(٣)، واشترط الشافعية والحنابلة حضور أربعين من أهل وجوبها^(٤) فيجب أن يأخذ من كل مذهب بكامل شروطه حتى لا يحدث صورة ملفقة لم يقل بها مذهب معتبر، كذلك فإنه لم يثبت عن نبينا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولا عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، ولا عن بعدهم، أنهم صلوا في البيوت ومما يؤكد القول بمنع إقامتها في البيوت، ما وقع للخليفة الراشد عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، لما حوَصر في بيته، فلم ينقل أنه صلى الجمعة في بيته، ولو كان ذلك جائزاً لفعل، فقد استمر حصاره أكثر من شهر، وانقطع رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن المسجد، فكان لا يخرج إليه إلا قليلاً في أوائل الأمر، ثم انقطع بالكلية في

(١) المبسوط للسرخسي (ت/٤٨٣هـ) (٢/٢٤) دار المعرفة - بيروت، ط/١٤١٤هـ

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخ زاده (ت/١٠٧٨هـ) (١/٢٤٦) دار الكتب العلمية - بيروت، ط/١٤١٩هـ

(٣) بداية المجتهد لابن رشد (١/١٢٩)

(٤) الحاوي الكبير للماوردى (٢/٩٣٦) دار الفكر - بيروت؛ المغني لابن قدامة المقدسي

(٢/١٧١) ط/١٤٠٥هـ، دار الفكر - بيروت

آخره، وكان يجمع بهم علي، وقد كان الحصار مستمرًا من أواخر ذي القعدة إلى يوم الجمعة الثامن عشر من ذي الحجة، فلما كان قبل ذلك بيوم، قال عثمان للذين عنده في الدار، من أبناء المهاجرين والأنصار: " أقسم على من لي عليه حق، أن يكف يده، وأن ينطلق إلى منزله "^(١)، وهنا لم ينقل أن عثمان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ صلى بهم الجمعة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروا عليه، فكان إجماعًا، وعليه فلا تجوز صلاة الجمعة في البيت وإنما تصلى ظهرًا.

ثالثًا: التحايل الفقهي على أوامر الشرع:

يتحايل المتساهلون في الفتوى على أوامر الشرع، بتحليل المحرمات أو إسقاط الواجبات والالتزامات، ولكلٍ منهم دوافعه، إما اتباعًا للهوى، أو لتحقيق مصلحة دنيوية، وهذا علامة على مجون صاحب الفتوى وعدم تعظيم رب العالمين، ودليل على استهائه بأمر الفتوى وعدم مبالاته بمساوئ التحايل، قال ابن القيم: " يحرم عليه اذا جاءته مسألة فيها تحيل على إسقاط واجب أو تحليل محرم أو مكر أو خداع أن يعين المستفتي فيها ويرشده إلى مطلوبه أو يفتيه بالظاهر الذي يتوصل به إلى مقصوده "^(٢).

وربما أوقع المفتي نفسه بتحيله في الكفر إذا استحل ذلك، وقد ذكر ابن القيم بعض الحيل المحرمة مثل: "والحيلة لمن أراد أن يسقط عنه حد السرقة أن يدعى أن المال له، وأن له فيه شركة فيسقط عنه القطع بمجرد دعواه...،

(١) البداية والنهاية لابن كثير (١٨١/٧) مكتبة المعارف - بيروت

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٢٥٠/٤

والحيلة لمن أراد الصيد في الإحرام أن ينصب الشباك قبل أن يحرم ثم يأخذ ما وقع فيها حال إحرامه بعد أن يحل " ثم قال: "فهذه الحيل وأمثالها لا يحل لمسلم أن يفتى بها في دين الله تعالى ومن استحل الفتوى بهذه فهو الذي كفرة الإمام أحمد وغيره من الأئمة حتى قالوا: إن من أفتى بهذه الحيل فقد قلب الإسلام ظهرًا لبطن ونقض عُرى الإسلام عروة عروة" (١)

أما إذا بذل المفتي وسعه ؛ لتخليص المستفتي مما هو فيه من ورطة، واجتهد في ذلك اجتهادًا لا شبهة فيه، ووجد للمستفتي مخرجًا شرعيًا لا مفسدة فيه، فذلك جائز ومباح، بل قد يكون محمودًا، بدلالة قوله تعالى لأيوب عَلَيْهِ السَّلَامُ: "وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ" (٢) لما حلف ليضربن امرأته مائة جلدة، وأرشد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بلائًا إلى بيع التمر بدراهم، ثم يشتري بالدرهم تمرًا آخر فيتخلص من الربا (٣)، وقد قال الفقهاء في ذلك: "وأما إذا صح قصده، فاحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها، ولا تجر إلى مفسدة، ليخلص بها المستفتي من ورطة يمين ونحوها، فذلك حسن، وعله يحمل ما جاء عن بعض السلف من هذا" (٤)، فمتى ما وجد المفتي للسائل مخرجًا في مسألته، وطريقًا يتخلص به، أرشده إليه، ونبهه عليه.

(١) المرجع السابق ٢٠٧/٣

(٢) سورة ص/٤٤

(٣) إعلام الموقعين ٢٤٣/٤

(٤) منح الجليل (٢٦٦/٨) ؛ روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي (١١٠/١١)

المكتب الإسلامي - بيروت، ط/١٤٠٥هـ

مثال ذلك: ما تسلكه الآن جهات الإفتاء لإنقاذ الحياة الزوجية لمن طلق زوجته ثلاث طلاقات ويخشى من ضياع الأبناء، فيسأله عن الحالة التي وقعت فيها الطلاقات، ربما وجدوا له مخرجاً؛ مثل أن تكون إحدى الطلاقات مثلاً بلفظ "عليّ الطلاق" فيقولون له أنها تحسب يمين وليست طلقة، وفيها كفارة يمين فقط؛ قال ابن القيم: "فأحسن المخارج ما خلص من المآثم وأقبح الحيل ما أوقع في المحارم"^(١).

ومن أمثلة استعمال الحيل غير الجائزة:

الإفتاء بما قال به بعض المتأخرين من الفقهاء من أن قول الرجل لزوجته: "أنت طالئ" - بالعامية المصرية - لا يقع إذا لم يقصد الطلاق؛ لأن تغيير حرف القاف إلى الهمزة جعل الكلمة من كنيات الطلاق وليس صريحها، فيحتاج إلى نية.

وقد اختلف الفقهاء فيما لو تغير حرف في كلمة طالق - كأن قال الرجل لزوجته: "أنت تالق" - إلى قولين:

القول الأول: يرى أن الطلاق يقع وأن هذا اللفظ يُعد صريح سواء أكانت لغته كذلك أم لا؛ لأن حرف التاء قريب من مخرج الطاء، ويبدل كل منهما من الآخر في كثير من الألفاظ^(٢).

(١) إعلام الموقعين ٤/٢٤٣

(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٣/٢٨٠) دار الفكر - بيروت؛ إعانة الطالبين للدماطي (٤/١٢) دار الفكر - بيروت؛ الحاوي للفتاوي للسيوطي (١/٢٠٥) دار الكتب العلمية ط١/بيروت - لبنان - ١٤٢١هـ؛ فتاوى الرملي للإمام شهاب الدين الرملي

القول الثاني: يقع كناية إن لم يكن من قوم لغتهم إبدال الطاء تاء كأن كان ينطق بطالق وجرت على لسانه تالق أو تعمد النطق بها، أما إن كان من قوم لغتهم إبدال الطاء تاء كان صريحا لأن هذا الإبدال لغة قوم من العرب.^(١) وعلى كلا القولين فإن الطلاق يقع عند المصريين الذين يتلفظون بلفظ الطلاق باللغة العامية؛ لأن إبدال القاف همزة هي لهجة المصريين في معاملاتهم دائماً، ومن اللهجات أيضاً في مصر وغيرها من البلدان إبدال القاف جيماً فيقول أنتِ طالج".

وإنما يمكن القول بأن لفظ طالئ كناية عند من لم تكن لغته إبدال حرف القاف همزة، فإنه إذا قال لزوجته «أنت طالئ» فإن ذلك يعد من قبيل الكناية، إن قصد بها الطلاق وقع وإن لم يقصد لم يقع.

كذلك من الحيل غير الجائزة التي يستعملها البعض لإنقاذ الحياة الزوجية - على حد قولهم - عدم الاعتداد في الطلقات بالطلاق الشفوي غير الموثق بالسجلات الرسمية، وهذا كلام يخالف شرع الله تعالى وسنة نبيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فقد طلق النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب لأنها أفشت سراً، ثم نزل جبريل عَلَيْهِ السَّلَامُ وأمره أن يردها، وقال:

(المتوفى: ٩٥٧ هـ) (٢٩١/٣) المكتبة الإسلامية

- (١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفاوي (٣٤/٢) دار الفكر - بيروت، ط/١٤١٥ هـ؛ الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيتمي (١٤٦/٤) دار الفكر - بيروت؛ فتاوى الرملي (٢٩١/٣)

"راجع حفصة، فإنها صوامة قوامة، وإنها زوجتك في الجنة" (١).

كذلك ما روي عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طلق ابنة الجون - اسمها أميمة بنت النعمان بن شراحيل وقيل أسماء بنت النعمان بن أبي جون - لما أُدخِلت على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: " لقد عدت بعظيم ألحقي بأهلك " (٢).

وعليه فالقائلون بعدم الاعتداد بالطلاق الشفوي يقولون كلاماً لم يقل به أحد من العالمين، يخالفون به كل قواعد العلم وضوابطه، وأصول الفقه ومقاصده، وأساس الشريعة وأحكامها، فالأصل في صيغة الطلاق أن تكون باللفظ؛ لأنها الأغلب في معاملات الناس وعقودهم، وعملاً بالقاعدة الفقهية "إعمال الكلام أولى من إهماله" (٣)، وعليه فلا يجوز الالتفات لمثل هذه الفتاوى ولا العمل بها.

الفرع الرابع: غياب ثقافة "لا أدري" أو الرجوع في الفتوى عند ثبوت خطئها

من المظاهر التي تدل على تعظيم أمر الفتيا عند السلف الصالح جريان

- (١) أخرجه أبو نعيم الأصبهاني في حلية الأولياء: (٥٠/٢) دار الكتاب العربي - بيروت، ط ١٤٠٥/٤هـ؛ والحاكم في مستدركه: باب ذكر أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهَا (ح/٦٧٥٣) (١٦/٤) قال الهيثمي: رواه الطبراني ورجاله رجال الصحيح. مجمع الزوائد (١٩٥/٩) دار الفكر، بيروت ط/١٤١٢هـ.
- (٢) أخرجه البخاري: ٧١ - كتاب الطلاق، ٢ - باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق (ح/٤٩٥٥) (٢٠١٢/٥).
- (٣) الأشباه والنظائر - للإمام تاج الدين السبكي (١٨٩/١) دار الكتب العلمية، ط ١٤١١/١هـ - ١٩٩١م

عبارة " لا أدري " على ألسنتهم كثيراً، حتى إن بعضهم كان يعتبرها نصف العلم^(١)، وقال الإمام مالك: " جُنَّةُ الْعَالِمِ: لا أدري، فإذا أغفلها أصيبت مقاتله "، ولذلك لما سئل مرة عن ثمان وأربعين مسألة، أجاب في اثنتين وثلاثين منها ب: لا أدري، ونقل عن شيخه قوله: "ينبغي للعالم أن يورث جلساءه قول: لا أدري؛ حتى يكون ذلك أصلاً يفزعون إليه"^(٢)، وقال بعض أهل العلم: "تَعَلَّمَ لا أدري، فإنك إن قلت لا أدري علموك حتى تدري، وإن قلت: أدري، سألوك حتى لا تدري"^(٣) بل إن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو إمام المسلمين وسيد العالمين، لم يُحْرَج حين سُئِلَ عن شيء لا يعلمه، أن يقول للسائل "لا أدري حتى أسأل جبريل"^(٤).

أما الآن فيأنف المفتي من أن يقول ذلك، على الرغم من أن نشر ثقافة " لا أدري" لدى المجتمع - عند عدم المعرفة - هي أمر مهم وضروري بدلاً من الوقوع في الخطأ والتمادي فيه، ولو فعله القدوات لما تخرج منه باقي الأشخاص.

وإذا ما توقف المفتي في المسائل التي لم يفهمها عن السائل، أو التي

(١) سير أعلام النبلاء للذهبي (٧٧/٨) مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ١٤٠٥ هـ

(٢) المرجع السابق (٧٧/١٥)

(٣) تعظيم الفتيا، لابن الجوزي (ص/٧٧) الدار الأثرية، عمان - الأردن، ط ١٤٢٧ هـ

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه: كتاب الصلاة، باب المساجد (٤٧٦/٤) (ح/١٥٩٩)

مؤسسة الرسالة - بيروت، ط ١٤١٤ هـ؛ مسند البزار (ت/٢٩٢ هـ): مسند جبير بن مطعم

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (ح/٣٤٣٠) (٣٥٣/٨) مؤسسة علوم القرآن، مكتبة العلوم والحكم،

ط/١٤٠٩ هـ، بيروت

لم يستطع أن يستحضر فيها ما كان عارفاً إياه عنها من جزئيات، أو التي فاته العلم بها، أو التي هي من قبيل النوازل الحديثة التي لم يسبق له وأن نظر فيها أو عرف حكمها، إذا ما توقف حينها وقال "لا أدري"، وأرجأ الكلام عنها إلى حين درايتها وتمام العلم بها؛ فإن الخلاف العلمي الموهوم المتوقع حدوثه سيزول، ولذا أثار عن بعض سلفنا قولهم: "لو سكت من لا يعلم سقط الاختلاف"^(١)

وقديماً لم يكن عند سلفنا الصالح غضاضة في الرجوع عن فتواه إن تبين له خطؤها، ولا يخشى من الناس لأن خشيته من الله ومراعاته للحلال والحرام أهم عنده من الناس، وقد روي أن الحسن بن زياد اللؤلؤي استفتى في مسألة فأخطأ، فلم يعرف الذي أفتاه، فاكترى منادياً فنادى: أن الحسن بن زياد استفتى يوم كذا وكذا في مسألة فأخطأ، فمن كان أفتاه بشيء فليرجع إليه، فمكث أياماً لا يُفتي حتى وجد صاحب الفتوى، فأعلمه أنه أخطأ، وأن الصواب كذا وكذا، فقال الشيخ أبو الفرج: بلغني نحو هذا عن بعض مشايخنا، أنه أفتى رجلاً من قرية بينه وبينها أربعة فراسخ (والفرسخ ٥٥٤٤م)، فلما ذهب الرجل، تفكر، فعلم أنه أخطأ، فمشى إليه فأعلمه أنه أخطأ، فكان بعد ذلك إذا سُئل عن مسألة توقف، وقال: ما في قوة أمشي أربعة فراسخ!^(٢)

(١) جامع بيان العلم وفضله، يوسف بن عبد البر النمري (١٤٨/١) دار الكتب العلمية،

بيروت، ط/ ١٣٩٨هـ

(٢) تعظيم الفتيا لابن الجوزي (ص/٩١)

المطلب الثاني

أسباب تعود إلى طبيعة الفتوى الإلكترونية

ويحتوي هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الأول: عدم القدرة على فهم الفتوى جيداً من المستفتي

الفرع الثاني: عدم القدرة على التفرس في السائل

الفرع الثالث: ضيق الوقت

الفرع الرابع: استخدام الفتوى لأغراض تجارية

الفرع الأول: عدم القدرة على فهم المستفتي جيداً

تتميز الفتوى الإلكترونية باتساع رقعتها، واختلاف أعراف المستفتين وعاداتهم، ولكن هذا يُفضي إلى اختلاف المفاهيم والتصورات، وقد يحدث سوء فهم بين المفتي والمستفتي لاختلاف الأعراف في الألفاظ بينهما؛ لذا قال ابن نجيم: "لا يجوز أن يفتي أهل بلد بما يتعلق باللفظ من لا يعرف اصطلاحهم"^(١)، وقد سأل أحدهم من المغرب عن حكم ذهاب زوجته إلى "الحمام" وهو الحمام العمومي الذي يغتسل فيه كثير من الناس، ولم يقصد كلمة "الحمام" في المشرق والتي تعني بيت "الخلاء"، فأجابه بأنه جائز وأنه أمر طبيعي.

كذلك اختلاف اللهجات يؤدي إلى اصدار حكم خاطئ مثل: سؤال من مواطن جزائري يسترشد فيه المفتي بأن أخاه أراد استرجاع ماله منه، ولما

(١) البحر الرائق (٦/٢٩١)

أجابه بعدم القدرة على ذلك، ردّ عليه: بأن يبيع أولاده على الطريقة الجزائرية، والبيع هنا لم يكن مقصودًا حسنًا، حيث أن معنى ذلك في العرف الجزائري هو: "تدبر أمرك"، لكن المفتي أجاب أنه لا يجوز لأحد أن يطلب من آخر بيع أولاده، وأن الرق قد ولى أمره، واستنكر ذلك بشدة^(١)!!

وأيضًا لفظ "الفاتحة" في الزواج معناه في بعض البلاد "عقد الزواج" فإن فهم المفتي أن المراد بالفاتحة هي الخطبة لم يرتب عليها أي آثار شرعية، في حين أن المراد بها عندهم العقد، ويترتب عليه الكثير من الآثار الشرعية، وقد فطن الإمام أحمد لهذا الأمر، فاشتراط بعض الشروط التي يجب أن تتوفر في المفتي، وذكر منها "معرفة الناس"، وقد علق على ذلك ابن القيم بقوله: "فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر، له معرفة بالناس، تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه...، وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال وذلك كله من دين الله"^(٢)، وقال أيضًا: "لا يجوز له أن يفتي في الإقرار والأيمان والوصايا وغيرها مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتادوه وعرفوه وإن كان مخالفاً لحقائقها الأصلية فمتى لم يفعل ذلك ضل وأضل...، وهذا باب عظيم يقع فيه المفتي الجاهل فيغتر الناس ويكذب على

(١) الضوابط الشرعية للفتاوى الفضائية المباشرة (ص/٨٢) ماجستير للباحثة/ لعمى مريم

جامعة أدرار - الجزائر

(٢) إعلام الموقعين (٤/٢٢٣ - ٢٢٤)

الله ورسوله ويغير دينه...^(١) وأحياناً ترد علي المفتي المسألة مجملة تحتها عدة أنواع، فيذهب وهمه إلى واحد منها ويذهل عن المسئول عنه منها فيجيب بغير الصواب، وللأسف فإن الفتوى الإلكترونية لا تتيح للمفتي سؤال المستفتي عن ما يحيط بالمسألة من ملاسبات وأحوال وظروف محيطة بالمستفتي من شأنها تغيير حكم المسألة.

الفرع الثاني: عدم القدرة على التفرس في السائل

يقول الخطيب البغدادي في معرض كلامه عما ينبغي أن يفعل المفتي في فتواه: " وإذا رأى المفتي من المصلحة عندما تسأله عامة أو سوقة أن يفتي بما له فيه تأول، وإن كان لا يعتقد ذلك، بل لردع السائل وكفه، فعل، فقد روي أنه جاء رجل إلى ابن عباس فقال: لمن قتل مؤمناً توبة؟ قال لا إلا النار، فلما ذهب قال له جلساؤه: ما هكذا كنت تفتينا، كنت تفتينا أن لمن قتل مؤمناً توبة مقبولة فما بال اليوم؟ قال: إني أحسبه رجل مغضب يريد أن يقتل مؤمناً، فبعثوا في أثره فوجدوه كذلك^(٢)، وعن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: أتى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجل، فسأله: " أياش الصائم؟ فرخص له، وأتى آخر فنهاه، وكان الذي رخص له شيخاً، والذي نهاه شاب"، فنظر بعضنا إلى بعض، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " قد علمت نظر بعضكم إلى بعض: إن

(١) المرجع السابق (٢٤٩/٤ - ٢٥٠)

(٢) مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الديات، ١٥٥ - باب: من قال للقاتل توبة (٤٣٥/٥) (ح/ ٢٧٧٥٣) مكتبة الرشد - الرياض، ط ١٤٠٩/١هـ، وقال ابن حجر: "رجاله ثقات".
التلخيص الحبير للعسقلاني (٤٥٤/٤) دار الكتب العلمية، ط ١٤١٩/١هـ

الشيخ يملك نفسه"^(١)، ومن هنا اشترط في المفتي أن يكون ذا فطنة وبصيرة؛ فالتبصر أصل مهم في إصدار الفتوى، فإن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما جاءه ماعز الأسلمي سأله: لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال: لا يا رسول الله.^(٢)، فعلى المفتي أن ينظر في أحوال المستفتين، وألا يُعامل الناس كلهم بمستوى واحد، ولا يُطالب الضعفاء أو ذوي الاحتياجات الخاصة بما يُطالب به الأقوياء الأصحاء، ولكن لابد من مراعاة الدليل للترخص، وحسن تقدير الحالة التي يُفتي فيها؛ هل يصلح لها الإفتاء بالرخصة أم لا؟ وكذلك الشخص المستفتي هل يصلح له الترخص المنضبط أم أن له العزيمة لجزره، ولا يكون الإفتاء بما فيه الرخصة عن غير ثقة ودليل، وفي هذا يقول سفيان الثوري: "إنما العلم عندنا الرخصة من ثقة، فأما التشديد فيُحسنه كل أحد"^(٣)، وربما كان هناك حالات معينة من الممكن أن تُفتى لهم فتوى خاصة لظروف خاصة بهم، هذه الفتاوى الخاصة لا يقاس عليها، ولا تعتبر تشريعاً لمسائل قريبة منها، فهي استثناء تتطلب الوقوف مع المستفتي واستيعاب حاله وسؤاله.

(١) الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (ت/٤٦٣) (٢/٨٣-٨٤) (بتصرف) دار ابن الجوزي - السعودية، ط/١٤١٧هـ؛ والحديث أخرجه أحمد في مسنده: مسند عبدالله بن عمرو (١١/٦٣٠) (ح/٧٠٥٤) مؤسسة الرسالة، ط/١٤٢٠هـ؛ وحسنه الهيثمي في مجمع الزوائد (٣/٢١٦)

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: ٩٠ - كتاب المحاريب من أهل الكفر والردة ١٣ - باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست (٦/٢٥٠٢) (ح/٦٤٣٨)

(٣) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر ٣٦/٢؛ آداب الفتوى والمفتي والمستفتي للنووي (ص/٣٨) دار الفكر - دمشق، ط/١٤٠٨هـ

ولا شك أن الفتوى الإلكترونية لا تتيح للمفتي النظر أو التفرس في أحوال المستفتين، فالفتوى تصدر للجميع على حدٍ سواء، ولا يجوز افتاؤهم بفتوى خاصة على الملاء.

الفرع الثالث: ضيق الوقت

ضيق الوقت المتاح للفتوى الإلكترونية سواء رد كتابي على رسائل، أو مشافهة عبر البث المباشر يؤثر سلبيًا على الفتوى من أربعة أوجه:

أولاً: درجة استفادة المتلقي:

هناك مظهر جيد من مظاهر حسن الإفتاء، وهو إرشاد المستفتي إلى أمر له علاقة بموضوعه، ولكنه لم يسأل عنه، مع أنه يخدمه عاجلاً أو آجلاً، وهذا الأمر يصعب فعله في الفتاوى الإلكترونية لما تشمله من اختصار نظرًا لضيق الوقت مع كثرة الأسئلة، على الرغم من أن هذا التفصيل له أهمية بالغة، ففيه تعليم للناس و إجابة عن كثير مما يدور في أذهانهم، وإفادة لمن يرغب في السؤال عن هذا الحكم ولكنه لا يتمكن من ذلك.

ولنا في رسول الله أسوة حسنة، فعن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: سَأَلَ رَجُلٌ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَرْكَبُ الْبَحْرَ وَنَحْمِلُ مَعَنَا الْقَلِيلَ مِنَ الْمَاءِ، فَإِنْ تَوَضَّأْنَا بِهِ عَطَشْنَا، أَفْتَوِضُّ بِمَاءِ الْبَحْرِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "هُوَ الطَّهْوَرُ مِائَةٌ حُلٌّ مِيتَةٌ"^(١)، فهنا عندما سُئِلَ عَنْ حُكْمِ

(١) سنن أبي داود: ١ - كتاب الطهارة، ٤١ - باب الوضوء بماء البحر (٣١/١) (ح/٨٣) ؛ مسند أحمد: مسند أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٣٤٩/١٤) (ح/٨٧٣٥) ؛ وحسنه الهيثمي في "مجمع الزوائد" (٢٦٦/١)

الوضوء بماء البحر، أجاب بالجواز، وزاد السائل حكماً آخر لم يسأل عنه، وهو المتعلق بجواز أكل ميتة البحر، فعل ذلك ؛ لأنه بحسن إفتائه يعلم بأن السائل سيحتاج إلى معرفة هذا الحكم غير المسؤول عنه ذات يوم، فأفاده به.

ثانياً: التسرع في إطلاق الأحكام:

أحياناً ما تصدر فتاوى يعترئها بعض الخطأ أثناء البث المباشر ؛ وذلك لقصر مدة التفكير والتأمل في المسألة هذا إن لم نقل بانعدامه، خاصة وأن معظم التساؤلات تكون في مستجدات الأمور، فيحاول المفتي أن يجيب على أكبر عدد من الاستفتاءات في أقل وقت ممكن، ظناً منه أن هذا دليل الجودة والبراعة، وأن الإبطاء في الفتوى دليل على الجهل، ولقد كان السلف من الصحابة والتابعين يكرهون التسرع والعجلة في الفتوى، ووصفوا من يعجل في الفتوى بالجهل، قال الإمام مالك: "العجلة في الفتوى نوع من الجهل"^(١).

ومن صور الاستعجال المذموم في الفتوى: أن تحتاج المسألة للسمع من الطرفين كما في مسائل الطلاق، فيجيب المفتي بالاكْتفاء بالسمع من طرف واحد، والأولى في مثل تلك الحالات أن يحيله لدار الإفتاء أو لجان الفتوى للسمع من الطرفين.

ثالثاً: الاختصار في الفتوى:

من الأمور المحمودة لجهات الإفتاء المختلفة، أنها تخصص أوقاتاً للفتوى - سواء يومية أو أسبوعية - عن طريق البث المباشر، فيرسل

(١) شرح السنة - للإمام البغوي (٣٠٦/١) المكتب الإسلامي - دمشق - بيروت - ط ٢/

١٤٠٣ هـ؛ إعلام الموقعين ٣٣/١

المستفتون رسائل بالأمر التي تشغل بالهم، ويجيب المفتي عليهم في الحال، ولا شك في أن هذه الفتاوى المباشرة ذات نفع عظيم سواء للمستفتي نفسه أو لغيره ممن يتعرض لنفس هذا الأمر ويجد في رد المفتي ضالته المنشودة، ولكن يؤخذ على هذا البث المباشر ضيق الوقت - الذي لا يزيد غالبًا عن ساعة زمنية وربما أقل - مع كثرة الأسئلة والاستفتاءات، ومطلوب منه أن يجيب عنها في زمنٍ محدد، فيضطر المفتي أن يختصر الإجابة اختصارًا قد يكون مخلًا في بعض الأحيان، وكثيرًا ما يكون رد المفتي على السؤال بكلمة "يجوز" فقط دون أي توضيح، وهو ما يصيب بعض المستفتين بالأسى لأنه علم أن في المسألة خلاف بين الفقهاء ويحتاج لترجيح بناءً على دليل، فيصدمه المفتي بإجابة مختصرة ومقتضبة، وكثيرًا ما يصعب على بعض المستفتين فهم هذه الإجابة القصيرة التي تحتاج لتوضيح، وربما التبس عليه الأمر ففهم منها شيئًا آخر.

وقد يحتاج المفتي سؤال المستفتي عن بعض التفاصيل؛ إذ لكل حالة حكم يغير الأخرى حسب اختلاف المقتضيات والأحوال، حينها على المفتي أن يذكر حكم كل حالة، وهذا ما لا يتمكن منه المفتي لضيق الوقت وهجوم الاستفتاءات عليه بشكل متسارع، ولقد أثير عن سلفنا قولهم: "إذا ازدحم الجواب خفى الصواب"^(١)، ويقول ابن القيم عن ذلك: "ليس للمفتي أن يطلق الجواب في مسألة فيها تفصيل إلا إذا علم أن السائل إنما سأل عن أحد تلك الأنواع، بل إذا كانت المسألة تحتاج إلى التفصيل استفصله، كما استفصل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما عزا لما أقر بالزنا... وهذا كثير في فتاويه

(١) جامع بيان العلم وفضله، لابن عبد البر (١٤٨/١)

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ... ورأينا من مفتي العصر من بادر إلى التحنيث، فاستفصلناه، فوجده غير حاث في مذهب من أفناه".^(١)

وربما غاب عن المفتي أن هناك بعض الفئات من المجتمع لم تتلق أي تعليم ديني، وربما لم تتلق أي تعليم نهائي، فتحتاج إلى مزيد من الشرح والتوضيح، وهو ما لا يتناسب مع طبيعة هذه اللقاءات المباشرة ذات الوقت المحدد.

فالفنوى الإلكترونية في هذه الحالة تفيد كثيرًا من المستفتين، ولكنها لا تقوم بمهمتها على أكمل وجه، بل ربما أعطت جوابًا خاطئًا، أو توجيهًا غير صائب للمستفتي، وهو ما نخشى وقوعه.

وأعتقد أن السبب في تزايد الأسئلة ما صارت إليه أمتنا من تهميش للدين، حتى أن كثيرًا من الأسئلة هي من المعلوم من الدين بالضرورة، والتي لا يليق بمسلم يعيش في بلد إسلامي، حوله الأئمة والدعاة في كل مكان أن يجهلها.

رابعًا: تعميم الفتوى:

فقد يطلع السائل على فتوى في إحدى الوسائل الإلكترونية، فيجد حالة شبيهة بحالته، ويعتقد لقلة علمه الشرعي أنها مثل حالته، فيخرج بحكم خاطئ لاختلاف الحالتين من بعض الوجوه وهو لا يدري.

(١) إعلام الموقعين (٤/٢٠٤ - ٢٠٦)

الفرع الرابع: استخدام الفتوى لأغراض تجارية

لا شك في أننا نعيش في فوضى عامة في مجال الفتوى، حيث نجد من ليس له أي مؤهل علمي قد وظف نفسه للإجابة عن أسئلة المستفتين من خلال عمل فيديوهات تحقق مشاهدات عالية وتعود عليهم بأرباح كثيرة، يجيب فيها عن أسئلة لو سئل عنها عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لجمع لها أهل بدر!

وهناك أغراض تجارية من المستثمرين كالتربح الاعلاني من مفتٍ له اقبال جماهيري، أو عمل خط اتصال تجاري بأحد المشايخ مقابل خصم مبلغ من المال عن كل دقيقة في المكالمة، ومن هؤلاء من يعرف نفسه بأنه من علماء الأزهر الشريف، وهذا ليس كافٍ لأخذ الفتوى منه.

بالإضافة إلى سيادة روح المتاجرة عند بعض قنوات اليوتيوب، وسعيها إلى جذب أكبر عدد من الجمهور دون مراعاة ضوابط وشروط المفتي، إذ يتم اختيار المفتي الذي يحقق أعلى نسبة مشاهدة، أو يجذب انتباه الناس، دون الاهتمام بعلمه وورعه، وكثير منهم ليس مؤهلاً للإفتاء وإنما له حظوة وقبول عند فئة الشباب والمراهقين.

وقد ذكر المؤشر العالمي للفتوى (GFI) التابع لدار الإفتاء المصرية، أن غالبية الشباب يلجئون لمثل هذه الصفحات غير الرسمية للإفتاء، والتي يقوم عليها بعض الدعاة؛ نظرًا لأربعة أسباب:

أولها: التقارب العمري بين الداعية والشاب المستفتي، وهو ما يمثل بدوره تماثلًا في الجانبين الفكري والاجتماعي، فضلًا عن كسر حاجز الرهبة

والخجل من قبل الشاب لطرح تساؤله؛ بل إن بعض الدعاة يحقق المزيد من التقارب بطرح الأمثلة من حياته الشخصية وتعاملاته اليومية.

والسبب الثاني: يكمن في وضعهم صورة مغايرة للصورة النمطية للشيخ، من خلال التساهل واستخدام الألفاظ العامية والعبارات الساخرة.

أما ثالث الأسباب: فهو سهولة الوصول للداعية وعرض السؤال وفي المقابل سرعة الرد والإجابة، فبعكس وسائل الإعلام المتنوعة؛ تتميز مواقع التواصل الاجتماعي بسهولة أكبر في إمكانية التواصل مع الدعاة وطرح التساؤلات، كما أن فئة الشباب هم الأكثر اعتماداً على هذه المواقع والتفاعل معها.

أما السبب الرابع والأخير الذي جعل مئات الآلاف من الشباب والفتيات يلجئون لمثل تلك المنصات: أنهم يسألون عن أدق تفاصيل حياتهم (مثل فتاوى الطهارة) عبر استغلال مميزات تلك المواقع في أنها تخفي هوية متابعيهم أو الدخول عليها باسم مستعار، وهذا حفزهم للدخول ليسألوا عما يستجد لهم في حياتهم، وقد يخجل بعض الشباب أن يسأل شخصاً يعرف هويته حول العلاقات العاطفية مثلاً.^(١)



المبحث الثاني

نتائج فوضى الفتاوى الإلكترونية

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التضارب والتعارض في الفتوى الإلكترونية

المطلب الثاني: ظهور الفتاوى الشاذة

المطلب الثالث: التوجيه السياسي من خلال الفتوى

المطلب الأول

التضارب والتعارض في الفتوى الإلكترونية

ساعد التقدم التكنولوجي الذي يعيشه غير المؤهلين للإفتاء بالانتشار ووصولهم لكثير من الناس، فأصبح لكلٍ منهم منبره الخاص من موقع الكتروني وصفحة فيسبوك و تويتر و واتساب، يفتي فيهم كيفما شاء دون رقيب عليه.

ولا شك أن دخول من ليس أهلاً للفتوى في الإفتاء، أدى إلى توسيع دائرة الخلاف؛ لأن بعض الدعاة والوعاظ والمفكرين عندما يُستفتون وهم غير متخصصين ولا مؤهلين، فإن الواحد منهم يجيب مخافة أن يوصف بعدم الكفاءة، أو الضعف العلمي، وقلة التحصيل، فتسقط - على حد تصوره - قيمته عند الناس، وفي هذه الحال قد يذهب إلى رأي غير مؤسس على دليل ونظر، وإنما يرتجله حين السؤال مباشرة؛ ليُخرج نفسه من إحراج ذلك الموقف، فيكون مخالفاً للرأي الصحيح المقرر في الفقه الإسلامي، والذي

يفتي به سائر أهل العلم، الأمر الذي يحدث اختلافًا علميًا موهومًا في تلك المسألة، وهذا الأخير يوقع من سمعوا ذلك الرأي المرتجل في حيرة من أمرهم عندما يقارنوه بما سمعوه من العلماء من غير ذلك المفتي^(١)، وللأسف فإن عوام الناس لا يفرقون بين اختصاصات العلماء، بل سائرهم يظن الخطيب أو الواعظ أو الداعية أو المفكر الإسلامي من أهل الفتوى، والحقيقة أنهم ليسوا أهلاً للتصدر للفتوى، فلكل علم رجاله، ولكل فن أهله.

والتضارب في الفتوى الناتج عن كون المفتي غير مؤهل للإفتاء، يرجع إلى عدة أمور، منها:

- عدم مراعاة أحوال كل بلد وظروف كل مجتمع: حيث إن المفتي وهو في بلد ما يزد على استفسارات المستفتين المتصلين من أقطار أخرى، كما يقوم بالإفتاء في قضايا الأقليات المسلمة في الغرب، مع جهله التام بأوضاع تلك البلدان، وعدم معرفته بأوضاع المسلمين هناك، وما يواجههم من صعوبات في حياتهم اليومية في البلاد الأجنبية.

- الفهم الخاطيء لقاعدة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"^(٢) كان سببًا في تغير الفتوى الدائم والمستمر لمختلف أحكام الشريعة خاصة المتعلقة بالمستجدات من المسائل، ولكن لا يجيد تطبيق ذلك إلا

(١) الفتاوى الهوائية مأخذ وحلول عبدالقادر مهاوات (ص/٩٠ - ٩١) بتصرف، بحث بمجلة

البحوث والدراسات، العدد ١٥، السنة العاشرة/٢٠١٣

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر (م/٣٩) (٤٣/١) دار الكتب

العلمية - بيروت؛ شرح القواعد الفقهية، مصطفى أحمد الزرقا (ص/٢٢٧) دار القلم-

دمشق - ط ١٤٠٩/٢ هـ

المتأهل للإفتاء.

وهذا التعارض في الفتوى أصبح آفة هذا الزمان، حتى أصبح لسان حال بعضهم: إن لم تعجبك فتوى فلان فهناك غيره، وقال الإمام الباجي مبيناً نكارة هذا الانحراف وشيوعه لدى المستفتين: "وكثيراً ما يسألني من تقع له مسألة من الأيمان ونحوها لعل فيها رواية أم لعل فيها رخصة وهم يرون أن هذا من الأمور الشائعة الجائزة ولو كان تكرر عليهم إنكار الفقهاء لمثل هذا لما طولبوا به ولا طلبوه مني ولا من سواي وهذا مما لا خلاف بين المسلمين ممن يعتد به في الإجماع أنه لا يجوز ولا يسوغ ولا يحل لأحد أن يفتى في دين الله إلا بالحق الذي يعتقد أنه حق رضى بذلك من رضىه وسخطه من سخطه" (١).



(١) نقلاً عن الشاطبي في الموافقات (٤/١٤٠).

المطلب الثاني

ظهور الفتاوى الشاذة وسرعة انتشارها

تجراً بعض الأدعياء غير المؤهلين للإفتاء وخاضوا غمار الفتوى دون تمكن من أدواتها، فوقعوا في أخطاء، وأفتوا فتاوى شاذة أربكت العوام وأوقعتهم في حيرة كبيرة، والفتاوى الشاذة هي معول هدم لثقة الناس بالعلماء العدول، فمن طبيعة الناس الوثوق بأهل العلم، ويصعب تمييز الثبت منهم وخلافه، وكثرة الفتاوى الشاذة تقدح في عدالة أهل العلم.

وللأسف فإن الواقع اليوم يشهد بأن بعض من يُفتي الناس عبر المواقع الإلكترونية يُصدّر جوابه على بعض الأسئلة بقوله "في المسألة خلاف" ليتكئ عليها في إجازة بعض المسائل بالأقوال الشاذة أو الضعيفة، وإن أنكرت عليه فتواه، تحجج بقوله: "لا ينكر المختلف فيه"^(١)، ويمكن أن يُرد على أمثال هؤلاء من مروجي الأقوال الشاذة الذين يقولون أن هذا قول للفقهاء كيف أخبئه وأدعي أن في المسألة قولاً واحداً!!

يرد عليهم بأن الخلاف الفقهي نوعان:

الأول: اختلاف سائغ مقبول له أسبابه المعتمدة شرعاً، والمستند لأدلة شرعية معتبرة، مثل: الخلاف في فرائض الوضوء وسننه، وفي بعض أحكام الحج.

(١) الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي (ت/٩١١هـ) (ص/١٥٨) دار الكتب العلمية،

الثاني: اختلاف محرم مذموم، وهو الصادر عن اجتهاد غير مأذون فيه شرعاً؛ سواء لعدم أهلية المجتهد أو قصر نظره وبحثه أو مخالفته لدليل قطعي، أو اتباعه للهوى، كتحليل نكاح المتعة، وإباحة شرب النبيذ، والقول بعدم وقوع الطلاق الشفوي.

والاحتجاج للمشروعية بالاختلاف الفقهي انحراف منهجي في الاستدلال، فكون المسألة خلافية ليس معدوداً في الأدلة الشرعية المتفق عليها ولا المختلف فيها، بالإضافة إلى أن أقوال الفقهاء يُحتج لها ولا يُحتج بها؛ لأنه لا عصمة لأحدهم من الوقوع في الزلل والخطأ، قال الشاطبي: "وقد زاد هذا الأمر حتى صار الخلاف في المسائل معدوداً في حجج الإباحة ووقع فيما تقدم وتأخر من الزمان الاعتماد في جواز الفعل على كونه مختلفاً فيه بين أهل العلم لا بمعنى مراعاة الخلاف فإن له نظراً آخر بل في غير ذلك فربما وقع الإفتاء في المسألة بالمنع فيقال لم تمنع والمسألة مختلف فيها فيجعل الخلاف حجة في الجواز لمجرد كونها مختلفا فيها لا لدليل يدل على صحة مذهب الجواز ولا لتقليد من هو أولى بالتقليد من القائل بالمنع وهو عين الخطأ على الشريعة حيث جعل ما ليس بمعتمد معتمداً، وما ليس بحجة حجة"^(١)

وللأسف فإن من يُدافع عن الأقوال الشاذة يجتهد لنصرة هواه بالاحتجاج بالأدلة الواهية والضعيفة بل والأحاديث الموضوعية أحياناً، ولا يتخرج من الاتيان بأقيسة مردودة أو حجج عقلية باطلة، ولا يكفي أن يحتج

(١) الموافقات للشاطبي (١٤١/٤)

صاحب القول بحديث ضعيف حتى نسلم له ونأخذ بقوله ونعتبره خلافاً
معتبراً، فبعض الفقهاء نجد في كتبهم أحاديث ضعيفة وربما أحاديث لا وجود
لها إلا في كتب الفقه، وقد أجاز العلماء الأخذ بالأحاديث الضعيفة ولكن في
فضائل الأعمال ونحوها كالرقائق، وليس في الأحكام الشرعية.



المطلب الثالث

التوجيه السياسي للفتوى

هذه المشكلة قديمة متوغلة في عمق التاريخ الإسلامي، ومن أشهر ما يمكن أن يذكر في هذا المجال ما لقيه الإمام أحمد بن حنبل وغيره من العلماء من الخليفة العباسي المأمون في القول بخلق القرآن، لكن لم يكن لها تأثير كبير على المجتمع الإسلامي فيما مضى، لكن لا يخفى أن لها تأثيرًا كبيرًا في هذا الزمن؛ حيث أصبح الإفتاء يسهم في تعزيز الاستقرار السياسي من خلال الدعوة إلى الوحدة الوطنية، ويساهم في استقرار العلاقات مع الدول غير الإسلامية عبر تحريم قتل المعاهدين، واحترام المعاهدات والاتفاقيات، غير أن الظروف السياسية المتلاحقة، طالت الفتوى أيضًا، بعدما أصبح كل من يتجرأ على الإفتاء ويتصدر له، ولديه موقع الكتروني أو صفحة على مواقع التواصل الاجتماعي يدلي بدلوه ويفتي في كل نازلة، فظهرت الفتاوى غير المنضبطة، والتي أثرت سلبًا على الاستقرار السياسي، من خلال تأثير كل فصيل على من يتبعه من المفتين وتفصيل الفتوى لهم كيفما شاءوا.

ولا يخفى على ذي بصيرة أن بعضًا من السلطات السياسية تسير حسب مقتضيات الظروف الدولية، وليس على حسب مقتضيات الأحكام الشرعية، وتريد أن تجعل الفتوى وسيلة لتبرير تصرفاتها، لذلك أصبح المفتي - في بعض البلاد - وعلمه وفتاويه أداة في يد السلطات، لتحقيق رغباتها وأمنيتها، ثم تفصيل الفتاوى على قدر الحاجة وحسب الطلب.

والتاريخ يشهد بأنه قد أفتى أئمة المسلمين بأحكام رأوها حقًا ورآها

أصحاب السلطان ضد سلطانهم فأصروا عليها مجاهرين وعرضوا أنفسهم لسخط المسلطين فأوذوا في سبيل ذلك ولكنهم صبروا على الأذى وتحملوا في سبيل الحق الابتلاء وما ضعفوا وما استكانوا^(١).

ومن أمثلة الفتاوى التي تحمل توجيهًا سياسيًا، وهو ما يسمى بـ: "تسييس الفتوى":

١- نشر الفتاوى التحريضية التكفيرية أو نشر العداوة والفرقة بإشعال نار الفتنة بين أفراد المجتمع الواحد، حيث تُستخدم الأدوات الفقهية لخدمة سياسات معينة، وتمير رسائل في ثنايا إجاباته عن أسئلة المستفتين، ومن خلال تلك الرسائل يُعَبَّد الطريق لتنفيذ تلك السياسات بكل سهولة، ولو كان فيها ما فيها من الملاحظات أو المخالفات الشرعية، يفعل بعض المفتين ذلك إرضاءً للحكام، واسترزاقًا من تلك المواقف السلبية.

٢- ولطالما رفض بعض المفتين المتمين لحزب سياسي معين الدخول في الانتخابات باعتبارها تؤدي إلى التنازل عن عقيدة الولاء والبراء، وأفتوا بكفرها، إلا أنهم بعد ذلك تغيرت فتاواهم للدعوة للمشاركة في الانتخابات البرلمانية.

٣- ظهرت بعض الفتاوى تبيح قتل المتظاهرين المعارضين لحكم الحاكم، باعتبار أنهم خوارج وبغاة، إلا أن موقفهم تغير تمامًا بعد ذلك فباتت المظاهرات باباً من أبواب الجهاد في سبيل الله.

(١) الفتوى خطرنا وأهميتها، د/ ناصر الميمان (ص/٤١)

٤- ربما ألبأ الحاكم - في دولة ما - جهات الفتوى التابعة لتلك الدولة بانتهاج منهج معين في الإفتاء، أو إباحة بعض المعاملات المالية مثلاً، وحينها يلزم كل من يتصدر للإفتاء من هذه الجهة اتباع التعليمات والتزام الفتوى بالشكل المحدد له سلفاً.

والأمر نفسه نجده في المواقع الإفتائية التابعة لأحزاب سياسية معينة، أو جماعات إسلامية محددة، أو التي تواليها وتتبنى أفكارها، أو متعاطفة معها، فتستجلب هذه أيضاً من الدعاة والمفتين من يخدم مصالحها، ويساهم في نشر مبادئها، وإقناع الناس بشرعية وجدوى مشاريعها ومواقفها، وتوظف منبر الفتاوى في ذلك بشكل فعال؛ لأن تلك الأحزاب والجماعات - ومن قبلهما الحكومات - تعرف جيداً قوة تأثير رجال الدين في الناس، وإقبالهم الكبير على فتواهم.

ومع انحياز المفتي إلى رأي سياسي معين، أو اختلاف رؤى المفتين، مع تعصب كل واحد لرأيه، سيلاحظ المستفتون الاختلاف والتناقض فيما بينها في حالات متعددة، وربما وقع عوام المسلمين في إشكالية، وهنا ستتزعزع ثقة الناس بأولئك المفتين ابتداءً، وربما امتد الأمر فيصل إلى سائر علماء المسلمين انتهاءً، فيبقى عموم الناس بلا مرجعية يعودون إليها، ويأخذون عنها دينهم، ويفزعون إليها في الملمات، وربما نقب أعداء الإسلام عن تلك الاختلافات وفتشوا عن تلك التناقضات؛ ليشككوا في صحة الإسلام وصلاحيه شريعته، وبتلك الطريقة نكون قد أسلمنا لهم زمام الطعن

فينا بسهولة تامة.^(١)

مثال ذلك: أن يفتي مفتي بوجوب المشاركة السياسية مثلاً أو عدمها في بلد هو ليس من أهلها، أو غير مدرك للأبعاد السياسية للمشاركة أو الامتناع^(٢)، وربما أدت فتواه للتحريض والتأمر على الحاكم، خاصة وأن معظم الفتاوى في القضايا السياسية جاءت في ظروف خاصة، يصعب معها تعميم هذه الفتاوى، وإسقاطها على واقع غير الذي صدرت فيه.



(١) الفتاوى الهوائية لمهاوات (ص/٩٤) بتصرف

(٢) مزالق الفتوى في عالمنا المعاصر، د/ عصام البشير (ص/٢٠)

المبحث الثالث

سبل القضاء على فوضى الفتاوى الإلكترونية

للقضاء على فوضى الفتاوى الإلكترونية، لابد من معالجة أسبابها بطريقة عملية ؛ حتى نتأكد من القضاء عليها جذريًا وليس شكليًا أو ظاهريًا فقط، وأهم سبب لهذه الفوضى كان دخول غير المؤهلين للإفتاء مجال الفتوى الإلكترونية، ويمكن علاج ذلك بالطرق الآتية:

١- تفعيل نظام الإجازات العلمية للمفتين، وقد كان السلف من علماء الأمة لا يُقدّمون على الفتوى إلا بعد إجازة كبار علماء عصرهم لهم بذلك، فقد قال الإمام مالك: " ما أفيتت حتى شهد لي سبعون أني أهل لذلك" ^(١)، وهؤلاء السبعون ليسوا من عامة الناس ؛ حتى لا يغتر بعض المفتين المعاصرين من غير المؤهلين بجماهيرهم المُحبة، وإنما هم من العلماء ؛ بدليل أن مالكا ذاته قال: " ما أجبت في الفتوى حتى سألت من هو أعلم مني: هل يُراني موضعًا لذلك ؟ سألت ربيعة، وسألت يحيى بن سعيد، فأمراني بذلك ". فقيل له: يا أبا عبدالله، لو نهوك ؟ قال: كنت أنتهي ؛ لا ينبغي لرجلٍ أن يرى نفسه أهلاً لشيءٍ حتى يسأل من هو أعلم منه. ^(٢)

٢- تذكير أهل الشرع المحققين أن القيام بواجب الفتوى يعد من أوجب الواجبات المتحتمة عليهم؛ لأنهم ورثة الأنبياء، وهم أحق بالفتوى وأهلها، وعليهم ألا يتركوا أحدًا يرتقي منبر الفتوى وهو ليس لها بأهل؛

(١) الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (٣٠/٢)

(٢) المرجع السابق ٣١/٢

ذلك لأن خطر هؤلاء متعدد على الغير، وليس على فرد واحد، بل على مجموع الأمة الإسلامية، وهذا مما يوهن الأمة ويضعفها.

٣- على غير المتخصص في الفقه الإسلامي أن يخاف ربه، ولا يُدخل نفسه في دائرة الفتوى، ولا يتجاسر عليها؛ لأن المتخصص في الفقه الإسلامي متمكن من أدوات الفتوى، وعالم باختلاف الأحكام بتغير الزمان والمكان والأحوال وما هو الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية، أما غير المتخصص فله أن يفيد الأمة بما فتح الله عليه في المجال الذي تخصص فيه ونبغ فيه؛ ذلك أن نسبة من الكوارث في عالم الإفتاء تصدر عن الدعاة والوعاظ والمفكرين المؤثرين في دعوتهم ووعظهم وفكرهم، ولكن لا حظ لهم في الفقه الإسلامي ومسائل الإفتاء، وعوام الناس لا يميزون بين الداعية والوعاظ والمفكر من جهة، والفقهاء والمفتي والعالم بأحكام الشريعة من جهة أخرى.

بل ومما زاد الطين بلة أن هناك بعض المواقع الإفتائية التابعة لبعض الأحزاب السياسية، كثير من المختصين بالفتوى فيها من خريجي الطب والصيدلة والهندسة وغيرها من المجالات المختلفة، وكل باعهم في الفتوى هو من محاضرات لهم لشيوخ وأئمة مساجد، وهذا بالطبع غير كافٍ للتأهيل الإفتائي، وللأسف الشديد فإن كثيرًا من هذه المواقع تلقى إقبالًا كبيرًا من فئة الشباب الذين ينجذبون لها لسهولة أسلوبها، والتحدث معهم بلغة عصرهم، وهؤلاء الرؤوس الجهال من المتعالمين في عصرنا هم محل تقديم وتصدير عند العوام، وهؤلاء هم الذين ورد فيهم قول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْبِضُ الْعِلْمَ انْتِزَاعًا يَنْتَزِعُهُ مِنَ الْعِبَادِ، وَلَكِنْ يَقْبِضُ الْعِلْمَ بِقَبْضِ الْعُلَمَاءِ،

حتى إذا لم يُبق عالماً، اتخذ الناس رؤوساً جهَّلاً، فسئلوا، فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا" ^(١)، قال ابن حجر: "وفي هذا الحديث الحث على حفظ العلم، والتحذير من ترئس الجهلة، وفيه أن الفتوى هي الرياسة الحقيقية ودم من يقدم عليها بغير علم" ^(٢).

وقد قال ابن القيم: "من أفتى الناس وليس بأهل للفتوى فهو آثم عاص، ومن أقره من ولاة الامور على ذلك فهو آثم أيضاً، قال أبو الفرج بن الجوزي رحمه الله: ويلزم ولي الأمر منعهم كما فعل بنو أمية وهؤلاء بمنزلة من يدل الركب وليس له علم بالطريق، وبمنزلة الأعمى الذي يرشد الناس إلى القبلة وبمنزلة من لا معرفة له بالطب وهو يطب الناس بل هو أسوأ حالاً من هؤلاء كلهم وإذا تعين على ولي الأمر منع من لم يحسن التطب من مداواة المرضى، فكيف بمن لم يعرف الكتاب والسنة ولم يتفقه في الدين؟" ^(٣)

وبالنسبة لتعصب بعض المفتين لمذهبهم ورفضهم الإفتاء بمذهب آخر: فعلى المفتي معرفة أن الانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى يوسع مدارك المفتي، وفيه رحمة بالأمة، وأن أئمة المذاهب لم يتعصبوا لأقوالهم أبداً.

أما علاج الإفراط في التيسير فيكون بتعليم المتدربين على الإفتاء أن

(١) أخرجه البخاري: ٣- كتاب العلم، ٣٤- باب كيف يقبض العلم، (١/٥٠/ح/١٠٠)؛

ومسلم: ٤٧- كتاب العلم، ٥- باب رفع العلم وقبضه وظهور الجهل والفتن في آخر

الزمان (٤/٢٠٥٨/ح/٢٦٧٣)

(٢) فتح الباري لابن حجر العسقلاني (ت/٨٥٢هـ) (١/١٩٥) دار المعرفة - بيروت،

ط/١٣٧٩هـ

(٣) إعلام الموقعين ٤/٢٣٧

الأخذ بالرخص جائز شرعاً، أما تتبعها أو التلفيق بين أكثر من رخصة في حكم واحد، فهو منهي عنه شرعاً، وأن هناك فرقاً بين التيسير والتساهل؛ فالتيسير في الفتوى لابد أن يكون جارياً وفق أصول الشريعة، منسجماً مع مقاصدها العامة، غير مصادم للنصوص ولا القواعد العامة، وأن يكون مضبوطاً بالضوابط الشرعية، أما التساهل المصادم لنصوص الشريعة المبني على الهوى والتشهي فهذا مخالف لإجماع العلماء.

ويجب نشر الوعي بين الناس بخطورة منصب الإفتاء، وأهمية استفتاء العلماء الموثوقين، وإعلام الناس أن استفتاء مفتٍ تعلم أنه متساهل في فتواه، أو يستعمل الحيل لا يبرئ ذمتك أمام الله.

أما عن غياب ثقافة "لا أدري"، أو الرجوع في الفتوى عند ثبوت خطئها، فيمكن علاج هذا الأمر عن طريق:

١- أن يعلم المفتي بأن الذي يتخوف منه وهو سقوطه من أعين الناس، لو أنه قال "لا أدري"، سيقع فيه حقيقة لو أنه ما قالها، وتجراً على الفتيا بغير علم، يقول بدر الدين بن جماعة في سياق كلامه عن آداب العالم في درسه: "واعلم أن قول المسئول لا أدري لا يضع من قدره كما يظنه بعض الجهلة، بل يرفعه لأنه دليل عظيم على عظم محله وقوة دينه وتقوى ربه وطهارة قلبه وكمال معرفته وحسن تثبته. وقد روينا معنى ذلك عن جماعة من السلف، وإنما يأنف من قول لا أدري من ضعفت ديانتها وقلت معرفته؛ لأنه يخاف من سقوطه من أعين الحاضرين، وهذه جهالة ورقّة دين وربما يشهر خطؤه بين الناس فيقع فيما فر منه ويتصف

عندهم بما احترز عنه" (١)

٢- على جهات الفتوى الإلكترونية اختيار الأكفأ والأورع من المفتين، لأن ورعه يجعله لا يستنكف من قول "لا أدري" إذا كان لا يدري (٢).

٣- أن يستحضر المفتي - قبل إجابته عن فتوى لا يعلمها - أن الله سيسأله يوم القيامة عن فتواه، لأن المفتي هو مُبَلِّغ عن رب العالمين، والقول فيها بغير علم يُعد من كبائر الذنوب، قال تعالى: " قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ " (٣)، هنا سيكون متحفظاً ورعاً لا يفتي إلا عن روية وعلم، ويسهل عليه حينها أن يقول "لا أدري" ؛ حتى يجنب نفسه الوعيد الوارد في قوله تعالى: "وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتَكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِيُفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يُفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ * مَتَاعٌ قَلِيلٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ" (٤)

٤- أن يدرك المفتي بأنه ليس من الواجب عليه أن يُجيب عن كل ما يُسأل عنه، فهذا ليس بمقدور البشر، ولذلك قال عبدالله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا:

(١) تذكرة السامع والمتكلم في أدب العالم والمتعلم، بدر الدين بن جماعة (ت/ ٧٣٣هـ)

(ص/ ١٣٠-١٣١) دار الآثار بالقاهرة، ط ١٤٢٥هـ

(٢) الفتاوى الهوائية لمهاوات (٩١-٩٢) بتصرف

(٣) سورة الأعراف/٣٣

(٤) سورة النحل/١١٦-١١٧

"إن الذي يُفتي الناس في كل ما يُستفتى لمجنون"^(١)، وعلى الجهات الإفتائية تأكيد هذا الأمر على من يفتي في "البث المباشر"، فلا حرج على المفتي أن يقرأ الأسئلة ويجيب عما يتأكد منه ويُرجئ الباقي لوقت آخر أو لفتيه آخر فهو أفضل من الجواب بغير علم.

٥- ويمكن للمفتي أن يخرج من قول " لا أدري" في بعض النوازل، بأن يقول: إن هذا الأمر يحتاج إلى مزيد من الدراسة والبحث والتأصيل، أو أن هذه المسألة تحتاج مشاورة المختصين في مجال كذا للخروج بفتوى صحيحة، وهذا لا حرج فيه، بل ربما أنه يؤدي إلى مزيد ثقة بهذا المفتي الذي يرفض أن يتجرأ على الفتوى خوفاً من الناس.

وبالنسبة لمشكلة عدم فهم الفتوى جيداً من المستفتي :

١- من الممكن تلقي الأسئلة بشكل واضح من أحد المختصين في العلوم الشرعية - وليكن من المتدربين على الإفتاء - وفهمها من السائل جيداً، وعرضها على المفتي ليجيب عنها، وفي هذا أيضاً إتاحة الفرصة للمفتي بالتركيز في الفتوى بدلاً عن انشغاله طيلة فترة البث المباشر بقراءة الأسئلة والتعليقات، ومنها تعليقات قد تعطل الوقت ولا فائدة منها وفيها تشتت لذهنه، ولأن حسن عرض الأسئلة وسهولة طرحها يعين على فهم الأحكام الشرعية المتعلقة بها.

٢- على الجهات المتخصصة في الإفتاء عامةً والإفتاء الإلكتروني خاصة،

(١) رواه الدارمي في سننه: ٢١- باب في الذي يفتي الناس في كل ما يستفتى (٧٣/١)

(ح/١٧١) دار الكتاب العربي - بيروت، ط ١/١٤٠٧هـ

عمل تكامل معرفي بين المفتين في اللهجات والأعراف، فكل مفتي قادم من بلد أو محافظة مختلفة لها أعراف ولهجات خاصة بها، أن يُعلمها لزملائه المشغلين بالفتوى، وكذا لو ابتعث مفتي لدولة أخرى لها عادات وأعراف مختلفة عنا، وحبذا لو تم جمع هذا في كتاب يكون مرجعاً للمقبلين على الإفتاء بعد ذلك، وقد قال الإمام النووي في سياق كلامه عن أحكام المفتين: " ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالإيمان والإقرار والوصايا ونحوها إلا إذا كان من أهل بلد اللفظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة"^(١)، فهذا المرجع سيكون بمثابة الخبرة بمرادهم في العادة.

٣- أن نطلب من المستفتين كتابة السؤال في الرسائل بأسلوب واضح والبعد عن الألفاظ التي تسبب لبساً على المفتي.

٤- على المفتي أن يتفطن لحقيقة السؤال، وليحذر من محاولات بعض المستفتين استدراجه وإيهامه للحصول على إجابة ترضي رغباته، فعلى المفتي ألا يطلق الجواب في مسألة فيها تفصيل وإلا هلك وأهلك، وما أجمل ما قاله البهوتي في أثناء حديثه عما ينبغي أن يكون عليه المفتي من معرفة الناس: " أن يكون بصيراً بمكر الناس و خداعهم ولا ينبغي له أن يحسن الظن بهم بل يكون حذراً فطناً مما يصورونه في سؤالاتهم ؛ لئلا يوقعوه في المكروه"^(٢)

(١) روضة الطالبين للنووي (١١١/١١)

(٢) كشاف القناع (٢٩٩/٦)

وقد جاء في ميثاق الفتوى المنبثق عن المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها - الذي عقده المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة عام ٢٠٠٩م - نص المادة (٤١) على أنه يتأكد على المفتي عبر وسائل الإعلام عمومًا، والبث المباشر خصوصًا، أن يتصف بجملة من الأمور من بينها: " معرفة مراد السائلين وأعرافهم وأحوالهم المؤثرة في الأحكام قدر الإمكان، وتنزيل الكلام على حالة المستفتي"^(١) أما بالنسبة لعدم القدرة على التفرس في السائل:

فهذا سبب يصعب علاجه في الفتوى الالكترونية؛ لأن التواصل منعدم فيها، ويمكن للمفتي محاولة الرد على السؤال من جميع جهاته وأحواله بقدر الإمكان.

ويمكن حل مشكلة ضيق الوقت الذي يؤثر في درجة الاستفادة ومشكلة الاختصار والعمومية في الفتوى بالآتي:

١- مد فترة الإفتاء، أو تقييد المفتي بعدد من الاستفتاءات على أن يشرحها بشكل وافٍ، ولا يكون أكبر همه الإجابة عن أكبر قدر ممكن من الأسئلة، إنما هدفه إيصال الحكم بشكل واضح، ليستفيد به أكبر عدد من المتابعين.

٢- اعلام المفتي أن نسبة المشاهدات تتعدى الآلاف من المتابعين، هدفهم

(١) البيان الختامي للمؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة الذي انعقد في الفترة من ٢٠ - ٢٣ محرم ١٤٣٠هـ، الموافق ١٧ - ٢٠ يناير ٢٠٠٩م (عدد ٢٥، ص/٣٠٣) ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م

- الاستفادة من العلم الشرعي، وليس سماع الرد على قدر السؤال فقط وبخصوص التسرع في إطلاق الأحكام: فيمكن وضع ضوابط لذلك مثل:
- ١- على المفتي إعطاء الفتوى حقها من النظر والدراسة، وأن يتدبر قبل إصدار الفتوى، فإن ضاق عليه الوقت فليحيلها إلى من هو أعلم منه؛ ليسلم من القول على الله بلا علم.
 - ٢- يُنصح من يتصدى للفتوى أن يُراعي فهم المستفتين؛ فيعرض لكلٍ بما يناسبه من الأسلوب؛ ذلك لأن الناس تتباين ثقافتهم، وتختلف طرق تلقيهم للمعلومات؛ حتى لا يقع الناس في حرج من جراء عدم فهم ما يلقي إليهم من أحكام.
 - ٣- على المفتي أن يتوقف عن الفتوى إن احتاج لسماع الطرف الآخر، أو يحيلهم إلى دار الإفتاء أو لجان الفتوى المنتشرة بالمحافظات، فهذا لا يقلل منه، وهو أفضل له من أن يجيبه بحكم خاطئ.
 - ٤- على المفتي أن يتجنب العجلة في إصدار الفتوى في الخصومات القائمة قبل الإحاطة بملابساتها، والاستماع الدقيق إلى مختلف أطرافها، فإن الإفتاء قد يقترب من القضاء في بعض الأحكام.
- وبالنسبة لتعارض وتضارب الفتوى: فإنه يمكن القضاء عليه عن طريق تخصيص بوابة للإفتاء عبر الإنترنت، تضم جميع مواقع الإفتاء الإلكترونية في العالم العربي والإسلامي، وتكون هي قبلة المستفتين، بعيداً عن المواقع التجارية أو المسيسة أو غيرها من المواقع التي تصدر فتاوى مثيرة للجدل.
- وللقضاء على الفتاوى الشاذة: فإن هناك بعض الضوابط التي تحد من انتشار

الفتاوى الشاذة مثل:

١- إعداد مرجعية واضحة للفتوى عبر الانترنت تلتزم بها جميع جهات الفتوى الإلكترونية.

٢- أن تكون هناك رقابة على جهات الإفتاء وخاصة الإلكترونية، لمنع من يقوم بها من غير أهلها، فليس مجرد تخرجه من جامعة شرعية، أو حصوله على درجة علمية، يسمح له بالإفتاء، فكم من حاصل على الدكتوراه، بضاعته في هذا العلم مزجاة، ويقول الخطيب البغدادي في ذلك: " ينبغي لإمام المسلمين أن يتصفح أحوال المفتين، فمن كان يصلح للفتوى أقره عليها، ومن لم يكن من أهلها منعه منها وتقدم إليه بأن لا يتعرض لها وأوعده بالعقوبة إن لم ينته عنها وقد كان الخلفاء من بني أمية ينصبون للفتوى بمكة في أيام الموسم قوماً يعينونهم، ويأمرون بأن لا يستفتى غيرهم" (١).

٣- محاربة الأمية الدينية لدى المجتمع، وتفقيه عامة المسلمين ولو بالحد الأدنى من الفقه الشرعي، وتوعية الناس أن يأخذوا فتواهم عن أهل العلم الذين نُصبوا للفتوى، وأن يجتنبوا فتاوى الجهلة والأدعياء.

٤- الرد على الفتوى الشاذة ردًا علميًا قائم على الحجة والدليل، بشكل هادئ؛ حتى لا نزيد من شهرة الفتوى الشاذة.

٥- معاقبة أهل الإفتاء ممن لهم قبول وتقدير لدى الأمة، الذين يتعمدون إثارة المسائل الشاذة بعقوبات رادعة - حتى وإن كانت هذه الآراء

(١) الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (٢/ ٣٠)

موجودة في بطون كتب التراث - كيلا يحذو أحد حذوهم ؛ لأنهم بذلك يثيرون الفتن في المجتمع ويجعل هناك قلة ثقة بالمفتين بعد ذلك، وقال فقهاء الحنفية: " يُحجر على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس بالاتفاق "^(١)، بل والحجر لاستصلاح الأديان أولى من الحجر لاستصلاح الأبدان والأموال.

٦- توعية العلماء المؤهلين بأثر الفتوى على المجتمع، وأنه لابد من قيامهم بواجبهم والعهد الذي أخذه الله عليهم " لَتَبَيَّنَنَّ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْثُمُونَ "^(٢) والتصدي للفتوى في مختلف المواقع وعدم إحجامهم عن ذلك بدعوى الزهد وكراهيتهم لحب الظهور والشهرة، وإلا فستخلو الساحة لغير المؤهلين، وقد جاء في كتاب الخليفة الراشد عمر بن عبدالعزيز إلى أبي بكر بن حزم: ولتفشوا العلم، ولتجلسوا حتى يُعَلِّمَ من لا يَعْلَمَ، فإن العلم لا يهلك حتى يكون سِرًّا "^(٣)

٧- مطالعة المفتي لمستجدات المسائل و رأي المجامع الفقهية ودور الإفتاء فيها، حتى لا يؤديه اجتهاده لفتوى شاذة ؛ فالإفتاء الجماعي في تلك المجامع والهيئات فيه الكثير من التدريب والتمرين والتعليم وشحذ الأذهان بين فئة المفتين، فهو بحد ذاته وسيلة لإعداد مفتين أكفاء، بالإضافة إلى أنه يبرز وحدة الحكم الشرعي، الذي بدوره يبين

(١) البحر الرائق (٨٩/٨)

(٢) سورة آل عمران / ١٨٧

(٣) أورده البخاري معلقاً بصيغة الجزم قال: " كتب عمر بن عبدالعزيز... "، في: ٣- كتاب

العلم، ٣٤- باب كيف يقبض العلم (٤٩/١)

موقفًا موحدًا للجماهير المسلمة ويقرب وجهات النظر في المسائل المستجدة، خلافًا للإفتاء الفردي الذي يؤدي إلى مزيد من التفرق بين المسلمين.^(١)

حلول لمنع التوجيه السياسي للفتوى

- ١- أن ينزه المفتي نفسه من أن يكون أداة طيعة في يد غيره، وأن يترفع عن الحزبية المقيتة، وأن يعلم بأنه ملك للجميع؛ حتى لا ينحصر نطاق تأثيره في مناصلي ومحبي حزبه، وأن يعلم أن من أشد الأمور خطرًا أن يتبع الهوى في فتواه، سواء هوى نفسه أو هوى غيره من حكام وأصحاب نفوذ وسلطة، وذلك بتزييف الحقائق، وتبديل الأحكام، وتحريف الكلم عن مواضعه، اتباعًا لأهوائهم، وارضاءً لنزواتهم.
- ٢- معاقبة أهل الإفتاء ممن لهم قبول وتقدير لدى الأمة، بعقوبات تتناسب مع الجرم الذي يرتكبه في حق بلادهم، إذا عمدوا إلى مثل تلك

(١) أهم الهيئات والمجامع التي تعمل بالاجتهاد الجماعي:

- مجمع البحوث الإسلامية في القاهرة: وهو من أقدم المجامع الإسلامية، حيث أنشئ في عام ١٣٨٢هـ - ١٩٦٢م، ويتألف من خمسين عضوًا من العلماء والمتخصصين من المذاهب الإسلامية.
- المجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة التابع لرابطة العالم الإسلامي: أنشئ عام ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م
- مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي: أنشئ عام ١٤٠١هـ - ١٩٨١م
- الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر، د/ وهبة الزحيلي (ص/١٦-١٩) بحث منشور بمؤتمر الفتوى وضوابطها التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي

الفتاوى السياسية لصالح حزب أو فصيل سياسي.

٣- توعية المستفتي بأن يأخذ فتواه ممن يثق في وسطيته وتجرده لله تعالى، لأن الفتوى ترتبط بأعلى ما يملكه المسلم وهو دينه، لذا يجب عليه أن يتحرى له الأعلم والأدين والأبعد عن التعصب، يقول محمد بن سيرين: " إن هذا العلم دين، فانظروا عمن تأخذون دينكم ".^(١)



(١) رواه مسلم في مقدمة صحيحه: ٥ - باب بيان أن الإسناد من الدين وأن الرواية لا تكون إلا عن الثقات (١٢/١)

الخاتمة

وفي ختام هذا الجهد المقل، أوجز أهم النتائج المستخلصة، ثم أبرز التوصيات التي خرج بها هذا البحث.

أولاً: النتائج

- ١- أهم أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية: الإفتاء بدون تأهيل، والتعصب المذهبي، وغياب ثقافة "لا أدري" عند المفتي.
- ٢- هناك أسباب لفوضى الفتاوى الإلكترونية تعود إلى طبيعة الإفتاء الإلكتروني مثل عدم القدرة على فهم الفتوى جيداً من المستفتي، وعدم قدرته على تفرس السائل واستفصاله عن الحكم.
- ٣- ضيق الوقت في الفتاوى الإلكترونية يُسبب الكثير من الأخطاء في الفتوى نتيجة التسرع في الجواب.
- ٤- تتبع الرخص والتلفيق بين المذاهب والتحايل الفقهي ليس من التيسير في شيء وهو محرم شرعاً.
- ٥- ليس كل رأي فقهي يجعل المسألة خلافية؛ فهناك اختلاف محرم مذموم غير معتبر، وهو الصادر عن اجتهاد غير مأذون فيه شرعاً؛ سواء لعدم أهلية المجتهد أو قصر نظره وبحثه أو مخالفته لدليل قطعي، أو اتباعه للهوى.
- ٦- نتج عن فوضى الفتاوى الإلكترونية: تضارب وتعارض الفتاوى، التي بدورها زعزعت ثقة المستفتين بعلماء الأمة

ثانياً: التوصيات

- ١- تبادل الخبرات بين الجهات المعنية بالفتوى الإلكترونية، من خلال الزيارات، وعمل ندوات، وورش عمل خاصة بالفتوى الإلكترونية.
- ٢- تفعيل كل الجامعات الفقهية والدواوين والهيئات التي يعتني أهلها بصناعة الفتوى، وتهذيبها من شوائب الإفراط والتفريط، والتعصب المقيت للمذاهب والطوائف والأشخاص.
- ٣- أن تكون بعض أنشطة المشاركة المجتمعية للمؤسسات العلمية - من كليات شرعية ومعاهد دينية - توعية المجتمع خاصة المناطق النائية والبعيدة منه، بندوات عن مبادئ العلم الشرعي والفرق بين الداعية والمفتي، ومعنى الفتوى الشاذة، واجتناب أدياء الدين غير المؤهلين للإفتاء، ومحو أميتهم الدينية.
- ٤- تدريس مادة الإفتاء في الكليات الشرعية، وإضافة باب في هذه المادة عن المزالق المتعلقة بالفتوى ؛ حتى يتعلم المتدرب على الإفتاء كيف يتحرز عنها منذ البداية.
- ٥- أن تكون هناك رقابة مشددة على الفتاوى الإلكترونية؛ لإغلاق المواقع التي تبث فتاوى تضر بالفرد أو المجتمع أو تروج لأفكار سامة، ومن الممكن سن مواد في القانون أو الدستور تقنن شؤون الفتوى؛ حتى لا يتجرأ عليها من ليس أهلاً لها، ويجب أن تتضمن قوانين صارمة تمنع الترويج للفتاوى الشاذة عبر الوسائل المختلفة حتى لا تحدث بلبلة في المجتمع، وكان ابن الجوزي شديد الإنكار على من يفتي وهو ليس

أهل للفتوى، وكان يقول: قال لي بعض هؤلاء: أَجَعَلْتَ مُحْتَسِبًا عَلَى
الفتوى؟ فقلت له: يكون على الخبازين والطباخين محتسب ولا يكون
على الفتوى محتسب! " (١)

٦- محاولة تفرغ المرجعيات ذات الكفاءة العلمية في الإفتاء من الأعباء
الزائدة عليهم، وتحفيزهم بشتى الطرق؛ حتى يُقبلوا على الإفتاء، ولا
يتركوا الساحة لأدعياء العلم الراغبين في الشهرة أو المال أو حتى
الذين يريدون بث أفكارهم ومعتقداتهم في عقول الشباب، فكل مؤهل
للفتوى لديه الكثير من الأعباء الملقاة على كاهله، التي تجعله يُعرض
عن الإقبال على الإفتاء، لأن الفتاوى - خاصة الإلكترونية - معظمها
عن مستجدات ونوازل تحتاج من المفتي الكثير من الوقت والجهد
للقراءة في المسألة وسؤال المختصين في المجالات المختلفة، وحينها
نجد المفتي لا يقوى على القيام بمهمة الإفتاء على الوجه الأكمل؛ لأن
جهوده تشتت بين أعماله وأعبائه الكثيرة.



(١) إعلام الموقعين ٢٣٧/٤

ثبت المصادر والمراجع

القرآن الكريم

- ١) الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر، د/ وهبة الزحيلي، بحث منشور بمؤتمر الفتوى وضوابطها التي ينظمها المجمع الفقهي الإسلامي
- ٢) الأجهزة الإلكترونية، اعتدال هارون، بحث منشور على موقع sotor.com
- ٣) أحكام أهل الذمة لابن القيم، دار العلم للملايين - بيروت، ط ١٤٠١/٢ هـ
- ٤) آداب الفتوى والمفتي والمستفتي للنووي، دار الفكر - دمشق، ط ١٤٠٨/١ هـ
- ٥) إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، دار الكتاب العربي، ط ١٤١٩/١ هـ
- ٦) أسنى المطالب في شرح روض الطالب للشيخ زكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٢ هـ
- ٧) الأشباه والنظائر - للإمام تاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية، ط ١٤١١/١ هـ - ١٩٩١ م
- ٨) الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي (ت/٩١١ هـ) دار الكتب العلمية، ط ١٤١١ هـ
- ٩) إعانة الطالبين حاشية على حل ألفاظ فتح المعين لمحمد شطا الدمياطي، دار الفكر - بيروت
- ١٠) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (ت/٧٥١ هـ) مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ط/١٣٨٨ هـ
- ١١) الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف للدهلوي (ص/٣٨) دار النفائس - بيروت، ط ١٤٠٤/٢ هـ
- ١٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي، دار المعرفة - بيروت

- (١٣) البحر المحيط للزركشي (ت/٧٩٤هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١/١٤٢١هـ
- (١٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط/١٤١٥هـ
- (١٥) البداية والنهاية لابن كثير، مكتبة المعارف - بيروت
- (١٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني (ت/٥٨٧هـ) دار الكتاب العربي - بيروت، ط/١٩٨٢م
- (١٧) البناية شرح الهداية، بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، ط١/١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م
- (١٨) البيان الختامي للمؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة الذي انعقد في الفترة من ٢٠ - ٢٣ محرم ١٤٣٠هـ، الموافق ١٧ - ٢٠ يناير ٢٠٠٩م (عدد ٢٥) ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م
- (١٩) تاج العروس للزبيدي، ط/ دار الهداية
- (٢٠) التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (ت/٥٩٧هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، ط/١٤١٥هـ
- (٢١) تذكرة السامع والمتكلم في أدب العالم والمتعلم، بدر الدين بن جماعة (ت/٧٣٣هـ) دار الآثار بالقاهرة، ط١/١٤٢٥هـ
- (٢٢) تعظيم الفتيا، لابن الجوزي، الدار الأثرية، عمان - الأردن، ط٢/١٤٢٧هـ
- (٢٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير (ت/٧٧٤هـ) دار الفكر - بيروت، ط/١٤١٤هـ
- (٢٤) التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، ط١/١٤١٩هـ
- (٢٥) جامع بيان العلم وفضله، يوسف بن عبد البر النمري (ت/٤٦٣هـ) دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١٣٩٨هـ

- (٢٦) الحاوى الكبير للماوردى، دار الفكر - بيروت
- (٢٧) الحاوي للفتاوي في الفقه وعلوم التفسير والحديث والأصول والنحو والإعراب وسائر الفنون للإمام السيوطي، دار الكتب العلمية ط١/بيروت - لبنان - ١٤٢١هـ
- (٢٨) حلية الأولياء لأبي نعيم الأصبهاني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط٤/١٤٠٥هـ
- (٢٩) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، دار الكتب العلمية - بيروت
- (٣٠) رسالة الهدى للشيخ محمد سعيد المدني مطبعة السنة المحمدية - القاهرة، ط١/١٣٧٠هـ
- (٣١) روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي، المكتب الإسلامي - بيروت، ط١/١٤٠٥هـ
- (٣٢) سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي - بيروت
- (٣٣) سنن الدارمي، عبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد الدارمي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط١/١٤٠٧هـ
- (٣٤) سير أعلام النبلاء للذهبي، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٣/١٤٠٥هـ
- (٣٥) شرح السنة - للإمام البغوي، المكتب الإسلامي - دمشق - بيروت . ط٢/١٤٠٣هـ
- (٣٦) شرح القواعد الفقهية، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق - بيروت، ط٢/١٤٠٩هـ
- (٣٧) شرح فتح القدير لكamal الدين بن الهمام (ت/٦٨١هـ) دار الفكر - بيروت
- (٣٨) الصحاح للجوهري، دار العلم للملايين - بيروت، ط٤/١٩٩٠م
- (٣٩) صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط٢/١٤١٤هـ

- ٤٠) صحيح البخاري، دار ابن كثير - بيروت ط ٣ / ١٤٠٧ هـ
- ٤١) صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي - بيروت
- ٤٢) الضوابط الشرعية للفتاوى الفضائية المباشرة، ماجستير للباحثة/ لعمى مريم
جامعة أدرار - الجزائر
- ٤٣) العناية شرح الهداية البابرني (ت/٧٨٦هـ) ط/ دار الفكر
- ٤٤) العين للخليل بن أحمد الفراهيدي، دار ومكتبة الهلال
- ٤٥) غريب الحديث للخطابي، جامعة أم القرى - مكة المكرمة، ط/١٤٠٢
- ٤٦) فتاوى الرملي للإمام شهاب الدين الرملي (المتوفى: ٩٥٧هـ)، المكتبة
الإسلامية
- ٤٧) الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيتمي، دار الفكر - بيروت
- ٤٨) الفتاوى الهوائية مأخذ وحلول، عبدالقادر مهاوات، مجلة البحوث
والدراسات، العدد ١٥، السنة العاشرة/٢٠١٣
- ٤٩) فتاوى ومسائل ابن الصلاح (ت/٦٤٣هـ) دار المعرفة - بيروت، ط ١ / ١٤٠٦ هـ
- ٥٠) فتح الباري لابن حجر العسقلاني (ت/٨٥٢هـ) دار المعرفة - بيروت،
ط/١٣٧٩ هـ
- ٥١) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي، دار الفكر
- ٥٢) الفتوى خطرهما وأهميتها (مشكلاتها في العصر الحاضر وحلولها المقترحة)
د/ ناصر عبدالله الميمان، بحث مقدم إلى مؤتمر الفتوى وضوابطها الذي
عقدته رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م
- ٥٣) الفتيا ومناهج الإفتاء، محمد سليمان الأشقر، مكتبة المنار الإسلامية -
الكويت، ط ١ / ١٣٩٦ هـ
- ٥٤) الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (ت/٤٦٣هـ) دار ابن الجوزي - السعودية،
ط/١٤١٧ هـ

- ٥٥) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي، دار الفكر - بيروت، ط/١٤١٥ هـ
- ٥٦) كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر - بيروت، ط/١٤٠٢ هـ
- ٥٧) لسان العرب لابن منظور، دار صادر - بيروت، ط/١
- ٥٨) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح (ت/٨٨٤هـ) المكتب الإسلامي - بيروت، ط/١٤٠٠ هـ
- ٥٩) المبسوط للسرخسي (ت/٤٨٣هـ) دار المعرفة - بيروت، ط/١٤١٤ هـ
- ٦٠) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لشيخه زاده (ت/١٠٧٨هـ) دار الكتب العلمية - بيروت، ط/١٤١٩ هـ
- ٦١) مجمع الزوائد للهيثمى، دار الفكر، بيروت، ط/١٤١٢ هـ
- ٦٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصى النجدى. إشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين
- ٦٣) مزالق الفتوى في عالمنا المعاصر، د/ عصام أحمد البشير، أبحاث المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة ١٤٣٠ هـ
- ٦٤) المستدرک على الصحيحين للحاكم النيسابوري، ط/١٤١١/١ هـ - ١٩٩٠م، دار الكتب العلمية - بيروت
- ٦٥) مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، ط/١٤٢٠/٢ هـ
- ٦٦) مسند البزار (ت/٢٩٢هـ)، مؤسسة علوم القرآن، مكتبة العلوم والحكم، ط/١٤٠٩ هـ، بيروت
- ٦٧) المصباح المنير للفيومي في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت

- (٦٨) المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة، مكتبة الرشد - الرياض، ط١٤٠٩/١هـ
- (٦٩) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني دار الفكر - بيروت
- (٧٠) المغني لابن قدامة المقدسي، ط١٤٠٥/١هـ، دار الفكر - بيروت
- (٧١) منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عlish (ت/١٢٩٩هـ) دار الفكر - بيروت، ط/١٤٠٩هـ
- (٧٢) الموافقات للشاطبي (ت/٧٩٠هـ) ط/ دار المعرفة - بيروت
- (٧٣) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب (ت/٩٥٤هـ) دار الفكر، ط٣/١٤١٢هـ
- (٧٤) [=www.dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID](http://www.dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID)
- (٧٥) www.elbalad.news/2559716
- (٧٦) www.facebook.com/EgyptDarAliftaMedia



فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٤١١	مقدمة
٤١٥	مبحث تمهيدى: التعريف بمفردات عنوان البحث
٤١٩	المبحث الأول: أسباب فوضى الفتاوى الإلكترونية
٤١٩	المطلب الأول: أسباب تعود إلى تكوين وتأهيل المفتي
٤١٩	الفرع الأول: دخول غير المؤهلين للإفتاء مجال الفتوى الإلكترونية
٤٢٤	الفرع الثانى: تعصب بعض المفتين لمذهبهم ورفضهم الإفتاء بمذهب آخر
٤٢٨	الفرع الثالث: الإفراط فى التيسير
٤٣٩	الفرع الرابع: غياب ثقافة "لا أدري"، أو الرجوع فى الفتوى عند ثبوت خطئها
٤٤٢	المطلب الثانى: أسباب تعود إلى طبيعة الفتوى الإلكترونية
٤٤٢	الفرع الأول: عدم القدرة على فهم الفتوى جيداً من المستفتى
٤٤٤	الفرع الثانى: عدم القدرة على التفرس فى السائل
٤٤٦	الفرع الثالث: ضيق الوقت
٤٥٠	الفرع الرابع: استخدام الفتوى لأغراض تجارية
٤٥٢	المبحث الثانى: نتائج فوضى الفتاوى الإلكترونية
٤٥٢	المطلب الأول: التضارب والتعارض فى الفتوى الإلكترونية
٤٥٥	المطلب الثانى: ظهور الفتاوى الشاذة
٤٥٨	المطلب الثالث: التوجيه السياسى من خلال الفتوى
٤٦٢	المبحث الثالث: سبل القضاء على فوضى الفتاوى الإلكترونية
٤٧٥	الخاتمة
٤٧٨	ثبت المصادر والمراجع



قسم الفقه المقارن

تحرير دلالة مصطلح
الخمار والجلباب
الواردة في القرآن والسنة

إعداد

د. ياسر عجيل النشمي

الأستاذ المساعد بقسم الفقه وأصوله

بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الكويت

تحرير دلالة مصطلح الخمار والجلباب الواردة في القرآن والسنة.

ياسر عجيل جاسم النشمي

قسم الفقه وأصول الفقه، كلية الشريعة، جامعة الكويت، كيفان، الكويت.

البريد الإلكتروني: Yaser.alnashmi@ku.edu.kw

ملخص البحث:

يهدف البحث إلى بيان دلالة مصطلح الخمار والجلباب من المعاجم اللغوية، ولغة العرب، والتعمق في كتب التفسير، والحديث، والفقه، وبناء على ذلك نستطيع معرفة الحكم الشرعي لبس المرأة للخمار، والجلباب. وقد اتبعت المنهج الاستقرائي، فاستقصيت ما تيسر لي من كتب اللغة، والتفسير، وشروح الحديث، فيما يخص الخمار والجلباب، وكذلك اتبعت المنهج التحليلي من خلال تحليل تلك النصوص، والتدقيق فيها للوصول إلى تصور وحكم صحيحين. وخلص البحث إلى عدد من النتائج منها: أن الحقيقة اللغوية للخمار: كل ما ستر شيئاً وغطاه، وأن الحقيقة العرفية للخمار: "ثوب لا يَشْفُ، يَسْتُرُ شعر رأس المرأة". وأن الحقيقة الشرعية للخمار: ثوب لا يَشْفُ، يستر شعر رأس المرأة، وعنقها، وفتحة الصدر"، وأن الخمار فرض، وتغطي المرأة به العنق وفتحة الصدر إضافة إلى تغطية الأصل؛ وهو شعر الرأس، وأن لبس الخمار بالصفة المذكورة: واجب شرعاً. وتوصي الدراسة بالتوسع في تحرير مضمون المصطلحات الخاصة بالمرأة لمعرفة حقيقة بناء الحكم الفقهي.

الكلمات المفتاحية: الخمار، الجلباب، القرآن، السنة، دلالة.

Indication of the woman cover and cloth as provided in the Holy Quran and Sunnah

Yaser Ajeel Jassem AL-Nashmi

Department of Jurisprudence Principles , faculty of Islamic Sharia, Kuwait University , kaifan, Kuwait.

E-mail: Yaser.alnashmi@ku.edu.kw

Abstract:

The aim of the research is to examine the indication of the term woman cover and cloth according to definitions from the language dictionaries, the Arabic language, and to investigate deeper into the books of interpretation, hadith, and jurisprudence, and accordingly we can know the Islamic ruling of women's dress for woman cover, and jilbab. I followed the inductive approach, exploring the language books, interpretation, and commentary of the hadith, with regard to the woman cover and the cloth, as well as the analytical approach through investigating those texts and scrutinizing them to achieve a correct perception and sharia ruling. The research reached to with several conclusions, including that the linguistic meaning of woman cover: a thing that that cover all, and that the customary truth of woman cover: 'a dress that does not heal, covers the hair of the woman's head'. The legitimate truth of the woman cover is an in-de-transparent dress, covering the hair of the woman's head, neck and chest opening, and that the woman cover is obligatory, and the woman covers the neck and the opening of the chest in addition to covering the origin-which is the hair of the head- and that wearing the woman cover according to the former characteristic, is a duty of law. The study recommends further investigation on the content of women's terminology to establish the sharia rulings

Keywords: Woman cover, Cloth, Qur'an, Sunnah, Indication.

المقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله، وصحبه، ومن والاه،
وبعد:

فإن للمصطلحات ودلالاتها أبعاداً في معايير فهم كلام المتكلم، وإدراك مرامه، فهي حين المطابقة تكسو أفهام المتخاطبين ثوب التنغم الفكري، وحسن المعرفة والتصور، وسلامة الحكم، وإلا ساد كبر التشاحي، فإن دلالة مصطلح ما لأهل الأرياف قد يُغايّر دلالة ذات المصطلح لدى أهل المدن، وكذا الحال بين مخاطبات أهل الصناعات الحرفية أو المهنية، وأصحاب الفنون، وأرباب العلوم، وهلمّ جرّاً.

هذا، وإن من أجلّ المباحث التي أولاها علماء أصول الفقه يد العناية: دلالات ألفاظ الكتاب والسنة ومقدماتها، وما يتعلق بتحرير مضمون كلمات الله جلّ وعلا ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من حيث إرادة الحقيقة اللغوية أو الحقيقة العرفية أو الحقيقة الشرعية، فالتمييز بينها وجاء من نير العدول عن حكم الله ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كما أن بعثرة الأوليات بينها حين التعارض يُؤدي إلى التهلكة في الافتيات على الله الكذب، والحيف في نسبة الأحكام إلى الله ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على غير المراد، فكان لزاماً على من ابتغى وسيلة لتوجيه الدفة بدقة لفهم الكتاب والسنة من سبر تلك الأغوار.

والأمر في معرفة دلالة كلام الشارع ليس بالهين، إذ مرجعه أمران:

الأول: مقدار قرب القارئ أو بعده، ووروده أو صدوره من حياض لسان العرب لغةً وعرفاً؛ ولذلك نصّ الشاطبي في موافقاته على التالي: "إن الشريعة

عربيةً، وإذا كانت عربية فلا يفهمها حق الفهم إلا من فهم العربية حق الفهم، لأنهما سيان في النمط ماعدا وجوه الإعجاز، فإذا فرضنا مبتدئاً في فهم العربية فهو مبتدئ في فهم الشريعة، أو متوسطاً فهم متوسط في فهم الشريعة، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية، فإن انتهى إلى درجة الغاية في العربية كان كذلك في الشريعة، فكان فهمه فيها حجة كما كان فهم الصحابة وغيرهم من الفُصحاء الذين فهموا القرآن: حجةً، فمن لم يبلغ شأوهم فقد ناقصه من فهم الشريعة بمقدار التقصير عنهم، وكل من قصر فهمه لم يُعَدَّ حجة، ولا كان قوله فيها مقبولاً^(١)، ويؤيده دُرُرُ شيخ الإسلام ابن تيمية: "فإن الدين فيه أقوال وأعمال، ففقه العربية هو الطريق إلى فقه أقواله، وفقه السنة هو الطريق إلى فقه أعماله"^(٢).

الثاني: التطورُ الدلاليُّ الناشيء من لُذُن زمن الوحي السامق إلى أزماننا المنحدرة، فغدا الناس يحملون دلالة مصطلح ورد في كلام الله جلَّ وعلا أو رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على الدلالة التي حوَّروها، وتناقلوها، وتحادثوا بها في لسانهم العامي حتى أصبحت دلالة المصطلح يباباً قاحلة من الدلالة العربية الأصلية، كل ذلك وهم يظنون سلامة الفهم، وحسن الاستنباط، ويحسبون أنهم يحسنون صنعاً، ويحسبونه هينا وهو عند الله عظيم، ولذلك عبَّرَ شيخ الإسلام ابن تيمية عن هذا الحال بقوله: "فإن معرفة دلالات الأقوال وترجيح

(١) الموافقات لإبراهيم الشاطبي ٥/٥٣، طبع دار ابن عفان، ١٩٩٧م، تحقيق مشهور آل سلمان.

(٢) اقتضاء الصراط المستقيم، لأحمد بن تيمية ٣١٦-٣١٧، طبع دار الفضيلة.

بعضها على بعض بَحْرٌ خِصْمٌ^(١).

وإن من هاتيك المصطلحات ذات الدلالات المحتملة التي تنبني عليها أحكام فقهية مصطلحات تخص المرأة المكترمة: دلالة مصطلح الخمار والجلباب المتعلقة بالبالغة غير القاعد الواردة في الكتاب والسنة، فهذا البحث لتحرير مضمون تلك المصطلحات على وفق كلام الله جلّ وعلا، وكلام رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وحسب مقتضيات لسان العرب، وما نقلته أعرافهم من معانٍ ودلالات.

والله أسأل أن يلهمني رشدي، ويقيني شرّ نفسي، ويعصمني من الزلل، ويرزقني السداد، هو وليّ ذلك والقادر عليه، والله المستعان على ما أصف.

أسباب اختيار الموضوع.

إنّ من المُدلهات الفقهية ما له علاقة بقضايا المرأة، إذ يكتنفها كثير من الأبعاد الشرعية، والمجتمعية، والعرفي، وكنت مُدّ زمنٍ ألحظ فتاوى أهل العلم سلفاً وخلفاً تعترتها اختيارات لدلالة مصطلحات تخص لباس المرأة -كالخمار والجلباب وما شابهها- الأمر الذي يستدعي التوقف، والتحليل، والله المستعان، وهو حسبي، وعليه التكلان.

مشكلة البحث.

إن العُقدة أو العُقَدَ التي أقصد حلّها في هذا البحث تكمن في التالي:

١. هل دلالة مصطلح الخمار والجلباب قطعية أو ظنية؟

(١) رفع الملام عن الأئمة الأعلام لشيخ الإسلام ابن تيمّة ص ٢٩، طبعة المكتبة العصرية.

٢. هل لدلالات تلك المصطلحات قاسم مشترك يقضي بتأسيس الحكم الشرعي عليه؟

٣. هل يمكن الترجيح بين دلالات تلك المصطلحات حسب لسان العرب كحقيقة لغوية أو حقيقة عرفية - قولية أو فعلية- أو حقيقة شرعية إن وُجِدَتْ؟

أهم الدراسات السابقة.

١. "جلباب المرأة المسلمة" للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، طبع دار السلام، عام ٢٠٠٢م، وهو كتاب متميز في بابه عَرَّج فيه المؤلف على الأصل اللغوي وأفاض في الآثار، وقد استفدت منه في تصور المسائل.

٢. "عودة الحجاب" لمحمد بن أحمد بن إسماعيل المقدم، طبع دار طيبة، عام ٢٠٠٦م، وهو كتاب مفصّل مستوعب لتلايب الموضوع، يورد كثيراً من الأدلة والآثار، وهو يميل إلى وجوب تغطية الوجه والكفين، وقد استفدت منه في استيعاب الأدلة.

٣. "تحرير المرأة في عصر الرسالة" للدكتور عبد الحليم أبو شقة، طبع دار القلم عام ١٩٩٩م، وهو موسوعة رائعة في بابها تناول شؤون المرأة المسلمة بجميع أبعادها، ومنها بُعِدُ الستر، وهو موضوع بحثنا، وأفدّت منه في بعض التصورات.

٤. "الرد المفحم على من خالف العلماء وتشدد وتعصب وألزم المرأة أن تستر وجهها وكفيها وأوجب ولم يقنع بقولهم: إنه سنة أو مستحب"،

للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، طبع المكتبة الإسلامية، عام ١٤٢١هـ، وقد أفاض فيه المؤلف في بيان الأدلة والآثار، والتصحيح، والتضعيف، واستفدت منه أحياناً.

جديد البحث.

إن البحث يستنطق ألسنة العرب في دلالة مصطلح الخمار والجلباب من المعاجم اللغوية، والتعمق في كتب التفسير والحديث والفقه، وبناء على ذلك نستطيع معرفة الحكم الشرعي للباس المرأة للخمار، والجلباب.

ولعلي بهذا البحث قد أنزْتُ ضوءاً وبُعداً هو حجر الزاوية في حين تناولت الكتب والأبحاث المؤلفة في ذات الشأن أبعاد النظر إلى الآيات والأحاديث من جانب الاستدلال فنال الحظوة أكثر من حظ ملاحظة ما يُمليه اللسانُ العربي، والأعرافُ العربيةُ القوليةُ والفعليَّةُ التي بُني عليها الحكم الشرعي، وهو ما أحاول بيانه، والله من وراء القصد.

منهج البحث.

اتبعت المنهج الاستقرائي، فاستقصيت ما تيسر لي من كتب اللغة، والتفسير، وشروح الحديث، فيما يخص الخمار والجلباب، وكذلك اتبعت المنهج التحليلي من خلال تحليل تلك النصوص، وفحصها، والتدقيق فيها للوصول إلى تصور صحيح، وحكم واضح.

خطة البحث.

جمعت شُعبَ البحث في:

١. المقدمة.
٢. التمهيدي.
٣. المبحث الأول: تحرير دلالة مصطلحات ذات صلة في اللسان العربي.
٤. المبحث الثاني: تحرير دلالة مصطلح الخمار، وحكمه.
٥. المبحث الثالث: تحرير دلالة مصطلح الجلباب، وحكمه.
٦. الخاتمة والتتائج.



التمهيد.

حَرِّىُّ بنا قبل الولوج في البحث في دلالة مصطلح الخمار، والجلباب، الواردة في الكتاب والسنة أن نبين المنارة المنيفة الحاكمة الضابطة لدلالة مصطلحات الكتاب والسنة بشكل عام.

هذه المنارة المنيفة هي: إدراك الحقائق الثلاث للكلمات في الكتاب والسنة، والتميز بينها، واستظهار مراتبها، وأولوياتها، والمقدم والمؤخر، فحقيقة أي كلمة في الكتاب والسنة لن تخرج عن الأقسام التالية:

• **القسم الأول: لغوية:** وضعها أهل اللغة بتوقيف أو اصطلاح، كالأسد للسبع.

• **القسم الثاني: عرفية،** وهي قسمان:

١. عامة: وهي المنقولة عن موضوعها الأصلي إلى غيره بالاستعمال العام؛ إمّا بتخصيص الاسم ببعض مسمياته، كالدابة فإنها موضوعة في اللغة لكل ما يدبُّ فَخَصَّهَا أهل العرف العام بذات الأربع. وإما باشتهار المجاز بحيث يستنكر معه استعمال الحقيقة، كإضافة الحرمة إلى الخمر، وهي في الحقيقة مضافة إلى الشرب.

٢. وخاصة: وهي التي نقلها عن موضوعها الأصلي قوم مخصوصون كاصطلاح النحاة على الرفع، والنصب، والجرح، والفاعل، والمفعول، وغير ذلك.

• **القسم الثالث: شرعية،** وهي التي وضعها الشارع فلا يعرف وضعها للمعنى إلا من جهة الشرع؛ كالصلاة للعبادة المخصوصة، وهي لغة

الدعاء^(١).

وقمينُ بالباحثِ، والمفسرِ، والشارح لكلمات الكتاب والسنة أن يعرف هذه الحقائق، وأن يدرك مراتبها عند أهل العلم، ففي حال اجتماعها فإن الحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة العرفية واللغوية، والحقيقة العرفية مقدمة على الحقيقة اللغوية، فإن لم يوجد للكلمة حقيقة شرعية أو عرفية فالمعول على الحقيقة اللغوية^(٢)، ومن رام بعثرة المراتب حاد عن مرام الله جل وعلا، ومراد رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فمن حمل {وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة}^(٣) على الحقيقة اللغوية فقد جنى بجعل المأمور به في الآية الدعاء والنماء أو الصلاح أو غير ذلك، ومن حمل {يَمَحَقُ اللهُ الرَّبَا}^(٤) على مطلق الزيادة في كل شيء فقد حرم بعض ما أحل الله من أنواع الزيادات في المال، والنسل، والمعاملة، وغيرها.

هذا؛ وإن عماد بحثي في دلالة مصطلح الخمار والجلباب الواردة في القرآن والسنة هو هذه المنارة المنيفة، والله المستعان، وعليه التكلان.

(١) شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع لعبد الرحمن السيوطي، ج ١، ص ٢٦١، طبع دار السلام، ٢٠٠٨ م.

(٢) البحر المحيط لمحمد الزركشي، ج ٢، ص ١٥٤، ج ٦، ص ١٦٧، طبع وزارة الأوقاف الكويتية ١٩٩٢ م.

(٣) سورة البقرة، آية ٤٣.

(٤) سورة البقرة، آية ٢٧٦.

المبحث الأول

تحريرُ دلالةِ مصطلحاتِ ذاتِ صلةٍ في لسانِ العربِ.

جرت عادة الباحثين والمصنفين أن يبدؤوا بتعريف المصطلحات الرئيسية في البحث ثم يُردفونها بالمصطلحات ذات الصلة، ولكني مضطراً إلى البداية بها في هذا البحث استثناء من العادة، حيث إن فهم دلالة مصطلح الخمار والجلباب لها ارتباط وثيق بمصطلحات شُبِّهَ بها الخمار أو الجلباب أو بنى عليها المفسرُ أو الشارحُ دلالتها، فكانت هذه ضرورة؛ إذ الحكمُ على الشيء فرغٌ عن تصوره، والله المستعان.

المطلب الأول

ما يتعلقُ برأسِ المرأةِ ووجهها من اللباسِ.

الفرع الأول: النقاب، والقناع.

١ - النقاب:

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: النقاب: القناعُ على مارنِ الأنفِ^(١).
ثانياً: خلاصة ما ذكره الزرقاني: النقاب هو الخمارُ الذي تُشدُّه المرأةُ على الأنفِ أو تحتَ المحاجرِ^(٢).
ثالثاً: خلاصة ما ذكره الشوكاني: "والإنتقابُ لبسُ غطاءٍ لوجهٍ فيه نقبانِ

(١) لسان العرب ج ٦، ص ٧٦٩.

(٢) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ج ٢ ص ٣٤٨، المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

عَلَى الْعَيْنَيْنِ تَنْظُرُ الْمَرْأَةُ مِنْهُمَا^(١).

رابعاً: خلاصة ما ذكره ابن رجب: النقاب: هو الخمار الذي تشده المرأة على الأنف أو تحت المحاجر^(٢).

خامساً: خلاصة ما ذكره القاسم بن سلام: النقاب: هو الثوب الذي يبدو منه المحجر، فإن كان على طرف الأنف فهو "اللِّفَامُ"، وإذا كان على الفم فهم "اللثامُ"، فإذا كان النقاب لا يبدو منه إلا العينان فهو "الوصوصة"^(٣).

سادساً: خلاصة ما ذكره الحميدي: النقاب: ما كان على الأنف يستر ما تحته^(٤).

٢- القناع.

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: القناع والمقنعة: ما تتقنع به المرأة من ثوبٍ يُغطي رأسها^(٥).

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٧، المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: ١٢٥٠هـ)، تحقيق: عصام الدين الصبابي، الناشر: دار الحديث، مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٢ ص ٤١٤، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ).

(٣) غريب الحديث للقاسم بن سلام ج ٤، ص ٤٦٤.

(٤) تفسير غريب ما في الصحيحين ص ١٧٧، وانظر التبرج واللباس عند العرب": للدكتور مخايل شفيق حداد، ص ٨٠، طبعة دار العلوم العربية ومكتبة دار العروبة، ٢٠٠٩م.

(٥) لسان العرب ج ٥، ص ٣٧٥٦.

ثانياً: خلاصة ما ذكره محمد الراوي: القناع والمقنعة: "ما تُقنَعُ به المرأة رأسها، والقناع أوسع من المقنعة"^(١).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره ابن الأثير: القناع أكبر من المقنعة^(٢).

الفرع الثاني: الوصاوص، واللفام، والثام.

١- الوصاوص:

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: الوصاوص: "ما يسترُ الوجه من القناع فلا يُرى إلا العينان"^(٣).

ثانياً: خلاصة ما ذكره عبد الرحمن الجوزي: الوصاوص: ما يسترُ الوجه سوى العينين^(٤).

٢- اللفام.

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: اللفام: النقابُ إذا كانَ على طرف الأنف^(٥).

(١) مختار الصحاح ج ٣، ص ١٢٧٣.

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر ج ٤، ص ١١٤. وانظر التبرج واللباس عند العرب:

للدكتور مخايل شفيق حداد، ص ٧٥.

(٣) لسان العرب ج ٦، ص ٤٨٤٩.

(٤) غريب الحديث ج ٢، ص ٤٢٩، المؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن

محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ)، المحقق: الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي،

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٠٥ - ١٩٨٥.

(٥) لسان العرب ج ٥، ص ٤٠٥٦.

ثانياً: خلاصة ما ذكره الفيروزآبادي: اللغام: ما على طرف الأنف من النقب^(١).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره محمد الرازي: اللغام: ما كان على طرف الأنف من النقب^(٢).

رابعاً: خلاصة ما ذكره ابن الجوزي: اللغام: النقب إذا كان على طرف الأنف^(٣).

٣- اللثام.

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: اللثام: ردُّ المرأة قناعها على أنفها، وردُّ الرجل عمامته على أنفه^(٤).

ثانياً: خلاصة ما ذكره محمد الرازي: اللثام: ما كان على الفم من النقب^(٥).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره الفيومي: اللثام: "ما يغطّي به الشّفة"^(٦).

(١) القاموس المحيط، ج١، ص ١١٥٨.

(٢) مختار الصحاح، ج٥، ص ٢٠٣١.

(٣) غريب الحديث لابن الجوزي، ج٢، ص ٣٢٧.

(٤) لسان العرب، ج٥، ص ٣٩٩٦.

(٥) مختار الصحاح، ج٥، ص ٢٠٢٦.

(٦) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ج٢ ص ٥٤٩، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.

المطلب الثاني

ما يتعلق بجسد المرأة من اللباس.

الفرع الأول: الرداء، والإزار، والدرع، والقميص.

١- الرداء:

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: الرداء: الغطاء الكبير الذي يُلبَس،
وكلُّ ما زَيَّنَكَ^(١).

ثانياً: خلاصة ما ذكره الفيروزآبادي: الرداء: "ملحفة"^(٢).

٢- الإزارُ.

أولاً: خلاصة ما ذكره الفيروزآبادي: الإزار: "الملحفة"، "وكلُّ ما
سترك"^(٣).

ثانياً: خلاصة ما ذكره ابن رجب: الإزار: ما يَأْتَرُ بِهِ الرَّجُلُ فِي
وَسْطِهِ^(٤).

٣- الدَّرْعُ.

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور:

(١) لسان العرب ج ١٣ ص ٣٢٠

(٢) القاموس المحيط، ج ١، ص ١٢٨٨.

(٣) القاموس المحيط، ج ١، ص ٣٤٣.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٢ ص ٤١٤، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ).

الدرع: "القميْضُ" وهو "الثوبُ الصغيرُ تلبسهُ الجاريةُ الصغيرةُ في بيتها"، وذكر ما في التهذيب: "ثوبٌ تجوبُ المرأةُ وسطه، وتجعلُ له يدين، وتخيْطُ فرجيه" (١).

ثانياً: خلاصة ما ذكره الفيروزآبادي: درعُ المرأة: قميْضُها (٢).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره الحسن العسكري: الدرّاعة: الثوبُ من الصوفِ (٣).

رابعاً: خلاصة ما ذكره الرازي: الدرع: "القميْضُ" (٤).

خامساً: خلاصة ما ذكره ناصر المطرزي: الدرع: "ما تلبسهُ المرأةُ فوقَ القميْصِ"، وذكر عن الحلواني أنه ما جيئه إلى الصدرِ، والقميْضُ ما شقّه إلى المنكبِ (٥).

سادساً: خلاصة ما ذكره الباجي: الدرع: القميْضُ، وهو ثوبٌ سابغٌ يسترُ ظهورَ قدمِ المرأةِ.

٤ - القميْضُ.

أولاً: خلاصة ما ذكره القزويني: القميْضُ للإنسانِ معروفٌ، وأصله يدلُّ

(١) لسان العرب لابن منظور، ج ٢، ص ١٣٦١.

(٢) القاموس المحيد، ج ١، ص ٧١٤.

(٣) التلخيص في معرفة أسماء الأشياء للحسن العسكري، ج ١، ص ١٤٥.

(٤) مختصر الصحاح، ج ٣، ص ١٢٠٦.

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن رجب، ج ٢، ص ٤١٤.

على لبس شيءٍ والانشيام فيه^(١).

ثانياً: خلاصة ما قاله الحسن العسكري: القميص: ويقال له السِّرْبَال،
والشَّيْحَة عند بعضهم. القميص هو: "بُرْدَةٌ من صوفٍ فيها سوادٌ وبياضٌ"^(٢).

الفرع الثاني: الملاءة، واللحاف، والشعار، والدثار، والحجاب.

١- الملاءة.

أولاً: خلاصة ما قاله الفيومي: الملاءة: "الرَّيْطَةُ ذاتِ لِفْطَيْنِ"^{(٣)(٤)}.

ثانياً: خلاصة ما ذكره ابن الجوزي: الملاءة: "الإزار"^(٥).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره ابن الأثير: الملاءة: الإزار والرَّيْطَةُ^(٦).

(١) معجم مقاييس اللغة ج ٥ ص ٢٧، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي،
أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر،
عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

(٢) التَّلْخِصُ فِي مَعْرِفَةِ أَسْمَاءِ الْأَشْيَاءِ ج ١ ص ١٤٥، المؤلف: أبو هلال الحسن بن
عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو ٣٩٥هـ)، عني
بتحقيقه: الدكتور عزة حسن، الناشر: دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، دمشق،
الطبعة: الثانية، ١٩٩٦م.

(٣) المصباح المنير، ج ٢، ص ٥٨٠.

(٤) الرَيْطَةُ: ثوب لين دقيق، ويطلق على الملاءة. اللفق: لفقت الثوب: أن تضمَّ شقة إلى
أخرى فتخيطهما. لسان العرب، "ربط"، "لفق"، ٣٠٧/٨، ٣٣٠/١١.

(٥) غريب الحديث لابن الجوزي، ج ٢، ص ٤٠٤.

(٦) النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ٣٥٢.

٢- اللِّحَافُ.

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: الملحفة: اللباس الذي فوق سائر اللباس من دثار البرد ونحوه، وكلُّ شيءٍ تغطيت به^(١).

ثانياً: خلاصة ما ذكره ناصر المطرزي:

المَلْحَفَةُ: "ما تلتحفُ به المرأة"، واللِّحَافُ "كلُّ ثوبٍ تغطيت به"^(٢).

والالتحاف: الاشتمال بالثوبِ مخالفاً بين طرفيه على عاتقه، والمراد بالمخالفة: أن لا يشدَّ الثوب على وسطه فيصلي مكشوف المنكبين بل يأتزر به، ويرفع طرفيه فيخالف بينهما، ويشدُّه على عاتقه فيكون بمنزلة الإزار والرداء.

٣- الشِّعَارُ.

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: الشِّعَارُ: "ما ولي شَعْرَ جسدِ الإنسانِ دونَ ما سواه من الثياب"^(٣).

٤- الدِّثَارُ.

أولاً: خلاصة ما قاله ابن منظور: الدثار: "الثوبُ الذي يكونُ فوقَ الشِّعَارِ"، "الثوبُ الذي يُسْتَدْفَأُ به فوقَ الشِّعَارِ"^(٤).

(١) لسان العرب ج٩ ص٣١٥.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب، ج١، ص٤٢٢.

(٣) لسان العرب، ج٤، ص٢٢٤٦.

(٤) لسان العرب، ج٢، ص١٣٢٦.

ثانياً: خلاصة ما ذكره ناصر المطرزي: الدثار: خلاف الشِّعار وهو: "كُلُّ ما ألقيته عليك من كساءٍ أو غيره"^(١).

ثالثاً: خلاصة ما قاله ابن الأثير: الدِّثار: "الثوبُ الذي يكونُ فوق الشِّعار"^(٢).

٥- الحجاب.

أولاً: خلاصة ما ذكره ابن منظور: الحجاب: السِّترُ، وتَحَجَّبَ: إذا اكْتَنَّ من وراء حجاب، وامرأةٌ محجوبةٌ: قد سُتِرَتْ بِسِتْرٍ^(٣).

ثانياً: خلاصة ما ذكره الفيروزآبادي: الحجابُ: "ما حال بين شيئين"^(٤).

وعلى هذا فاللثامُ حجابٌ، واللفامُ، والقناعُ، والخمارُ، والدرعُ، والجلبابُ، والقميصُ وأشباهاها هي حجابٌ بالمعنى اللغوي^(٥).

(١) المغرب، ج ١، ص ١٦١.

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر ج ٢ ص ١٠٠، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي.

(٣) لسان العرب، ج ٢، ص ٧٧.

(٤) القاموس المحيط، ج ١، ص ٧٢.

(٥) انظر حول هذا: "التبرج واللباس عند العرب" للدكتور مخايل شفيق حداد، ص ١٠٧، ١٠٨.

المبحث الثاني

تحرير دلالة مصطلح الخمار، وحكمه.

المطلب الأول

دلالة مصطلح الخمار في لسان العرب.

أولاً: قال ابن منظور:

وتخَمَّرْتُ بالخمار واختمرت: لبسته، وخَمَّرْتُ به رأسها: غطته. وفي حديث أم سلمة: أنه كان يمسح على الخف والخمار؛ أرادت بالخمار العمامة؛ لأن الرجل يغطي بها رأسه كما أن المرأة تغطي بخمارها، وذلك إذا كان قد اعتم عمة العرب فأرادها تحت الحنك فلا يستطيع نزعها في كل وقت فتصير كالخفين، غير أنه يحتاج إلى مسح القليل من الرأس ثم يمسح على العمامة بدل الاستيعاب؛ ومنه قول عمر، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، لمعاوية: ما أشبه عينك بخمرة هند؛ الخمرة: هيئة الاختمار؛ وكل مغطى: مخمر. وروي عن النبي، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: خمروا آيتكم؛ قال أبو عمرو: التخميرُ التغطية، وفي رواية: خمروا الإناء وأوكوا السقاء؛ ومنه الحديث: أنه أتى بإناء من لبن فقال: هلا خمرته ولو بعود تعرضه عليه.

والمخمرة من الشياه: البيضاء الرأس، وقيل: هي النعجة السوداء ورأسها أبيض مثل الرخماء، مشتقٌّ من خمار المرأة؛ قال أبو زيد: إذا ابيض رأس النعجة من بين جسدها، فهي مخمرة ورخماء؛ وقال الليث: هي المخمرة من الضأن والمعزى. وفرس مخمر: أبيض الرأس وسائر لونه ما كان^(١).

(١) لسان العرب ج ١، ص ٣٨٧.

خلاصة ما ذكره ابن منظور:

التخمير: التغطية. والخمار للمرأة: ما يُغَطِّي شعر رأسها. وللرجل: العمامة التي تغطي شعر رأسه. وللشياه: ما كان لون رأسها يخالف جسدها. ثانياً: خلاصة ما ذكره الفيروزآبادي: الخمار: النَّصِيفُ، وكلُّ ما ستر شيئاً، والتخمير: التغطية^(١).



(١) القاموس المحيط ج ١، ص ٣٨٧ مادة خمر.

المطلب الثاني

دلالة مصطلح الخمار في تفاسير القرآن وغريبه.

أولاً: قال الطبري: "وقول: { وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ } يقول تعالى ذكره: وليلقين خُمُرهنَّ، وهي جمع خمار، على جيوبهنَّ، ليسترن بذلك شعورهنَّ وأعناقهنَّ وقُرطهنَّ.

حدثنا ابن وكيع، قال ثنا زيد بن حباب، عن إبراهيم بن نافع، قال: ثنا الحسن بن مسلم بن يناق، عن صفية بنت شيبة، عن عائشة، قالت: لما نزلت هذه الآية: { وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ } قال شقنن البُرْد مما يلي الحواشي، فاختمن به"^(١).

خلاصة ما ذكره الطبري:

لم يذكر الطبري معنى الخمار ولكن بيّن صفة ضربه على الجيوب بقوله: "ليسترن بذلك شعورهنَّ وأعناقهنَّ وقرطهنَّ".

ثانياً: خلاصة ما ذكره الجصاص:

يُفْهَمُ من كلام الجصاص أن الخمار هو الثوب الذي تُغْطِي به المرأة جَيْبَ الدَّرَاعَةِ لتستر صدرها ونَحْرَهَا"^(٢).

(١) جامع البيان في تأويل القرآن ج ١٩ ص ١٩٥، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.

(٢) أحكام القرآن، المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر

ثالثاً: خلاصة ما ذكره ابن العربي: الخمار: المقنعة تسترُ بها العنق والصدر^(١).

رابعاً: خلاصة ما ذكره الرازي:

الخمار: "المقانع".

صفته: نقل عن المفسرين قولهم: إن نساء الجاهلية يشددن خُمُرهن من خلفن، وإن جيوبهن كانت من قُدَّام فكان ينكشفُ نحورهنَّ وقلائدهن، فأمرن أن يضربن مقانعهن على الجيوب ليتغطي بذلك أعناقهن ونحورهنَّ، وما يحيطُ به من شعرٍ وزينةٍ من الحلبي في الأذن والنحر، وموضع القلادة منها^(٢).

خامساً: خلاصة ما ذكره القرطبي: الخمار: ما تُغطي به المرأة رأسها، وصفةٌ ضربه على الجيوب يتضح من سبب النزول وهو أن النساء كُنَّ إذا غطين رؤوسهن بالأخمرة سدَلْنها من وراء الظهر فيبقى النحرُ والعنق والأذنان لا ستر عليها فأمر الله بلَيِّ الخمار على الجيوب فتستر صدرها^(٣).

الشريف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تاريخ الطبع: ١٤٠٥ هـ.

(١) أحكام القرآن ج ٣ ص ٣٨٢، المؤلف: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

(٢) مفاتيح الغيب "التفسير الكبير" ج ٢٣ ص ٣٦٤، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ.

(٣) الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي" ج ١٢ ص ٢٣١، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن

سادساً: خلاصة ما ذكره ابن كثير: الخمار: ما يُغَطَّى به الرأس، ويسميتها الناس: المقناع. وضربه على الجيوب بأن يستر صدرها وترائبها وعنقها وأقراطها^(١).

سابعاً: خلاصة ما ذكر الألويسي: الخمار: المقنعة التي تلقيها المرأة على رأسها، وصفة ضرب الخمار على الجيب أن تستر النحر والصدر^(٢).

ثامناً: خلاصة ما ذكره محمد الطاهر بن عاشور: الخمار: ثوبٌ تضعه المرأة على رأسها لستر شعرها وجيدها وأذنيها^(٣).

تاسعاً: خلاصة ما ذكره مكي بن أبي طالب:

أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤ م.

(١) تفسير القرآن العظيم ج٦، ص٤٣، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٩ هـ.

(٢) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ج٩ ص٣٣٧، المؤلف: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألويسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ)، المحقق: علي عبد البار عطيّة، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ.

(٣) التحرير والتنوير ج١٨ ص٢٠٨، المؤلف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ)، - الطبعة التونسية، دار النشر: دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس - ١٩٩٧ م.

ذكر ابن أبي طالب أن الخمار هو الثوب الذي تلقيه المرأة على جبينها لتستر شعرها وعُنُقِها.

وعَبَّرَ بـ "قيل" لمن عرف الخمار بأنه الثوب الذي تغطي به المرأة شعرها وصدرها وكل ما زين وجهها^(١).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره العزيزي: الخمار: المقنعة، وهو ما يُغطي الرأس^(٢).



(١) الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، المؤلف: أبو محمد مكي بن أبي طالب حَمَوْش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي (المتوفى: ٤٣٧هـ)، المحقق: مجموعة رسائل جامعية بكلية الدراسات العليا والبحث العلمي - جامعة الشارقة، بإشراف أ. د: الشاهد البوشيخي، الناشر: مجموعة بحوث الكتاب والسنة - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.

(٢) غريب القرآن للعزيزي ص ٢١٣.

المطلب الثالث

دلالة مصطلح الخمار في شروح السنة وغريبها.

أولاً: قال ابن حجر:

" (قوله: باب: وَيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ)

كَأَنَّ "يَضْرِبْنَ" ضَمَّنَ مَعْنَى يُلْقِينَ فَلِذَلِكَ عُدِّيَ بَعْلَى، وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ شَيْبٍ: حَدَّثَنَا أَبِي عَنْ يُونُسَ، قَالَ ابْنُ شَهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: يَزْحَمُ اللَّهُ نِسَاءَ الْمُهَاجِرَاتِ الْأُولَى، لَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ {وَلِيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ} شَقَّقْنَ مُرُوطَهُنَّ فَاخْتَمَرْنَ بِهِ.

٤٧٥٩ - حَدَّثَنَا أَبُو نَعِيمٍ، حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ نَافِعٍ، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُسْلِمٍ، عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ شَيْبَةَ: أَنَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا كَانَتْ تَقُولُ لَمَّا نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ: {وَلِيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ} [النور: ٣١] «أَخَذْنَ أُرْهَهُنَّ فَشَقَّقْنَهَا مِنْ قَبْلِ الْحَوَاشِي فَاخْتَمَرْنَ بِهَا».

"قوله: وَقَالَ أَحْمَدُ بْنُ شَيْبٍ: بِمُعْجَمَةٍ وَمَوْحَدَتَيْنِ وَزُنُّ عَظِيمٌ، وَهُوَ مِنْ شَيْخِ الْبُخَارِيِّ إِلَّا أَنَّهُ أوردَ هَذَا عَنْهُ بِهَذِهِ الصِّيغَةِ وَقَدْ وَصَلَهُ مِنَ الْمُنْذِرِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلِ الصَّائِغِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ شَيْبٍ، وَكَذَا أَخْرَجَهُ مِنْ طَرِيقِ مُوسَى بْنِ سَعِيدِ الدُّنْدَانِيِّ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ شَيْبٍ بْنِ سَعِيدٍ، وَهَكَذَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَالطَّبْرَانِيُّ مِنْ طَرِيقِ قُرَّةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنِ الزُّهْرِيِّ مِثْلَهُ. قَوْلُهُ: "يَزْحَمُ اللَّهُ نِسَاءَ الْمُهَاجِرَاتِ" أَي: النِّسَاءِ الْمُهَاجِرَاتِ فَهُوَ كَقَوْلِهِمْ شَجَرُ الْأَرَاكِ. وَلِأَبِي دَاوُدَ مِنْ وَجْهِ آخَرَ عَنِ الزُّهْرِيِّ: "يَزْحَمُ اللَّهُ النِّسَاءَ الْمُهَاجِرَاتِ" قَوْلُهُ: "الْأُولَى" بِضَمِّ الْهَمْزَةِ وَفَتْحِ الْوَاوِ جَمْعُ أُولَى، أَي: السَّابِقَاتِ مِنَ

المُهَاجِرَاتِ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الَّذِي صَنَعَ ذَلِكَ نِسَاءُ الْمُهَاجِرَاتِ لَكِنَّ فِي رِوَايَةِ صَفِيَّةَ بِنْتِ شَيْبَةَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ ذَلِكَ فِي نِسَاءِ الْأَنْصَارِ كَمَا سَأْتَبُهُ عَلَيْهِ. قَوْلُهُ: "مُرُوطُهُنَّ" جَمْعُ مِرْطٍ، وَهُوَ الْإِزَارُ، وَفِي الرِّوَايَةِ الثَّانِيَةِ "أَزْرَهُنَّ"، وَزَادَ: "شَقَّقْنَهَا مِنْ قِبَلِ الْحَوَاشِي". قَوْلُهُ: "فَاخْتَمَرْنَ" أَي: عَطَّيْنَ وُجُوهَهُنَّ، وَصَفَةَ ذَلِكَ أَنَّ تَضَعُ الْخِمَارَ عَلَى رَأْسِهَا وَتَرْمِيهِ مِنَ الْجَانِبِ الْأَيْمَنِ عَلَى الْعَاتِقِ الْأَيْسَرِ، وَهُوَ التَّقْنَعُ قَالَ الْفَرَّاءُ: كَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ تُسَدِّلُ الْمَرْأَةُ خِمَارَهَا مِنْ وَرَائِهَا وَتَكْشِفُ مَا قُدَّامَهَا فَأَمْرٌ بِالِاسْتِتَارِ. وَالْخِمَارُ لِلْمَرْأَةِ كَالْعِمَامَةِ لِلرَّجُلِ".^(١)

خلاصة ما ذكره ابن حجر:

ذكر ابن حجر أن معنى الخمار هو الساتر الذي تغطي به المرأة شعرها، وترمي جانبه الأيمن على العاتق الأيسر، وهو التَّقْنَعُ. والخمار للمرأة كالعمامة للرجل.

ثانياً: خلاصة ما ذكره القسطلاني:

صفة الاختمار: أن تضع المرأة الخمار على رأسها، وترميه من الجانب الأيمن على العاتق الأيسر، وهو التَّقْنَعُ^(٢).

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٨ ص ٤٨٩-٤٩٠، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.

(٢) إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ج ٧ ص ٢٧١، المؤلف: أحمد بن محمد بن أبي

ثالثاً: خلاصة ما ذكره النووي: الخمار: المقنعة تُغطي به المرأة رأسها^(١).

رابعاً: خلاصة ما ذكره الباجي: الخمار: ما يستر رأس المرأة، وعنقها، وقصبتها، ودلاليتها ولا يظهر منها إلا دوز وجُها^(٢).

خامساً: خلاصة ما ذكره العظيم آبادي:

الخمار: المقنعة، ونقل قول القاضي عياض بأن صفته أن تجعل الخمار على رأسها وتحت حنكها عطفة واحدة^(٣).

سادساً: خلاصة ما ذكره ابن رجب: الخمار: ما تختمر به رأسها^(٤).

سابعاً: خلاصة ما ذكره الحميدي: الخمار: ما تستر به المرأة رأسها كالمقنعة أو ما جرى مجراها^(٥).

بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين (المتوفى: ٩٢٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة: السابعة، ١٣٢٣ هـ.

(١) شرح صحيح مسلم ج ٦، ص ١٨٠.

(٢) المتتقى ج ٢، ص ٢٥١.

(٣) عون المعبود ج ١١، ص ١١٦.

(٤) فتح الباري لابن رجب ج ٢ ص ٤١٤-٤١٥-٤١٦، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

(٥) تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم ص ١٨١، المؤلف: محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي أبو عبد الله بن أبي نصر (المتوفى: ٤٨٨هـ)، المحقق: الدكتورة: زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، الناشر: مكتبة السنة - القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ - ١٩٩٥.

الحصاد:

حصادُ أقوالِ المفسرينَ، وشُراحِ الحديثِ، وأهلِ اللسانِ العربيِّ في معنى الخمارِ كحقيقةٍ عُرفيةٍ هو التالي:

١. ثوبٌ تغطي به المرأةُ صدرها ونحرها.
٢. ثوبٌ يغطي شعر المرأةِ وصدرها.
٣. ثوبٌ يغطي شعر المرأةِ وصدرها ووجهها.
٤. ثوبٌ يُغطي شعرَ المرأةِ، وترمي جانبه الأيمن على العاتق الأيسر.
٥. هو كالعمامة للرجل مع ستر العنق والصدر.

الترجيح:

بالنظر إلى أقوال المفسرين، وشراح الحديث، وأهل اللسان العربي فإن الراجح يكاد ينطق وينادي بأن الخمار كحقيقة عرفية هو: "ثوبٌ لا يشفُ يستُرُّ شعَرَ رأس المرأة"^(١)، وهو ما رأيناه في النصوص السالفة، ونزيد على ذلك تشبيه طرفة بن العبد حاله حين كان سادراً كالمغطي رأسه بخمار، قلما عاد إلى رشده، كأنه كشف عنه قناعه وخماره، من الرمل:

كنتُ فيكم كالمغطي رأسه ** فانجلى اليوم قناعي وخُمُرُ
سادراً أحسبُ غيبي رَشَداً ** فتناهيْتُ وقد صابت بِقُرُ

(١) وهو ما يسمى عند أهل الخليج العربي بـ "الحجاب"، ولعله من باب إطلاق الكل وإرادة الجزء.

أما الأعشى فقد راح يشبه الشيب للمرء بالخمارة، وهو يتبدل به بعد الصبا
حكمة، من المتقارب:

وإن أخاك الذى تعلمين ** ليالينا إذ نحُل الجفارا
تبدل بعد الصبا حكمة ** وقنعه الشيب منه خمارة

والحطية في المعنى نفسه يجعل الشيب خمارة في شيخوخته ويقول، من
الوافر:

وقنعي القير خمارة شيب ** وودعني الشباب ورق عظمي^(١)

وجاء الأمر من الشارع جل وعلا بأن يُعطى بالخمارة العنق وفتح الصدر
إضافة إلى تغطية الأصل وهو الشعر، فصار ذلك هو الحقيقة الشرعية التي تقدم
على الحقيقة العرفية واللغوية كما هو مقرر في علم أصول فهم القرآن والسنة
والتشريع^(٢).

وحكم لبس الخمار بهذه الصفة والطريقة: الوجوب كما هو معلوم في
علم أصول فهم الكتاب والسنة (أصول الفقه) من أن الفعل المضارع إذ
دخلت عليه لام الأمر دل على الوجوب " وليضربن".

ويُعَضد ما ذكرته وفره من الأحاديث الصحيحة، فعن عروة بن الزبير،
أن عائشة أخبرته، قالت: «كُنَّ نِسَاءَ الْمُؤْمِنَاتِ يَشْهَدْنَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَلَاةَ الْفَجْرِ مُتَلَفَعَاتٍ بِمُرُوطِهِنَّ، ثُمَّ يَنْقَلِبْنَ إِلَى بُيُوتِهِنَّ حِينَ

(١) التبرج واللباس عند العرب للدكتور مخايل شفيق حداد، ص ٦٠.

(٢) البحر المحيط للزركشي، ج ٢ ص ٥٤، ج ٦ ص ١٦٧.

يَقْضِينَ الصَّلَاةَ، لَا يَعْرِفُهُنَّ أَحَدٌ مِنَ الْغَلَسِ" (١). وعن عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: "يَرْحَمُ اللَّهُ نِسَاءَ الْمُهَاجِرَاتِ الْأُولَى، لَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ: {وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ} (٢) شَقَّقْنَ مُرُوطَهُنَّ فَأَخْتَمْنَ بِهَا" (٣). وعن صَفِيَّةَ بِنْتِ شَيْبَةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، قَالَتْ: "لَمَّا نَزَلَتْ: {يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ} (٤)، خَرَجَ نِسَاءُ الْأَنْصَارِ كَأَنَّ عَلَى رُءُوسِهِنَّ الْغُرَبَانَ مِنَ الْأَكْسِيَةِ" (٥)، أي: بِخُمْرِ سِوَاءِ تَغْطِي الرَّأْسَ كَلَوْنَ الْغُرَابِ.

عن عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ أَنَّهُ سَأَلَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ أُخْتٍ لَهُ نَدَرَتْ أَنْ تَحُجَّ حَافِيَةً غَيْرَ مُخْتَمِرَةٍ، فَقَالَ: «مُرُوهَا فَلْتَحْتَمِرْ، وَلْتُرْكَبْ، وَلْتَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» (٦). وعن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ" (٧)، وهذا في محرابها الأخرى الطاهر، وهو في محرابها الدينوي المشوب أولى.

- (١) صحيح البخاري كتاب مواقيت الصلاة - باب وقت الفجر - رقم ٥٧٨-١٢٠/٢.
- (٢) النور: ٣١.
- (٣) صحيح البخاري كتاب تفسير القرآن - باب وليضربن بخمرهن على جيوبهن، النور - رقم ٤٧٥٨، ١٠٩/٧.
- (٤) الأحزاب: ٥٩.
- (٥) سنن أبي داود كتاب اللباس - باب في قوله تعالى يدنين عليهن من جلابيبهن - رقم ٤١٠١٤ / ٦١..
- (٦) سنن أبي داود كتاب الأيمان والندور - باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية - رقم ٣٢٩٣، ٣ / ٢٣٣.
- (٧) رَوَاهُ الْحَمْسَةُ إِلَّا النَّسَائِيَّ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ خُرَيْمَةَ؛ انظر بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، ١١٤/٢، طبعة دار القبس.

وَعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ دَخَلَتْ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَعَلَيْهَا ثِيَابٌ رِقَاقٌ فَأَعْرَضَ عَنْهَا، وَقَالَ "يَا أَسْمَاءُ، إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا"، وَأَشَارَ إِلَى وَجْهِهِ وَكَفِّهِ" (١).

(١) سنن أبي داود ج ٤ ص ٦٢ رقم ٤١٠٤، المؤلف: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: ٢٧٥هـ)، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا - بيروت. ورواه البيهقي في السنن الكبرى ج ٢ ص ٣١٩ رقم ٣٢١٨، السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م. وقال الزيلعي في نصب الراية: وَفِي الْبَابِ حَدِيثٌ، أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي سُنَنِهِ - فِي كِتَابِ اللَّيَاسِ عَنْ خَالِدِ بْنِ دُرَيْكٍ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ دَخَلَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَعَلَيْهَا ثِيَابٌ رِقَاقٌ، فَأَعْرَضَ عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَالَ: "يَا أَسْمَاءُ إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا وَهَذَا، وَأَشَارَ إِلَى وَجْهِهِ وَكَفِّهِ"، انْتَهَى. قَالَ أَبُو دَاوُدَ: هَذَا مُرْسَلٌ، خَالِدُ بْنُ دُرَيْكٍ لَمْ يُدْرِكْ عَائِشَةَ، قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: وَمَعَ هَذَا فَخَالِدٌ مَجْهُولُ الْحَالِ، قَالَ الْمُنْدَرِيثِيُّ: وَفِيهِ أَيْضًا سَعِيدُ بْنُ بَشِيرٍ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْبَصْرِيُّ نَزِيلُ دِمَشْقَ مَوْلَى بَنِي نَضْرٍ، تَكَلَّمَ فِيهِ غَيْرُ وَاحِدٍ، وَقَالَ ابْنُ عَدِيٍّ فِي الْكَامِلِ: هَذَا حَدِيثٌ لَا أَعْلَمُ رَوَاهُ عَنْ قَتَادَةَ غَيْرِ سَعِيدِ بْنِ بَشِيرٍ، وَقَالَ فِيهِ مَرَّةً: عَنْ خَالِدِ بْنِ دُرَيْكٍ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، بَدَلًا: عَائِشَةَ، انْتَهَى كَلَامُهُ. انظر نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي، المؤلف: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: ٧٦٢هـ)، قدم للكتاب: محمد يوسف البُنُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجانى، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، المحقق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م. وانظر تفصيل ذلك في

وهذا كافٍ في الاستدلال، ولا يمنع أن أضيف بعض العبارات المؤكدة لذلك فأقول:

١. قال الإمام ابن القطان رحمه الله في كتابه إحكام النظر: (وشعر المرأة وساقها لا يحلّ للأجنبي أن ينظر إليهما إجماعاً)^(١).

٢. قال ابن حزم في مراتب الإجماع: "واتَّفَقُوا عَلَى أَنْ شَعْرَ الْحَرَّةِ وَجَسْمَهَا حَاشَا وَجْهَهَا وَيَدَاهَا: عَوْرَةٌ. وَاخْتَلَفُوا فِي الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ حَتَّى أَظْفَارَهُمَا أَعْوَرَةٌ هِيَ أُمَّ لَا"^(٢).

٣. قال البقاعي في نظم الدرر: "على جيوبهن" جمع جيب، وهو خرق الثوب الذي يحيط بالعنق، فالمعنى حيثئذ يهوين بها إلى ما تحت العنق، ويسبلنها من جميع الجوانب ويطولنها سترًا للشعر والصدر، وغيرهما مما هنالك"^(٣).

٤. صحَّ في موطأ محمد بن الحسن عن نافع أنه قال "رأيت صفية ابنة أبي عبيد تتوضأ، وتنزع خمارها، ثم تمسح برأسها" قال نافع: "وأنا يومئذ

بحثي: "تحرير دالة مصطلح الخمار، والجلباب، والزينة الواردة في القرآن والسنة"، طبعة دار الضياء، الكويت.

(١) إحكام النظر في أحكام النظر بحاسة البصر لابن القطان الفاسي ٢/٢٣١، طبعة دار القلم ٢٠١٢م.

(٢) مراتب الإجماع لابن حزم الأندلسي ص ٢٩، طبعة دار الكتب العلمية.

(٣) نظم الدرر في تناسب الآيات والسور لبرهان الدين الدين البقاعي ١٣/٢٥٩، طبعة دار الكتب الإسلامي.

صغير^(١).

فمسحُ الرأس لم يحصل إلا بنزع الخمار الذي يغطيه، فدل ذلك على أن الخمارَ كحقيقةٍ عرفيةٍ هو ما غطى الشعر.

٥. صحَّ عن بلال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "مسح على الخُفَّين، والخمار"^(٢)، وفي رواية "العمامة" والمعنى: ما ستر الشعر.

٦. قال الراغب: "أصل الخُمُر: سترُ الشيء، ويقال لما يُستر به: خمار، لكن الخمار صار في التعارف اسماً لما تغطِّي به المرأة رأسها، وجمعه خُمُر، قال تعالى: {وليضربن بخُمُرهن على جيوبهن} واختمرت المرأة وتخمرت. وخمرت الإناء غطته"^(٣).

وأشيرُ إلى ثلاثة أمور مهمة:

١- أن لبس قطعة ثوبٍ تختلف تسميتها العرفية عند العرب حسب طريقة اللبس وصورة الاستعمال فإن الخمار قطعة ثوب يستحق أن يسمى خماراً إذا استعملته المرأة في تغطية رأسها. وقبل هذا الاستعمال لا يكون خماراً بل ربما يكون إزاراً، كما ثبت في صحيح الإمام البخاري عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قَالَتْ: "يرحم الله نساء المهاجرات الأول لما نزلت {وليضربن بخُمُرهن} أخذن أزهرن فشققنها من قبل الحواشي

(١) التعليق المُمَجَّد على موطأ محمد، لمحمد عبد الحي اللكنوي، ٢/٢٨٧، طبعة دار القلم ٢٠٠٥م.

(٢) سنن ابن ماجه رقم ٥٦١، ١/١٨٦، طبعة دار إحياء التراث العربي.

(٣) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، ٢٩٨، طبعة دار القلم والدار الشامية.

فاختمرن"^(١). فهذه قطعة ثوب استعملتها المرأة في تغطية أسفل بدنها فاستحق أن يسمى إزاراً، فلما شقته واختمرت به لم يبق إزاراً ولم يصبح غطاءً مطلقاً بل صار خماراً، وإذا صار خماراً فهذا لا يعني أن المرط غطاء مطلق كما لا يعني أن الخمار غطاء مطلق. وفي حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ أُمَّهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا نَزَعَتْ خِمَارَهَا الَّذِي اسْتَحَقَّ هَذِهِ التَّسْمِيَةَ بِاسْتِعْمَالِهِ فِي تَغْطِيَةِ رَأْسِهَا ثُمَّ لَفَتِ الخَبْزَ بِهِ، فَاسْتَحَقَّ اسْمًا جَدِيدًا هُوَ غَطَاءُ الخَبْزِ أَوْ لِفَافَتِهِ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ.

وقد ثبت في صحيح الإمام مسلم عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: "جَاءَتْ بِي أُمِّي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَقَدْ أَزْرَتْنِي بِنِصْفِ خِمَارِهَا، وَرَدَّتْنِي بِنِصْفِهِ.."^(٢)، فقد كان خماراً لأم أنس ثم صار بعضه إزاراً لأنس، وبعضه رداءً له، ولم يصبح خماراً له، ولا يمتنع في حال كونه لباساً لأنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ نَقُولَ إِنَّهُ خِمَارٌ أُمُّهُ. يَعْنِي أَنَّهُ كَانَ عَلَى رَأْسِهَا قَبْلَ أَنْ تَجْعَلَهُ إِزَارًا وَرَدَاءً لَهُ"^(٣). وقد تستخدم الخُمُرُ أربطةً تشدُّ بها الأعضاء عند الكسر أو الجرح، تقول الخنساء إن طعنة أخيها حين يطعن أعداءه لا تسكنها الرقى ولا عصبها بالخمير، من الرمل:

(١) صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، باب "ولضربن بخرهن على جيوبهن"، رقم ٤٧٥٩، ١٠٩/٧، طبعة دار طوق النجاة.

(٢) صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، باب من فضائل أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، رقم ٢٤٨١، ٩٢٩/٥، طبعة دار إحياء التراث العربي.

(٣) جدلية الحجاب، للدكتور صهيب محمود السقار، ص ٥١ بتصرف، طبع دار رواسخ، الكويت، ٢٠١٦م.

يطعنُ الطعنةَ لا يُرقُّها ** رُقِيَةُ الراقي ولا عَضْبُ الخُمُرِ^(١)

٢- أن الخمار أنواع، فمنه الرقيق والكثيف، فقد دخلت امرأة على عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا وعليها خمار رقيق، فشقتة عائشة وكستها خماراً كثيفاً^(٢).

٣- أن الخمار ألوان من بينها الأصفر أو المصبوغ بالزعفران، فقد لبست عائشة خماراً مصبوغاً بزعفران ورشته بالماء ليفوح ريحه، ومن ألوانه الخضر^(٣)، فقد جاءت امرأة إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعليها خمار أخضر.



(١) التبرج واللباس عند العرب للدكتور مخايل شفيق حداد، ص ٦٠، طبعة دار العلوم العربية ومكتبة دار العروبة، ٢٠٠٩م.

(٢) أخرجه مالك في "الموطأ" (١٣٣٩/١) برقم: (٣٣٨٣) (حسن الخلق، ما يكره للنساء لباسه من الثياب) والبيهقي في "سننه الكبير" (٢٣٥/٢) برقم: (٣٣١٦) (كتاب الصلاة، باب الترغيب في أن تكثف ثيابها أو تجعل تحت درعها ثوبا إن خشيت أن يصفها درعها).

(٣) أخرجه النسائي في "الكبرى" (٨ / ١٧٤) برقم: (٨٨٨٤) (كتاب عشرة النساء، المرأة تهب يومها لامرأة من نساء زوجها) وأبو داود في "سننه" (٤ / ٣٢٧) برقم: (٤٦٠٢) (كتاب السنة، باب ترك السلام على أهل الأهواء) وابن ماجه في "سننه" (٣ / ١٤٥) برقم: (١٩٧٣) (أبواب النكاح، باب المرأة تهب يومها لصاحبتها) وأحمد في "مسنده" (١١ / ٥٩٥٦) برقم: (٢٥٢٧٩) (مسند عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا).

المبحث الثالث

تحرير دلالة مصطلح الجلباب، وحكمه.

المطلب الأول

دلالة مصطلح الجلباب في لسان العرب.

أولاً: قال ابن منظور: "والجلباب: القميص. والجلباب: ثوب أوسع من الخمار دون الرداء تغطي به المرأة رأسها وصدورها. وقيل: هو ثوب واسع دون الملحفة تلبسه المرأة. وقيل: هو الملحفة؛ قالت جنوب أخت عمرو ذي الكلب تزئيه:

تمشي النُسور إليه وهي لاهية* *مشي العذارى عليهن الجلاببُ

معنى قوله: "وهي لاهية" أن النُسور آمنة منه لا تفرقه لكونه ميتهاً فهي تمشي إليه مشي العذارى وأول المرثية:

كلُّ امرئٍ بطُوالِ العيشِ مكذوبٌ* * وكُلُّ من غالَبَ الأيَّامَ مغلوبٌ

وقيل: هو ما تغطي به المرأة الثياب من فوق كالملحفة، وقيل: هو الخمار، وفي حديث أم عطية: "لثلبسها صاحببتها من جلبابها"؛ أي: إزارها. وقد تجلبب قال يصف الشيب:

حتى اكتسى الرأس قناعاً أشهباً* * أكره جلباب لمن تجلببها

وفي التنزيل العزيز: "يُذْنِبْنَ عَلَيْهِنَّ" من جلبابهن قال ابن السكيت: قالت العامرية: الجلباب: الخمار. وقيل: جلباب المرأة: ملاءتها التي تشتمل بها. واحدها جلباب، والجماعة جلابيب، وقد تجلببت؛ وأنشد: والعيش داج

كَنَفًا جَلْبَابَهُ. وقال آخر: مُجَلَّبْتُ من سَوَادِ اللَّيْلِ جَلْبَابًا. والمصدر: الجَلْبَبَةُ... وفي حديث علي: "مَنْ أَحَبَّنَا أَهْلَ الْبَيْتِ فَلْيُعِدِّ لِلْفَقْرِ جَلْبَابًا وَتَجْفَافًا" ابن الأعرابي: الجَلْبَابُ؛ الإِزَارُ قال: ومعنى قوله: "فليُعِدِّ لِلْفَقْرِ" يريد لِفَقْرِ الآخِرَةِ، ونحو ذلك.

قال أبو عبيد: قال الأزهرى: معنى قول ابن الأعرابي: الجَلْبَابُ: الإِزَارُ، لم يُرِدْ به إِزَارَ الْحَقْوِ ولكنه أراد إِزَارًا يُشْتَمَلُ به فَيُجَلَّلُ جَمِيعَ الْجَسَدِ، وكذلك إِزَارُ اللَّيْلِ: وهو الثَّوْبُ السَّابِعُ الَّذِي يَشْتَمَلُ به النَّائِمُ فَيُعْطِي جَسَدَهُ كُلَّهُ. وقال ابن الأثير: أَي لِيَزْهَدَ فِي الدُّنْيَا، وَلِيَضْبِرَ عَلَى الْفَقْرِ وَالْقِلَّةِ. وَالْجَلْبَابُ أَيضًا: الرِّدَاءُ، وَقِيلَ: هُوَ كَالْمِثْقَةِ تُعْطِي بِه الْمَرْأَةُ رَأْسَهَا، وَظَهْرَهَا، وَصَدْرَهَا. وَالْجَمْعُ: جَلَابِيْبُ، كُنِيَ بِه عَنِ الصَّبْرِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَرُ الْفَقْرَ كَمَا يَسْتَرُ الْجَلْبَابُ الْبَدْنَ. وَقِيلَ: إِنَّمَا كُنِيَ بِالْجَلْبَابِ عَنِ اشْتِمَالِهِ بِالْفَقْرِ أَي فَيُلْبَسُ إِزَارَ الْفَقْرِ وَيَكُونُ مِنْهُ عَلَى حَالَةٍ تَعْمُهُ وَتَشْمَلُهُ لِأَنَّ الْغِنَى مِنْ أَحْوَالِ أَهْلِ الدُّنْيَا وَلَا يَتِيهًا الْجَمْعَ بَيْنَ حُبِّ أَهْلِ الدُّنْيَا وَحُبِّ أَهْلِ الْبَيْتِ. وَالْجَلْبَابُ: الْمُلْكُ. وَالْجَلْبَابُ مَثَلٌ بِه سَبِيوِيَهٍ وَلَمْ يَفْسِرْهُ أَحَدٌ. قَالَ السِّيْرَانِي: وَأَظْنَهُ يَعْنِي الْجَلْبَابُ"^(١).

خلاصة ما ذكره ابن منظور:

الجلباب: ثوبٌ أوسع من الخمارِ دونَ الراداءِ تُغطي به المرأةُ رأسها وصدْرَها.

ثانياً: خلاصة ما ذكره الفيروزآبادي:

(١) لسان العرب، ج ١ ص ٦٥٠، المؤلف: ابن منظور، المحقق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار النشر: دار المعارف، البلد: القاهرة.

الجلباب: "ثوبٌ واسعٌ للمرأة دون الملحفة" أو "ما تُغطي به ثيابها من فوق كالمحففة"، أو "الخمار"، وذكر غير ذلك بصيغة التضعيف والتمريض^(١).



(١) القاموس المحيط ج١ ص٦٩، المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.

المطلب الثاني

دلالة ومصطلح الجلباب في تفاسير القرآن وغريبه.

أولاً: قال الطبري: "القول في تأويل قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذِينَ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا }^(١)".

يقول تعالى ذكره لنبيه محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يا أيها النبي قل لأزواجك وبناتك ونساء المؤمنين" لا يتشبهن بالإماء في لباسهن إذا هن خرجن من بيوتهن لحاجتهن، فكشفن شعورهن ووجوههن. ولكن ليدنين عليهن من جلابيهن؛ لئلا يعرض لهن فاسق، إذا علم أنهن حرائر، بأذى من قول.

ثم اختلف أهل التأويل في صفة الإدناء الذي أمرهن الله به فقال بعضهم: هو أن يغطين وجوههن ورءوسهن فلا يبدين منهن إلا عينا واحدة.

• ذكر من قال ذلك:

حدثني علي، قال: ثنا أبو صالح قال ثني معاوية عن علي عن ابن عباس، قوله: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيهِنَّ } أمر الله نساء المؤمنين إذا خرجن من بيوتهن في حاجة أن يغطين وجوههن من فوق رءوسهن بالجلابيب ويبدين عينا واحدة.

حدثني يعقوب قال ثنا ابن علية عن ابن عون عن محمد عن عبيدة

(١) سورة الأحزاب، آية ٥٩.

في قوله: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ } فلبسها عندنا ابن عون قال: ولبسها عندنا محمد قال محمد: ولبسها عندي عبيدة قال ابن عون بردائه فتقنع به، فغطى أنفه وعينه اليسرى وأخرج عينه اليمنى، وأدنى رداءه من فوق حتى جعله قريبا من حاجبه أو على الحاجب.

حدثني يعقوب قال ثنا هشيم قال أخبرنا هشام عن ابن سيرين قال: سألت عبيدة عن قوله { قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ } قال: فقال بثوبه، فغطى رأسه ووجهه، وأبرز ثوبه عن إحدى عينيه.

وقال آخرون: بل أمزن أن يشددن جلابيبهن على جباههن.

• ذكر من قال ذلك:

حدثني محمد بن سعد قال ثنا أبي قال ثنا عمي قال: ثنا أبي عن أبيه عن ابن عباس، قوله: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ... } إلى قوله: { وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا } قال: كانت الحرة تلبس لباس الأمة فأمر الله نساء المؤمنين أن يدين عليهن من جلابيبهن. وإدناء الجلاباب: أن تقنع وتشد على جبينها.

حدثنا بشر قال ثنا يزيد قال ثنا سعيد عن قتادة قوله: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ } أخذ الله عليهن إذا خرجن أن يقنعن على الحواجب { ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذِينَ } وقد كانت المملوكة إذا مرت تناولوها بالإيذاء، فنهى الله الحرائر أن يتشبهن بالإماء.

حدثني محمد بن عمرو، قال: ثنا أبو عاصم، قال: ثنا عيسى، وحدثني الحارث، قال: ثنا الحسن، قال: ثنا ورقاء جميعاً، عن ابن أبي نجيح، عن مجاهد قوله: {يُذْنِبْنَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيهِنَّ} يتجلبن فيعلم أنهن حرائر فلا يعرض لهن فاسق بأذى من قول ولا ريبة.

حدثنا ابن حميد قال ثنا حكام عن عنبسة عمّن حدثه عن أبي صالح، قال قدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المدينة على غير منزل، فكان نساء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهن إذا كان الليل خرجن يقضين حوائجهن. وكان رجال يجلسون على الطريق للغزل. فأنزل الله {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُذْنِبْنَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيهِنَّ} يقنعن بالجلباب حتى تعرف الأمة من الحرة.

وقوله: {ذَلِكَ أَذْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَنَ} يقول تعالى ذكره: إدناؤهن جلابيهن إذا أدنينها عليهن أقرب وأحرى أن يعرفن ممن مررن به، ويعلموا أنهن لسن بإماء فيتكبو عن أذهن بقول مكروه، أو تعرض بريية {وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا} لما سلف منهن من تركهن إدناءهن الجلابيب عليهن {رَحِيمًا} بهن أن يعاقبن بعد توبتهن بإدناء الجلابيب عليهن^(١).

خلاصة ما ذكره الطبري:

يُفْهَمُ مِنْ كَلَامِ الطَّبْرِيِّ أَنَّ الْجَلْبَابَ هُوَ نَوْعٌ مِنْ أَنْوَاعِ الثِّيَابِ وَاسِعٍ سَابِغٍ

(١) جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

يمكنُ أن تغطي به المرأة شعرها، ووجهها، وجسدها كله.

ثم ذكر صفة الإدناء وأنه على رأيين:

١. إدناء الجلباب يكون بتغطية الوجه، وشعر الرأس، ولا تبدي المرأة إلا عيناً واحدةً.

٢. إدناء الجلباب يكون بشده على جبهة المرأة.

ثانياً: خلاصة ما ذكره القرطبي:

ذكر القرطبي عدة آراء في معنى الجلباب فمنها أنه ثوب أكبر من الخمار أو الرداء أو القناع، واختار القرطبي في معنى الجلباب المراد في الآية أنه الثوب الذي يستر جميع البدن.

ثم ذكر صفة إدنائه على عدة أقوال:

١. إدناء الجلباب يكون بتغطية جميع بدن المرأة فلا تبدي إلا عيناً واحدة.

٢. إدناء الجلباب بأن تلوي المرأة جلبابها فوق الجبين، وتشده ثم تعطفه على الأنف، وإن ظهرت عيناها، لكنه يستر الصدر، ومعظم الوجه.

٣. إدناء الجلباب يكون بتغطية جميع بدن المرأة ونصف وجهها^(١).

(١) الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م، عدد الأجزاء: ٢٠ جزءاً (في ١٠ مجلدات).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره ابن كثير:

ذكر ابن كثير أن الجلباب هو الرداء فوق الخمار، واختاره بعد أن نسبه إلى كثير من الصحابة والتابعين.

ثم ذكر قولين في كيفية إدنائه:

١. إدناء الجلباب يكون بتغطية الوجه من فوق رأس المرأة، ولا تبدي إلا عينا واحدة.

٢. إدناء الجلباب بتغطية ثُغرة نَحْرِ المرأة بجلبابها، وتدنيه عليها^(١).

رابعاً: خلاصة ما ذكره ابن عطية:

يميل ابن عطية إلى أن الجلباب ثوبٌ أكبر من الخمار، ورؤي أنه الرداء.

ثم ذكر صفة إدنائه على قولين:

١. إدناء الجلباب أن تلويه المرأة حتى لا يظهر منها إلا عينٌ واحدة.

٢. إدناء الجلباب أن تلويه المرأة فوق الجبين، وتشده ثم تعطفه على الأنف، وإن ظهرت عيناها، لكنه يستر الصدر، ومعظم الوجه^(٢).

(١) تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: سامي بن محمد سلامة، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م، عدد الأجزاء: ٨.

(٢) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، المؤلف: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن

خامساً: خلاصة ما ذكره الماوردي:

ذكر الماوردي أن الجلباب هو الرداء أو القناع أو كل ثوب تلبسه المرأة فوق ثيابها.

ثم ذكر صفة إدنائه في صورتين:

١. إدناء الجلباب بأن تُشدَّ به المرأة رأسها، وتلقيه فوق خمارها حتى لا تُرى ثغرة نحرها.

٢. إدناء الجلباب بأن تُغطي به المرأة وجهها حتى لا تظهر إلا عينها اليسرى^(١).

سادساً: خلاصة ما ذكره الألويسي:

ذكر الألويسي عدة أقوال في معنى الجلباب على النحو التالي:

١. هو الثوب الذي يستر المرأة من فوق إلى أسفل، وإليه ميل الألويسي.
٢. المقنعة.
٣. الملحفة.

عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (المتوفى: ٥٤٢هـ)، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤٢٢ هـ

(١) تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، المؤلف: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسليمان العلماء (المتوفى: ٦٦٠هـ)، المحقق: الدكتور عبد الله بن إبراهيم الوهبي، الناشر: دار ابن حزم - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ / ١٩٩٦م.

٤. كلُّ ثوبٍ تلبسه المرأة فوق ثيابها.
٥. كل ما تستتر به المرأة من كساء أو غيره.
٦. ثوبٌ أوسع من الخمار ودون الرداء.

ثم ذكر صفة الإدناء وأجملها في قولين:

١. إدناء الجلباب هو أن تلويه المرأة حتى لا يظهر منها إلا عين واحدة.
٢. إدناء الجلباب هو أن تلويه المرأة فوق الجبين، وتشده ثم تعطفه على الأنف وإن ظهرت عيناها لكنه يستر الصدر، ومعظم الوجه^(١).

سابعاً: خلاصة ما ذكره محمد الطاهر بن عاشور:

ذكر ابنُ عاشور أن معنى الجلباب هو ثوبٌ أصغر من الرداء، وأكبر من الخمار والقناع، تضعه المرأة على رأسها، فيتدلَّى جانباه على عذاريتها، وينسدُّ سائرُه على كتفها وظهرها، تلبسه عند الخروج والسفر.

ثم ذكر أن صفة الإدناء، وأن هيئته مختلفة باختلاف أحوال النساء تُبيِّنُها العادات^(٢).

ثامناً: خلاصة ما ذكره ابنُ الأثير:

(١) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المؤلف: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألويسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ)، المحقق: علي عبد الباري عطية، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ.

(٢) التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، المؤلف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ)، الناشر: الدار التونسية للنشر - تونس، سنة النشر: ١٩٨٤ هـ.

الجلباب: "الإزارُ والرداء"، وذكر غير ذلك بصيغة التضعيف
والتمريض^(١).

تاسعاً: خلاصة ما ذكره ابن العزيري: الجلباب: "الملحفة"^(٢).



(١) النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ١ ص ٢٨٣، المؤلف: مجد الدين أبو السعادات
المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير
(المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر
أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي.

(٢) غريب القرآن المسمى بنزهة القلوب ص ١٧٦، المؤلف: محمد بن غزير السجستاني،
أبو بكر العزيري (المتوفى: ٣٣٠هـ)، المحقق: محمد أديب عبد الواحد جمران، الناشر:
دار قتيبة - سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.

المطلب الثالث

دلالة مصطلح الجلباب في شروح السنة وغريبها.

أولاً: قال ابن حجر:

"الْجِلْبَابُ وَهُوَ بِكَسْرِ الْجِيمِ وَسُكُونِ اللَّامِ وَبِمُوحَدَتَيْنِ بَيْنَهُمَا أَلْفٌ قِيلَ هُوَ الْمُقَنَّعَةُ أَوْ الْخِمَارُ أَوْ أَعْرَضُ مِنْهُ. وَقِيلَ: الثُّوبُ الْوَاسِعُ يَكُونُ دُونَ الرِّدَاءِ، وَقِيلَ: الْإِزَارُ. وَقِيلَ: الْمَلْحَفَةُ. وَقِيلَ الْمَلَاءَةُ. وَقِيلَ: الْقَمِيصُ"^(١).

خلاصة ما ذكره ابن حجر:

ذكر ابن حجر عدة معانٍ للجلباب وقد أوردها بصيغة التضعيف

والتمريض، وهي:

١. المقنعة.
٢. الخمار أو أعرض منه.
٣. الثوب الواسع يكون دون الرداء.
٤. الإزار.
٥. الملحفة.
٦. الملاءة.
٧. القميص.

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ١ ص ٤٢٤، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب.

ثانياً: خلاصة ما ذكره العيني:

ذكر العيني عدة معانٍ للجلباب على النحو التالي:

١. هو خمارٌ واسعٌ كالملحفة، تغطي به المرأة رأسها وصدرها، وإليه ميلُ العيني كما يبدو.
٢. هو القميض.
٣. ثوبٌ واسعٌ دون الملحفة تلبسه المرأة.
٤. الشيء الذي يُغطى به الثياب من فوق كالملحفة.
٥. هو الخمار.
٦. هو الملحفة.
٧. هو الإزار.
٨. هو الملاءة التي تشتمل بها.
٩. هو أقصرُ من الخمارِ وأعرضُ، وهو المقنعة.
١٠. ثوبٌ دون الرداء تغطي به المرأة ظهرها وصدرها^(١).

ثالثاً: خلاصة ما ذكره النووي:

الجلباب: ثوبٌ أقصرُ وأعرضُ من الخمار، وذكر أقوالاً أخرى بصيغة

التضعيف والتمريض^(٢).

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ج٣ ص٣٠٣-٣٠٤، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ج٦ ص١٨٠، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة:

رابعاً: خلاصة ما ذكره ابن رجب الحنبلي:

الجلباب: الرداء يستر أعلى المرأة، ويقنعها فوق رأسها كما يضع الرجل رداءه على منكبيه، وصفة الإدناء: أن تستر وجهها وكفيها^(١).

خامساً: خلاصة ما ذكره المباركفوري:

ذكر المباركفوري عدة معانٍ للجلباب وهي:

١. الإزازُ والرداء، وإليه ميلُ المباركفوري كما يبدو لي.
٢. الملحفة.
٣. هو المقنعةُ تغطيُّ به المرأةُ رأسها، وظهرها، وصدرها.
٤. هو القميض.
٥. ثوبٌ واسعٌ للمرأة دون الملحفة.
٦. شيءٌ يُعطىُّ به ثيابها من فوق كالمحففة.
٧. هو الخمار^(٢).

الثانية، ١٣٩٢.

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج ٢، ص ٣٤٥-٣٤٦-٣٤٧-٣٤٨، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.

(٢) تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي ج ٣ ص ٧٥، المؤلف: أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.

سادساً: خلاصة ما ذكره العظيم آبادي:

ذكر قولين في معنى الجلباب وصفته:

١. الجلباب: هو الملاءة التي تشتملُ بها المرأة، وصفته أن ترخيه المرأة على وجهها إذا خرجت لحاجتها إلا عينا واحدة.
٢. الجلباب: رداءٌ فوقَ الخمارِ تسترُ من فوقِ إلى أسفل، فترخيه المرأة عليها، وتغطي وجهها وبدنها^(١).

الحصاد:

أولاً: حصادُ أقوالِ المفسرين، وشُراحِ الحديث، وأهلِ اللسانِ العربيِّ

في معنى الجلباب هو التالي:

١. ثوبٌ يسترُ جميعَ بدنِ المرأة.
٢. الرداءُ فوقَ الخمارِ.
٣. ثوبٌ أكبرُ من الخمارِ.
٤. الخمارُ الواسعُ كالمحففة.
٥. الرداءُ أو القناعُ أو كلُّ ثوبٍ تلبسه المرأة فوقَ ثيابها.
٦. ثوبٌ أصغرُ من الرداءِ، وأكبرُ من القناعِ، تضعه المرأة على رأسها

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته ج ١١، ص ١٠٨، المؤلف: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: ١٣٢٩هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ هـ. وانظر "التبرج واللباس عند العرب": للدكتور مخايل شفيق حداد، ص ٥٧.

فيتدلَّى جانباه على عذاريتها، وينسدُّ سائرته على كتفها وظهرها، تلبسه عند الخروج والسفر.

٧. قيل: الجلبابُ هو المقنعةُ.

٨. قيل: الجلبابُ هو الخمارُ.

٩. قيل: الجلبابُ هو الملاءةُ.

١٠. قيل: الجلبابُ هو القميصُ.

ثانياً: حصادُ أقوالِ المفسرين، وشُرَّاحِ الحديثِ العربي في صفةِ إدناء الجلبابِ وهيئته المأمور بها في الآية هو التالي:

١. سترٌ جميعِ بدنِ المرأةِ، ورأسها، ووجهها إلا عينا واحدة.

٢. أن تُشدَّ المرأةُ الجلبابَ على جبهتها.

٣. أن تُشدَّ المرأةُ الجلبابَ على جبهتها، وتعطفه على أنفها.

٤. تغطيةُ نصفِ الوجه.

٥. تغطيةُ ثُغرةِ النَّحرِ.

٦. خمارٌ واسعٌ كالمحففة، تُغطي به المرأةُ الرأسَ والصدرَ.

٧. ثوبٌ واسعٌ تضعه المرأةُ فوقَ رأسها.

٨. صفتُه تختلفُ باختلافِ أحوالِ الناسِ وعاداتهم.

الترجيح:

بعد التأملِ في أقوالِ المفسرين، وشُرَّاحِ الحديثِ، وأهلِ اللسانِ العربي، فإن حصادها يتضمَّنُ ثلاثة محاور:

المحور الأول: معنى الجلباب كحقيقةٍ عرفيةٍ بُني عليها الحكم

الشرعي.

المحور الثاني: صفة إدناء الجلباب المأمور به في الآية.

المحور الثالث: الحكم الشرعي لبس الجلباب والإدناء.

وهذه نتائج تلك المحاور:

المحور الأول: معنى الجلباب كحقيقة عرفية بُني عليها الحكم الشرعي.

الراجع في معنى الجلباب كحقيقة عرفية بُني عليها الحكم الشرعي هو أنه: "الثوب الواسع، السابغ الذي يُلبس فوق الثياب، ويغطي كامل الجسد إلا قليلاً؛ مفتوحاً من الأمام من أعلاه إلى أسفله أو مغلقاً"^(١).

وسبب الترجيح هو أن هذا هو القاسم المشترك بين تلك الأقوال، ويكاد تتفق عليه أغلبها، وأما تفسير الجلباب بأنه المقنعة أو الخماز أو الملاءة أو القميض أو غير ذلك فإنها غير مرادة؛ لأنها وردت بصيغة التضعيف والتمريض مراراً في عدة مصادر ومراجع فيما ذكرت في كتب اللغة، والتفسير، وشروح الحديث، كما هو مُثبَّت في ثنايا البحث، وبناء على هذا سنيين الحكم الشرعي، وليس على اعتبار أن الجلباب هو كل ما يُستتر به من دثار، وشعار، وكساء؛ كما قال الخليل^(٢).

(١) وهو ما يكاد ينطبق على ما يُعرف من عادات نساء أهل الخليج العربي في لبسهن للـ "عباءة" السوداء، وليس هو ما يسمى "الأمطة" عند أهل مصر، ولا هو "الحجاب" المصطلح به عند أهل الخليج العربي بتخصيصه بما يغطي الشعر فقط.

(٢) نظم الدرر ١٥/٤١٢.

المحور الثاني : صفة إدناء الجلبابِ المأمور في الآية .

يظهرُ من خلال التأملِ في أقوالِ أهل العلم في صفة الإدناء أن الحرائر والإماء كنَّ يلبسنَ الجلباب على عكس ما رآه الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، بدليل أن الله جل وعلا لم يأمر في الآية بلبس الجلباب، وإنما أمر بإدناؤه، فلو كان الإماء لا يلبسنه لكان أمره جل وعلا بلبس الجلباب كافياً في حصول المراد، ولكنه جل وعلا أمر بإدناؤه دلالة على أنهن كنَّ يلبسنه، فجاء الأمرُ بالإدناء مطلقاً بأي طريقةٍ أو صورةٍ من الصور التي تتميزُ بها الحرّة عن الأمة في الملبس.

ويؤيدُ ما ذكرتُ روايةُ الأمة التي دخلت على عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في محضر بعض المهاجرين والأنصار وعليها جلباب مُتَقَبَّعَةٌ به، فسألها: عَتَّقْتِ؟ قالت: لا. قال: فما بالُ الجلباب؟ ضعيه عن رأسك، إنما الجلباب على الحرائر من نساء المؤمنين. فتلكأتُ، فقام بالدرّة فضرب بها رأسها، حتى أَلْقَتْهُ عَنْ رَأْسِهَا"^(١).

فأمره لها بإلقائه عن رأسها فيه إشارة إلى أنهن كنَّ يلبسن الجلباب، فأمرها بإلقائه عن رأسها؛ فيكونُ على منكبها مثلاً فتتميزُ عن الحرّة.

ومن خلال إمعان النظر في أقوالِ أهل العلم في صورة إدناء الجلباب وصفته فإن الصور الغالبة محصورةٌ في التالي:

(١) مصنف ابن أبي شيبة ج ٢ ص ٤١ رقم ٦٢٤٠، المؤلف: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)، المحقق: كمال يوسف الحوت، الناشر: مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٠٩.

١. أن يُقَرَّبَ إلى الحاجبين، فتغطي الحرة شعرها كاملاً وجزءاً من جبهتها، بعد أن كان الإمام يكشفن نصف رؤوسهنَّ أو جمعيه، والجلباب على اكتافهن.
٢. أن يُقَرَّبَ إلى الحاجبين وتغطي الحرة شعرها كاملاً ووجهها إلا عينا واحدة أو نصف وجهها؛ فتتميز عن الأمة التي كانت تغطي شعرها كاملاً لكنها مكشوفة الوجه.
٣. أن تغطي الحرة نُعْرَةَ نحرها وصدرها؛ فتتميز عن الأمة التي تكشفهما وإن اشتركتا في ستر شعر الرأس.

الترجيح:

يظهرُ لي أن اختلافَ ترجيحاتِ المفسرين، وشرح الحديث، والفقهاء في صفة إدناء الجلباب مبنيٌّ على الاجتهاد في تقدير ما يكفي للتمييز بين الحرة والأمة، ولعل جميع الصور المذكورة كانت واقعة، واردة، بدليل عدم تنصيب المولى جل وعلا على الصورة اكتفاءً بإجمال قوله "يدنين"، ولذلك فإني أميلُ إلى أن صفة الإدناء المأمور بها لا تخصُّ هيئةً معينةً وإنما هي كلُّ إدناءٍ وتقريبٍ للجلباب بحيث يميز العفيفة عن غيرها تمييزاً ظاهراً سواء كان تغطية الوجه أو نصفه أو بإظهار العين اليسرى أو اليمنى، أو تغطية الوجه كاملاً؛ زيادة في التستر ورفعاً لرايات العفاف، ويؤيده ما قاله محمد الطاهر بن عاشور: "وعندي أن كلَّ ذلك بيان لحاصل المعنى" يعني: كل الأقوال في صفة الإدناء بيانٌ للمعنى الأسمى؛ وهو الستر.

قال الرازي: ".. ويمكن أن يقال المراد: يعرفنَّ أنهمَّ لا يزينن؛ لأنَّ من

تستر وجهها مع أنه ليس بعورة لا يُطمعُ فيها أنها تكشف عورتها؛ فيعرفن
أنهنَّ مستورات لا يمكن طلب الزنا منهنَّ"^(١).

واختاره أبو حيان الأندلسي وقال: {ذلك أدنى أن يُعرفنَ}: لتسترهنَّ
بالعفة، فلا يُتعرض لهن، ولا يُلاقين بما يكرهن؛ لأن المرأة إذا كانت غاية
التستر والانضمام لم يُقدم عليها، بخلاف المتبرجة، فإنها مطموع فيها"^(٢).

المحور الثالث: الحكم الشرعي لبس الجلباب، وحكم إدنائه.

قبل الشروع في بيان الحكم الشرعي لبس الجلباب وحكم إدنائه، لا
بد من الإشارة إلى أن آية "الجلباب" تدل إجمالاً على تأكيد وجوب صون
المرأة بتسترها، وتغطية عورتها، فهو شعار المرأة المسلمة وتميزها، وأنها
ليست سلعةً مستباحةً للأعين أو دميةً تباع، وتُشتري، ويستمتع بها، وذلك
معنى قوله تعالى: "ذلك أدنى أن يُعرفن فلا يؤذنين" يعرفن بالعفاف والستر فلا
يبقى لطامع سبيلٌ أو فاسق طريقٌ إلى إيقاظ شهوته أو إضرار ناره وسورته،
وقد دلَّ على ذلك ما نقلته أنفاً عن الفخر الرازي وأبي حيان، ولا يقال: إن
هذا الحكم مرتب على سببٍ خاص -وهو التمييز بين الحرة والأمة- فينبئني
عليه! إذ القاعدة المستقرة تُنافي ذلك فإن "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص
السبب". ولا بد -كذلك- من التفريق بين حُكْمين: حكم لبس الجلباب،
وحكم إدنائه، فإن للأول حكمٌ يخصه من حيث أصل لبسه، وأما الثاني فهو
يتعلق بصفةٍ وهيئةٍ في طريقة لبسه، فهما أمران متغايران كما يظهر بأدني تأمل؛

(١) تفسير الرازي ١٨٤/٢٥.

(٢) البحر المحيط ١٧٩/٩.

فالأول ذاتٌ والثاني عرضٌ. فبناءً على هذا التفريق، وتأسيساً أن الراجح في معنى الجلباب -كحقيقة عرفية عامة- هو "الثوب، الواسع، السابغ، الذي يُلبس فوق الثياب، ويغطي كامل الجسد إلا قليلاً مفتوحاً من الأمام من أعلاه إلى أسفله أو مغلقاً" فإن الراجح في حكم لبس الجلباب وحكم إدنائه سيكون على النحو التالي:

أولاً: حكم لبس الجلباب:

للبس الجلباب حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون الثياب التي تحته واسعة، سابغة، لا تصف، ولا تشف؛ وهذه فيها صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون المرأة مستورة شعر الرأس بساترٍ ما.

الصورة: أن تكون المرأة حاسرة شعر الرأس فلا ساتر عليه.

فحكم الصورة الأولى:

إباحة لبس الجلباب، لأن الواجب قد تم بدونه، فكان لبس الجلباب زيادةً في الستر، فهو مستحبٌ على أقصى تقدير؛ ويشهد لهذا:

١. ما رواه عبد الرزاق عن ابن جريج، عن عطاء قال: "تصلي المرأة في درعها، وخمارها، وإزارها، وأن تجعل الجلباب أحب إلي. قلت: أريت إن كان درعها، وخمارها، رقيقاً أحدهما؟ قال: فالجلباب إذاً على ذلك من أجل الملائكة أنها معها..."^(١).

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" (١ / ٧٢) برقم: (٣٢٤) (كتاب الحيض، باب شهود

ووجه الدلالة: أنه أوجب الجلباب في حال ما إذا كان الدرع، والخمار، والإزار رقيقاً، واستحبه فيما إذا كان كثيفاً، وهذا وإن كان وارداً في الصلاة، فلا يمنع تعدية الحكم في غيرها؛ إذ يُحتمل أن تكون حاضرةً في صلاة الجماعة، وقد كُنَّ يصلين مع الرجال كما هو معلوم.

ويؤيده ما ذكره ابن العربي إذ يقول:

"المسألة الثانية: اختلف الناس في الجلباب على ألفاظ متقاربة، عمادها أنه الثوب الذي يُستر به البدن، لكنهم نَوَّعوه ههنا، فقد قيل: إنه الرداء، وقيل: إنه القناع.

المسألة الثالثة: قوله تعالى: {يدينن عليهن} قيل: معناه تغطي به رأسها فوق خمارها، وقيل: تغطي به وجهها حتى لا يظهر منها إلا عينها اليسرى.

المسألة الرابعة: والذي أوقعهم في تنويحه أنهم رأوا الستر والحجاب مما تقدم بيانه، واستقرت معرفته، وجاءت هذه الزيادة عليه، واقرنت به القرينة التي بعده، وهي مما تبينه، وهو قوله تعالى: {ذلك أدنى أن يُعْرَفْنَ} ^(١).

وجه الدلالة: قوله: "وجاءت هذه الزيادة عليه" يعني لبس الجلباب فوق الثياب الساترة زيادة في الحشمة أو أنه يعني الزيادة في الإدناء، وعلى كلا

الحائض العيدين ودعوة المسلمين ويعتزلن المصلى)، (١ / ٧٩) برقم: (٣٥١) كتاب الصلاة، باب وجوب الصلاة في الثياب)، (٢ / ٢٠) برقم: (٩٧١) كتاب العيدين، باب التكبير أيام منى وإذا غدا إلى عرفة)، (٢ / ٢١) برقم: (٩٧٤) كتاب العيدين، باب خروج النساء والحيض إلى المصلى).

(١) أحكام القرآن ٣/١٥٨٥-١٥٨٧.

القصدين فهو يُرَجِّحُ ما ذكرناه، والله أعلم.

٢. عن أم عطية رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: "أمرنا أن تُخْرَجَ الحيضُ يومَ العيدين، وذوات الخدور فيشهدن جماعة المسلمين، ودعوتهم، ويعتزل ويعتزل الحيضُ عن مصلاهن. قالت امرأة: يا رسول الله إحدانا ليس لها جلباب، قال: لتلبسها صاحبته من جلبابها"^(١).

وجه الدلالة: قولها (قالت امرأة: إحدانا ليس لها جلباب) فيه دلالةٌ أن الجلبابَ لم يكن لباساً أساسياً، أي ليس لباساً ضرورياً لستر عورتها، إنما تحتاج إليه عند الخروج، وبخاصة عندما تخرج للبراز في الليل، وعندما تخرج للصلاة مع الجماعة؛ أي أنه كان من كمال الهيئة، ومن سمتِ الحسن للحرائر عند الخروج، والخروج للمسجد أو لمصلى العيد أولى بهذا سمت، فضلاً عن كون الجلباب أعون على مزيد من الستر عند الركوع والسجود في مكان عام يؤمُّه الرجال^(٢).

٣. عن أسامة بن زيد قال: "كساني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قُبْطِيَّةً"^(٣) كثيفة مما أهداها له دحية الكلبي، فكسوتها امرأتي فقال: مالك لم تلبس

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" (١ / ٧٢) برقم: (٣٢٤) (كتاب الحيض، باب شهود الحائض العيدين ودعوة المسلمين ويعتزلن المصلى)، (١ / ٧٩) برقم: (٣٥١) (كتاب الصلاة، باب وجوب الصلاة في الثياب)، (٢ / ٢٠) برقم: (٩٧١) (كتاب العيدين، باب التكبير أيام منى وإذا غدا إلى عرفة)، (٢ / ٢١) برقم: (٩٧٤) (كتاب العيدين، باب خروج النساء والحيض إلى المصلى).

(٢) تحرير المرأة في عصر الرسالة لمحمود أبو شقة ج٤، ص ٤٤-٤٦، طبع دار القلم.

(٣) قُبْطِيَّة: القبطية ثياب من كتان بيض رقاق.

القبطية؟ قلت: كسوتها امرأتي، فقال: مُرَّها فلتجعل تحتها غلالة، فإني أخاف أن تصف حجم عظامها"^(١).

وجه الدلالة: حَذَرُ الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المتمثل في قوله: "فإني أخاف أن تصف حجم عظامها" يدلُّ على أن الشرع لم يُلْزِم المرأة بالجلباب في البيت حين تلقى الرجال، وأنه لا حرج عليها أن يراها الرجال، وهي تلبس القبطية، وتحتها غلالة. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لو كان الجلباب ضرورياً داخل البيت لكفى في جَبْرِ عَيْبِ القبطية، وَلَمَّا قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مُرَّها فلتجعل تحتها غلالة"^(٢).

وحكم الصورة الثانية:

وجوب لبس الجلباب فيما يخضُّ تغطية الشعرٍ وستره أما ما دونه فهو مباحٌ أو مستحبٌّ؛ كما ذكرنا في الصورة الأولى.

الحالة الثانية: أن تكون الثياب التي تحت الجلباب غير واسعة، ولا سابعة، أو أنها تصفُ أو تشفُ؛ وفيها صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون المرأة حاسرة الرأس؛ أي: ليس على شعرها ساتر ما.

الصورة الثانية: أن تكون المرأة مستورة شعر الرأس بساتر ما.

(١) مسند أحمد، الحديث رقم ٢١٢٨١، والبيهقي كتاب الصلاة، ج ٢ ص ٢٣٤ بسند حسن.

وانظر نيل الأوظار لمحمد الشوكاني ج ٢ ص ١٣٦، طبع دار الحديث، ١٩٩٣.

(٢) تحرير المرأة في عصر الرسالة ج ٤ ص ٤٧.

فحكم الصورة الأولى:

وجوب لبس الجلباب من أعلا الرأس إلى القدمين.

وحكم الصورة الثانية:

إباحة لبس الجلباب أو استحبابه فيما يتعلق بالرأس، ووجوبه فيما دون ذلك، ويدل عليه حديث حث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النساء الخروج إلى صلاة العيدين ليشهدن الخير ودعوة المسلمين، فسألته إحداهن: "أعلى إحدانا بأس إذا لم يكن لها جلباب ألا تخرج؟" قال: "تلبسها صاحبته من جلبابها"^(١)، ووجه الدلالة من هذه الرواية أنها تبين أن الجلباب لم يكن متوفراً لكل النساء في عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لهذا نلاحظ أنه يقترح على النسوة الاشتراك في الجلباب الواحد، وهذا يعطى انطباعاً بأن الجلباب كساء ليس بصغير، كما بيناه سابقاً، وأنه مستحب غير واجب وإلا لشق ذلك على المسلمات، ومثله في القلة الدرع في عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فقد كانت تستعيره النساء للزواج، قالت عائشة: "وقد كان لي درع على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فما كانت امرأة تقين - أي: (تزين للزواج) -، إلا أرسلت إلى تستعيره"^(٢).

(١) أخرجه البخاري في "صحيحه" (١ / ٧٢) برقم: (٣٢٤) (كتاب الحيض، باب شهود الحائض العيدين ودعوة المسلمين ويعتزلن المصلى)، (١ / ٧٩) برقم: (٣٥١) (كتاب الصلاة، باب وجوب الصلاة في الثياب)، (٢ / ٢٠) برقم: (٩٧١) (كتاب العيدين، باب التكبير أيام منى وإذا غدا إلى عرفة)، (٢ / ٢١) برقم: (٩٧٤) (كتاب العيدين، باب خروج النساء والحيض إلى المصلى).

(٢) أخرجه البخاري في "صحيحه" (٣ / ١٦٥) برقم: (٢٦٢٨) (كتاب الهبة وفضلها، باب الاستعارة للعروس عند البناء)، وانظر حول هذا "التبرج واللباس عند العرب" للدكتور

وكلُّ ما ذكرته آنفاً مبنيٌّ على تعريفِي للجلباب كحقيقةٍ عرفيةٍ عامةٍ أما على اعتباره: كلُّ ما يُستترُّ به من دثار، وشعار، وكساء؛ كما يقول الخليل^(١)، فإنه يأخذ أحكام الحجاب الشرعيِّ العامة من كونه لا يصفُّ، ولا يشفُّ، وساتراً للعودة خلا الوجه والكفين فليست عودة عند جماهير أهل العلم، والله أعلم.

ثانياً: حكمُ إدناءِ الجلباب.

إن إدناءِ الجلباب واجبٌ شرعاً كما دلت عليه الآية، وعله وجوبه هي صونُ المسلمة من أذى المتحرشين بظنهم أنها أمةٌ - في ذاك الزمن - أو غير عفيفة، فإن عُرِفَتْ بأنها مسلمة عفيفة من غير إدناء للجلباب مكتفية بالتستر الإسلامي العام بضوابطه المعروفة من أعلى رأسها إلى قدميها فلا يجبُ عليها إدناءِ الجلباب؛ اكتفاءً بأصلِ الستر الذي أمر به الشارع من ارتداءِ لثوب أو أثوابٍ، واسعةٍ، سابغةٍ، لا تصفُّ، ولا تشفُّ مما يشملُ أعلى الرأس إلى القدمين ولو بدون لبس للجلباب، وإن لم يُعرف إلا بإدناؤه فيجبُ الإدناء - بنص الآية - سداً للذريعة كما يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، وما سُدَّ للذريعة كان أصله الإباحة كما هو مقررٌ في علم أصول فهم الكتاب والسنة.

وأرى والله أعلم أن الحكم اليوم - على فرض وجود إماء - هو إبقاء الآية على عمومها في نساء المؤمنين أحراراً كُنَّ أو إماءً فئات أو غير فئات، فيجبُ ستُّ شعرِ الرأس، والعنق، والصدر، والبدنِ بثياب لا تصفُّ،

مخايل شفيق حداد، ص ١٠٢، ١٠٥.

(١) نظم الدرر ٤١٢/١٥.

ولا تشفُّ، ويؤيده التالي:

١. قال ابن القطان رحمه الله: "... {ونساء المؤمنين} بلا ريب يعُثم الحرائر والإماء، فإن المؤمنين منهم العبيد، ولهم الأزواج، ومن الأحرار من له الأمة زوجة"^(١).

ولا ريب أن معارضة النساء في الطرقات توجب عدم التفريق بين الإماء والحرائر.

٢. قال ابن القطان: "... فعلى هذا لا فرق بين الحرائر والإماء في الآية، وإنما معناها الأمر بالتستر والتعفف، فلا يعرض لهن بأذى إذا عُرفن قد قصدن التستر، بخلاف المتبرجات بالزينة المتعرضات لأهل الفسوق. هذا هو الذي ليس في الآية مزيد عليه"^(٢).

٣. يقول ابن حزم: "والعورة من المرأة: جميع جسمها، حاشا الوجه والكفين فقط... والحرّة، والأمة سواء في كل ذلك، ولا فرق"^(٣).

٤. قال الإمام النحوي المفسر أثير الدين أبي عبد الله محمد بن يوسف بن علي بن حيان الأندلسي الشهير بأبي حيان: "... وقال السدي: "تغطي إحدى عينيها وجبهتها والشق الآخر إلا العين" انتهى، وكذا عادة بلاد الأندلس لا يظهر من المرأة إلا عينا الواحدة"^(٤)، وقال أيضاً رحمه

(١) إحكام النظر ص ٢٢٨.

(٢) إحكام النظر ص ٢٢٨.

(٣) المحلى ٢/٢٤١.

(٤) البحر المحيط ٧/٢٥٠.

الله: (والظاهر أن قوله: {ونساء المؤمنين} يشمل الحرائر والإماء، والفتنة بالإماء أكثر لكثرة تصرفهنّ بخلاف الحرائر، فيحتاج إخراجهن من عموم النساء إلى دليل واضح"^(١)).

٥. قال الإمام القرطبي: "وقد قيل: إنه يجب الستر والتقنع الآن في حق الجميع من الحرائر والإماء، وهذا كما أن أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منعوا النساء المساجد بعد وفاة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع قوله: "لا تمنعوا إماء الله مساجد الله"، حتى قالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: "لو عاش رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى وقتنا هذا لمنعن من الخروج كما مُنعت نساء بني إسرائيل"^(٢).

ويمكن أن يُستأنس باجتهاد شيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية في تفريقه بين الأمة التي يُخافُ بها الفتنة وغيرها؛ إذ يقول:

"وكذلك الأمة إذا كان يُخافُ بها الفتنة كان عليها أن تُرخي من جلبابها، وتحتجب، ووجب غض البصر عنها ومنها، وليس في الكتاب والسنة إباحة النظر إلى عامة الإماء، ولا ترك احتجابهن وإبداء زينتهن، ولكن القرآن لم يأمرهن بها أمر الحرائر، والسنة فرقت بالفعل بينهن وبين الحرائر، ولم يفرق بينهن وبين الحرائر بلفظ عام، بل كانت عادة المؤمنين أن تحتجب منهم الحرائر دون الإماء، واستثنى القرآن من النساء الحرائر القواعد، فلم يُجعل عليهن احتجاب، واستثنى بعض الرجال وهم غير أولي الإربة، فلم يمنع من

(١) البحر المحيط ج ٢ ص ٢٥٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٤/٢٤٣-٢٤٤.

إبداء الزينة الخفية لهم لعدم الشهوة في هؤلاء وهؤلاء، فأن يستثنى بعض الإماء أولى وأحرى، وهن من كانت الشهوة والفتنة حاصلة بترك احتجابها وإبداء زينتها، وكما أن المحارم أبناء أزواجهن ونحوه ممن فيه شهوة وشغف لم يجر إبداء الزينة الخفية له، فالخطاب خرج عاما على العادة، فما خرج عن العادة خرج به عن نظائره، فإذا كان في ظهور الأمة والنظر إليها فتنةً، وجب المنع من ذلك كما لو كانت في غير ذلك^(١). وهذا الترجيح منه رحمه الله وجيةً، لأنه أقرب إلى القواعد المستقرة في الشرع، وألصق بالكليات الشرعية، وهو ما يقتضيه العقل، ويصدقه الطبع، لكن يُؤخَذُ عليه أن خوف الفتنة قضية نسبية؛ فما يعدُّه رجل فتنةً هو عند غيره ليس بفتنة، فإن مقاييس الجمال والافتتان تختلف من رجل إلى آخر بل إن المرأة الخادمة التي يراها الرجل ليست بفاتنة تجعلها العشرة، وكثرة المخالطة، وطول الخدمة فاتنة عنده حتى ألفت أسماعنا اليوم حالات زواج بين الرجال وخادماتهم، وأكثر منها حالات الزنى بينهم، والعياذ بالله، وهذا يؤيد ما رجحناه في هذه المسألة حسماً لمادة الفساد، والله أعلم بالصواب.

وأما ما روي عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من التفريق بين الحرة والأمة فهو اجتهادٌ منه في تقدير الحال والمصلحة، وهو رأي له وزنه ومقامه - مع عدم العصمة - وقد درج عليه أكثر الفقهاء، ولعله الوضع السائد زمن النبوة وما بعده، وإنني أرى ذلك منهم مبنياً على حالٍ سياسي، واجتماعي، واقتصادي خاص، له حيثياته المتشابكة، وملابساته المعقدة إلا على من عايش تلك الحقبة بأبعادها وأوضاعها؛ ولذلك لم يكن مُسْتَعْرَباً على أهل تلك الأزمنة استثناء الأمة من

(١) تفسير سورة النور لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية ص ٨٦، طبع دار الوعي ١٣٩٧هـ.

أصل الستر العام، واعتبارها سلعة تباع وتشتري، والأنفة من النظر إليها بشهوة أو اتخاذها زوجة إلا في حالات مخصوصة!. كما أن موضوع: (الإماء) مسألة استثنائية في التصور الإسلامي بصفة عامة، فقد جاء الإسلام والنظام العالمي - إن صح التعبير- قد أطرَّ (العبودية والرق) وسنَّ القوانين والتشريعات، وأقام لها (البورصات) والأسواق، والمهرجانات التسويقية، فكان (الرق) منتشرًا عند قدماء المصريين، والبابليين، والبراهمة، والفرس، والروم، والعرب، وأقرته اليهودية، والنصرانية، واعترف به فلاسفة اليونان، وفقهاء القانون الروماني، حتى غدا (الرق) من شؤون العمران، وضروريات الحياة الاجتماعية، فلما بزغت شمس الإسلام تعامل مع هذه الظاهرة باعتبارها واقعا مفروضا، ولم يرتضي تلك القوانين فابتدأ بإرساء قواعد مرحلية يلتزم بها المسلمون أولاً ثم تسري إلى غيرهم رويداً رويداً.

هكذا وازن الإسلام موضوع الرقيق - عموماً - والإماء - خصوصاً - وسط دساتير النظام العالمي المقيت آنذاك، فضيق دائرته مع قرارات استثنائية منظمة، ووسع دائرة الحرية كما يظهر من خلال نصوص القرآن والسنة، واستنباطات الفقهاء، وتبقى حيثيات ذلك لا يدركها ولا يعرفها حق المعرفة إلا من عاش تلك الحقبة بقوانينها، وسياساتها، وظروفها الاجتماعية والاقتصادية؛ ولذلك عندما وصل العالم إلى مرحلة متقدمة استنكر فيها نظام الرق، وطالب بإلغائه، وذلك في مؤتمر (فيينا عام ١٨١٥) وطبق منع الاتجار بالبشر في الدول الأوروبية أولاً، إلى أن تم الاتفاق في مؤتمر (جنيف) في ٧-١٩٥٦م على تحريم وتجريم تجارة العبيد والرق، ولم يستنكر ذلك أحد من المسلمين، بل بادروا إلى تطبيق إعلان إلغاء الرق والعبودية، مع أنهم ثلث سكان العالم، لأن

المسلمين يوقنون أن دينهم يدعو إلى تحرير الإنسان، واحترام آدميته^(١).
وإذا كان الأمر كذلك، ونحن لا ندرك تلك الإشكالات بل لا ندرك إلا أن
جنس المرأة فاتن بطبيعته مهما تباينت التوصيفات والتصنيفات؛ فإن الراجح هو
ما قرره جرياً على الأصول العامة المقررة في الكتاب والسنة، والكلليات
الشرعية التي تقتضي حفظ حقوق المرأة عموماً والمرأة المسلمة خصوصاً حرة
كانت أو أمة، والله أعلم بالصواب^(٢).



(١) راجع الموسوعة الفقهية الكويتية وفتوى الأزهر الشريف.

(٢) انظر شروط لباس المرأة في المنتقى شرح الموطأ، ج٢، ص ٢٥١. وللاستزادة بالشروط
العامة للباس المرأة وأدلتها الشرعية يرجع إلى كتاب: عودة الحجاب لمحمد أحمد
إسماعيل المقدم ج٣، ص ١٤٣-١٦٦، طبع دار طيبة، ٢٠٠٢م. و "جلباب المرأة المسلمة"
لمحمد ناصر الدين الألباني ٣٦-٢١٦، طبع دار السلام، ٢٠٠٢م.

الخاتمة ونتائج البحث، والتوصيات

بفضل الله وحوله وقوته ومنته جلا وعلا، وبعد سبر دلالة الخمار، والجلباب، الواردة في الكتاب والسنة نصل إلى النتائج التالية:

١. الحقيقة اللغوية للخمار هي: كل ما ستر شيئاً وغطاه.
٢. الحقيقة العرفية للخمار هي: "ثوبٌ لا يَشْفُ، يَسْتُرُ شعر رأس المرأة".
٣. الحقيقة الشرعية للخمار هي: ثوبٌ لا يَشْفُ، يستر شعر رأس المرأة، وعنقها، وفتحة الصدر".
٤. صفته المأمور بها في آية: {وليضربن بخمورهن على جيوبهن}: أن تغطي المرأة بالخمار العنق وفتحة الصدر إضافة إلى تغطية الأصل؛ وهو شعر الرأس.
٥. الحقيقة الشرعية للخمار مقدمة على الحقيقة العرفية واللغوية كما هو مقرر في أصول فهم القرآن والسنة والتشريع.
٦. لبس الخمار بالصفة المذكورة: واجب شرعاً كما في الكتاب والسنة وأقوال المفسرين، وشراح الحديث، والفقهاء في المذاهب جميعاً.
٧. قد يتغير مسمى "الخمار" حسب الاستخدام، فهو إزار إذا استخدم فيما يؤتزر به، وهو غطاء إن ستر الأنية، وهو رداء إذا استخدم موضع لبس الرداء.
٨. الحقيقة اللغوية للجلباب هي: " كل ثوبٍ، واسعٍ، يستر غالب البدن، دثاراً كان أو شعاراً أو كساءً".
٩. الحقيقة العرفية العامة للجلباب هي: "ثوبٌ، واسعٌ، سابغٌ، يُلبس فوق الثياب يُغطي كامل الجسد إلا قليلاً؛ مفتوحاً من الأمام من أعلاه إلى

أسفله أو مغلقاً".

١٠. الحقيقة العرفية للجلباب مقدمة على الحقيقة اللغوية كما هو مقرر في أصول فهم القرآن والسنة والتشريع.

١١. صفة "إدناء الجلباب" المأمور بها في آية {يدنين عليهن من جلابيهن} لا تختص بصفة أو هيئة معينة وإنما هو مبني على اجتهاد المفسرين والشرح في تقدير ما يكفي للتمييز بين الحرة والأمة، فالمطلوب هو أي إدناء وتقريب للجلباب بحيث يميز الحرة من الأمة تمييزاً ظاهراً سواء كان بتغطية الوجه أو نصفه أو إظهار العين اليسرى أو اليمنى أو تغطية كامل الوجه.

١٢. حكم لبس الجلباب:

له حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون الثياب التي تحته واسعة، سابغة، لا تصف، ولا تشفُّ:

وهذه فيها صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون المرأة مستورة شعر الرأس بساترٍ ما:

فبإباح لبس الجلباب؛ لأن الواجب قد تم بدونه، فكان لبس الجلباب زيادة في الستر، فهو مستحب على أقصى تقدير.

الصورة الثانية: أن تكون المرأة حاسرة شعر الرأس فلا ساتر عليها:

فيجب لبس الجلباب فيما يخص تغطية شعر الرأس وستره أما ما دونه فهو مباح أو مستحب كما ذكرنا في الصورة الأولى، وبذات التعليل.

الحالة الثانية: أن تكون الثياب التي تحت الجلباب غير واسعة، ولا سابغة، أو تصف، أو تشف:

وفيهما صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون المرأة حاسرة الرأس ليس على شعرها ساتر ما:

فيجب لبس الجلباب من أعلى الرأس إلى القدمين.

الصورة الثانية: أن تكون المرأة مستورة شعر الرأس بساتر ما:

فياح لبس الجلباب أو يُستحب فيما يتعلق بالرأس، ويجب فيما دون ذلك.

١٣. إن إدناء الجلباب واجب شرعاً كما دلت عليه الآية، وعلة وجوبه هي صون المسلمة من أذى المتحرشين بظنهم أنها أمة - في ذلك الزمن - أو امرأة غير عفيفة، فإن عُرِفَتْ بأنها مسلمة من غير إدناء للجلباب مكتفية بالتستر الإسلامي العام بضوابطه المعروفة من أعلى رأسها إلى قدميها فلا يجب عليها إدناء الجلباب اكتفاء بأصل الستر الذي أمر به الشارع من ارتداء لثوب أو أثواب واسعة، سابغة، لا تصف، ولا تشف مما يشمل أعلى الرأس إلى القدمين ولو بدون لبس للجلباب، وإن لم يُعرف إلا بإدناؤه فيجب الإدناء سداً للذريع، وما سُدَّ للذريعة كان أصله الإباحة كما هو مقرر في علم أصول فهم الكتاب والسنة.

١٤. إن حكم لبس الجلباب في زماننا تستوي فيه الحرة والأمة - على فرض وجود إماء - فيجب إبقاء الآية على عمومها في نساء المؤمنين أحراراً كُنَّ أو إماءً فانتات أو غير فانتات، فيجب ستر شعر الرأس، والعنق، والصدر، والبدن بثياب، لا تصف، ولا تشف، كما نص عليه ابن القطان وابن حزم،

وخصه ابن تيمية بالأمة المخوف منها الفتنة، وهو ما تقتضيه أصول
الشريعة وكلياتها، ويبقى ما كان من تمييز في زمن النبوة وما بعده من أزمنة
الفقهاء حالة استثنائية لها مُلابساتها السياسية والاجتماعية التي لم ندركها،
ولا محل لها في عصرنا. والله تعالى أعلم.

التوصيات:

أوصي الباحثين بضرورة التوسع في تحرير مضمون المصطلحات الخاصة
بالمرأة كالزينة، والحجاب، وغيرها؛ لمعرفة حقيقة بناء الحكم عند المفسرين
والشراح الحديث والفقهاء.



المراجع

١. أحكام القرآن، المؤلف: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: ٣٧٠هـ)، المحقق: محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تاريخ الطبع: ١٤٠٥ هـ.
٢. أحكام القرآن، المؤلف: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي (المتوفى: ٥٤٣هـ)، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٣. إحكام النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، المؤلف: علي بن محمد بن عبد الملك ابن القطان أبو الحسن، المحقق: إدريس الصمدي، سنة النشر: ١٤٣٣ - ٢٠١٢
٤. إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري. المؤلف: أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين (المتوفى: ٩٢٣هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة: السابعة، ١٣٢٣ هـ.
٥. إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى وحاشية على منتهى الإرادات، تصنيف العلامة، الشيخ منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي، (ت ١٠٥١ هـ).
٦. الاستذكار، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠.
٧. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، المؤلف: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي (المتوفى: ١٣٩٣هـ)، الناشر: دار الفكر

- لطباعة والنشر والتوزيع بيروت - لبنان، عام النشر: ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
٨. اقتضاء الصراط المستقيم، لأحمد بن تيمية، طبع دار الفضيحة.
 ٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المؤلف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: ٨٨٥هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: الثانية.
 ١٠. البحر المحيط لأبي حيان الأندلسي، طبع دار الكتب العلمية.
 ١١. البحر المحيط لمحمد الزركشي، طبع وزارة الأوقاف الكويتية ١٩٩٢ م.
 ١٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
 ١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل، المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: ٨٩٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م.
 ١٤. التبرج واللباس عند العرب للدكتور مخايل شفيق حداد، طبعة دار العلوم العربية ومكتبة دار العروبة، ٢٠٠٩ م.
 ١٥. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١ هـ)، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ.
 ١٦. تحرير المرأة في عصر الرسالة: دراسة عن المرأة جامعة لنصوص القرآن الكريم وصحيح البخاري ومسلم، عبد الحليم أبو شقة، الكويت، طبع دار القلم، ١٩٩٩.

١٧. التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، المؤلف: محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: ١٣٩٣هـ)، الناشر: الدار التونسية للنشر - تونس، سنة النشر: ١٩٨٤ هـ.
١٨. تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، المؤلف: أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت.
١٩. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، الطبعة: بدون طبعة، عام النشر: ١٣٥٧ هـ - ١٩٨٣ م.
٢٠. مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، نشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠ هـ ٢٠١٠ م.
٢١. تفسير الطبري = جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة، ناشر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م.
٢٢. تفسير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، المؤلف: أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى: ٦٦٠هـ)، المحقق: الدكتور عبد الله بن إبراهيم الوهبي، الناشر: دار ابن حزم - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ/

١٩٩٦ م.

٢٣. تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: محمد حسين شمس الدين، الناشر: دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٩ هـ.

٢٤. تفسير القرآن العظيم، المؤلف: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: ٧٧٤هـ)، المحقق: سامي بن محمد سلامة، الناشر: دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.

٢٥. تفسير القرطبي، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: ٦٧١هـ)، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.

٢٦. تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم، المؤلف: محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحميدي أبو عبد الله بن أبي نصر (المتوفى: ٤٨٨هـ)، المحقق: الدكتورة: زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، الناشر: مكتبة السنة - القاهرة - مصر، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ - ١٩٩٥.

٢٧. التَّلْخِيسُ فِي مَعْرِفَةِ أَسْمَاءِ الْأَشْيَاءِ، المؤلف: أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري (المتوفى: نحو ٣٩٥هـ)، عني بتحقيقه: الدكتور عزة حسن، الناشر: دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، دمشق، الطبعة: الثانية، ١٩٩٦ م.

٢٨. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، المؤلف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ)، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة

- عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر: ١٣٨٧ هـ.
٢٩. جامع البيان في تأويل القرآن، المؤلف: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (المتوفى: ٣١٠هـ)، المحقق: أحمد محمد شاكر، الناشر: مؤسسة الرسالة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م.
٣٠. جدلية الحجاب، للدكتور صهيب محمود السقار، بتصرف، طبع دار رواسخ، الكويت، ٢٠١٦ م.
٣١. جلباب المرأة المسلمية لمحمد ناصر الدين الألباني، طبع دار السلام، ٢٠٠٢ م.
٣٢. الدر المنثور، المؤلف: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت.
٣٣. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (المتوفى: ١٠٥١هـ)، الناشر: عالم الكتب، الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.
٣٤. الذخيرة، المؤلف: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: ٦٨٤هـ)، المحقق: جزء ١، ٨، ١٣: محمد حجي، جزء ٢، ٦: سعيد أعراب، جزء ٣ - ٥، ٧، ٩ - ١٢: محمد بو خيزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٩٩٤ م.
٣٥. الرد المفحم على من خالف العلماء وتشدد وتعصب وألزم المرأة أن تستر وجهها وكفيها وأوجب ولم يقنع بقولهم: إنه سنة أو مستحب، للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، طبع المكتبة الإسلامية، ١٤٢١ هـ.
٣٦. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، المؤلف: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألووسي (المتوفى: ١٢٧٠هـ)، المحقق: علي عبد

- الباري عطية، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ.
٣٧. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المؤلف: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٣٨. الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٣٩. شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع لعبد الرحمن السيوطي، طبع دار السلام، ٢٠٠٨ م.
٤٠. شرح النووي على صحيح مسلم، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦ هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٣٩٢.
٤١. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، المؤلف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العيني (المتوفى: ٨٥٥ هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
٤٢. عودة الحجاب لمحمد أحمد إسماعيل المقدم، طبع دار طيبة، ٢٠٠٢ م.
٤٣. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، المؤلف: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: ١٣٢٩ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الثانية، ١٤١٥ هـ.
٤٤. غريب الحديث، بو عبید القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي (المتوفى: ٢٢٤ هـ)، تحقيق: د. محمد عبد المعيد خان، الناشر: مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد - الدكن، الطبعة: الأولى، ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤ م.
٤٥. غريب الحديث، المؤلف: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن

- محمد الجوزي (المتوفى: ٥٩٧هـ)، المحقق: الدكتور عبد المعطي أمين القلعجي، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى.
٤٦. غريب القرآن المسمى بنزهة القلوب، المؤلف: محمد بن عَزير السجستاني، أبو بكر العُزيري (المتوفى: ٣٣٠هـ)، المحقق: محمد أديب عبد الواحد جمران، الناشر: دار قتيبة - سوريا، الطبعة: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
٤٧. فتح الباري شرح صحيح البخاري، المؤلف: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: ٧٩٥هـ)، الناشر: مكتبة الغرباء الأثرية - المدينة النبوية، الحقوق: مكتب تحقيق دار الحرمين - القاهرة، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م.
٤٨. القاموس المحيط، المؤلف: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (المتوفى: ٨١٧هـ)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الناشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.
٤٩. غريب القرآن لابن قتيبة، المؤلف: أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى: ٢٧٦هـ)، المحقق: سعيد اللحام.
٥٠. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، المؤلف: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: ٥٣٨هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٠٧هـ.
٥١. لسان العرب، المؤلف: ابن منظور، المحقق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دار النشر: دار المعارف، البلد: القاهرة.
٥٢. المبسوط للسرخسي، المؤلف: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس،

- الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٥٣. المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ)، الناشر: دار الفكر.
٥٤. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، المؤلف: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (المتوفى: ٥٤٢هـ)، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤٢٢ هـ
٥٥. المحلى لابن حزم الأندلسي - الطبعة المنيرية، ١٣٥٢هـ.
٥٦. مختار الصحاح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: ٦٦٦هـ)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م.
٥٧. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ج ٢ ص ٥٤٩، المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، الناشر: المكتبة العلمية - بيروت.
٥٨. معاني القرآن وإعرابه، المؤلف: إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق الزجاج (المتوفى: ٣١١هـ)، الناشر: عالم الكتب - بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.
٥٩. معجم مقاييس اللغة، المؤلف: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٦٠. المغرب في ترتيب المعرب، ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي،

أبو الفتح، برهان الدين الخوارزمي المُطَرِّزِي (المتوفى: ٦١٠هـ)، الناشر: دار الكتاب العربي.

٦١. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المؤلف: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

٦٢. المغني لابن قدامة، المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، الناشر: مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٦٣. مفاتيح الغيب التفسير الكبير، المؤلف: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (المتوفى: ٦٠٦هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤٢٠هـ.

٦٤. المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (المتوفى: ٥٠٢هـ)، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، الناشر: دار القلم، الدار الشامية - دمشق بيروت، الطبعة: الأولى - ١٤١٢هـ.

٦٥. المنتقى شرح الموطأ، المؤلف: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (المتوفى: ٤٧٤هـ)، الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، ١٣٣٢هـ، ثم صورتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة - الطبعة: الثانية، بدون تاريخ.



تكييف ولاية المرأة القضاء

دراسة تحليلية نقدية في ضوء التشريعات الكويتية

إعداد

د. خالد أبا الصافي المطيري

الأستاذ المشارك بقسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

تكيف ولاية المرأة القضاء دراسة تحليلية نقدية في ضوء التشريعات الكويتية

خالد عبد الله أبا الصافي المطيري

قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مدينة الكويت، دولة الكويت.

البريد الإلكتروني: dr.kalsafi@gmail.com

ملخص البحث:

يسلط هذا البحث الكلام على تولي المرأة الكويتية للقضاء، والذي أتى بعد سلسلة من الأحداث؛ لا سيما بعد نيل المرأة حق الترشيح والانتخاب عام ٢٠٠٥م، وقد أثار قرار تعيين المرأة بمنصب القضاء تساؤلا حول مدى توافق هذا الإجراء مع أحكام الفقه الإسلامي، سيما وأن الدستور الكويتي ينص على أن دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع، فبين البحث أهم أهدافه من خلال التكيف الفقهي والقانوني مراعيًا تخلف شرطي الاجتهاد والذكورة، فخرج بتكييف محدد بأن منظومة القضاء ووفقا للمعطيات المعاصرة، قد تطورت إلى أن أصبحت لا تخرج عن كونها قضاء ضرورة أو عملا إداريا ذا طبيعة خاصة بسبب فقد الشروط المطلوبة في القضاء. وقد خرج البحث بتوصيات مهمة أبرزها: التدرج في ضم المرأة إلى القضاء من حيث الشكل والموضوع، وحوكمة القضاء بما يضمن سلامة إجراءاته مع الحفاظ على هويته. وسلكت فيه المنهج التحليلي والاستنباطي، وقسمته إلى مبحثين: الأول عن تولي المرأة القضاء في ضوء ما استقرت عليه الدراسات السابقة. والثاني: الطبيعة الفقهية للقضاء المعاصر (الكويت نموذجا).

الكلمات المفتاحية: تكيف، ولاية، القضاء، التشريعات الكويتية، المرأة.

Legality of Judicial Jurisdiction to Women Critical Analytical Study of the Kuwaiti Legislation

KHALED ABDALLAH ABA ALSAFI AL-MUTAIRI

Department of Comparative Islamic Jurisprudence and Islamic Law (Sharia) Policy, Faculty of Islamic Law (Sharia) and Islamic Studies, Kuwait University, Kuwait, Kuwait.

Email: dr.kalsafi@gmail.com

Abstract:

This research focuses on Kuwaiti Women's assumption of the judiciary, which came after a series of events; Especially after women gained the right to vote and the right to be a member in the Parliament in 2005. The decision of appointing women in the judicial department has raised questions about the extent to which such procedure is consistent with the rulings of Islamic jurisprudence, since the Kuwaiti constitution states that Islam is the religion of the state, and Islamic law is a main source of legislation. So, this study aims to show the legality of appointing women in the judicial departments and considering the conditions of masculinity which are stated by the Islamic jurisprudence Scholars. The outcome of the study maintains that the contemporary judicial institutions has been acquired the nature of the administrative work. So, this study states some recommendations which include the necessity of hierarchy in the appointment of women in the judicial departments. Also, the study recommends the governance of the judicial authority to guarantee the fairness of its procedures and to keep its identity.

Keywords: Legality, State, Judiciary, Kuwaiti legislation, Women.

المقدمة

لم يكن معهودا في القرون السابقة، بل ولا إلى عهد قريب خروج المرأة للعمل والمشاركة السياسية والعسكرية ومختلف المجالات ومنها القضاء، فأضحى هذا الموضوع بمجموعه من الأمور المستجدة التي نشأت وتطورت متأثرة بالاختلاط مع الثقافات الغربية الحديثة، وإن تولية المرأة القضاء لم يكن معهودا في زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا خلفائه الراشدين، مروراً بكل عصور الخلافة إلى أواخر العهد العثماني، حيث بدأ القانون الجديد بإغفال شرط الذكورة باعتباره أحد شروط تولية القضاء؛ مما أثار إشكالا فقهيا وقانونيا حول إمكانية تولي المرأة للقضاء.

ومع تقلد المرأة الكثير من المناصب العليا لا سيما في العصر الحديث؛ تضاعف الجدل مرة أخرى مثيرا تساؤلا عما إذا كان لها الحق في ولاية القضاء والتي تأتي في مرتبة أحيانا أقل من ولايات أعم منها وأخطر، كالمجلس التشريعي النيابي مثلا، وعلى النقيض من ذلك يتمسك آخرون مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعدم جواز توليتها مطلقا، وأن القضاء تشترط فيه الذكورة والاجتهاد، ويحتاج إلى تفرغ تام.

ولكن مع فرط عقد الخلافة والذي استتبع معه فرط المنظومة القضائية بمفهومها الشرعي؛ فإنه لا يبقى - والحالة هذه - معنى لاشتراط شرط الذكورة، لا سيما مع تحول القضاء عبر الزمن والأحداث من النظام القضائي الذي يتبع فيه القاضي سلطة الخليفة إلى نظام مؤسسي له سلطة مستقلة؛ مما جعل قربه إلى العمل الإداري ذي الطبيعة الخاصة الملزمة الأنسب تصورا من

كونه قضاء شرعياً، وهذا بلا شك له أثره في جواز التخلي عن شرط الذكورة والذي تسعفه أيضاً بعض الآراء الفقهية.

أهمية البحث:

مسألة تولي المرأة القضاء من المسائل التي شغلت الناس قديماً وحديثاً، ومع تطور الأحداث وخروج المرأة للعمل وتولي مناصب عليا عدة لا سيما في الكويت؛ فإن أهمية هذا المنصب يبرز جلياً باعتباره أحد أدوات الدولة الحديثة الذي به تتحقق العدالة المجتمعية وحماية البلاد من الأخطار الداخلية والخارجية، وأنه أصبح من الوظائف - بمختلف درجات السلك القضائي- التي يمكن أن تتولاها المرأة لاعتبارات مختلفة، ويسد فراغاً وظيفياً واكتفاء ذاتياً للدولة.

وتكمن أهمية البحث أيضاً في تسليط الضوء على التكيف الفقهي لولاية المرأة القضاء، مما سينتج عنه أثره المناسب لهذه الولاية في الوقت المعاصر وفق المعطيات الحديثة والمستجدة.

إشكالية البحث:

في حين أن الدستور الكويتي ينص على أن "دين الدولة الإسلام، وأن الشريعة مصدر رئيس للتشريع"؛ مما يعني الالتزام بأحكامه، وأن خلاف هذا ما هو إلا تناقض في الحكم، ومن جهة أخرى فإن فقدان أغلب شروط القاضي في العصر الحديث أوجدت حاجة ملحة إلى نظر جديد لهذا المنصب وفق المعطيات المتلاحقة.

ولذا، برزت أسئلة مهمة خلف هذا الإشكال، أهمها:

١. هل يتعارض تولية المرأة للقضاء أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة؟ أم أن الخلاف الفقهي يسع النص؟.
٢. هل يُنشئ القاضي القانون أم يقتصر على تطبيقه؟.
٣. هل ولاية القضاء من مهام الإمامة العظمى، وتستمد منها وللخليفة أن يستنوب عنه من هو في صفاته؟ أم هي ولاية ومنصب مستقل عن الإمامة، وبلغة العصر عن الدولة؟.

أهداف البحث:

يسعى البحث إلى الأهداف التالية:

١. تحرير أقوال الفقهاء في شرط الذكورة، وسبب هذا الاشتراط.
٢. إسقاط الشروط الفقهية للقاضي على تولية المرأة للقضاء في العصر الحديث.
٣. التكييف الدقيق لتولي المرأة الكويتية للقضاء وفقا للشريعة الإسلامية والدستور الكويتي والقوانين ذات الصلة.

الدراسات السابقة:

لا شك أن موضوع تولي المرأة القضاء من المواضيع التي تناولها العلماء وطلاب العلم بالبحث، وهناك العديد من هذه الكتب والأبحاث أذكر منها:

١. بحث بعنوان: تولي المرأة المناصب العليا في الدولة الإسلامية. د. هند الخولي، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية

عدد (١) ٢٠١١م. حيث ركزت على المناصب العامة ولم تقتصر على القضاء فقط.

٢. بحث: تولية المرأة القضاء- رؤية شرعية، د. عبد الله السحيباني. منشور في موقع الدكتور نفسه على شبكة الانترنت بتاريخ ١٣/١١/٢٠١٤م. وهو بحث فقهي بامتياز تناول فيه آراء الفقهاء تحديدا في تولية المرأة للقضاء مع المناقشات الفقهية والترجيح وتحرير الأقوال.

٣. بحث: شرط الاجتهاد في تقليد القضاء، د. عقيل الحمداني، منشور في منصة دار المنظومة، ركز فيه الباحث على شرط الاجتهاد مع بيان شروط المجتهد ومدى اشتراطه في القاضي، وأيضا ذكر الآراء الأجنبية.

٤. بحث: قراءة تحليلية نقدية في الحكم الشرعي لتولي المرأة منصب القضاء، د. هدى هلال، منشور في مجلة الفكر الإسلامي المعاصر بالأردن، السنة ١٦، العدد (٦٤) ربيع ١٤٣٢هـ، وهو بحث قيم وفيه تحليل للشروط الواردة التي ذكرها الفقهاء في هذه المسألة.

٥. بحث: حكم تولي المرأة منصب القضاء دراسة فقهية مقارنة، د. جمال عبد الجليل، منشور في مجلة جامعة القدس المفتوحة عدد (٣٠) ٢٠١٣م، ذكر فيه شروط القاضي وناقش أدلة الفقهاء.

٦. بحث: تولي المرأة المناصب وأحكامه في الفقه الإسلامي، عباس القيسي، منشور في مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة الأنبار بالعراق، ٢٠١٧م، تطرق فيه الباحث إلى تولي المرأة للمناصب العامة ورئاسة الدولة، مع ما فيه من محاذير شرعية، وتطرق لموقف العلماء

من هذا وذكر المناقشة.

وغير ذلك كثير، ولا سيما المراجع والمصادر القديمة التي لا غني عنها فهي الأساس في البحث والتأصيل.

وأما ما يميز هذا البحث:

فهو يركز على الجدل الحاصل مؤخرا بتعيين بعض النساء الكويتيات في القضاء، وما يستتبع ذلك من الموائمة مع الدستور الكويتي، وأيضا التأصيل الفقهي للمسألة كلها، حيث قمت باختيار الرأي المناسب الذي يحقق أهداف الدستور الكويتي دون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وأيضا أبرزت تكييفها فقها جديدا لعمل القضاء في العصر الحديث.

حدود البحث:

يقتصر البحث على تولي المرأة الكويتية القضاء، وفقا لما جاء في الدستور الكويتي والقوانين المنظمة.

منهج البحث:

١. سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي للأقوال الفقهية والتاريخية الخاصة بتولي المرأة للقضاء، ومن ثم المنهج التحليلي للشروط سيما شرط الذكورة، وأخيرا الاستنباط الفقهي مستخدما الأدلة الممكنة والتي تعين على التكييف الفقهي والقانوني لهذه المسألة.

٢. إبراز رأي الباحث بشكل كبير عبر تصور دقيق لما انتهت إليه الأبحاث فيما يخص هذه المسألة، وعدم التوسع في الخلاف الفقهي المعروف،

بحيث أذكر ما لا بد منه مما انتهت إليه الأبحاث والخلافات الفقهية؛
لأبني عليه رأياً يمثل رؤية واضحة وبنظر فقهي سليم.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة ومبحثين، ذكرت قبل المقدمة ملخصاً للبحث،
ثم اشتملت المقدمة على أهمية البحث، وإشكاليته، والأهداف، والدراسات
السابقة، وحدود البحث، ومنهجه، ثم المخطط العام.

ويتكون من مدخل عام ثم من مبحثين:

الأول: تولي المرأة القضاء في ضوء ما استقرت عليه الدراسات
السابقة.

والثاني: الطبيعة الفقهية للقضاء المعاصر (الكويت نموذجاً).



مدخل إلى مفهوم القضاء وتاريخه

أولاً: مفهوم القضاء من الناحية النظرية:

تعددت المفاهيم النظرية الدالة على المعنى الاصطلاحي للقضاء في الإسلام وفقاً لمنطلق كل مذهب مما يشكل بمجموعه معنى الفصل في النزاع، والإلزام بالحكم، والحاكمية. وفيها الإشارة إلى أبرز شروط القاضي كالاتجاه مثلاً.

ف عند الحنفية، قال الكاساني: "القضاء هو الحكم بين الناس بالحق، والحكم بما أنزل الله عز وجل" (١).

وعند المالكية، قال عليش: "القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" (٢).

وعند الشافعية: "إلزام من له الإلزام بحكم الشرع" (٣).

وعند الحنابلة، قال البهوتي: "تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات" (٤).

فهذه التعريفات تشير إلى أهمية إقامة العدل، ولا يتحقق هذا إلا من خلال التجرد التام للقاضي العالم بما يحكم، المجتهد فيما يبحث في سبيل الوصول إلى إصابة الحق. هذه الاستقلالية هي ما شار إليها الطاهر بن عاشور

(١) بدائع الصنائع، الكاساني (٥/٧).

(٢) شرح منح الجليل، لعليش (١٦٨/٧).

(٣) نهاية المحتاج، للرملي (٢٣٥/٨).

(٤) الروض المربع، البهوتي (٤٤٦/٢).

بقوله: " وهذا يومئ إلى وجوب تجرد القاضي عن كل ما من شأنه أن يجعله تحت نفوذ غيره، فإن العبودية مراتب"^(١). والاستقلالية في القضاء الشرعي يختلف عن مراده في العصر الحديث، فحينما كان القاضي مجتهدا كان هو الذي يفسر النص، ويستنبط منه الأحكام التي يتوصل إليها ومن ثم يحكم وفقا لما توصل إليه اجتهاده دون إملاء من أي جهة كانت، أما في العصر الحديث فالقاضي يطبق القانون الذي يصدر من جهة أخرى، فيكون دوره منحصرا في تطبيق القانون، ويبدو واضحا الاختلاف الكبير بين المفهومين.

وهذه الاستقلالية المطلوبة في القضاء الشرعي هي التي جعلت الفقهاء يشترطون له شروطا كثيرة تضمن تحقيق العدالة.

ثانياً: القضاء من الناحية التاريخية^(٢):

أ - عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

يعتبر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هو القاضي بين المسلمين في عهده، بالإضافة إلى كونه رسولا، نبيا، حاكما، وإماما للمسلمين، فهو إمام العلماء ومقيم العدل بين الناس أجمعين. فكان صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتولى القضاء بنفسه بأمر من الله تعالى: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ... ﴾^(٣).

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر ابن عاشور وكتابه مقاصد الشريعة، محمد الطاهر الميساوي (ص ٣٦٩).

(٢) للمزيد: تاريخ القضاء في الإسلام، د. محمد الزحيلي ص ٦٤، وحكم تولي القضاء في ضوء المستجدات المعاصرة، نصر عبد الكريم ص ٣٥ وما بعدها.

(٣) النساء: ١٠٥.

كما أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اختار عددا من الصحابة واستعان بهم في القضاء بين الناس، مثل: علي بن أبي طالب، ومعاذ بن جبل، وأبي موسى الأشعري، وعتاب بن أسيد، والعلاء بن الحضرمي... وغيرهم^(١)، فمنهم من ولي القضاء الخالص ومنهم من اندرجت ولاية القضاء ضمن ولايته على إقليم معين كالعلاء بن الحضرمي، ومعاذ، وعمرو بن العاص.

ب - عهد الخلفاء الراشدين^(٢):

كان الخليفة الراشد أبو بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هو من يتولى القضاء بالإضافة إلى الإمامة الكبرى، ثم لما انشغل بحروب الردة وكل أمر القضاء لعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثم توسعت رقعة البلاد الإسلامية في عهد عمر مما اضطره إلى تعدد القضاة في الأقاليم، ونظم القضاء وجعل له دستورا، وهكذا تطور العمل في عهد عثمان وعلي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - واستمر على تنظيم القضاء مع ممارستهم أنفسهم لهذه الولاية.

ج - عهد معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:

هذا العهد هو بعد عهد الخلافة الراشدة، وله مميزات خاصة به، حيث أصبح عمل القاضي مقتصرًا على إصدار الحكم، والتنفيذ من مهمة الحكام؛ وبهذا تم فصل السلطة القضائية عن التنفيذية، مع احتفاظهم بالحرية في

(١) للمزيد: تاريخ القضاء في الإسلام، د. محمد الزحيلي ص ٦٤.

(٢) للمزيد: تاريخ الأمم والملوك، لابن جرير الطبري (٤/٥٠)، والكامل في التاريخ، لابن الأثير (٢/٤٢٠).

الاجتهاد واستنباط الأحكام^(١).

د - العصر العباسي:

استمر الوضع في هذا العصر بتعيين القضاة من قبل الخليفة، وربطهم به، وأصبح القاضي قاضي أمير المؤمنين^(٢)، ومع هذا فللقاضي في هذا العصر الحق الكامل في الاجتهاد دون تدخل الخليفة.

هـ - العهد العثماني:

وهذا العهد الذي بدأ في (٩٢٣هـ - ١٣٤٣هـ) ويمكن النظر إليه بأن أوله قوة وآخره ضعف إلى أن قُضي عليها، وكان تعيين القضاة كما هو معهود في السابق، إلا أنه في أواخر الخلافة العثمانية تم وضع شروط معينة تخلو من اشتراط الذكورة، ومع هذا لم يعرف أن هناك امرأة تولت القضاء في هذا العهد^(٣).

ويؤخذ من سرد هذا التاريخ ومن تتبع تاريخ القضاء في الإسلام:

أولاً: أنه لم تعين امرأة قط في القضاء إلا في العصر الحالي؛ مما يعني تشكيل مفهوم عند العلماء والأمراء في تلك العصور، هذا المفهوم له دلالة، قد تكون دلالاته مستندة إلى دليل شرعي، أو يكون المفهوم مجرد الأخذ بالأفضلية.

(١) للمزيد: قراءة تحليلية نقدية في الحكم الشرعي لتولي المرأة منصب القضاء، هدى هلال، ص ٨.

(٢) للمزيد: هدى هلال، مرجع سابق ص ٨.

(٣) للمزيد عن هذه الشروط: تاريخ القضاء، الزحيلي، ص ٤٣٩.

كما أن العرف العملي من توالي القرون على عدم تولية امرأة القضاء له دلالة عند العلماء لكن ليس بالضرورة يعد دليلاً قطعياً؛ إذ من المعلوم فقهاً أيضاً أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان.

ثانياً: أن القاضي كان بالنسبة للخليفة نائباً عنه في الحكم، ولعل هذا من أهم الأسباب التي جعلت الكثير من الفقهاء يشترط في القاضي شروط الخليفة.

ثالثاً: العناية بتعيين من له علم في الأحكام وتفرغ تام للقضاء، وربما هذا الذي جعل الفقهاء يستبعدون المرأة من هذه الولاية.



المبحث الأول

تولي المرأة القضاء في ضوء ما استقرت عليه الدراسات السابقة

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول

ملخص حكم تولي المرأة القضاء في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: سبب الخلاف.

هناك أسباب عدة تعتبر هي منشأ الخلاف في تولي المرأة القضاء لا سيما في ظل الإمامة الكبرى، وبالنظر الدقيق فيها فإنها ترجع كلها إلى اشتراط الذكورة فيمن يتولى القضاء، وعلى هذا أذكر هذه الأسباب مجملة ثم الجواب عنها بما يتناسب مع تلك الإيرادات في هذا المطلب والذي سيليه:

الأول: عدم وجود دليل قطعي الدلالة في منع تولي المرأة القضاء.

الثاني: التنازع الواقع على هذا الفرع الفقهي (تولي المرأة القضاء)

وتردده بين قياسين:

١ - قياسه على الإمامة الكبرى.

٢ - قياسه على الشهادة.

وهذا أدى بلا شك إلى اختلاف في وجهات النظر، واشتراط الذكورة في الأولى دون الثانية، بمعنى آخر: هل ولاية القضاء فرع عن الإمامة العظمى، وأن للخليفة أن يستنيب من يحل محله وتتوفر فيه شروط الخليفة، أو هو منصب مستقل عن الإمامة العظمى؟

الثالث: أنه لم تُعين امرأة قط في هذا المنصب منذ عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى أواخر الدولة العثمانية وتعاقبهم على هذا مما أورث حكماً في قوة القول والفعل بعدم جواز توليتها، ولكن هل الترك يؤخذ منه تشريع عام؟ أم له ضوابط خاصة؟.

الرابع: تحري العدل في الحكم: وهذا يستدعي التفرغ التام للقضاء، فمن رأى أن المرأة قادرة على ذلك التحري أجاز توليتها، ومن رأى أن طبيعتها وما كلفت به من حيث أصل الخلقة فإنه يمنعها.

الخامس: القوامة: فهي صفة ارتبطت بالرجل استناداً إلى قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾^(١)، فهي عامة شاملة لكل ولاية، وليس من المنطق أن تكون له القوامة وتكون هي الحاكمة عليه.

السادس: شرط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء: وهذا الشرط، وإن كان مختلفاً فيه؛ إلا أنه مهم في القضاء، وعادة ما نجد الرجال هم الذين يتميزون بهذا بخلاف النساء.

الفرع الثاني: مجمل قول الفقهاء في ولاية المرأة القضاء.

أقدم في هذا الفرع ملخصاً عن حكم تولي المرأة للقضاء عند الفقهاء، ومن ثم الجواب عن الإشكاليات الجوهرية حول هذا الموضوع وفق رؤية موضوعية، وذلك من خلال هذا الفرع والذي يليه:

(١) النساء: ٣٤.

اختلف الفقهاء في جواز تولية المرأة القضاء على أربعة أقوال:

القول الأول: المنع مطلقاً: وهو إطلاق مذهب الحنابلة، والشافعية ما لم تكن ضرورة، والمالكية عدا ابن القاسم^(١). وذهب إلى هذا الرأي جملة من المعاصرين وهيئات الفتوى مثل: الإفتاء الكويتية^(٢)، وأحمد الحجي الكردي^(٣)، ونور الدين عتر^(٤).

ويمكن التركيز على أهم الأسباب التي دعتهم إلى منع المرأة من تولي القضاء:

أولاً: أن من شروط تولية القضاء: (الذكورة)، يقول الدسوقي في معرض نفيه صحة توليتها القضاء صراحة: " (لا أنثى ولا خنثى) أي: فلا يصح توليتهما القضاء ولا ينفذ حكمهما"^(٥).

وسبب هذا الشرط ما يلي:

(١) ينظر للمالكية: الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦)، وللشافعية: تحفة المحتاج، لابن حجر (٣٤٤/٤)، وللحنابلة: المغني، لابن قدامة، (١٢/١٤)، والأحكام السلطانية، لأبي يعلى الفراء، ص ٦٠.

(٢) وجاءت الفتوى صريحة على لسان الوزير حينها (جمال شهاب). ينظر: صحيفة الوطن الكويتية بتاريخ ١٧/١٠/٢٠١٢م.

(٣) أحكام المرأة في الفقه الإسلامي، الكردي، ص ١٠٥.

(٤) وللمزيد: ينظر كتاب (ماذا عن المرأة)، نور الدين عتر، حيث جعل جل الكتاب منصبا على منع المرأة من تولي الوظائف لا سيما العامة.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٦).

أ - حديث: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"^(١). قال الشوكاني: "وفيه دليل على أن المرأة ليست من أهل الولايات، ولا يحل لقوم توليتها؛ لأن تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب"^(٢).

ب - أن المرأة لا تلي الإمامة الخاصة بالرجال، فكيف تلي الإمامة العامة التي تقتضي البروز^(٣).

ج - ولنقص النساء عن رتب الولايات، وإن تعلق بقولهن أحكام^(٤)، فالولايات العامة ترهقها وتسلب ما كُلفت به بحسب طبيعتها.

قال ابن قدامة: "لأن القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال، ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفتنة، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي، ليست أهلاً للحضور في محافل الرجال، ولا تقبل شهادتها، ولو كان معها ألف امرأة مثلاً، ما لم يكن معهن رجل، وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٥)، ولا تصلح للإمامة العظمى، ولا لتولية البلدان؛ ولهذا لم يول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم، امرأة قضاء ولا ولاية بلد، فيما بلغنا،

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: كتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى كسرى، (٨/٦) برقم ٤٤٢٥. وانظر: منح الجليل لعليش (٢٨٨/٧)، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٣٤٤/٤).

(٢) نيل الأوطار، الشوكاني، (٢٦٥/٨).

(٣) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (١٠٨/٤).

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٠٧.

(٥) البقرة: ٢٨٢.

ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً^(١).

ثانياً: القوامة: وهي مرتبة طبيعية تتناسب مع الرجل ليقوم بأعباء الأسرة والولاية، وقد قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾^(٢)، ولا يمكن أن تكون المرأة من أهل الولايات؛ كالقضاء وهي ليس لها القوامة، إذ لو تصورنا هذا لكان تناقضاً.

يقول أبو الأعلى المودودي في هذه الآية: "أنت ترى أن الله تعالى يؤتي الرجال القوامة بكلمات صريحة، ويبين للناس الصالحات بميزتين اثنتين: الأولى: أن يكن قانتات.

الثانية: أن يكن حافظات للغيب لما يريد الله أن يحفظنه في غيبة أزواجهن، وذلك لا يتم إلا في بيتوهن"^(٣).

ثالثاً: التكوين (الفسولوجي) للمرأة^(٤).

فطبيعة المرأة تختلف عن طبيعة الرجل، فهو المكلف بالنفقة والسعي في الأرض، وبالدفاع عن دينه ووطنه وأهله... فناسب أن يكون هو المتصدر لهذه الأمور، وأن المرأة مبنية على الستر والمحافظة عليها وعدم تعريضها لكل ما يخالف طبيعتها ويؤثر على أسرتها.

(١) المغني، لابن قدامة (١٤/١٢).

(٢) النساء: ٣٤.

(٣) حقوق الزوجين، تعريب أحمد إدريس ص ٣٨ و ٨١. وللمزيد: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني للبوطي ص ٩٥.

(٤) للمزيد: ماذا عن المرأة، عتر، ص ١٤٧ وما بعدها.

قال القرطبي في معرض تفسيره لآية القوامة: "إن فيهم (الرجال) الحكام والأمرء ومن يغزو، وليس ذلك في النساء"، ولا يجوز للمرأة أن تقوم بوظيفة الوزارة، كما ذهب إليه الماوردي؛ لأن فيها طلب الرأي وثبات العزم ما تضعف عنه النساء، ومن الظهور في مباشرة الأمور ما هو عليهن محظور"^(١). فهكذا كانت النساء، لا بسبب نقص فيهن، ولكن اختير لهن ما يتناسب مع طبيعتهن.

قال عمر بن أبي ربيعة:

كتب القتل والقتال علينا** وعلى الغايات جر الذبول

القول الثاني: الجواز عند الضرورة: وهو قول لبعض الشافعية.

وتفسير الضرورة عندهم هو أن لا يوجد الرجل المؤهل للقضاء، عندها ينفذ حكم من يعينه الحاكم ولو كان هذا (القاضي) غير أهل بسبب فسقه، أو كونه مقلداً، أو صبياً، أو امرأة. فإذا حكم نفذ قضاؤه للضرورة، وهذا ما يعرف بقاضي الضرورة؛ لئلا تتعطل مصالح الناس"^(٢). ففي أسنى المطالب: "وكلام المصنف كأصله، قد يقتضي أن القضاء ينفذ من المرأة والكافر إذا وُلِّيا بالشوكة"^(٣).

وفي البجيرمي على شرح المنهج: "فإن فقد الشرط المذكور، بأن لم يوجد رجل متصف به، فولى سلطان ذو شوكة مسلماً غير أهل، كفاستق،

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي ص ٢٨، ومثله عن الجويني في غياث الأمم ص ٦٥.

(٢) للمزيد: الجمل على شرح المنهج (٨/٣٥٩).

(٣) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري (٤/٢٨٠).

ومقلد، وصبي، وامرأة؛ نفذ قضاؤه للضرورة؛ لئلا تتعطل مصالح الناس"^(١).
ومن أجمل ما قيل في هذا، قول الإمام الغزالي بعد أن ذكر شروط القاضي: "ثم هذه الشروط أطلقها أصحابنا وقد تعذر في عصرنا؛ لأن مصدر الولايات خال عن هذه الصفات، وقد خلا العصر -أيضا- عن المجتهد المستقل، والوجه القطع بتنفيذ قضاء من ولاه السلطان ذو الشوكة كيلا تتعطل مصالح الخلق، فإننا ننفذ قضاء أهل البغي للحاجة، فكيف يجوز تعطيل القضاء الآن؟. نعم يعصي السلطان بتفويضه إلى الفاسق والجاهل، ولكن بعد أن ولاه فلا بد من تنفيذ أحكامه للضرورة"^(٢).

القول الثالث: لا تجوز ولايتها إلا فيما جاز فيه شهادتها: وهو قول الحنفية^(٣)، وأرجح الروايات عن ابن القاسم من المالكية^(٤).

وذهب إلى هذا الرأي بعض المعاصرين من أهل العلم منهم: مصطفى السباعي^(٥)، ويوسف القرضاوي^(٦)، ومحمد سعيد رمضان البوطي^(٧).

وبإمعان النظر في المذهب الحنفي نجد أنه يتفق مع الجمهور في أصل

(١) حاشية البجيرمي على شرح المنهج (٤/٣٦٤).

(٢) الوسيط في المذهب، للإمام الغزالي (٧/٢٩١).

(٣) الهداية، للمرغيناني (٣/١٠٧).

(٤) مواهب الجليل (٦/٨٧). مختصر ابن عرفة (٩/٩٨).

(٥) المرأة بين الفقه والقانون، السباعي، ص ٣٩.

(٦) للمزيد: نظرات في فقه الشيخ الغزالي ومرتكزاته، د. يوسف القرضاوي ص ٣٣. مقال منشور في مجلة المسلم المعاصر.

(٧) المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، البوطي، ص ٦٣، ٩٠.

منع المرأة من تولي القضاء، إلا أنها لو حكمت، فيما عدا الحدود والقصاص؛ فإن قضاءها ينفذ؛ اعتباراً بالشهادة إذا لم يخالف نصاً شرعياً قطعي الثبوت والدلالة^(١). أي أن قضاءها النافذ هنا منحصر في أحكام الأبدان والأموال والأحكام الإدارية، وبعبارة أخرى فيما عدا الدماء.

توجيه إنابة تولية القضاء بالشهادة:

وأورد هذا التوجيه ملخصاً من حاشية سعدي أفندي على العناية شرح الهداية:

"المراد أن يكون المولى للقضاء قد اجتمعت فيه شروط الشهادة، لا أن يكون حكم القضاء مبني على حكم الشهادة، ولكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس لذلك أنيطت بها، وهي أن يكون القاضي مسلماً، مكلفاً، حراً، عدلاً، فتُعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق"^(٢).

(١) للمزيد: مقال بعنوان (تولية المرأة للقضاء) د. أحمد الحجوي الكردي. منشور في موقعه الإلكتروني شبكة الفتاوى الشرعية، بتاريخ ٢٣/٦/٢٠٠٧م. وفيه: "وقد أشار المحققون إلى ذلك، وفزقوا بين حكم تولية المرأة القضاء من ولي أمرٍ عادل في الأحوال العادية، وبين أن تتولاها بغير حق عنوة، أو بأمر ولي أمر ظالم، فتقضي فيه بما يوافق حكم الله تعالى، ولا تخالف فيه نصاً شرعياً قطعي الثبوت والدلالة، فقالوا بمنع توليتها من ولي الأمر العادل في الظروف العادية، فإذا ولأها ظالم، أو تولت القضاء بنفسها عنوة، فقضت فيه بما يوافق حكم الله تعالى، نفذ قضاؤها مطلقاً عند الطبري، وفي القضايا المدنية فقط عند الحنفية، وأثم ولي الأمر الذي ولأها، ولا ينفذ قضاؤها مطلقاً عند عامة الفقهاء".

(٢) للمزيد: حاشية سعدي جلبي أفندي على العناية شرح الهداية - مطبوع مع شرح فتح القدير (٧/٢٥٣).

وبعبارة أخرى:

أن القضاء والشهادة من باب الولاية، فكل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء، وما يشترط للشهادة يشترط للقضاء^(١)، والجهة الجامعة بين القضاء والشهادة كون كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير^(٢). فيجوز لها، بناء على هذا، أن تتقلد القضاء في الأمور التي تصح فيه شهادتها وهي أحكام الأبدان والأموال. ولا تشترط في هذه الحالة الذكورة؛ فليست الذكورة - كما يقول الكاساني - من شرط جواز التقليد في الجملة؛ لأن المرأة من أهل الشهادات في الجملة، إلا أنها لا تقضي بالحدود والقصاص؛ لأنه لا شهادة لها في ذلك، وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة^(٣). وكقول ابن الهمام: "والكلام فيما لو وليت. وأثم المقلد بذلك، أو حكّمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله لا أن يثبت شرعا سلب أهليتها، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها، ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية، ألا ترى أنها تصلح شاهدة، وناظرة في الأوقاف، ووصية على اليتامى، وذلك النقصان بالنسبة والإضافة، ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافه، ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال، وذلك النقص الغريزي نسب

(١) للمزيد: الهداية للمرغيناني (١٠٧/٣).

(٢) لسان الحكام في معرفة الأحكام، لابن الشحنة الحلبي (٢٢٤/١).

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني (٦/٧).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن يوليهن عدم الفلاح^(١)، فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال. وهذا حق، ولكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق^(٢).

فهذه نصوص صريحة تفيد بجواز تقليد المرأة للقضاء عند الحنفية فيما تجوز شهادتها به وذلك فيما عدا الدماء.

وخلاصة القول أن الحنفية يوافقون الجمهور في عدم جواز تولية المرأة، ويزيدون على ذلك أنها إذا وليت القضاء فإنه يَأْتَمُّ من ولاها، وتوليها حينئذ مكروهة تحريماً، ثم إذا حكمت بعد ذلك صح حكمها فيما يصح فيه شهادتها إذا وافق الكتاب والسنة. هذا هو المراد كما يفهم من عبارات المحققين وبعض المعاصرين^(٣). فلا تلازم بين صحة الحكم مع إثم هذا الفعل.

ودليل الحنفية في نفاذ حكمها إذا تولت القضاء عنوة، أو بتولية ظالم، أنها مؤهلة للقضاء في الأصل، والآية الكريمة «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ ... الآية»، والحديث الشريف " لن يفلح ... الحديث "، لا ينفيان عنها الأهلية للقضاء، ولكن يمنعانها من القضاء لأسباب خارجة عن أهليتها له، فالمرأة على سبيل المثال أهل للسفر بمفردها، ولكنها ممنوعة منه منفردة لأسباب خارجة عن

(١) أي عدم حسن الاختيار.

(٢) شرح فتح القدير، (٢٩٨/٧).

(٣) للمزيد: النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم (٦٢٤/٣)، والنظام القضائي في الفقه الإسلامي د. محمد رأفت عثمان ص ٩٩. وعند الحنفية خلاف فيما لو قضت في الدماء ثم رفع إلى قاض ثان هل ينفذه أم لا.

موضوع أهليتها للسفر، وهي حفظ كرامتها، وصون عفتها عن التبذل، كما أن مراد الحنفية عند القول مثلا: (يجوز للمرأة أن تتقلد القضاء) هو نفاذ حكمها لا أنه مباح من حيث الأصل^(١).

القول الرابع: جواز توليتها مطلقا: وهو ما ذهب إليه ابن حزم، والمنقول عن ابن جرير الطبري، ورواية مرجوحة عن ابن القاسم^(٢).

ونقل بعض المالكية أن هذا القول منسوب أيضا إلى محمد بن الحسن الشيباني^(٣)، وأيضا إلى الحسن البصري^(٤).

أما ابن حزم، فقد قال في المحلى: "وجائز أن تلي المرأة الحكم"^(٥).
ويستدل بما يلي:

أولاً: أن المراد بحديث: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"، هو في الأمر العام وهو الخلافة. دليل ذلك قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "والمرأة راعية في بيت

(١) للمزيد: الكردي، مرجع سابق.

(٢) وما جاء أنها رواية عن الإمام مالك لم أجدها منقولة إلا فيما اطلعت عليه كما في تحفة الأحوذى قال: "والمنع من أن تلي الإمارة والقضاء قول الجمهور، وأجازته الطبري، وهي رواية عن مالك، وعن أبي حنيفة فيما تجوز فيه شهادة النساء". تحفة الأحوذى، للمباركفوري (٤٤٧/٦). ولعل هذا توسع في العبارة لا سيما شراح الحديث وكتب الخلاف، فإن المراد ابن القاسم من المالكية. ومثله في فتح الباري لابن حجر (١٢٨/٨).

(٣) المنتقى للبايجي، (١٨٢/٥). والمقدمات الممهديات لابن رشد الجد (٢٥٨/٢).

(٤) مواهب الجليل (٨٨/٦).

(٥) المحلى لابن حزم (٥٢٧/٨).

زوجها ومسؤولة عن رعيتهما"^(١).

ثانياً: تولية عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ امرأة يقال لها الشفاء على السوق. فدل هذا على أن المرأة إذا جاز لها أن تتولى الحسبة - وهي ولاية عامة - جاز لها بالأولى أن تتولى القضاء وهو ولاية خاصة^(٢).

ثالثاً: استند ابن حزم أيضاً إلى ما جاء عن المالكية من تجويزهم أن تكون المرأة وصية ووكيلة، وأنه لم يأت نص يمنعها من أن تلي بعض الأمور^(٣). وولاية القضاء من جنس هذه الولايات وإن اختلفت بعض الشيء.

أما النقل عن ابن جرير، فهو نقل مضطرب، لكن اشتهر عنه هذا القول ونقله كبار العلماء، بالرغم من تشكيك ابن العربي كما قال في أحكام

(١) رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الأذان، باب: الجمعة في القرى والمدن (٥/٢) برقم ٨٩٣.

(٢) تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي، قنديل ص ٢١. ولكن هذا الأثر ضعيف عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فهو من رواية ابن لهيعة وهو ضعيف، كما أنه مرسل، وذكره ابن حزم في المحلى بصيغة التمريض ولم يسندها على خلاف صنيعة. ينظر: الموسوعة الحديثية للمكتبة الشاملة <https://al-maktaba.org/book/31768/636>.

وتوارد ذكر الشراح على هذا الأثر حتى اشتهر، ومن ذلك ما جاء في شرح الزرقاني على الموطأ: "وكان عمر يقدمها في الرأي ويرعاها ويفضلها وربما ولاها شيئاً من أمر السوق". شرح الزرقاني على الموطأ، (٤٧١/١) ط: مكتبة الثقافة الحديثة - القاهرة ٢٠٠٣ / تحقيق: طه عبد الرؤوف.

(٣) المحلى (٥٢٨/٨). ينظر لهذا الرأي عند المالكية على سبيل المثال في: الخرشبي على خليل (١٨٧/٣). ط: دار الفكر - بيروت.

القرآن^(١)، ولكن المشهور أن هذه النسبة صحيحة. فممن نقل هذا القول عن ابن جرير: ابن رشد الجد^(٢) والحفيد^(٣)، والقاضي عبد الوهاب^(٤)، والباجي^(٥)، وابن قدامة^(٦)، والماوردي^(٧)، والعمراني^(٨)، وابن حجر^(٩)، وغيرهم مما يقوي صحة هذه النسبة.

ففي بداية المجتهد: "قال الطبري: يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء"^(١٠). وفي القوانين الفقهية: "وأجاز أبو حنيفة قضاء المرأة في الأموال، وأجازه الطبري مطلقا"^(١١). ومثل هذا عن ابن قدامة في المغني^(١٢).

وأما الرواية عن ابن القاسم؛ فقد جاء في مواهب الجليل ما نصه: "قال

- (١) أحكام القرآن لابن العربي (٣/١٨٢).
- (٢) المقدمات الممهديات، مرجع سابق.
- (٣) بداية المجتهد (٢/٣٤٤).
- (٤) المعونة للقاضي عبد الوهاب (٣/١٥٠٧).
- (٥) المتتقى، مرجع سابق.
- (٦) المغني (١٤/١٢).
- (٧) الحاوي الكبير (١٦/١٥٦)، والأحكام السلطانية للماوردي أيضا (١/١١٠).
- (٨) البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٣/٢٠).
- (٩) فتح الباري (١٣/١٤٦).
- (١٠) بداية المجتهد، لابن رشد (٢/٣٤٤).
- (١١) القوانين الفقهية، لابن جزي (ص ٢٥٣). ومعنى (أجازه) أنفذه إن وُليت القضاء فيما عدا الحدود والقصاص.
- (١٢) المغني لابن قدامة، (١٤/١٢).

في التوضيح: وروى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة، قال ابن عرفة، قال ابن زرقون: أظنه فيما تجوز فيه شهادتها، قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل؛ لاحتمال أن يكون ابن القاسم قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها القضاء مطلقاً. قلت (الحطاب): الأظهر قول ابن زرقون؛ لأن ابن عبد السلام، قال في الرد على من شذ من المتكلمين، وقال: الفسق لا ينافي القضاء ما نصه: وهذا ضعيف جداً؛ لأن العدالة شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها. قلت: فجعل ما هو مناف للشهادة مناف للقضاء، فكما أن النكاح والطلاق والعتق والحدود لا تقبل فيها شهادتها فكذلك لا يصح فيها قضاؤها"^(١).

فتبين أن الرواية الراجحة عن ابن القاسم هي موافقة للحنفية في القول الثالث.

الراجع:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأبرز أدلتهم؛ فإن الذي يظهر هو أن الأصل منع توليها للقضاء، لكن يجوز في حالة الضرورة، وحالة ما إذا وُلّيت فحكمت فإن قضاءها ينفذ فيما عدا الحدود والقصاص. وهذا الترجيح يتوافق مع القول الثاني لبعض الشافعية باعتبار توليتها من قبيل قضاء الضرورة، وكذلك مع القول الثالث وهو قول الحنفية وابن القاسم من المالكية. وسبب هذا الترجيح هو عدم وجود نص قاطع بتحريم ولايتها القضاء، فألت المسألة إلى الاجتهاد، والتردد بين المصالح والمفاسد، وكلها طرق محتملة للجواز.

(١) مواهب الجليل (٦/٨٧).

المطلب الثاني

منشأ الخلاف في حكم تولي المرأة القضاء عند الفقهاء قبل ظهور التقنين المعاصر والإشكاليات الواردة عليه

الفرع الأول: تحرير محل النزاع .

يمكن النظر إلى محل النزاع من خلال هذين الوجهين:

الوجه الأول: إن الاختلاف بين الجمهور من جهة، والحنفية والطبري وابن حزم من جهة أخرى، هو في نفاذ حكم المرأة عندما تتقلد القضاء عنوة أو يوليها ظالم، ويكون حكمها موافقا لحكم الله تعالى ورسوله، حيث قال الجمهور بعدم نفاذه؛ لعدم جواز توليتها، خلافا للحنفية والطبري الذين أنفذوه لأهليتها له، وليس الاختلاف بينهم في إباحة توليتها القضاء من قبل ولي أمر عادل، حيث الكل متفقون على عدم إباحة ذلك^(١).

الوجه الثاني: كما يمكن القول إن محل النزاع عند تحقق شروط القضاء الشرعي كما هو في السابق وبحيث يكون نائبا عن الخليفة، أما وقد فُقدت أغلب هذه الشروط وأهمها: فهل يبقى للقضاء اصطلاحه الشرعي أم تتحول طبيعة القضاء إلى عمل إداري ذي طبيعة خاصة وملزمة بقوة القانون؟، فيكون الموضوع قد خرج بالكلية عن مفهوم القضاء الاصطلاحي.

الفرع الثاني: إشكاليات حول منشأ الخلاف في تولية المرأة القضاء.

ويمكن صياغة الجواب عما سبق من منشأ الخلاف، وما نتج عنه من

(١) للمزيد: مقال تولية المرأة للقضاء، د. الكردي، مرجع سابق.

إشكاليات فقهية، وفق ما يلي:

أولاً: إشكالية اشتراط الذكورة:

وهذه الإشكالية هي المقصودة مع ما يرتبط بها كالقوامة، من أنها أدلة ظنية الدلالة.

والدليل الأساس الذي يعد عمدة المانعين في منع ولاية المرأة القضاء، هو حديث "لن يفلح قوم..."، وهو من رواية أبي بكرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وتمامه: أنه لما جاء يوم الجمل توقف ولم يشارك مع السيدة عائشة رضى الله عنها وقال متذكراً: " لقد نفعني الله بكلمة سمعتها من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أيام الجمل، بعد ما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأقاتل معهم، قال: لما بلغ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أهل فارس، قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة"^(١).

لذا، من المهم بيان المآخذ الفقهي من الاستدلال بهذا الحديث من خلال ما يلي:

١. لا إشكال في وضع الفقهاء معيار الذكورة للتفريق بين ما هو مناسب لطبيعة عمل الرجل والمرأة، وهو وصف لا يتخلف قديماً وحديثاً، وإنما الإشكال هو في تعميم هذا المعيار لكل ولاية، وحبسه في إطار زمني ومكاني له تأثيره بلا شك في العصور الأولى من الإسلام، حيث العادات والأعراف التي كانت تتلاءم تماماً مع هذا المعيار، إلا أنه ليس بالضرورة التعميم في الحكم لهذا المعيار لجميع الولايات للمرأة دون

(١) سبق تخريجه ص ٥٨٧.

مراعاة للعرف من جهة، ولا لما يحتمله لفظ الحديث من جهة أخرى، بالرغم أنه من الممكن قصر مفهوم هذا الحديث على الولاية العظمى وهي الخلافة، لا سيما وقد ورد في بعض الروايات بلفظ: "تملكهم امرأة"^(١)، فيكون المراد الولاية العامة ورئاسة الدولة.

٢. أن قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا يعد من قبيل الحكم على واقعة عين لا تتعدى إلى غيرها، فوقائع الأعيان لا عموم لها، وهي من وقائع الأحوال التي تطرق إليها احتمال قصر الحكم على هذه الحادثة، ووقائع الأحوال إذا تطرق إليها الاحتمال سقط بها الاستدلال^(٢)، لا سيما وأن القرآن الكريم ذاته قد مدح ملكة سبأ (بلقيس) وذكر حسن إدارتها وسياستها؛ لذا ترجح أن ذلك واقعة عين لا عموم لها، فهذا أمر محتمل أيضا.

٣. ويحتمل أيضا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أراد الدعاء عليهم لما فعلوه من سوء الجواب عليه، وذلك بأن تلي المرأة التي جرت العادة أنها لا تحسن إدارة الدولة وتحمل أعبائها، فيكون هلاك هذه الدولة على يد ابنة مَلِكِهَا، فإن قيل: قد تخلف ذلك في بعض النساء كبلقيس.

فالجواب: إن تخلف الوعيد من الشارع محض فضل، قال النفراوي: "... ولا شك أنه أوعد العاصي بالعقوبة؛ لأن العفو بعد الإيعاد بالعقوبة محض كرم، بخلاف عدم الوفاء بما وعد به الطائع من الثواب فإنه يجب تنزه

(١) المسند، للإمام أحمد بن حنبل، من حيث أبي بكرة (٤٣/٥) برقم ٢٠٤٥٥. قال شعيب

الأرناؤوط: حديث صحيح.

(٢) ينظر للقاعدة: الاشباه والنظائر، للسبكي (١٤٥/٢).

الباري عنه؛ لأنه بخل" ^(١). ويُحتمل أيضا أن ذكر بلقيس كان على وجه المدح كما تقدم.

٤. من الاحتمالات المقبولة التي يمكن أن تفهم من كلام رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه خرج مخرج التفاؤل بسقوط عرش كسرى من خلال هذه الولاية من تلك المرأة، التي لا حيلة لها في العادة في إدارة شؤون البلاد، لا سيما مع تمزيق كسرى لكتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وكانت من عادة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه يحب الفأل الحسن، ويأخذ من مسميات الأشياء دلالة على شيء ما.

وفي شرح القسطلاني لهذا الحديث قال: "والغرض من ذكر هذا الحديث هنا بيان أن كسرى لما مزق كتابه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ودعا عليه سلط الله عليه ابنه فمزقه وقتله، ثم قتل إخوته حتى أفضى الأمر بهم إلى تأمير المرأة؛ فجر ذلك إلى ذهاب ملكهم ومزقوا واستجاب الله دعاءه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ" ^(٢).

وهذا التوجيه يؤيد أن المراد توليتها الملك من بعد أبيها كسرى وليس الولايات الفرعية.

٥. أنه جاء في الحديث أن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ امتنع عن المشاركة في معركة الجمل وبرر عدم مشاركته مع السيدة عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لأجل هذا

(١) الفواكه الدواني، للنفر واي (٧٩/١). وللمزيد في هذا: البحر المحيط للزركشي (١٧٨/٣).

(٢) إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، للقسطلاني، (٣٩٧/٩)، كتاب المغازي، باب: كتاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى كسرى وقيصر، برقم (٤٤٢٥).

الحديث.

وهذا يشير إشكالا، إذ كيف شارك معها صحابة كثر، ولا يعقل أن لا أحد منهم سمع بالحديث الذي رواه أبو بكر، فالحديث لم يكن خاصا بأبي بكر وحده؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قاله في محفل من الصحابة، وهذا يعني أنهم حملوا الحديث على معنى غير الذي فهمه أبو بكر، مثل: كونه خاصا بقوم كسرى، أو بتلك الواقعة فقط، أو بالولاية العامة فقط

٦. ثم إن هناك فرقا بين تولي الإمامة الكبرى والصغرى من جهة، وتولي القضاء من جهة أخرى؛ فإن الإمامة بنوعها قائمة على المتابعة المقتضية للقوامة بمفهومها العام، بخلاف القضاء القائم على فصل المنازعات، كما أن المقصود به تحقيق العدالة فلا فرق بين أن تتحقق على يد رجل أو امرأة ما دام متصفا بالعلم المؤدي إلى تحقيق العدالة التي هي أساس القضاء.

٧. ولا يشكل القول بأن المرأة ناقصة عقل ودين، وهذا يعني أنها لا تصلح للولايات ومنها القضاء، وذلك من وجوه^(١):

أ - لا يراد بالنقص حقيقته؛ إذ كيف تكون ناقصة عقل ودين وهي كما ورد في الحديث ما يفهم منه المدح لا الذم: "ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكم"^(٢)، وصدق من قال:

(١) وللمزيد: المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، للبوطي، ص ١٧٣ وما بعدها.

(٢) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب: نقصان الإيمان بنقصان الطاعات...
==

- وناقض العقل من بعقله ذهبت** ودينه ناقصات العقل والدين
- ب - وإن كان المراد العاطفة، فإن الرجل أيضا يملكها، بل هو أكثر عاطفة منها إلا أنه يتحكم بها بخلافها هي، وربما هذه من حكمة الشارع الحكيم فإن من المناسب وفور العاطفة لدى المرأة.
- ج - وأن هذا الكلام من رسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهن كان على وجه المباشطة معهن، إذ سرعان ما عقب، وفي ذات الموقف، بمدحهن بما يرفع التوهم من نقصان العقل الذي يفهمه عوام الناس.
- د - ولعل التوجيه المناسب في اعتبار نقص العقل والدين هو انشغالهن من حيث الأصل بأمور التربية، وهذا الانشغال سيقبل بلا شك من خبرتهن في الأمور الإدارية للدولة والتي تتطلب تفرغا كبيرا، هذا فضلا عن تولي القضاء، وليس النقص الحقيقي للعقل.
- وبمفهوم المخالفة؛ أنها لو تفرغت للقضاء لأمكنها ذلك، لكن هذا سيكون على حساب شأن الأسرة؛ مما سيؤدي لا محالة إلى تضييع الأدوار التي أناطها الله بكل فرد منا، فعلم من ذلك أن عدم تكليف المرأة بهذه الأعمال هو من قبيل تطبيق قاعدة) المشقة تجلب التيسير^(١).
- هـ - فهذا الدور التكاملي الذي وضعه الشارع الحكيم ينبغي أن لا يُعبث

(١٦/١) برقم ١٣٢.

(١) للمزيد: تولي المرأة المناصب العليا، هند الخولي ص ٨. وينظر للقاعدة في: الأشباه والنظائر للسبكي (١٢/١).

به، فإن استقرار المجتمعات يكمن في اتباع ما جاء به الشرع المصون. وبعد كل ما تقدم، فإن كثرة هذه الاحتمالات لا يستقيم معها الجزم ببطلان ولاية المرأة للقضاء، التي هي في الحقيقة ولاية فرعية، استناداً إلى معيار (الذكورة) الذي يفهمه البعض فهما سطحياً وأن هذا يخل بالمساواة، فقد اتضح أن لكل من الرجل والمرأة دوره المناط به تحقيقاً للتكامل في المجتمع ولا علاقة لهذا بالمساواة بمفهومها المدني المعاصر.

وعلى هذا، وفي هذا الجانب، فإني أرى عدم وجود ما يمنع من توليها القضاء من الناحية النظرية، أما ما قيل في منعها من تولي القضاء؛ فليس من وجهة نظري، لذات الذكورة أو لكونها (أنثى)، وإنما لاعتبارات مستترة في (أنوثتها)، ومن هذه الاعتبارات:

الأول: أن المرأة هي الأساس في التربية ورعاية الأسرة، وهي كذلك عبر القرون الماضية، حتى أن خروجها من المنزل لم يكن إلا لحاجة من تعليم أو فائدة ترجوها، فهي الحصن الحصين للمجتمع، وأن تكليفها بمهام تليق بالرجال تضييع في الحقيقة للأدوار الطبيعية التكاملية التي فطر الله الناس عليها، فالرجال هم من يواجهون هذه الصعاب بحسب طبيعتهم، وأما النساء فهن اللاتي يواجهن التربية التي إن أُحسنت تلاشت الجرائم في المجتمع أو كادت، فوضع الشخص المناسب في المكان المناسب هي الحكمة التي ينبغي التمسك بها كي لا يختل التوازن في المجتمع.

الثاني: لو افترضنا أن المرأة تتولى القضاء، فإن هذا سيؤول بها مع كثرة التردد على المحاكم وبين مختلف القضايا إلى الخروج عن طبيعتها الأنثوية

إلى الشدة والتعود على النطق بالأحكام والأوامر؛ مما سينعكس لا محالة على زوجها وأسررتها، وهل نتصور استقامة الأسرة بعد ذلك؟!.

قال المودودي: " من المحال أن يكون التوفيق حليف النساء إذا ما اقتحمن دائرة نشاط الرجال؛ وذلك لأن الله تعالى ما خلقهن لإنجاز هذه الأعمال، وإن الرجل هو الذي هيأه الله تعالى بالقدرات والمؤهلات للقيام بها، وإذا استطاعت المرأة - على سبيل الافتراض - أن تبرز نفسها في هذه الصفات بالموهب والرجولة المصطنعة؛ فإن أضرارها التي تؤثر على نفسها تكون خطيرة، فهي لا تنسلخ عن أنوثتها ولا تدخل في الرجولة تماما، فتبوء بالفشل في دائرة نشاطها التي ما فطرت إلا لها"^(١).

وهذا الحكم العام، وإلا ففي أفراد النساء من تشذ عن القاعدة، والعكس صحيح أن في الرجال من يشذ عن القاعدة ولا يصلح لأي ولاية.

الثالث: ومن جهة أخرى: لا يصلح اعتبار وصف (الأنوثة) بحد ذاته مانعا من تولي القضاء، لا سيما مع عدم وجود أدلة قطعية في هذا، ويقوى هذا التصور إذا تأملت امرأة للقضاء دون الإخلال بأي مسؤولية أخرى، فهذا أقرب للعدالة، وهو الهدف الأسمى للقضاء، بشرط أن لا يطغى هذا على ما كُلفت به من أعباء تتوافق مع طبيعتها.

إذن، النظر الدقيق: أن منع المرأة من تولي القضاء ليس لأجل كونها أنثى أو أن (الذكورة) شرط أساس في تولي القضاء، بحيث يقال: إن هذا نقص في علمها ومكانتها؛ وإنما اشتراط الذكورة كان مجرد معيار نَصَبه

(١) الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة، للمودودي ص ٢٦٤.

الفقهاء للدلالة على من يجوز له تولي القضاء أو الولاية العامة، فإن التعليل الأساس مستتر وراء شرط الذكورة، وهو معنى ما ذكرته من الاعتبارات السابقة، فهذا التعليل هو المنسجم مع (الأنثى) وطبيعتها.

وعليه أقول: إنه من الناحية النظرية لا إشكال في تولي (المرأة) القضاء، إلا أنه من الأفضل عدم توليتها هذا المنصب؛ سدا لباب اختلال ميزان المجتمع التكاملي وتجنبنا للآثار السلبية التي ستنعكس على المجتمع بعد فترة من الزمن، هذا فضلا أنه المتوافق مع ما ذهب إليه الجمهور.

ثانياً: إشكالية مفهوم القوامة:

وهي أحد أسباب منشأ الخلاف والتي ورد ذكرها في القرآن الكريم، والتي تعطي الأفضلية للرجال في التصدي للمهام الجسام وإدارة الدولة، إلا أنه ينبغي عدم فصل تأويل الآية عن سبب نزولها، فالآية خاصة في الأمور الأسرية وليست عامة في جميع الولايات، ولا أن تكون للرجل قوامة على غير أهله، فالآية نزلت في شأن سعد بن الربيع وفي امرأته حبيبة بنت زيد، يدل على هذا ما ذكره ابن جرير الطبري في تفسيرها وأن متعلقها الأسرة لا في كل ولاية، فقال: "الرجال أهل قيام على نسائهم في تأديبهن، والأخذ على أيديهن..."^(١)، ولا يقال: إن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب؛ فهذا ليس على الإطلاق، فإن القرائن التي احتفت بقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تجاه ابنة كسرى يرجح أن المراد هي وقومها جزاء بما فعلوه مع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ورسله الذي أرسلهم.

(١) للمزيد: تفسير ابن جرير الطبري (٥٨٦/٢).

كما أنه يمكن أن يقال: إن غاية ما تدل عليه الآية هو تفضيل جنس الرجال على جنس النساء، وليس المراد تفضيل جميع الرجال على جميع النساء، فقد يوجد بعض أفراد النساء من هن خير من بعض أفراد الرجال^(١).

ثالثاً: إشكالية قضية الترك، وعدم وجود إجماع في المسألة:

أما الترك: والجواب عنه من عدة وجوه^(٢):

١ - أن الترك لا يعد دليلاً مستقلاً ما لم تحتف به القرائن. فالترك لا يكون كالفعل أو القول إلا بالقرائن الدالة على أن هذا الأمر مطلوب أو غير مطلوب.

٢ - الاحتمال قائم بعدم وجود أي امرأة لا في زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا خلفائه الراشدين طلبت تولي مثل هذه الوظائف، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال^(٣).

٣ - كما أن الادعاء أن الزمان خلا من تنصيب امرأة للولاية العامة، فهذا

(١) للمزيد: السحبياني، مرجع سابق ص ١٧.

(٢) وليس كل ترك سنة ما لم تحتف به القرائن. يقول د. عياض السلمي: "وقد توسع بعضهم في الاستدلال بالترك وظن أن كل ترك يمكن أن يكون بياناً، وليس كذلك؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد يترك فعل الشيء لأجل عدم وجود الداعي له، كما ترك جمع القرآن في مصحف واحد... ولم ير الصحابة أن ذلك دليل على المنع إذا توافرت الدواعي". أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، السلمي، ص ٥٨٠. وللمزيد: الموافقات للشاطبي (٤/٤٩).

(٣) للمزيد: الخولي، مرجع سابق ص ٢٣.

مما يكذبه الواقع، فهناك نساء تولين مناصب أكبر من القضاء كملكة سبأ مثلاً مما حكاها القرآن الكريم^(١).

أما إذا كان المقصود أن التاريخ الإسلامي من لدن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى عهد قريب لم يول امرأة القضاء قط؛ فهذا أمر صحيح له مبرراته التاريخية والثقافية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يثبت عنه تولية أحد من الصحابة وظيفة خاصة يطلق عليها (القضاء) فهل يقال: إن تركه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تعيين القضاة يعني أن القضاء منحصر فقط في الخليفة؟ لم يقل أحد بهذا.

لذا، فإن تعيين القضاة وإدارة شؤون الدولة مندرج تحت السياسة الشرعية التي يقرها الحاكم وفق ما يتناسب مع الزمان والمكان دون التعارض الصريح مع النصوص القاطعة، وعلى هذا يحمل قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" على تصرفات كونه إماماً للمسلمين لا رسولا مبلغاً؛ مما يعني جواز تغييرها إن استجد ما يدعو إلى التغيير^(٢).

(١) يقول د. القرضاوي: "إن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قرأ على الناس في مكة سورة النمل، وقص عليهم في هذه السورة قصة ملكة سبأ التي قادت قومها إلى الفلاح... ويستحيل أن يرسل حكماً في حديث يناقض ما نزل عليه الوحي". ينظر: نظرات في فقه الشيخ الغزالي ومرتكزاته، نشر مجلة المسلم المعاصر، ص ٣٣.

(٢) وممن أجاد في التفريق بين تصرفات النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ القرافي في كتابه: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام. وبعناية الشيخ عبد الفتاح أبو غدة.

أنه ثبت، كما نقل أهل السير، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعان بامرأة يقال لها: سمراء بنت نهيك الأسدية أدركت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وعمرت، وكانت تمر بالأسواق، وتأمّر بالمعروف، وتنهى عن المنكر، وتضرب الناس على ذلك بالسوط كان معها^(١).

ومثل هذا ما فعله عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عندما اتخذ الشفاء على السوق.

وهذا، وإن لم يكن قضاء صريحا، إلا أنه يشير إلى إمكانية الاستعانة بالمرأة في إدارة شؤون البلاد، وهي تعد من الولايات الكبيرة نسبيا، وبها تسد أبواب كبيرة من الضرر قبل وقوعها.

أما الإجماع: فلا يمكن القول بأن المسألة هذه مجمع عليها، لوجود الخلاف الفقهي المعتبر، ولا يمكن أيضا اعتبار قول المخالف قولا شاذًا. قال الشوكاني: "إذا خالف أهل الإجماع واحدٌ من المجتهدين فقط، فذهب الجمهور إلى أنه لا يكون إجماعًا، ولا حجة، قال الصيرفي: ولا يقال له شاذ"^(٢).

وفي تحفة الأحوذى: "قال الخطابي في الحديث: إن المرأة لا تلي الإمارة، ولا القضاء، وفيه أنها لا تزوج نفسها، وتلي العقد على غيرها، كذا قال، وهو متعقب، والمنع من تولي الإمارة والقضاء قول الجمهور، وأجازه الطبري، وهي رواية عن مالك، وعن أبي حنيفة أنها تلي الحكم فيما تجوز فيه

(١) معرفة الصحابة، لأبي نعيم (٣٣٦٩/٦).

(٢) إرشاد الفحول، للشوكاني، ص ١٦٠.

شهادة النساء"^(١)، إلا إذا كان المراد من النقل عن بعض العلماء حكاية الإجماع أن هذا اتفاق أو إجماع عملي على عدم توليتها منصب القضاء من زمن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى زمانهم^(٢)؛ ولذلك قال القرافي بعد أن ساق الخلاف في حكم تولية المرأة القضاء: "ولذلك لم يسمع في عصر من الأعصار أن امرأة وليت القضاء فكان ذلك إجماعاً؛ لأنه غير سبيل المؤمنين"^(٣).

فليس المقصود بالإجماع هنا الإجماع بمعناه الأصولي؛ لوجود الخلاف في هذه المسألة.

رابعاً: إشكالية القياس:

والقياس يتطلب علة جامعة، مع الأخذ في الاعتبار اختلاف مفهوم القضاء سابقاً عما هو معمول به اليوم، فالقياس إنما يصح عند الاشتراك في العلة، ويمكن توضيح امتناع القياس من عدة أمور:

أ - أما القياس على الإمامة الكبرى فقياس مع الفارق؛ لاختلاف مناطيهما، فمناط الخلافة هو كما قال الماوردي: "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين، وسياسة الدنيا"^(٤). فجمعت بين الزعامة الدينية والدنيوية. وهذه الخلافة ليست في النبوة وإنما في السياسة المدنية والدينية، وتتطلب جهداً وعلماً وخبرة كبيرة قلما توجد في الرجال.

(١) تحفة الأحوذى، المباركفوري، (٤٤٧/٦).

(٢) السحيباني، مرجع سابق، ص ٥.

(٣) الذخيرة، للقرافي (٢٢/١٠).

(٤) الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٥.

أما مناط القضاء، فهو إقامة العدل، والفصل في المنازعات، وضمان سير العدالة في قضايا خاصة، فهو أخص من الإمامة، فكل خليفة يصلح أن يكون قاضيا ولا عكس، إلا إذا اضطررنا لذلك. فمهام الخليفة أوسع وأشمل، وهي التي يصدق عليها إطلاق الولاية العامة.

ب - ثم إن هناك نسبة وتناسب بين الخلافة والقضاء؛ كي لا تضطرب الأحكام ولا تختلف اختلافا شديدا، وهكذا في كل زمان؛ ولذلك تشدد الفقهاء في السابق في الشروط، ومنها اشتراط الاجتهاد والذكورة عندما كان العلم بمستوى عال جدا للخليفة والقضاة على حد سواء، أما المرأة فلم يكن لها دور في القضاء؛ لأن قيامها بدورها الحقيقي هو الذي وازن المجتمع إذ ذاك، وهو السبب الذي أميل إليه في تعليل اشتراط الفقهاء الذكورة، كما أوضحته قبل.

ج - أما اليوم فقد تقلص مفهوم القضاء؛ ليصبح هدفه تحقيق العدالة وفقا للقوانين الموضوعة للتنفيذ، فصار عمل القاضي منحصر في قالب هذه القوانين، وما زال التباعد بين المنصبين يتسع حتى وصل إلى ما نحن عليه اليوم، فليس الحاكم اليوم كالحاكم في السابق من كونه خليفة للمسلمين ويدافع عن بيضة الإسلام.

ومن جهة أخرى فإن القضاء اليوم ليس كالسابق الذي كان فيه القضاء بالكتاب والسنة، وفقدَ صفة الحاكمية التي تعطيه صفة النيابة المباشرة عن الحاكم، وليس هو بالمجتهد بمعناه الأصولي ... إلخ، فلكل هذا يمتنع القياس.

ولذلك ينبغي فهم نصوص الفقهاء عندما يبطلون ولاية المرأة في القضاء من أنها (ولاية عامة)، أن ذلك إنما يصح وفقا لإطار الدولة الإسلامي بمفهومها السابق، أما وقد انحلت كثير من هذه الصفات التي اتصف بها نظام الحكم، فلا حاجة للقول بأن القضاء ولاية عامة، بل هو نظام خاص للفصل في المنازعات غايته تحقيق العدل بين الناس.

د - ولأن الولاية متى ما دخلها التخصيص فليست بولاية عامة، فالقضاء يمكن أن يخصص بنوع من القضايا، وهذا بخلاف الولاية العظمى، وهي الخلافة.

فلا يصح إذن قياس القضاء بمفهومه المعاصر على الإمامة بمفهومها الشرعي، وإلا كنا أمام قياس متوهم.

هـ - أما القياس على الولاية عليها في الزواج، فقياس مع الفارق؛ لكون الولاية عليها في التزويج هو من باب القوامة، أما في القضاء فالمطلوب منها إقامة العدل وهو متحقق فيها. ومع هذا فإننا لو ابتلينا - كما جاء عند الشافعية - بتغلب امرأة على الإمامة العظمى، فإنها تنفذ أحكامها للضرورة فلها مباشرة عقد الأنكحة^(١)، ومن باب أولى في التجويز ولايتها للقضاء.

كما لا يلزم من كون الولاية عليها أن لا تتولى القضاء، فالجهة منفكة ولا تلازم بينهما، فالولاية عليها في الزواج - على رأي جمهور الفقهاء - هو من باب الاختيار الأمثل لمن يشركها في الحياة وذلك لقلة خبرتها في

(١) قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج، (٣/٣٣٦).

الرجال؛ لأن المرأة في ثقافة الأمة الإسلامية لا تختلط بالرجال في العادة، أما الفصل في المنازعات فهي قادرة عليه من الناحية النظرية.

خامساً: إشكالية المبررات العقلية:

وهي التي ارتكزت على أسباب تتعلق بعدم قدرة المرأة على مواجهة الخصوم، والتفرغ للقضاء، وأن عاطفتها كبيرة، وهذا لا يصلح للحكم بين الخصوم... إلى ما هنالك من تبريرات عقلية.

ويجاب عن هذا توفيقاً وتفريقاً بما يلي:

١ - ما يذكره المانعون صحيح، ولكن هذا حكم على المجموع على الجميع، بمعنى أن هناك من النساء اللواتي يستطعن ممارسة القضاء وبكل جدارة، ولا سيما مع تهيؤ الظروف لهن، كأن تكون متفرغة تماماً لهذه الوظيفة، ولا يشغلها أحد أبداً، مع حبها الشغوف لهذه المهمة.

٢ - أن السلك القضائي يلفظ من يُقَصِّرُ في وظيفته، ومن الصعب بل من المستحيل استمرار قاضٍ - ونفترض هنا سلامة أحكامه في المجمل - في القضاء، ومع هذا يخضع لعواطفه ومشاعره متناسياً دوره القضائي، أي أن مجرد الاستمرار في القضاء والديمومة العلمية فيه؛ كفيلاً بإيجاد الحزم والقوة والصرامة وتحري العدل ما دام القاضي مستمراً في عمله.

سادساً: إشكالية شرط الاجتهاد:

اشترط الفقهاء فيمن يتولى القضاء شروطاً عامة وخاصة، ومن أهمها:

شرط الاجتهاد، والمجتهد هو: البالغ العاقل ذو ملكة يقتدر بها على استنتاج الأحكام من مأخذها^(١).

ومجمل ما يشترط في المجتهد ما يلي:

إحاطته بمدارك الشرع، وهي الأصول: الكتاب، والسنة، والإجماع، واستصحاب الحال، والقياس التابع لها.

وأن يعرف نصوص القرآن والسنة، والإجماعات، وكيفية القياس، والناسخ والمنسوخ، ولسان العرب ولغتهم بأنواعها، وأصول الفقه، ومقاصد الشرع، ومعرفة الواقعة وأحوال الناس، والقدرة على الاستنباط ... إلى ما هنالك من شروط^(٢)، وليس المقصود العلم بكل التفاصيل.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الاجتهاد فيمن يتولى القضاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وجوب الاجتهاد:

بمعنى أنه لا يجوز أن يتولى القضاء إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المطلق، وهي أعلى مراتب الاجتهاد التي تتطلب الشروط السابقة، أما بقية المراتب كمجتهد المذهب والفتوى فأجازوا من باب الضرورة إذا فقد المجتهد المطلق، أما الجاهل فلا يجوز بحال.

(١) البحر المحيط، للزركشي (١٩٩/٦).

(٢) للمزيد: شروط الاجتهاد في تقليد القضاء، د. عقيل الحمداني، ص ٧-١٠.

وهو مذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة في المشهور^(٣)، وبعض الحنفية^(٤)، وابن حزم^(٥).

القول الثاني: يستحب كون القاضي مجتهداً:

أي أن بلوغ رتبة الاجتهاد شرط كمال لا شرط صحة، ومع هذا لا ينبغي عندهم أن يقلد الجاهل، فإن قُلد نفذت أحكامه. وهو ما ذهب إليه الحنفية في الصحيح من مذهبهم^(٦)، وابن رشد من المالكية^(٧).

القول الثالث: لا يجب الاجتهاد إذا كان لعذر:

وهو ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية، فقال: "...وسئل بعض العلماء: إذا لم يوجد من يولى القضاء؛ إلا عالم فاسق، أو جاهل دين؛ فأيهما يقدم؟ فقال: إن كانت الحاجة إلى الدين أكثر لغلبة الفساد، قدم الدين، وإن كانت الحاجة إلى العلم أكثر لخفاء الحكومات قدم العالم. وأكثر العلماء يقدمون ذا الدين، فإن

(١) الخرشي على مختصر خليل، (١٣٩/٧).

(٢) نهاية المحتاج، للرملي (٤٠٩/٧).

(٣) كشاف القناع، للبهوتي (٢٩٥/٦). وفي مطالب أولي النهى: "قال الشيخ تقي الدين: هذه الشروط تعتبر حسب الإمكان، وتجب تولية الأمثل". مطالب أولي النهى، للرحياني (٤٦٧/٦).

(٤) البناية على شرح الهداية للعيني (٤/٩).

(٥) المحلى، لابن حزم (٣٦٢/٩).

(٦) تبين الحقائق، عثمان الزيلعي (١٧٦/٤). والبناية، مرجع سابق (٤/٩).

(٧) مواهب الجليل، للحطاب (٨٨/٦).

الأئمة متفقون على أنه لا بد في المتولي، من أن يكون عدلاً أهلاً للشهادة، واختلفوا في اشتراط العلم: هل يجب أن يكون مجتهداً، أو يجوز أن يكون مقلداً، أو الواجب تولية الأمثل فالأمثل، كيفما تيسر؟ على ثلاثة أقوال، وبسط الكلام على ذلك في غير هذا الموضع^(١).

ولكنه مع هذا يرى أن جواز تولية غير الأهل للضرورة إذا كان أصلح الموجود، ويجب السعي في إصلاح الأحوال، حتى يكمل الناس ما لا بد منه من أمور الولايات ونحوها، فيكون ابن تيمية قد قيد تولية غير المجتهد بقيود، كتعذر وجود المجتهد، أو لضيق الوقت^(٢).

والحاصل بعد كل هذا:

أولاً: أنه لا يوجد دليل صحيح صريح في المنع ولا الجواز في تولية المرأة القضاء، فيبقى الحكم على الأصل، وهو الجواز مع تحقيق بقية شروط القاضي، ولكن الأفضل عدم توليتها؛ لاعتبارات تتعلق بتكوينها وطبيعتها وما كلفت به، فإذا وجد من تقدر على القضاء، بشروطه، جاز لها، والله أعلم^(٣).

(١) السياسة الشرعية، لابن تيمية ص ١٨.

(٢) للمزيد، الحمداني، مرجع سابق ص ١٧.

(٣) رأيت كلاماً مشابهاً لما ذهبت إليه للدكتور هاني الجبير، ونصه: "المقصود أن ولاية المرأة للقضاء إذا نظر إليها من حيث الدليل الشرعي الأصلي فحسب، فلا نجد لذلك مانعاً قاطعاً - مع وجود ما يقوي المنع - وأما إذا استكملنا الأدلة ونظرنا لمقتضى المصلحة فإننا لا بد مانعون خاصة مع ما يقضى به العرف الآن".

ينظر: بحث عمل المرأة في المحاماة والقضاء د. هاني الجبير، منشور في موقع الإسلام اليوم.

ثانياً: إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في شرط الاجتهاد، فأحرى أن يجوز
تولية المرأة إذا كانت عالمةً متفرغةً، وعدم التمسك بشرط الذكورة؛ فإن تولية
الجاهل أخطر من التمسك بهذا الشرط.



المبحث الثاني

الطبيعة الفقهية للقضاء المعاصر

(الكويت نموذجا)

المطلب الأول

النصوص الدستورية الكويتية وعلاقتها بتولية المرأة القضاء

ينادي بعض من المجتمع المدني الكويتي إلى المساواة في الحقوق والواجبات بين الجنسين وبشكل كبير، وينظر إلى أن المرأة كالرجل تماما في الحقوق والواجبات، محتكمين في هذا إلى نصوص الدستور والقوانين المنظمة حتى وإن كانت هذه الدساتير تنص على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيس في التشريع، كما هو الحال في الدستور الكويتي. وهذا محل إشكال في العمل بما ينادون به من المساواة المطلقة وفق إطار هذه المادة التي لا تتناسب مع توجهاتهم، أو القيام بتعديلها بما يتلاءم مع متطلبات المجتمع المدني، وهذا إشكال أكبر؛ إذ إن طبيعة المجتمع الكويتي - كغيره من المجتمعات الإسلامية - يميل إلى المحافظة على هويته الإسلامية، بالإضافة إلى تمسك الكثير منهم بعادات وتقاليد لا يمكن أن ينفك عنها.

وقد عقدت ندوات كثيرة في الكويت حول تولي المرأة للمناصب العامة كالوزارة، والبرلمان، وكذلك القضاء، فمن ذلك الندوة التي عقدتها جمعية المحامين الكويتية بالتعاون مع جمعية المحامين الأميركية حول

"المرأة والقضاء"^(١)، وتزامنا مع تاريخ حصول المرأة على حقوقها السياسية، والذي حضره عدد من السفراء والشخصيات القانونية وشاركت فيه قاضيات عرب وأجانب.

وركز رئيس الجمعية على عدم وجود نص قانوني يعارض تولي المرأة القضاء في الكويت دولة القانون والمؤسسات، ومبينا دور المرأة الفعال بالمجتمع حيث شاركت في الدفاع عن حقوقها من خلال لجان الجمعية المتعددة، وأن المرأة في الكويت لعبت دورا جوهريا في مساندة الرجل من خلال التضحيات التي قدمتها أثناء الاحتلال العراقي الغاشم، أو من خلال إطفاء آبار الكويت المشتعلة، أو من خلال تمثيلها في الأمم المتحدة، أو من خلال توليها الوزارة ونجاحها في استحقاق مناصب قانونية مهمة، كالفتوى والتشريع، والإدارة العامة للتحقيقات والادعاء العام التابعين لوزارة الداخلية، وقال: إن المرأة الكويتية نجحت في أن تكون محكمة معترفا بها في مجال التحكيم الدولي أو الوطني من خلال الأحكام التي تصدر عنها.

وهكذا نلاحظ كيف يتناول المدافعون عن المرأة التي تطالب بهذه المناصب، فهذه الندوة ضمن سلسلة من الندوات والدعوات الممهدة لتولي المرأة الكويتية القضاء، وقد حضرها ممثل جمعية المحامين الأمريكية، وأيضا رئيس مجلس الأمة الكويتي السابق وناشطون في هذا المجال مما يعني التوجه العام، والمسيطر أحيانا، على نوعية الأحكام وما يشوبها من مغالطات في فهم النصوص الشرعية.

(١) صحيفة الأنباء الكويتية تاريخ ١٨/٥/٢٠١٠م.

وبناءً على هذا: أذكر النصوص الدستورية والقانونية الكويتية ذات الصلة بتولية المرأة للقضاء ومن ثم تحليلها والتعليق عليها؛ وصولاً للتكيف الذي أتبناه مع الترجيح. وذلك في الفرعين الآتين.

الفرع الأول: النصوص الدستورية وعلاقتها بالقاضي.

أولاً: النصوص الدستورية ذات الصلة بتولي المرأة القضاء في الكويت:

وأهم هذه النصوص ما يلي:

١. ما جاء في (م٢) من الدستور حيث نصت على أن: "دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي في التشريع".

٢. ما جاء في (م٧) من الدستور تقريراً للأسس العامة ومن أهمها مبدأ المساواة، حيث نصت على أن: "العدل، والحرية، والمساواة دعائم المجتمع الكويتي، والتعاون والراحم صلة وثقى بين المواطنين".

٣. كذلك جاء أصرح منها في (م٢٩) حيث نصت على أن: "الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين".

٤. ما جاء في (م٥٠) من الدستور المتضمنة مبدأ الفصل بين السلطات: "يقوم نظام الحكم على أساس فصل السلطات مع تعاونها وفقاً لأحكام الدستور، ولا يجوز لأي سلطة منها النزول عن كل أو بعض اختصاصها المنصوص عليها في هذا الدستور".

ثانياً: النصوص القانونية ذات الصلة بتولي المرأة القضاء:

إن من أبرز النصوص القانونية في هذا الشأن هو ما جاء في المادة (١٩) من قانون تنظيم القضاء^(١) الخاص بشروط تولي القضاء، وهي:

١. أن يكون مسلماً.

٢. أن يكون كويتياً، فإن لم يوجد جاز تعيين من ينتمي بجنسيته إلى إحدى الدول العربية.

٣. أن يكون كامل الأهلية، غير محكوم عليه قضائياً أو تأديبياً لأمر مخل بالشرف والأمانة.

٤. أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.

٥. أن يكون حاصلًا على إجازة الحقوق أو الشريعة أو ما يعادلها من الإجازات العالية.

وفضلاً عما سبق، وعمّا حدث من تمكين المرأة الكويتية من المشاركة السياسية عام ٢٠٠٥م وما أعقبها من دعوات مماثلة في ذات الاتجاه؛ جرت خطوات عملية في اتجاه تولي المرأة القضاء، حيث قامت مدعية تم رفض قبولها في وظيفة (باحث قانوني) وهو ما يؤهلها فيما بعد لسلك القضاء، في القضية رقم (٢٤٩٢/٢٠٠٩م) حيث تم قبول دعواها، وهو ما أفسح الطريق بشكل قانوني للمرأة بتولي القضاء، وهو ما حصل بالفعل في هذه السنة ٢٠٢٠م، بعد أن تم قبول ٢٢ طالبة من خريجات كلية الحقوق عام ٢٠١٣م.

(١) وهو صادر بمرسوم قانون رقم (٢٣/١٩٩٠).

الفرع الثاني : تحليل وتعليق حول النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بتولية المرأة الكويتية للقضاء

١. كان نص المادة الثانية من الدستور واضحاً وواسعاً بحيث أعطى لوضعي القوانين حرية الاختيار بين الآراء الفقهية ما ينسجم مع الدستور ويحقق مبادئه، والتي هي في الأصل أيضاً واسعة، وهذا ما يمتاز به دستور دولة الكويت؛ ولذلك جاز القول بأن ولاية المرأة للقضاء مشروع وفق الدستور وغير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

٢. الناظر فيما تقدم من نصوص دستورية وقانونية يرى أن تطبيقها بشكل تدريجي منسجم مع ما تبناه الدستور الكويتي والقوانين المنضوية تحته، وأن أول حدث مهم ومنسجم مع هذه النصوص هو تعديل قانون الانتخاب والترشيح الكويتي حيث سمح للمرأة الكويتية بالترشح والانتخاب في ١٦ مايو ٢٠٠٥م^(١)، ملغياً بذلك شرط (الذكورة)، ثم توالى الدعوات التي طالبت بتطبيق نصوص الدستور والقانون لا أكثر، ما دام يحتملها النص.

٣. عدم تطرق قانون تنظيم القضاء في الكويت - كغيره في دول كثيرة - لشرط (الذكورة) مما يعني أنه مسكوت عنه، وما سكت عنه لا يجوز قصر لفظه على بعض أفراده دون بعض ودون مبرر معقول. ولا يُشكل

(١) للمزيد: صحيفة القبس الكويتية بتاريخ ١٧ مايو ٢٠٠٥م. ووكالة الأنباء الكويتية (كونا) في ٢٠١٨/٨/٣م.

على هذا ما ورد في (م ٢٠ و ٢٣) من قانون تنظيم القضاء لفظة (رجال القضاء)؛ فإن هذا تعبير بالغالب، وهو سائغ وشائع في اللغة، فلا مفهوم له.

٤. كما أنه، ووفقا لقانون تنظيم القضاء الآنف الذكر؛ فإن صفة الذكورة والأنوثة لا تعد شرطا صريحا فيمن يتولى القضاء، فالادعاء بأن دلالة هذا النص على اشتراط الذكورة تكلف بعيد وتحكم في التفسير.

٥. وضوح النص الدستوري في المادة (٧) و(٢٩) على إقرار مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بغض النظر عن أي اعتبار آخر، ومقررا مبدأ المساواة بالقانون وأمام القانون. ولا تعني المساواة المساواة المطلقة في كل شيء؛ فهذا مما يستثنيه العقل والطبع، فإن المساواة في كل شيء ظلم أيضا، وإنما المراد بالمساواة عدم بخس حقوق الناس التي تناسب مع طبيعتهم، وأن يعاملوا بما يحفظ لهم كرامتهم. وهذا هو ما جاء به الإسلام، وهو مما تقره كل الأديان.

والمفهوم القانوني لمبدأ المساواة هو أن يكون لكل شخص - توفرت فيه الشروط والمؤهلات العلمية التي تتطلبها القواعد القانونية المقررة - الحق في الاستفادة مما قرره تلك القواعد، ولا يجوز حرمانه إلا بوجود مبرر قانوني يحول دون هذه الاستفادة^(١).

ومبدأ المساواة الذي تبناه دستور الكويت يجد مستنده الأول في

(١) بحث بعنوان: مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة، د. هشام الصالح ص ١٨٥، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - عدد ١٢، السنة الثالثة، ٢٠١٥م.

الشريعة الإسلامية، وثانياً في حكم المادة (٢٥) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صدقت عليه الكويت بالقانون رقم ١٢/١٩٩٦م، وهي تقرر أن: "يكون لكل مواطن، دون أي وجه من وجوه التمييز المذكورة في (م ٢) الحقوق التالية التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة:

أ-

ب-

ت- أن تتاح له على قدم المساواة عموماً مع سواه، فرصة تقلد الوظائف العامة في بلده". فوافقت عليه الكويت دون تحفظ^(١).

والمحكمة الدستورية في الكويت تقرر أن التمييز بين من تماثل مراكزهم القانونية غير جائز. وفي الأحكام (١٧/٢٠٠٦) و(٤ - ٧/٢٠٠٧) تؤكد المحكمة المبدأ السابق، وتضيف إليه فكرة التمييز المباح أو التمييز القائم على أسباب موضوعية، ويمكن تحديد عناصر إجازة هذا التمييز بالعناصر التالية:

- المصلحة العامة، المبررة للتمييز، يجب أن تكون متصلة مباشرة بمقاصد التشريع، ولازمة لتحقيق هذه المقاصد.

- يجب ألا تكون هذه المصلحة ممنوعة بنص أعلى من النص الذي

(١) للمزيد: الفيلي، مرجع سابق ص ٣. وللمزيد من هذه الاتفاقيات والمعاهدات: مبدأ المساواة، د. هشام الصالح (ص ١٩٩).

قررها^(١).

فالتمييز إنما يكون وفقا لهذا التصور وليس على أساس الذكورة والأنوثة.

فالمساواة، في صورتها القانونية والفعلية، تمثل ضمانا فعالا وأساسيا من ضمانات تطبيق مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة^(٢).

٦. إن المسار الذي رجحته المحكمة الإدارية تبعا للدعوى رقم (٢٤٩٢/٢٠٠٩م) السابق ذكرها، ما هو إلا اختيار لبعض الآراء الفقهية التي تجيز للمرأة تولي القضاء مطلقا أو الرأي الذي يخصها فيما عدا الدماء، على التفصيل السابق ذكره. وهذا الاختيار من حق المحكمة مادام النص يسعها في التفسير والحمل على بعض الوجوه التي لا تصادم النص الدستوري، ولا سيما أن المرأة الكويتية تتولى وظائف مهمة ذات طبيعة قانونية مثل: التحقيق، المحاماة، العمل في الإدارات القانونية في مختلف الجهات في الدولة. إذن، توليها للقضاء ليس بدعا من القول.

٧. النظر في الإطار الدستوري لولاية القضاء وعلاقته بتولي المرأة هذه الوظيفة يقود إلى محاولة تحديد علاقة هذا الإطار بما يحوي من مفردات بقضية تولي المرأة للقضاء، ويلاحظ في هذا الصدد أن

(١) مقال عن ولاية المرأة للقضاء في الكويت، د. محمد الفيلي، منشور في صحيفة

الجريدة الكويتية في ١٩/٥/٢٠١٠م عدد ٤٥٨٣.

(٢) مبدأ المساواة، د. هشام الصالح ص (١٨٥).

الدستور لم يتعرض صراحة لمسألة تولي المرأة للقضاء، بل إن الدستور ضمن للقضاة، دون تمييز بين ذكر أو أنثى، حريتهم في سير العدالة وفق ما نصت عليه (م ١٦٣) من الدستور إذ جاء فيها: "لا سلطان لأي جهة على القاضي في قضاؤه، ولا يجوز بحال التدخل في سير العدالة، ويكفل القانون استقلال القضاء ويبين ضمانات القضاة والأحكام الخاصة بهم وأحوال عدم قابليتهم للعزل".

٨. أن القضاء وفقا للدستور وظيفة لا ولاية. فالدستور يحدد وظائف ثلاث في الدولة (السلطات الثلاث) ويقرر لكل سلطة استقلالاً يسمح له أن يراقب السلطات الأخرى، كما أن القانون بالمعنى الموضوعي يحدد شروط وأساليب هذه الوظائف. وقد استعمل الدستور مصطلح الولاية في (م ٢٦) وهو يتحدث عن الوظائف العامة، كما أن (م ١٩) فقرة ب من قانون تنظيم القضاء تستخدم عبارة (تعيين) للكلام عن ولاية القضاء^(١).

وهذا مرتبط بمبدأ المساواة آنف الذكر؛ فإن هذا المبدأ يعني تساوي جميع الأفراد في تولي الوظائف العامة، ومعاملتهم نفس المعاملة من حيث المؤهلات والشروط المطلوبة قانوناً. فالمساواة في شغل الوظائف العامة تتحقق عندما تكون متاحة للجميع على السواء، متى ما توافرت لديهم الكفاءة المطلوبة^(٢).

(١) للمزيد: القيلي، مقال في صحيفة الجريدة، مرجع سابق.

(٢) للمزيد: مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة و ضمانات تطبيقه، د. بدوي عبد العليم،

(ص ١٢٠) ط: دار النهضة العربية- القاهرة ٢٠٠٦م.

وقد اختار القانون الكويتي مبدأ التعيين بالنسبة للقضاة، مما يعزز فكرة الوظيفة^(١)، وإذا كان نظام اختيار القضاة بالتعيين هو السائد في العديد من النظم القانونية؛ فإن هذا النظام لا يخلو من عيوب، أهمها: تدخل الاعتبارات السياسية والوساطة في التعيين، وتدخل السلطة التنفيذية في نظام الترقيات والإعارات^(٢).

مما سبق نجد أن الإحالة إلى (المشروع) العادي لا تعني إطلاق يده في أن يفعل ما يشاء كما يشاء، بل عليه أن يضع من التنظيم ما هو لازم لترجمة النص الذي أتى لتفعيله دون أن يكون حكمه مخالفاً لنص آخر في الدستور، كما ينبغي النظر في القانون المنظم للعمل القضائي لاستنباط موقفه من تولي المرأة الكويتية للقضاء؛ لأنه هو المكلف بتنظيم الأحكام الخاصة بالقضاة وفقاً للمادة (١٦٣) من الدستور، ووفقاً لما قرره الدستور من مبدأ المساواة وفي إطار أحكام الفقه الإسلامي كما أرشدت إليه المادة الثانية من الدستور^(٣).



- (١) هذا مما يعزز التكيف الذي أميل إليه من كون القضاء في العصر الحاضر وظيفة إدارية ذا طبيعة خاصة ملزمة، وسيأتي بيانه.
- (٢) للمزيد: الوسيط في قانون المرافعات الكويتي - قانون القضاء المدني الكويتي، د. عزمي عبد الفتاح ود. مساعد العنزي (ص ٦٥)، الناشر: مؤسسة دارالكتب ط ٤: ٢٠١٧ م.
- (٣) للمزيد: الفيلي، مرجع سابق (ص ٢).

المطلب الثاني

التكيف الفقهي والقانوني لتولي المرأة القضاء في النظام المعاصر

إن التكيف الدقيق لتولي المرأة القضاء ينبنى عليه الحكم الفقهي الذي يمثل الرأي الراجح في تصور الباحث؛ لذا سأبدأ أولاً بالتكيف الفقهي والقانوني ووفقاً لما تقدم من الإطار الدستوري والقانوني في الكويت، وثانياً أبين الراجح وما أتوصل إليه من قناعة حول تولي المرأة القضاء، وذلك من خلال الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

التكيف الفقهي والقانوني المتعلق بتولي المرأة القضاء في العصر

الحديث

إن النظر في مفهوم تولي المرأة القضاء، ولا سيما في الكويت، مع مراعاة ما سبق من كلام الفقهاء والقوانين ذات الصلة هو وفق ما يلي من حقائقٍ موصلةٍ إلى تكيف يعبر عما خلص إليه البحث:

١ - إن تركيز السلطة وقصرها على الذكور قاد جمهور الفقهاء إلى القول بعدم جواز ولاية المرأة للقضاء؛ باعتبار ولاية القضاء مشتقة من الولاية العظمى، وهذه الأخيرة يشترط فيها الذكورة^(١).

٢ - إن التطور الذي جرى على مفهوم الولاية الكبرى (الخلافة) وتركز

(١) الإطار الدستوري لولاية القضاء وعلاقته بولاية المرأة، د. محمد الفيلي ص ٢. منشور في الموقع الشخصي للدكتور، بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٥م.

السلطة بيد الخليفة وأن من ينوبه إنما يستمد ولايته من ولاية الخليفة؛
ليدل على مفهوم جديد للدولة الحديثة ذات المؤسسات الإدارية
والمنظمة.

هذا التطور في المفهوم انعكس على أهم شروط تولي الولاية العامة،
ومنها القضاء، وهو اشتراط الذكورة، فبدأت تتشكل شروط ومعايير تولي هذه
المناصب باعتبارها (وظيفة) أو (عملاً إدارياً ذا طبيعة خاصة).

٣ - النظام الإسلامي في الولاية له خصائصه التي تميزه عن النظم الغربية،
ففي النظام الإسلامي لا بد من تطبيق الحاكم ومن ينوبه حكم الله بين
الناس وسياستهم وفق ما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا
يلزم منه تمركز السلطة في يد الخليفة الجامع لصفات الإمامة العظمى
مع الأخذ بمبدأ الشورى، وبما أنه يتعذر عليه متابعة شؤون الدولة
المتشعبة، فإنه يستعين بولاة وقضاة هم في الحقيقة غير مستقلين عنه،
إذ الكل بمن فيهم الخليفة مطلوب منهم تطبيق شريعة الله وفق اجتهاد
العلماء الذين هم أيضاً ليسوا بمعزل عن الولاية والقضاة.

وقد اشترط الفقهاء فيمن يتولى الخلافة الاجتهاد؛ مما يعني قلة وربما
انعدام الخطأ في أحكامه، لا سيما مع مشاوره أهل العلم، فحيثما حل هذا
الشرط وبدقة انزاح الظلم وحل العدل لا محالة، وهذا الشرط ينسحب أيضاً
على القضاة، فكان جل تركيز هذا النظام على أهمية العلم والتفرغ لهذه
المهام مما يضمن سلامة الأحكام، وهذا بخلاف رؤية النظم الحديثة التي
ترى أهمية انفصال السلطات بعضها عن بعض وجعل كل سلطة تراقب

الأخرى، مما نتج عنه بلا شك ثغرات كبيرة، إذ كان الاهتمام منصبا على الكم لا على الكيف، بمعنى أن المعيار في المؤسسات الحديثة أصبح شكليا أكثر منه موضوعيا، فضلا عن قلة الخبرة والممارسة، وهذا مما لا يتماشى مع النظام الإسلامي المتكامل.

٤ - هذا بخلاف ما يجري في النظم الغربية، والتي تأثرت بها الدول العربية والإسلامية مؤخرا، من انفصال السلطة عن أصلها الديني، والذي بدأ في أوروبا مع نهاية العصور الوسطى، وقد ساعد هذا التحول مقرونا بظهور دعوات التنوير في إيجاد حل جيد لمشكلة تركيز السلطة. ونجد ظهور بوادر هذا الحل في التحليل الذي طرحه (مونتسكيو) في كتابه روح القوانين الذي وضعه عام ١٧٤٨م، وهذا التاريخ هو قبيل الثورة الفرنسية الشهيرة، حيث انطلق هذا التحليل من أن للدولة ثلاث وظائف تحدد وجودها: وظيفة التشريع، والتنفيذ، والقضاء. وهو يرى أن تركّز السلطة مفسدة، وأن الحل عنده أن ينشأ جهاز خاص بكل وظيفة وأن تعدد الأجهزة يسمح لكل منها أن تراقب الأخرى، وهذه الرؤية منه قادت إلى تحويل القضاء إلى جهاز مستقل عن الحاكم يرتبط وجوده بوظيفة يشبع من خلالها حاجة عامة لازمة للجماعة وهي إقامة العدل وفض المنازعات وفق القانون^(١).

٥ - الفصل بين السلطات الثلاث في النظام القضائي الكويتي إشارة قوية على أن دور القضاء هو التطبيق لا أكثر، بل ولا يستطيع حتى تغيير

(١) الفيلبي، مرجع سابق ص ٢.

القوانين فإن من يغيرها هو (البرلمان)؛ مما يعني قرب دور القاضي المعاصر من العمل الإداري ذي الطبيعة الخاصة الملزمة فقط، وكثيراً ما يطبق القاضي قانوناً لا يراه هو، وغير مقتنع به مثل: سن الحضانة، الوصية الواجبة، الطلاق المعلق.

يقول د. شحاتة: "فمنذ قامت الثورة الفرنسية، بل وقبل ذلك، بدأ التفكير في وضع الضوابط الدقيقة بين سلطة التشريع، وسلطة القضاء، وأصر المنادون بالفصل بين السلطات، على أن (التشريع) اختصاص خالص لممثلي الأمة، الذين يفرغون إرادتها في قواعد عامة، ويقتصر دور القضاء على تطبيقها... وصارت كلمة (مونتسكييه) أن القاضي هو اللسان الناطق بالقانون... ولم تكن الحجة الوحيدة لقصر دور القاضي على التطبيق دون التشريع هي ضرورة الفصل بين السلطات، بل تطورت حجج فنية أخرى... تلك الحجج الفنية وغيرها، في الموضوع والصياغة، جعلت من الصعب في الفكر الحديث أن يسلم للقضاء بالتشريع، وأسست - كما أكدت - قول (مونتسكييه) الذي جعل القاضي مجرد فم للقانون..."^(١).

٦ - مبدأ الفصل بين السلطات في النظم الحالية، ومنها الكويت، قرينة على انفصال الولاية العامة عن القاضي؛ فالقاضي يمارس اختصاصه وفق مبدأ الفصل بين السلطات استناداً لما يقرره الدستور من اختصاص مناط بالسلطة القضائية وليس بتفويض من رئيس الدولة، ورئيس الدولة من جانبه يمارس اختصاصات حددها له الدستور لا

(١) اجتهاد القاضي نظرة مقارنة، إبراهيم شحاتة ص ٣-٤.

يستطيع أن يفوض فيها أو ينيب إلا في الحدود المقررة في الدستور^(١).
لذا، فإن ما يترجح حول تكيف هذه المنظومة (القضائية) في العصر
الحديث أنه يقع ضمن هذين التكييفين:

الأول: أنه أقرب ما يكون إلى العمل الإداري المنظم ذي الطبيعة
الخاصة والذي يتضمن قوة الإلزام، وتستمد هذه المنظومة قوتها من القانون
الواجب التطبيق. وهذا ما يتناسب مع رؤية القانون الكويتي التي تقدم ذكرها،
وأنها وفقا لهذا التصور وظيفة لا ولاية.

الثاني: أنه من قبيل قضاء الضرورة؛ وعلى هذا تكون ولاية المرأة
للقضاء وفق هذا التصور. فينفذ حكمها غيرها من الرجال الذين لم تتوافر
فيهم شروط القضاء، من باب الضرورة؛ إذ لا يستقيم ترك الناس دون من
يفصل بينهم عند التنازع.

وغني عن البيان أن من يقول بجواز توليتها فإنه مستغن عن هذين
التكييفين.

توجيه التكيف: أنه إذا غاب شرط الذكورة فغياب الاجتهاد أهم
وأحرى بالاهتمام، بل إنه في العصر الحديث لم يبق من الشروط في بعض
من يتولى هذا المنصب سوى الإسلام والعقل والبلوغ، أما بقية الشروط فقد
تكاد تنعدم.

وبناء على هذا وقع التسامح في هذه الشروط؛ لضرورة هذا المنصب

(١) للمزيد: الفيلى ص ٢.

وعدم جواز خلو الزمان والمكان عنه، فيكون التكييف الأقرب أنه عمل إداري منظم ذي طبيعة خاصة.

الفرع الثاني: الترجيح في حكم تولي المرأة الكويتية القضاء.

وخلاصة الرأي في حكم تولي المرأة الكويتية للقضاء وفق ما يلي مرتبا:

أولاً: أن الأصل عدم جواز تولية المرأة القضاء بمفهومه الشرعي الجامع للشروط المعروفة لدى الفقهاء.

ثانياً: عند فقد الشروط المطلوبة في القاضي، أو بتولية الظالم لها، أو حاكم ذي شوكة؛ فإن قضاءها ينفذ حينئذ، لا باعتبار جواز توليتها، ولكن باعتبار أن توليتها من قبيل قضاء الضرورة.

ثالثاً: وهو الأهم: عند فقد الشروط أيضاً، ووفقاً لما يجري عليه العمل الآن في الدول الحديثة، ومن فصل بين السلطات، واقتصار دور القضاء على تطبيق القانون الآتي له من سلطة أخرى؛ فإن القضاء يصبح قريباً من العمل الإداري ذي الطبيعة الخاصة الملزمة، وإذا كان الأمر كذلك، فلا مانع من تولي المرأة (القضاء)؛ إذ إن المسألة خرجت برمتها من منظومة القضاء الشرعي وأصبحت تطبيقاً حرفياً أو يكاد لمنطوق النصوص، فأصبحت كأي وظيفة عامة في الدولة، هذا فضلاً عن تخلف جل الشروط المطلوبة في القضاء^(١).

(١) ولا يكفي الاكتفاء بالإجازة الجامعة، ولا تعد معياراً في نظر الفقهاء، وإن كانت كذلك في الوقت المعاصر. وينظر للمزيد: مقال بعنوان: الخلافة فريضة شرعية أم منظومة

ومما يقوي هذا الترجيح:

١ - الأدلة العامة التي تدل بمجموعها على مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات وفقا للمفهوم الحديث للدول، والمؤسسي، ووفقا للمعقول.

من ذلك: قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "النساء شقائق الرجال"^(١).

٢ - أن الاستعانة بالمرأة القادرة على القضاء وفقا للشروط التي يشترطها مجلس القضاء الأعلى يدخل في ضمن التعاون على البر والتقوى والتعاون المأمور به لخدمة الوطن، ومن باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو دور تكاملي.

٣ - الوقوع أقوى أدلة الجواز، فإنه قد وقع تعيين بعض النساء على بعض الأعمال فيؤخذ من هذه صلاحيتهن لذلك^(٢).

٤ - إذا كانت المرأة تسن القوانين في (البرلمان) وهي سلطة أقوى من القضاء، فكيف لا يجوز لها في ظل الدول الحديثة أن لا تمارس تطبيق القانون؟!.

٥ - أجاز بعض الفقهاء أن تكون المرأة حكما^(٣)، والتحكيم نوع من

إدارية، بشار شريف، موقع الجزيرة نت في ١٣/١/٢٠١٨م.

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب: الطهارة، باب: الرجل يجد البلة في منامه (١٧١/١) برقم ٢٣٦. والحديث حسن لغيره بتحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل.

(٢) كالشفاء وسمراء بنت نهيك. وقد تقدم خبرهما.

(٣) ولكن هذا القول مبني من حيث التحقيق على أن الحكمين وكيلان لا حاكمان، ومع هذا

القضاء. ولا خلاف في جواز كونها مفتية ومعلمة، وهذا هو المهم في شخصية القاضي العلم بما يعرض عليه وقوة الاستنباط والتأهل للاجتهد ولو كان جزئياً.

٦ - أن الغرض من القضاة تنفيذ الأحكام، وسماع البينة، والفصل بين الخصوم، وذلك متأت من المرأة، كتأتيه من الرجل، فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الذكر والأنثى، وهذا القدر غير مؤثر^(١).

٧ - إن مبدأ استقلال القضاء وتعدد درجات التقاضي يضمن سلامة الأحكام إلى حد بعيد فتكون المرأة - لمن يشكك في قضائها منفردة - في مأمن من ذلك.

٨ - إن حكم الحاكم يرفع الخلاف، ولا سيما مع وجود الخلاف الفقهي وإن كان ضعيفاً، ونظيره بعض الأحكام التي رجحها القانون وهي في غاية الضعف، كما في عدم اعتبار الطلاق المعلق، فهو لا يقع وفقاً للقانون الكويتي بالرغم من مخالفة هذا الحكم قول جماهير الفقهاء، وهنا على القاضي أن ينفذ الحكم وإن لم يكن مقتنعاً بحكم القانون.

٩ - ومما قيل في منظومة القضاء المعاصر ويؤيد ما ذهبت إليه من أنه أقرب إلى العمل الإداري، قول الشيخ هاني الجبير: "ومن هذا أن القضاء في هذا العصر يختلف كثيراً عما كان عليه في الماضي،

فالمراد أنه يقع به الفصل في النزاع من هذا الوجه. وممن ذهب إلى هذا: الشافعية والحنابلة. ينظر: روضة الطالبين للنووي (٣٤٩/٦)، الإنصاف للمرداوي (٣٨٠/٨).

(١) للمزيد: المعونة (١٥٠٣/٣).

فالقاضي الآن لا يملك ولاية تامة، بل هو جزء من منظومة التحاكم؛ ولذا فليس لحكمه اعتبار حتى يكتسب القطعية بقناعة الطرفين أو تدقيقه من درجة أعلى، ثم إنه لا يملك النظر إلا في حدود معينة حسب الاختصاص المجعول له فقط"^(١).



(١) بحث منشور في موقع الإسلام اليوم، مرجع سابق.

الخاتمة

أولاً: يمكن بيان أهم النتائج فيما يلي:

١ - لا يوجد دليل قطعي الدلالة والثبوت معا يدل على عدم جواز تولية المرأة للقضاء.

٢ - الخلاف قديم بين الفقهاء في هذه المسألة، وليس مقصودا من شرط الذكورة ذات الذكورة بقدر ما هو مستتر من وراء هذا الشرط، فإن العلماء والمجتمع قد أولوا عناية بالمرأة وتفرغها التام للتربية ومسؤولية الأسرة والتي لا تقل أهمية عن أي وظيفة أخرى.

٣ - إن القضاء وفق العصر الحديث ما هو إلا منظومة جديدة تشكلت بعد غياب منظومة الإمامة الكبرى وما تحمله من معان سامية انعكست على القضاء الشرعي، فغدا القضاء اليوم عملا إداريا ذا طبيعة خاصة ملزمة بقوة القانون.

٤ - يمكن كذلك تكييف القضاء اليوم بأنه من قبيل قضاء الضرورة لغياب الشروط المهمة.

٥ - اختيار القانون أحد الأقوال الفقهية يضمن عدم خروجه عن نص المادة الثانية من الدستور، فيكون رأيه موافقا للشريعة الإسلامية وإن كان في واقع الحال ضعيفا.

ثانياً: التوصيات:

١ - الالتزام بضوابط صارمة تضمن سلامة الحكم عند تولية المرأة

القضاء، مثل:

- أن تكون متفرغة للقضاء، ذات علم وفطنة واجتهاد.
 - أن لا تكون متزوجة، ولا ذات أولاد؛ فإن رعايتها لبيتها وأسرتها فرض عين أما توليها القضاء ففرض كفاية، وفرض العين مقدم على فرض الكفاية.
- وهذا من باب تقديم الأهم على المهم، وأن تكون الأولوية للرجال إذا توفر فيهم من يستطيع القضاء بشروطه.
- ٢- حوكمة القضاء وفق إطار تنظيمي مُحكم علمياً وعملياً، مع الحفاظ على هويته الرفيعة.
- ٣- التدرج في التطبيق من حيث الموضوع والشكل، فيكون التدرج في أنواع من القضايا، كما يكون أيضاً في تشكيل الدوائر القضائية التي تنتمي لها، بحيث ينتظم سلوكها في القضاء بشكل تام ومنضبط.



المصادر والمراجع

أولاً- التفسير وأحكام القرآن:

- ابن العربي، أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عطا، ط ٣، دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٣م.
- الطبري، ابن جرير، تفسير ابن جرير الطبري، تحقيق: صلاح الخالدي، ط: دار القلم، دمشق، ١٩٩٧م.

ثانياً- الحديث الشريف:

- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير، تعليق: البغا، ط ١: دار طوق النجاة ١٤٢٢هـ.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
- القسطلاني، أحمد بن محمد، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية.
- ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: ابن باز، الخطيب، ط: دار الفكر.
- ابن حنبل، أحمد، المسند، ط: مؤسسة قرطبة، القاهرة.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، المحقق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط ١، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، ط: دار الحديث.

ثالثا- أصول الفقه والقواعد الفقهية :

- السبكي، عبد الوهاب بن علي، الاشباه والنظائر، ط ١: دار الكتب العلمية ١٩٩١م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط ١، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.
- الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، تحقيق: محمد البدري، ط: دار الفكر ١٩٩٢م.

رابعا- الفقه المذهبي والفقه الخلافي :

- ابن الشَّحْنَةَ، أحمد بن محمد بن محمد، لسان الحكام في معرفة الأحكام، الناشر: البابي الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٣٩٣هـ، ١٩٧٣م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم ، السياسة الشرعية، ط: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية ط ١، ١٤١٨هـ.
- ابن جزري، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ط: دار الفكر.
- ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى بالآثار، ط: دار الفكر.
- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط: دار الفكر.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي ، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات الممهّدات، تحقيق: محمد الحجّي، بيروت ١٩٨٨م.
- ابن عرفة، محمد التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن، ط ١، ٢٠١٤م.

- ابن علي، عبد الوهاب البغدادي، المعونة، المحقق: حميش عبد الحق، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو، ود. عبد المحسن التركي، ط: ١٩٩٢م.
- ابن نجيم النهر الفائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم ٦٢٤/٣ ط: ١: دار الكتب العلمية ٢٠٠٢م.
- الأنصاري، شيخ الإسلام زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط: الشاملة.
- البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، ط: الحلبي، ١٩٥٠م.
- البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع، ط: عالم الكتب ٢٠٠٣م.
- البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع، ط: دار الكتب العلمية.
- جليبي، سعدي أفندي، حاشية سعدي أفندي على العناية شرح الهداية، مطبوع مع شرح فتح القدير، ط: دار الفكر.
- الجمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على شرح المنهج، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، ط: دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٦م.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم، تحقيق: مصطفى حلمي وفؤاد عبد المنعم، ط: دار الدعوة، الإسكندرية.
- الحطاب، أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط: دار الفكر، ١٣٩٨هـ.
- الخرشي، محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط: دار الفكر، بيروت.
- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق: أيمن صالح، ط: دار الكتب العلمية - بيروت ٢٠٠٣م.

- الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى، ط: المكتب الإسلامي ١٩٩٤م.
- الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤م.
- الزركشي، بدر الدين، البحر المحيط، تحقيق: محمد تامر، ط١: دار الكتب العلمية.
- الزيلعي، عثمان، تبين الحقائق، ط: دار الكتاب الإسلامي.
- عlish، محمد بن أحمد، شرح منح الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق: عبد الجليل عبد السلام، ط: دار الكتب العلمية - بيروت ٢٠٠٣م.
- العمراني، يحيى بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- العيني، محمود بن أحمد، البناية على شرح الهداية، ط: دار الكتب العلمية، بيروت ٢٠٠٠م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود، محمد تامر، ط١: دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ.
- الفراء، أبو يعلى، الأحكام السلطانية، ط: دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٨٣م.
- القرافي، شهاب الدين، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، بعناية: عبد الفتاح أبو غدة.
- القرافي، شهاب الدين، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، ط١: دار الغرب الإسلامي ١٩٩٤م.
- قلوبوي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج، ط: مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧٥هـ، ١٩٥٥م.
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر، بدائع الصنائع، تحقيق: محمد خير طعمة

- الحلبي، ط: دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٠م. و ط ٢، دار الكتب العلمية، ١٩٨٦م.
- الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية، تحقيق: عصام فارس، ط: المكتب الإسلامي - بيروت ١٩٩٦م.
- الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: معوض وعبد الموجود، ط: ١: دار الكتب العلمية ١٤١٤هـ.
- المباركفوري، أبو العلاء محمد، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، ط: دار الكتب العلمية.
- المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط: دار الباز.
- المرغيناني، برهان الدين، الهداية شرح بداية المبتدي، ط: مصطفى الحلبي، القاهرة.
- النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ط: دار الفكر ١٩٩٥م.
- النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: محمد الفقي، ط: المكتبة العلمية.
- الهيثمي، ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط: دار الكتب العلمية ٢٠٠١م.

خامسا- القانون:

- الفيلى، محمد، الإطار الدستوري لولاية القضاء وعلاقته بولاية المرأة، منشور في الموقع الشخصي للدكتور، بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٥م.
- الصالح، د. هشام، مبدأ المساواة في شغل الوظيفة العامة، منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - عدد ١٢، السنة الثالثة، ٢٠١٥م.
- بدوي، د. عبد العيلم، مبدأ الصلاحية في الوظائف العامة وضمائم تطبيقه، ط:

دار النهضة العربية- القاهرة ٢٠٠٦م.

- عبد الفتاح، د. عزمي ود. مساعد العنزي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي
- قانون القضاء المدني الكويتي، الناشر: مؤسسة دار الكتب ط٤: ٢٠١٧م.

سادسا- التاريخ والتراجم:

- ابن الأثير، الكامل في التاريخ، ط: دار صادر، بيروت ١٩٦٥م.
- أبو نعيم، أحمد بن عبد الله، معرفة الصحابة، تحقيق: عادل العزازي، ط: دار الوطن، الرياض ١٩٩٨م.
- الطبري، ابن جرير، تاريخ الأمم والملوك، ط: دار الفكر ١٩٧٩م.

سابعا: مراجع معاصرة وأبحاث علمية:

- البوطي، محمد سعيد رمضان، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ط١: دار الفكر - دمشق، ١٩٩٦م.
- العجبر، هاني، عمل المرأة في المحاماة والقضاء، منشور في موقع الإسلام اليوم بتاريخ ١٤٣٣/٦/٢٩هـ.
- الحمداني، عقيل، شروط الاجتهاد في تقليد القضاء، ط: جامعة الأنبار، كلية العلوم الإسلامية الرمادي، منشور في موقع دار المنظومة.
- الخولي، هند، تولي المرأة المناصب العليا، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، عدد (١)، ٢٠١١م.
- الزحيلي، محمد، تاريخ القضاء في الإسلام، ط١: دار الفكر المعاصر - دمشق ٢٠٠١م.
- السباعي، مصطفى، المرأة بين الفقه والقانون، ط: المكتب الإسلامي - دمشق.
- السحبياني، عبد الله، تولي المرأة القضاء- رؤية شرعية، منشور في موقع الدكتور نفسه على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٤/١١/١٣م.

- شحاتة، إبراهيم، اجتهاد القاضي نظرة مقارنة، ط: مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، منشور في قاعدة بيانات دار المنظومة.
- شريف، بشار، مقال بعنوان: الخلافة فريضة شرعية أم منظومة إدارية، موقع الجزيرة نت في ١٣/١/٢٠١٨م.
- عبد الكريم، نصر، حكم تولي القضاء في ضوء المستجدات المعاصرة، رسالة ماجستير من جامعة النجاح بنابلس ٢٠١٢م.
- عتر، نور الدين، ماذا عن المرأة؟، ط١: اليمامة- بيروت ودمشق ٢٠٠٣م.
- عثمان، محمد رأفت، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ط٢: دار البيان ١٩٩٤م.
- القرضاوي مقال نظرات في فقه الشيخ الغزالي ومرتكزاته، د. القرضاوي نشر مجلة المسلم المعاصر، عدد: ٧٥-٧٦ فبراير - يوليو ١٩٩٥م).
- قنديل، محمد حسين، تولية المرأة القضاء في الفقه الإسلامي، ط١، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.
- الكردي، أحمد، أحكام المرأة في الفقه الإسلامي، ط١: مطبعة الصباح، ١٩٨٤م.
- المودودي، أبو الأعلى، الإسلام في مواجهة التحديات المعاصرة، للمودودي، ترجمة: خليل الحامدي، ط: دار القلم، الكويت ١٩٧١م.
- الميساوي، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر ابن عاشور وكتابه مقاصد الشريعة، ط: البصائر للإنتاج العلمي ماليزيا ١٩٩٨م.
- هلال، هدى، قراءة تحليلية نقدية في الحكم الشرعي لتولي المرأة منصب القضاء، بحث منشور في مجلة الفكر الإسلامي المعاصر بالأردن، السنة ١٦، العدد (٦٤) ربيع ١٤٣٢هـ.
- وكالة الأنباء الكويتية كونا.

عقد الشركة في المواشي طبيعته وضوابط مشروعيته في الفقه الإسلامي

إعداد

د. أنور محمد سيد أحمد رزق

عقدُ الشركة في المواشى طبيعته وضوابطُ مشروعِيته في الفقه الإسلامي

أنور محمد سيد أحمد رزق

قسم الفقه والأصول، كلية الدراسات الإسلامية، الجامعة الإسلامية،
مينيسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية.

البريد الإلكتروني : dranwar@outlook.com

ملخص البحث:

هذا بحثٌ يشتملُ على التكييف الفقهي لمعاملةٍ انتشرت في الريف المصري وهي عقدُ الشركة في المواشى، القائم بين المالك والمُربّي، فالمالك يدفع ماشيته إلى آخر وهو المُربّي، ليقوم على تربيتها ورعايتها ببعض نمائها، من الدّرّ (اللبن) والنّسل، أو الربح المتوقع مادّيّاً، تناول البحث هذه المعاملة في ثلاثة مطالبٍ؛ المطلب الأول في التعريف بعقد تربية المواشى وعلاقته بعقود شركات الاستثمار في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني في التكييف الفقهي لعقد تربية المواشى، والمطلب الثالث : ضوابط مشروعِيّة عقد تربية المواشى وأهم أحكامه، ثم الخاتمة المشتملة على أهم نتائج البحث .

الكلمات المفتاحيّة : الشركة، المواشى، عقد، ضوابط، طبيعة.

The Rules of Livestock Partnership in Islamic jurisprudence

Anwar Mohammed Sayed Ahmed Rizk

Department of Jurisprudence and Origins, Faculty of Islamic Studies, Islamic University, Minnesota, USA.

Email: dranwar@outlook.com

Abstract:

This study explains the jurisprudential aspects of a common transaction in the Egyptian countryside, which is known by the livestock partnership contracts. It discusses the following:

a) Explanation of this sort of transaction in real-life scenarios, b) Types of livestock partnerships, c) Relationship between Profit and Loss Sharing, d) Relationship between Sharecropping, e) Are livestock partnership contracts permissible or not? f) Jurisprudential objections to such contracts, g) Disputes between the parties of these contracts, h) Which party is responsible for livestock liabilities? Finally, the conclusion which contains the most important outcomes of the study.

Keywords: Partnership, Livestock, Contract, Rules, Essence.

المقدمة

من المقرّر - عند أغلب الفقهاء - أنّ الأصل في المعاملات الإباحة حتى يردّ دليل التحريم، بخلاف العبادات: فالأصل فيها التوقيف (الورود عن الشارع) حتى يردّ دليل المشروعية^(١)، وتربية المواشى في الأرياف أمر لا غنى عنه، فالماشية بالنسبة للفلاح عدته وذخيرته في هذه الحياة، فهي مصدر ثرائه وغذائه، وعلى تربيتها ورعايتها يصرف معظم وقته، ويتفاوت الفلاحون فيما يمتلكون من عدد رؤوس المواشى، بين مُقلِّ ومُكثِرٍ، ومن الفلاحين من لا يملك ماشية أصلاً، ويحتاج إلى مَنْ يُمُدّه بتلك الماشية ليعمل عليها، فيكفي نفسه وأهل بيته، لأنّه سيجد ريعاً من تلك الماشية يتمثل في دَرِّها (لبنها) ونتاجها (نسلها)، فيشرب من اللبن ويمتلك جزءاً من التّاج، فيصير مالكاً بعد أن كان راعياً، ويكف نفسه عن السؤال بعد أن كان عائلاً.

ويحدث كثيراً أن يكون لرجل ماشية، لكنه لا يستطيع القيام على رعايتها، لأنّه لا يُحسن ذلك، أو لعدم التفرغ، فيعطى جزءاً منها لرجل يقوم على رعايتها، فيتعهّد أكلها وشربها وحظيرتها، بعد أن ينقلها إلى رَحله وبيته، على أن يكون لذلك المرَبّي جزءٌ من نتاجها، ويستفيد بلبنها إن كان لها لبن، ما بقيت في رَحله وحوزته.

وفي هذا العقد منفعة للطرفين؛ المالك والمرَبّي، فالمالك تنمو ماشيته، ويزداد نتاجها، والمرَبّي يستفيد بلبنها ويشارك في امتلاك جزءٍ من

(١) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة ص ٢٢٣، ط. دار الفكر العربي. المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا (١/٥٤٧) ط. دار القلم ١٤٢٥ هـ.

نتائجها، ولمّا كان هذا العقدُ بهذه الأهميّة احتجنا إلى تكييفه فقهاً، ومعرفة الأحكام التي تكتنف هذا العقد، وبيان المحاذير التي قد تقع إبان ممارسة هذا العقد، والتنبيه على تلاشي تلك المحظورات حتى يبقى الكلُّ مستفيداً، إذ من وظيفة الفقيه المفتي تصحيح العقود ما وجد لذلك سبيلاً ومخرجاً، من باب التيسير على الناس، وخاصّةً إذا عمّت البلوى بعقد تتابع الناس عليه، بشرط أن لا يشتمل على غررٍ أو غشٍ أو تدليسٍ أو ربا صريح، أو يخالف نصّاً صريحاً أو سنةً ثابتةً أو إجماعاً أو قياساً جلياً، وكما قيل: إنّما الفقه الرخصة من ثقة، أمّا التشديد فيحسّنه كلُّ أحدٍ.

ومع تتابع الناس على العمل بهذا العقد، حدثت منازعات بين المالك والمُرَبّي، اشتدّت الحاجة إلى معرفة الحكم الفقهي لها، حُكْمٌ يليق بتطور العصر ولا يُناقض ثوابت الشرع، وعلى ذلك؛ يلزم الفقيه أن يجول بخاطره وذهنه على المراحل التي تمر بها الفتوى في ذهن المفتي، وهي التصوير ثم التكييف ثم الحكم ثم التدليل ثم الفتوى، حتى يخرج في كلّ جزئية من البحث بما يليق بها من الحكم الفقهي.

أسباب اختياري لموضوع البحث:

- ١- عموم البلوى بهذا العقد في الريف المصري.
- ٢- شدة احتياج عموم الناس لمعرفة الحكم الفقهي لهذه المعاملة.
- ٣- تبصرة الدارسين والباحثين بحكم هذا العقد ليكونوا على بصيرة عند الفتوى.
- ٤- إمداد المكتبة الإسلامية بما يسدُّ هذا الجانب من الدراسات.

الجديد في هذا البحث:

- ١- إبراز الحكم الفقهي لهذا العقد الذي عمّت به البلوى في الأرياف.
- ٢- إظهار الحكم الفقهي المناسب للمنازعات الحاصلة بين المالك والمُرَبّي.
- ٣- ضمان هذه الماشية محلّ العقد، على مَنْ يكون؟ ومتى نلجأ إلى الاستثناءات؟

الدراسات السابقة:

هناك كثيرٌ من الفروع الفقهيّة الماثورة في كتب التراث تُشبهُ مسألَتنا هذه، وإن كانت لا تتطابقُ معها تمامَ التطابق، فهي قريبةٌ في المُدْرِكِ والمصلحة من هذا العقد محلّ البحث، وإن كانت لا تتحدّثُ عنه بخصوصه، وفي كُتُبِ الفتاوى المعاصرة ما يُشيرُ إليه، لكن لم تُفصّل ولم تتوسّع.

خطة البحث:

وبعد تأمّلٍ لموضوع البحث ومسائله رأيتُ أن أتناوله في ثلاثة مطالبٍ وخاتمة:

المطلب الأول: التعريف بعقد الشركة في المواشى، وعلاقته بعقود شركات الاستثمار في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: التكييفُ الفقهيُّ لعقد تربية المواشى.

المطلب الثالث: ضوابطُ مشروعية عقد تربية المواشى وأهمّ أحكامه.

الخاتمة: وتشتملُ أهمّ النتائج التي توصلَ إليها البحث.

المطلب الأول

التعريف بعقد الشركة في المواشي وعلاقته بعقود شركات الاستثمار في الفقه الإسلامي

من المقرر عند المشتغلين بالعلم أن الحكم على الشيء فرع عن
تصوّره، وعلى ذلك فلا بدّ من تصوّر هذا العقد أولاً حتى يتسنى لنا الحكم
عليه ثانياً.

وهو عقدٌ يتضمّن صوراً مختلفةً ؛ ومنها:

١- أن يدفع مالك الماشية ماشيته لآخر ليقوم على رعايتها وتربيتها، ويُنفق
عليها إذا احتاجت، وإذا مرضت ساعد في علاجها، بالاشتراك مع
المالك في ثمن الدواء وأجرة الطبيب، وفي غالب الأحيان يكون لهذا
المُرَبّي أرض زراعية، يمتلكها، أو يستأجرها، فيزرعها من المحاصيل
ما يكون سبباً في إطعام تلك الماشية وكفالتها، في مقابل أن ينتفع
المُرَبّي بدّرّها (لبنها) ونسلها، فيأخذ اللبن كلّه لنفسه عادةً، ويقسم
التّاج مع المالك.

وأحياناً يساهم المالك ببعض المال لشراء علفٍ إذا قلّ الزرع الأخضر،
أو كان بين المواسم الزراعية قلةً للنبات.

وإذا مرضت الماشية اشترك كلّ من المالك والمُرَبّي في نفقات
علاجها ؛ من ثمن دواءٍ وأجرة طبيبٍ.

وإذا ماتت الأصل من تلك الماشية أقام المالك والمُرَبّي نتاجها مقام

أمّها، فتكون صفقة جديدةً، على غرار الصفقة الأولى.

٢- وهناك صورةٌ أخرى لهذا العقد؛ وهي أن يُعطى المالك للمُرَبّي عُجولاً صِغاراً للتَّسْمِين، على أن تُباع تلك العجولُ عند بلوغها أمداً تحملُ فيه لحماً كثيراً، ويكون ذلك عادةً في عيد الأضحى.

٣- وصورةٌ أخرى: أن يدفع مالك الغنم غنمه لآخر ليقوم على الرعى والرعاية على أن ما رزق الله من نتاجٍ فهو بينهما، ويتنفع الراعى بلبنيها وله جزءٌ من نسلها.

ويعتورُ هذا العقدُ كثيرٌ من المنازعات، خاصةً إذا حدث طارئٌ يمنع الأمورَ أن تسيّرَ في سيرها المعهود، ككسادِ الأسواقِ، أو انتشارِ مرضٍ أو وباء، أو أن لا تحملَ تلك الماشيةُ، فتُعطلَ عن العِشار، فيزهدَ فيها المُرَبّي، لأنها لا أملَ في نتاجها ونسلها، وتكون بالخسارةِ عليه، فيريد إعادتها للمالك، وقد لا تساوى رأس مالها يومَ دفعها المالك للمُرَبّي، فتكون الخسارةُ على المالك، الذي يريد بقاءها عند المُرَبّي حتى تستوفى رأس مالها ونتاجها، وهكذا يظلُّ الأمرُ حائراً بينهما.

وما ذكِرَ سابقاً هو ما يحدثُ على أرض الواقع غالباً، وعند الرجوع للكلام الفقهاء في تعريف الشركة نجدهم عرّفوها بالآتي:

الشركة لغةً: الاختلاط. وشرعاً: ثبوتُ الحقِّ في شيءٍ لاثنين فأكثرَ على جهة الشروع. وقيل: عقدٌ يتضمّنُ ثبوتَ ذلك^(١).

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين على الدرر المختار للحضكفي شرح تنوير الأبصار للمُرتاشي (٤/٣٢٢)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير على شرح مختصر

والسؤال الذى يفرض نفسه هنا هو: هل هناك تشابه بين عقد الشركة في المواسي السائد في الريف المصرى وبين أنواع الشركات التقليدية التراثية المنقولة إلينا في كتب التراث ؟

وللإجابة عن هذا السؤال يلزمنا أن نستعرض على عجل أنواع الشركات المنقولة إلينا في كتب التراث، وهى أربعة أنواع مشهورة فى كتب الفقه، وذلك بحسب زمن الفقهاء الأوائل وعصرهم.

(تنبيه) لا مانع من استحداث أنواع أخرى من الشركات، يقتضيها العصر والأوان، وتمشياً مع تطوّر الزمان، وليس معنى أن أى عقد لم يذكره الأوائل من الفقهاء في كتبهم أنه محكوم عليه بالردّ وعدم المشروعية، لا، بل الأصل في العقود الإباحة، إذا خلت عن الغرر والتدليس والربا والجهالة، دون احتياج إلى دليل وبرهان إلى ما كان منها من متطلّبات العصر والزمان، إذ الأصل فى المعاملات الإباحة والمشروعية، وهى مبنية على مراعاة العّلل والمصالح.

ومن أنواع الشركات التراثية المنقولة ^(١) إلينا:

خليل (٣/٣٤٨)، حاشية البجيرمى على الإقناع للخطيب الشرييني (٣/١٠٤)، مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للخطيب (٢/٢١١)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى (٥/٣)، كشف القناع عن الإقناع للبهوتى (٨/٤٧٥)، المغنى لابن قدامة (٧/١٠٩)

(١) البدائع (٥/٧٣) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٤ / ٣٢٢) وما بعدها، حاشية فتح القدير لابن الهمام على شرح الهداية للمرغينانى (٦ / ١٥٢) وما بعدها حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣ / ٣٤٨)، حاشية العدوى على الخرشى (٦ / ٣٣٥) حاشيتنا قليوبى

شركة العنان - بفتح العين وكسرهما، والكسر أشهر عند الفقهاء -: وهى شركة مالية، يدفع كل طرف فيها جزءاً من المال، ليَتَجَرُوا به، والربح والخسارة فيها على قدر المالين^(١).

شركة الوجوه: وهى أن يشترك اثنان فأكثر فى الشراء مؤجلاً، ولا مال لهما يشتريان السلعة نسيئةً، ولهما وجاهة عند الناس - ولذا سميت شركة الوجوه من الوجاهة - فإذا باعا السلعة سددا ثمنها للبائع، وهما شركاء فى الربح، والناس يتعاملون معهما لنفوذهما ووجاهتهما، فلا مال أصلاً فى هذه الشركة، وإنما وجاهة وسلطنة عند الناس^(٢).

شركة الأبدان: كشركة الحمالين وسائر المُحْتَرَفَةِ، فيعملان بأبدانهما، على أن ما رزقهما الله تعالى فهو بينهما، ولا مال فيها، بل عملٌ بَدَنِيٌّ^(٣).

شركة المُفَاوِضَةِ: أن يشترك اثنان فأكثر بأبدانهما وأموالهما، وعليهما ما يعرض من عُزْمٍ - وإن كان المتسبب فيه أحدهما فقط -، سواء كان بغضبٍ،

وَعُمَيْرَةٌ على شرح المَحَلِّي (٢ / ٤١٣)، مغنى المحتاج (٢ / ٢١٢) كشف القناع (٨ / ٤٧٦) وما بعدها، المغنى لابن قدامة (٧ / ١١١)،

(١) حاشية البجيرمى على الخطيب (٣/١٠٦)، حاشية البجيرمى على المنهج لشيخ الإسلام زكريا (٣/٤٠)، حاشيتا قليوبى و عُمَيْرَةٌ على المَحَلِّي (٢/٤١٦)، حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى (٥/٢٨٢)، مغنى المحتاج (٢/٢١١)، نهاية المحتاج (٥/٥)

(٢) كشف القناع للبهوتى (٨/٤٧٦)، المغنى لابن قدامة (٧/١١١).

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للخطيب (٢/٢١١)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى (٥/٣)، كشف القناع عن الإقناع للبهوتى (٨/٤٧٥).

أم بإتلاف مالٍ، أم ببيعٍ فاسدٍ، ولهما ما يحضلان عليه من غنمٍ وربحٍ - وإن كان المتسبب فيه أحدهما فقط - كلقطةٍ وركازٍ وميراثٍ، وهذا أشبه بالحلف الذي كان يُعقد قديماً على التواژث والتضرة^(١). قال النووي رحمه الله تعالى: وهذه الأنواع باطلة، وشركة العنان صحيحة^(٢).

وخلاصة القول في أنواع الشركات التراثية عند الفقهاء:

قال الحنفية: هي جائزة كلها ومشروعة، أي نوع كان، ولها شروط^(٣) وقال المالكية: تجوز كلها، مفاوضةً وعناناً وأبداناً^(٤)، وقال الشافعية: باطلة كلها ماعدا العنان^(٥) وقال الحنابلة: صحيحة كلها ماعدا فروعاً في بعض الأنواع^(٦)

والمواشي: جمع ماشية، وهي الإبل والبقر والغنم، وأكثر ما تستعمل في الغنم^(٧)، وهي بهيمة الأنعام المذكورة في القرآن^(٨)، وكان أهل الجاهلية

(١) حاشيتنا قلوبى وعميرة على المحلى (٤١٦/٢)، حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى (٢٨٢/٥).

(٢) منهاج الطالبين وهو المعروف بالمنهاج للنووى ص ٦٣.

(٣) البدائع (٥ / ٧٣) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٤ / ٣٢٢) وما بعدها، حاشية فتح

القدير لابن الهمام على شرح الهداية للمرغينانى (٦ / ١٥٢) وما بعدها.

(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٣ / ٣٤٨)، حاشية العدوى على الخرشى (٦ / ٣٣٥).

(٥) حاشيتنا قلوبى وعميرة على شرح المحلى (٢ / ٤١٣)، مغنى المحتاج (٢ / ٢١٢).

(٦) كشف القناع (٨ / ٤٧٦) وما بعدها، المغنى لابن قدامة (٧ / ١١١).

(٧) الصحاح للجوهري ص ١٠٨١، ط. دار الحديث، القاهرة، القاموس المحيط

يُحرّمون بعضها ؛ من البحيرة والسائبة والوصيلة والحامى، فنزلت (أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ) فَرَفَعَتْ مَا كَانَ يُحَرِّمُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ^(٢).

وإذا أردنا أن نلقى نظرةً تُبيِّنُ مدى استيفاء العقد الذى نحن بصدده لشروط الشركة عند الفقهاء الأوائل وجدنا الآتى:

الفرع الأول: مدى استيفاء عقد تربية المواشى للشروط على أصول الشافعية في الشركات:

إذا نظرنا فيما قرره السادة الشافعية في الشركات نجد أن الشافعية أكثر الفقهاء تشدداً في شروط الشركة، والحنفية أكثرهم تسهلاً وتوسعاً في شروطها، فقد منع الشافعية كل الأنواع إلا شركة العنان، واشترطوا لها شروطاً أهمها:

١- أن تكون على ناص (نقد) من الدراهم والدنانير، ويُلحَق بالدراهم والدنانير العملة الورقية في عصرنا^(٣).

للفيروزابادى (٣٩٣/٢) ط. الحلبي، المعجم الوجيز ص ٥٨٣، ط. وزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية.

(١) تفسير القرآن العظيم لأبى الفداء ابن كثير (٣/٢) ط. مكتبة دار التراث، القاهرة ١٤٠٠هـ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٠٣١/٣) ط. الريان.

(٢) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) (٢٠٧١/٣).

(٣) قال الخطيب الشربيني عن هذا الشرط: والأصحُّ صحَّتها في كلِّ مثليٍّ، أمَّا النقْدُ الخالصُ فبالإجماع... وأما غيرُ النقْدَيْنِ من المثليات كالبرِّ والشعير والحديد فعلى الأظهر (أى تجوز على هذه الأعيان) لأنه إذا اختلط بجنسه ارتفع التمييزُ، فأشبهه النقْدَيْنِ. ١هـ من مغنى المحتاج (٢١١/٢).

٢- أن يخلط المالين.

٣- أن يتفقا في الجنس والنوع دون القدر، إذ لا محذور في ذلك لأن الربح والخسران على قدر المالين.

٤- أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف. ٥- أن يكون الربح والخسران على قدر المالين^(١).

وسبب منع الشافعية لأنواع الشركات ما عدا العنان: أنها كلها شركات في غير مال، كالشركة في احتطاب أو اصطياذ، ولكثرة الغرر فيها، لا سيما شركة المفوضة، وعلى ذلك؛ فالشركة في المواشي السائدة في الريف المصري لا تسرى على أصول الشافعية في الشركات، لأنه لم تجتمع فيها شروط الشركة المقررة عندهم.

فليس في عقد تربية المواشي مال مبذول من الجانبين، بل المال هنا من جانب واحد وهو مالك البهيمه، والبهيمه عرض متقوم، ولا تقوم الشركات بالعروض عندهم، وإذا كان الربح والخسران على قدر المالين: فأين المالان هنا؟ بل المال من جانب واحد.

وعلى ضوء ما سبق: فالسائد في الريف المصري بين المالك والمربي لا يسمى شركة عند الشافعية بناء على شروطهم التي اشترطوها، وإن شاع

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب (١٠٦/٣)، حاشية البجيرمي على المنهج لشيخ الإسلام زكريا (٤٠/٣)، حاشيتا قليوبي وعميرة على المحلى (٤١٦/٢)، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي (٢٨٢/٥)، مغنى المحتاج (٢١١/٢)، نهاية المحتاج (٥/٥).

عند الناس تسميته بالشركة في المواشى.

إذن: بماذا يُكَيَّفُ الشافعيةُ هذا العقدَ ؟ وبما يُسَمُّونه ؟ هذا ما سيظهرُ من خلال البحث

الفرع الثاني: الشركة بين المالك والمُربى، على أصول السادة الحنفية في الشركات

مع أنَّ فقهاء الحنيفة من أكثر الفقهاء توسُّعاً وتساهلاً في شروط الشركة، فأجازوها كلها؛ عِناً ومفاوضةً وأبداناً ووجوهاً^(١)، لكنَّ عقدَ الشركة في المواشى السائد في الريف المصرى لا يندرج تحت أي نوع من أنواع الشركات العائزة عند الحنيفة، إذ لُبُّ الشركة في المواشى: مالٌ من جانبِ (الماشية)، وعملٌ من جانبٍ آخر، وهذا لا يُطلَقُ عليه شركةٌ على أصول الحنيفة.

إذن: ما هو تكييفُ هذا العقدِ على أصول الحنيفة ؟ هذا ما سيظهرُ

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاسانى (٧٣/٥)، حاشية ابن عابدين (٣٢٢/٤)، حاشية فتح القدير لابن الهمام على الهداية (١٥٢/٦)، قال ابن عابدين في حاشيته عند الكلام عن أنواع الشركات: وهى ستة؛ شركة بالمال وبالأعمال ووجوه، وكلُّ إمَّا مفاوضةً أو عِناً، كما قال الشيخان الطحاوى والكرخى، وجرى عليه الزيلى وغيره. ا.هـ من حاشية ابن عابدين (٣٢٩/٤).

والسادة الحنيفة وإن جوزوا أن يكون رأس المالِ عَرْضاً، إلا أنهم اشترطوا أن يكون المالُ من الجانبين، قال في الدر المختار: (وصحَّت بعرضٍ) هو المتاع غير النقدين، ويُحرَّك. قاموس (إن باع كلُّ منهما نصفَ عرضه بنصفِ عرض الآخر ثم عقداها) مفاوضةً أو عِناً، وهذه حيلةٌ لصحتها بالعروض، وهذا إن تساوى قيمة، وإن تفاوتتا: باع صاحبُ الأقلِّ بقدر ما تثبَّت به الشركة. ا.هـ من الدر المختار (٣٤٤/٤).

بالبحث لاحقاً.

الفرع الثالث: عقد الشركة في المواشى على أصول المالكية والحنابلة

لا يدخل هذا العقد بهذه الطريقة تحت اسم الشركة عند المالكية^(١) ولا الحنابلة^(٢) لأنَّ الشركة يلزمها مالٌ مبدولٌ من الطرفين. ومجردُ تسمية الناس هذا العقد بأنه شركة لا يجعله عقدَ شركةٍ في عُرْفِ الشرع، والفقهاء هم حَمَلَةُ الشرع، وهم أدرى بمعانيه وألفاظه؟

والخلاصة: عقدُ تربية المواشى السائدُ في الريف المصري بين المالك والمُربِّي لا يُسَمَّى شركةً بالمعنى التقليدي التراشي عند الفقهاء، حتى وإن شاع عند الناس تسميته بعقد الشراكة في المواشى، بل هناك نماذج مطبوعة من عقود الشراكة في المواشى تُباع في المكتبات العامة، مكتوبٌ عليها: (عقد شركة مواشى). ومع هذا لا يرقى العقد أن يكون شركةً بالمعنى الفقهي التراشي.

(تنبيه) : ليس معنى أن عقدَ تربية المواشى لم يتحقق فيه شروطُ الفقهاء الأوائل في الشركات أنه محكومٌ بفساده وردّه، لا، بل لعلهم لم يذكروه لأنه لم يكن شائعاً في زمانهم، والشرع الشريف لا يقف حائلاً أمام تطورات العصر، بل حيثما كانت المصلحة فثمَّ شرعُ الله.

ولنتقل بعد ذلك إلى عقودٍ تراثيةٍ تُشبه عقدَ تربية المواشى في بعض الخصائص، وتختلف عنها في بعضها:

(١) حاشية الدسوقي (٣/٣٤٨)، حاشية العدوى على الخرشى (٦/٣٣٥).

(٢) كشاف القناع للبهوتي (٨/٤٧٥)، المغنى لابن قدامة (٧/١١١).

الفرع الرابع: المضاربة وعلاقتها بعقد الشركة في المواشى

المُضاربة لغة أهل العراق، والقِرَاضُ لغة أهل الحجاز، وهي لغة القطع، لأنَّ المالك يقطع للعامل قطعةً من ماله ليتصرّف فيها وقطعةً من الربح^(١).

وشرعاً: دَفَعُ مالٍ لِمَنْ يَتَجَرُّ فِيهِ بِجِزءٍ مِشاعٍ مِنْ رِبْحِهِ^(٢).

فالمضاربة معناها: أن يكون لرجل مال، ولا يُحسِنُ التجارةَ به ولا استثماره، أو لعدم تفرُّغِهِ، وآخِرُ لا مالَ له، ويُحسِنُ التجارةَ واستثمار الأموال، فيعطى المالك (ربُّ المالِ ويُسمَّى المُضاربِ) العَاملِ (ويسمى عاملِ المُضاربة) مالاً لِيَتَجَرَّ بِهِ فِي البِيعِ والشِراءِ، طلباً للربح، على أن ما رَزَقَ الله من رِبحٍ فهو بينهما على ما يتفقان.

ويكون الربح وقايةً لرأس المال، فإذا تقاسم الربح جَبَرْنَا رأسَ المال أولاً، وسلّمناه لصاحبه، ثم تكون القسمة فيما بقي، فإن لم يبق شيءٌ بعد توفية رأس المال فلا شيءٌ لأحدهما من الربح، لأنه لا يوجد ربحٌ أصلاً، وهذا ما يُعرف في المضاربة بأن الربح وقايةٌ لرأس المال.

وعند النظر إلى عقد تربية المواشى بين المالك والمُربّي نجدّه يختلف كلّ الاختلاف عن المضاربة التقليدية التراثية، فالمضاربة فيها بيعٌ وشراءٌ،

(١) حاشية ابن عابدين (٦٨٢/٥)، حاشية الدسوقي (٥١٧/٣)، حاشية البجيرمي على الخطيب (١٥٧/٣)، مغنى المحتاج (٣٠٩/٢)، كشف القناع للبهوتي (٤٩٨/٨)، المغنى لابن قدامة (١٣٨/٧).

(٢) كشف القناع (٤٩٨/٨).

وتقليب في الأسواق، وإبرام صفقات، وضرب في الأرض ابتغاء الربح، ورأس المال تذهب عينه في الصفقات والعروض، وذلك ليزداد بأرباح هذه الصفقات وتلك العروض، وتربية المواشى تختلف عن ذلك، فهي عين تُنمى بالعمل عليها مع بقاء عينها، فالفلاح (المربي) يتعهد بها بالتربية والعناية، يقوم على إطعامها وسقيها وتنظيفها، وعلاجها وحمايتها، حتى تنمو ويكون لها نسل و در (لبن)، فيستفيد باللبن، ويتقاسم النسل مع المالك، وهذا بعيد كل البعد عن المضاربة التقليدية.

أوجه التشابه بين المضاربة وبين عقد الشركة في المواشى

١- يشتركان في أن فيهما دفع عين لمن يعمل عليها، على أن ما رزق الله من ربح فهو بينهما، لكن العين في أحدهما ماشية، وفي الآخر (المضاربة) نقد (وهو الدرهم أو الدينار قديماً، ويقوم مقامهما العملة الورقية في عصرنا).

٢- الربح مشاع ومشارك بين طرفي العقد، وهو مجهول الكم معلوم الجزئية (النسبة).

٣- الربح وقاية لرأس المال فيهما، ففي المضاربة: يكمل رأس المال أولاً، ثم يقتسم المضارب والعامل ما تبقى من الربح^(١)، وفي تربية المواشى: تُوفى قيمة الماشية أولاً، بحسب يوم دفعها للمربي (وذلك يظهر واضحاً إذا رخصت أسعار الماشية)، ثم يقتسمان التناج بعد

(١) حاشية ابن عابدين (٦٩٣/٥)، حاشية الدسوقي (٥٢٩/٣)، مغنى المحتاج (٣١٨/٢)، كشف القناع (٥١٦/٨)، المغنى لابن قدامة (١٦٥/٧).

ذلك.

٤- المُرَبِّي يتنفع باللبن (الدَّر) مدةً بقاءِ الماشيةِ عنده، وذلك للعرف السائد بين الناس، وقد يعطى المالك جزءاً منه كهديّةٍ و صلّةٍ، وفي المضاربة: العاملُ يتنفع أحياناً بمال المضاربة، فينفق منه إذا سافرَ للتجارة به، على خلافٍ بين الفقهاء في مسألة نفقة المضارب^(١).

أوجهُ الاختلافِ بين العقدين

١- اشترط بعضُ الفقهاء أن يكون رأس مال المضاربة نقداً (الدراهم أو الدينار)، حتى من اشترط ذلك قال: لا تصحُّ بالفلوس (وهى العملة المعدنية من نحاسٍ أو غيره) وإن راجت رواجَ النقدين.

ومنهم من جوّزها بالعروض، وقد اختلف الفقهاء في هذه الصورة من المضاربة، وهى أن يكون رأس المال فيها عروضاً^(٢)، أي ليس نقداً، على أن

(١) البدائع (١٤٨/٥)، حاشية ابن عابدين (٦٩٥/٥)، حاشية الدسوقي (٥٣٠/٣)، حاشية البجيرمى على الخطيب (١٦٣/٣)، حاشية البجيرمى على المنهج (١٥٢/٣)، حواشى الشزوانى وابن قاسم على تحفة المحتاج (٩٧/٦)، مغنى المحتاج (٣١٧/٢)، كشاف القناع (٥١٤/٨)، المغنى لابن قدامة (١٤٩/٧).

والجمهور من الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة) على جواز أن ينفق العامل على نفسه من مال المضاربة إذا سافر لها، وقال الشافعية في الأظهر: لا يُنفق. (٢) اختلف الفقهاء في جواز كون رأس المال في المضاربة عرضاً على أقوال:

الأول: رأى الحنفية والحنابلة والظاهرية: وهو جواز المضاربة على ثمن العروض، فيبيع العرض ويكون ثمنه رأس المال، والعقد لم يُضف المضاربة إلى العرض، وإنما أضافها إلى ثمن العرض، فكأنها قامت بنقد، ولم تقم بعرض. انظر في ذلك: بدائع

الصنائع (٨٢/٦)، كشف القناع (٥٠٧/٨)، المُحلَّى لابن حزم (٢٤٧/٨).
 الثاني: ذهب المالكيّة إلى جواز المضاربة على العُروض إذا بيعت وكان ثمنها رأس المال بشرط أن لا يقوم العامل ببيع العَرْضِ بنفسه، لأنّ ذلك يُعدُّ مضاربةً واستخداماً للعامل فيما ليس من عمله، فإذا باعه غيره وسلّمه رأس المال صحّت المضاربة، هذا هو المعتمدُ عندهم. انظر حاشية الدسوقي على الدردير (٥١٩/٣)، العدوى على الخرشى (١٥١/٧)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رُشد (الحفيد) (٢٣٦/٢) ط. دار الكتب العلمية، ط ١٠، ١٩٨٨ م.

الثالث: ذهب الشافعيّة إلى اشتراط كون رأس المال نقداً، فإن كان عُروضاً فلا تصحُّ، قال النووي في الروضة في الكلام عن أركان المضاربة: الركن الأول: رأس المال، وله أربعة شروط: أن يكون نقداً، وهو الدراهم والدنانير المضروبة، ودليله الإجماع، ولا يجوز على الدراهم المغشوشة على الصحيح، ولا على الفلوس على المذهب، قلتُ: ذكّر الفُوراني في جواز القراض على ذوات المثل وجهين، وهذا شاذٌّ منكّرٌ، والصواب المقطوعُ به: المنع. والله أعلم. ا.هـ من الروضة (١٩٧/٤)، ط. دار الكتب العلمية ٢٠٠٠ م

وقال ابن رُشد: وحجّة الجمهور أنّ رأس المال إذا كان عُروضاً كان غرراً، لأنه يقبض العَرْضَ وهو يساوي قيمة ما، ويُرذّه وهو يساوي قيمة غيرها، فيكون رأس المال والربح مجهولاً، وأما إن كان رأس المال ما يُباع به العُروض، فإنّ مالكاً منعه، والشافعي أيضاً، وأجازه أبو حنيفة، وعمدة مالك أنه قارَضَه على ما يبيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها، فكأنه قراضٌ ومنفعة، مع أنّ ما يبيع به السلعة مجهولٌ، فكأنه إنما قارَضَه على رأس مالٍ مجهولٍ، ويشبه أن يكون أيضاً إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلّف المُقارِضُ في ذلك البيع، وحيثنذ ينصُّ رأس المال. ا.هـ من بداية المجتهد (٢٣٧/٢).

وقال البهوتي في كشف القناع: (و) يصحُّ (بغ هذا) العَرْضُ (وما حصل من ثمنه

يكون رأس المال هو ثمن العَرَضِ، فإذا حصلت المقاسمةُ وفئنا ثمنَ العَرَضِ أولاً، ثم اقتسما ما تبقى بعده.

٢- الفرق الأهم والأشهر أن رأس المال في المضاربة تذهب عينه بشراء العروض والبضائع طلباً للربح في أثمانها، أما في عقد تربية المواشى فإن الماشية (رأس المال) باقية، ولا تذهب عينها عادةً، وإذا ذهبَت استأنف المالك والمُربّي صفقةً جديدةً على البدل الذي قام مقامها.

والخلاصة: عقد تربية المواشى السائد في الريف المصرى لا يُطلق عليه اسم المضاربة، وهو يشبه المضاربة التقليدية من وجهٍ ويختلف عنها من وجهٍ، لكنه لا يُطلق عليه اسم المضاربة.

الفرع الخامس: المساقاة والمزارعة والمغارسة وعلاقتها بعقد الشركة فى المواشى

المساقاة لغةً: مأخوذة من السقى، المُحتاج إليه فيها غالباً، لا سيما في الحجاز، لأنهم يسقون من الآبار، لأنه أنفع أعمالها^(١).

وشرعاً: أن يُعامل غيرَه على نخلٍ أو شجرٍ عنبٍ ليتعهده بالسقى والتربية على أن الثمرة بينهما^(٢).

فقد ضاربتك به (لأنه وكيلٌ في بيع العَرَضِ، فإذا باعه صار الثمنُ في يده أمانةً، أشبه ما لو كان المالُ عنده وديعةً. ١. هـ من كشف القناع (٥٠٦/٨).

(١) حاشية ابن عابدين (٣٠٣/٦)، حاشية البجيرمى على الخطيب (١٦٦/٣).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣٠٣/٦)، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (٥٣٩/٣)، حاشية

البجيرمى على الخطيب (١٦٦/٣)، معنى المحتاج (٣٢٢/٢)، نهاية المحتاج (٢٤٢/٥)،

كشف القناع (٥/٩)، المعنى لابن قدامة (٥٣٠/٧).

فإن كان نصيبُ العاملِ من ثمرةٍ غيرِ التي عملَ عليها سميت مُنَاصِبَةً، فالمساقاةُ أعمُّ من المُنَاصِبَةِ^(١).

والمُزارعةُ مشتقةٌ من الزرع، وهى: دَفْعُ أرضٍ لِمَن يعملُ عليها ببعضِ ما يخرجُ منها، والبَدْرُ (الحَبُّ) من المالك، فإن كان البَدْرُ (الحَبُّ) من العاملِ سميت مُخَابَرَةً، مُشتقةٌ من الخَبَارِ - بفتح الخاء -، وهى الأرض اللّيئةُ، ومُؤَاكِرَةٌ، والعاملُ فيهما: خبيرٌ ومُؤَاكِرٌ.

دليلُ مشروعيتها: (عاملُ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَهْلُ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ، وَقَالَ: نُقْرُكُمْ بِهَا عَلَى ذَلِكَ مَا شِئْنَا). متفق عليه^(٢).

أوجه التشابه بين هذه العقود وبين عقد الشركة في المواشى

١- هذه العقود تتشابه مع عقد تربية المواشى في الفكرة الأصلية التي قامت عليها كلُّ تلك العقود، ألا وهى: العملُ على عينٍ ببعضِ ما يخرجُ منها، مع بقاءِ عينيها، مع جهالةِ العَوَضِ في الكَمِّ، لا في النِّسْبَةِ والجزئية.

والمعنى: أن المساقاةَ والمزارعةَ يدفعُ فيهما المالكُ أرضه أو نخله أو شجره إلى غيره ليعملَ عليه، على أن يأخذَ المُساقى أو المُزارعُ بعضاً من الزرع أو الثمر عند حصولِ الزرع أو الثمر، وهذا الذى يأخذه العاملُ معلومُ الجزئية والنسبة على المشاع لا القدر والكَم.

(١) كشف القناع (٦/٩).

(٢) البخارى في الإجارة برقم (٢٢٨٥)، ومسلم في المساقاة برقم (١٥٥١).

وهذه الفكرة هي نفس فكرة تربية المواشى: ففيها يدفَع المالك ماشيتهَ
لآخرَ ليعمَلَ عليها ببعض ما يخرج منها من لبنٍ أو نَسَلٍ، مع جهالةِ العَوَضِ
وبقاءِ العينِ.

٢- إن لم يكن هناك ربحٌ فلا شئٌ للعاملِ.

وهذه العلةُ مشتركةٌ بين كل تلك العقود، فإن خلا النخلُ عن رُطبه، أو
خَلَّت الأرضُ عن المحصول، أو الشجرُ عن ثماره، فلا شئٌ للعاملِ، وضاع
عليه تعبُه، وكذلك المُرَبِّي إن هلك الأثمُ أو لم تحمل نسلًا، أو انقطع لبنُها،
فلا شئٌ له على المالكِ، بمعنى أنه لا أجرَةٌ للجميع على المالكِ، ولا يحقُّ
لأحدهم أن يطالبَ بأجرةِ المثلِ.

٣- ما كان من إصلاحٍ وعملٍ تُقصدُ به العينُ محلُّ العملِ (النخل أو
الشجر أو الزرع)، ويتكرَّر بتكرُّر السنين، كتنقية الحشائش، وتطهير
الأرض، فعلى العاملِ، وما كان لا يتكرَّر بتكرُّر السنين ويُقصدُ به
الدوام والبقاء كسَقِّ الترع، وحفر الأنهار، وبناء الأحواض فعلى
المالكِ، وكذلك في تربية المواشى: ما كان من قبيل الرعاية والسقاية
والمبيت فعلى المُرَبِّي، وما كان من قبيل حفظِ الأصلِ كثمن الدواء
وأجرة الطبيب فعلى المالكِ.

هذه أهمُّ أوجهِ الشبهة التي بين تلك العقود وبين عقد تربية المواشى.

أوجه الاختلاف بين تلك العقود وبين عقد تربية المواشى

١- هذه العقود عقودٌ لازمةٌ، بمعنى أنَّ طرفي العقد (العامل والمالك) لا
يتسنى لهما إنهاءُ العقدِ وقتما أرادا، وإنما لابدُّ من إنهاء التأييت المتفق

عليه، أو المعلوم عُرفاً، كبلوغ الثمر أو بُدُو صلاحه، أمّا قبلها فلا يجوز، ولا يحق للعامل إذا ترك أن يُطالب بأجرة المثل.
أمّا في تربية المواشى: فالعقد فيها جائز، بمعنى أنه يحق للطرفين أو أحدهما إنهاء العقد متى أَراد، ويقتسمان الربح إن وُجد، إلى يوم الافتراق.

فإذا أراد مالك الماشية أو المُرَبّي إنهاء العقد، يتم تقييم الماشية يوم الفسخ، وتكون الزيادة بينهما، والنَّسْل أيضاً كذلك، لأنَّ الغالب في المواشى أنها تزيد قيمتها مع الأيام، فلا محذور من إنهاء العقد إذا أَراد.

٢- الربح في الماشية وقاية لرأس المال

فإذا أراد طرفا العقد إنهاءه، وفئنا رأس المال أولاً، وهو ثمنها يوم استلمها المُرَبّي، فإن كان نقص في ثمن الأمّ وفئناه من ثمن النَّسْل، وإن لم يكن نسل سلّمنا المالك ماشيته بحالها، ولا شئ له سوى ما وجده.

أمّا في المساقاة وما شابهها من عقود، فالربح مشترك بين الطرفين مهما كانت الثمرة قليلة أو كثيرة، فإذا حدث هلاك لنصف النخل مثلاً بجائحة أو مرض، فالمُساقى شريك فيما بقى، ولا نقول: يُوفى الأصل أولاً، لأنَّ المُساقى حقّه ثابت في كلّ نخلة أثمرت، حتى ولو كانت واحدة وهلك ما سواها.



المطلب الثاني

التكييفُ الفقهيُّ لعقد تربية المواشى

عقدُ تربية المواشى السائدُ في الريف المصريِّ عقدٌ مُستَحَدَثٌ، لم يردْ فيه عن الأوائِلِ نصٌّ، ولم يكن به عملٌ متتابعٌ، اقتضته الحاجةُ والمصلحةُ، وفيه نفعٌ لطرفيه؛ المالكِ والمُربِّي، والشرع الشريفُ لا يقفُ حاجزاً أمام مصلحةِ الناسِ، فحيثما كانت المصلحةُ فثمَّ شرعُ الله.

وعند إمعان النظر في هذا العقدِ المستَحَدَثِ نجد أنه لا يُصادمُ نصّاً، ولا يشتملُ على ربا أو غررٍ، وليس فيه غشٌّ ولا تدليسٌ، والفقهاءُ إذا وجدوا عقداً بهذه الصفات لا يتردّدُ في الحكمِ بمشروعِيّته، هذا إذا لم يكن هناك من العقود ما يشترك معه في علّةِ المشروعِيّةِ والجوازِ، فما بالنا إذا كان هناك من العقود ما يشترك معه في نفسِ علّةِ الحُكْمِ، ويشترك مع هذا العقدِ في نفسِ الفكرة التي بُنِيَ عليها، وإذا اتّحدتِ العلّةُ اتّحدَ الحُكْمُ، حيث لا فارقَ بينهما.

وعقدُ تربية المواشى يُقَوِّى مشروعِيّته أمورٌ؛ منها:

١- اشتراكه مع المساقاةِ والمُزارعةِ في نفسِ الفكرة التي بُنِيَ عليها هذان العقدان، وهى العملُ على عينٍ ببعض ما يخرج منها مع بقاء عينها، مع جهالةِ العوضِ كما لا جُزءاً ونسبةً.

٢- الأصلُ في العقود الإباحةِ، إلا ما ورد الشرعُ بتحريمه، أو اشتمل على ما نهى عنه الشرعُ من الربا أو الغررِ أو التدليسِ أو الجهالةِ.

٣- وردَ عن الفقهاء السابقين فروعٌ فقهيةٌ تقترب كثيراً من عقد تربية المواشى، ومن ذلك ما ذكره ابنُ قدامة في المغنى، وأطال النَّفسُ في

تقريره حيث قال: (إِنْ دَفَعَ رَجُلٌ دَابَّتَهُ إِلَى آخَرَ لِيَعْمَلَ عَلَيْهَا، وَمَا يَرْزُقُهُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ، أَوْ أَثْلَاثًا، أَوْ كَيْفَمَا شَرَطَا، صَحَّ، نَصَّ عَلَيْهِ^(١) فِي رِوَايَةِ الْأَثْرَمِ وَمُحَمَّدِ بْنِ أَبِي حَرْبٍ وَأَحْمَدَ بْنِ سَعِيدٍ، وَنُقِلَ عَنِ الْأَوْزَاعِيِّ مَا يَدُلُّ عَلَى هَذَا. ا.هـ. (٢).

قلت: ما ذكره ابنُ قدامةَ ليس نصًّا فيما نحن فيه من عقد تربية المواشي، ومراده أن يدفع المالك دابته التي تصلح لحمل الأمتعة إلى آخر ليعمل عليها بنقل أمتعة الناس بالأجرة، أشبه ما يكون في زماننا بسيارات تاكسي الأجرة، أو سيارات نقل البضائع، ولم يقصد ابنُ قدامةَ بـ(العمل عليها) تربيتها وتعهدتها بالسقي والعلف والمبيت في مقابل بعض نتاجها والانتفاع بدورها (لبنها)، لأنه نص على أن المراد العمل عليها بحمل أمتعة الناس، ومع ذلك فهو يُعْضِدُ اتِّجَاهَ جَوَازِ عَقْدِ تَرْبِيَةِ الْمَوَاشِي، لِأَنَّهُ عَمَلٌ عَلَى عَيْنٍ بِيَعُضُ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زِيَادَةٍ غَيْرِ مَتَوَلِّدَةٍ مِنَ الْأَصْلِ، كَكَسْبِ الْعَبْدِ وَغَلَّةِ الدَّارِ وَأَجْرَةِ الدَّابَّةِ.

ردُّ ابنِ قُدَامَةَ عَلَى مَنْ اعْتَرَضَ عَلَى جَوَازِ الْعَقْدِ الَّذِي ذَكَرَهُ:

قال ابنُ قدامةَ مُبَيِّنًا مَذَاهِبَ الْعُلَمَاءِ فِي ذَلِكَ: (وَكَرِهَ ذَلِكَ الْحَسَنُ وَالنَّخَعِيُّ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَبُو ثَوْرٍ وَابْنُ الْمُنْذِرِ: لَا يَصَحُّ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِرَبِّ الدَّابَّةِ، لِأَنَّ الْحَمْلَ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الْعَوَظُ مِنْهَا، وَلِلْعَامِلِ أَجْرٌ مِثْلُهُ^(٣)، لِأَنَّ

(١) أي الإمام أحمد

(٢) المغني لابن قدامة (١١٦/٧).

(٣) وقد ذكره الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٣٢٤/٢).

هذا ليس من أقسام الشركة، إلا أن تكون المضاربة، ولا تصح المضاربة بالعرض، ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان، وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكيها. ١.١هـ

قلت: هذه جملة اعتراضات من منع هذا العقد، لأنه ليس شركة ولا مضاربة، فكان الربح كله لرب الدابة، وللعامل أجر المثل، شأن كل عقد فاسد بين مالك وعامل.

وقد رد ابن قدامة على تلك الاعتراضات فقال: (ولنا: أنها عين تسمى بالعمل عليها، فصح العقد عليها ببعض نمائها، كالدرهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة، وقولهم: إنه ليس من أقسام الشركة، ولا هو مضاربة. قلنا: نعم، لكنه يشبه المساقاة والمزارعة، فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها، وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعرض فاسد، فإن المضاربة تكون بالتجارة والتصرف في ربة المال، وهذا بخلافه. ١.١هـ^(١)

تعقيب وترجيح:

من خلال ما سبق عرضه من عقود، فإن عقد تربية المواشى لا يشبه الشركات التراثية المنقولة إلينا في بطون الكتب من قريب أو بعيد، وإن شاع عند الناس تسميته بعقد شركة المواشى، لأنه ليس فيه بذل مال أو عمل من الطرفين، بل مال من أحدهما وعمل من الآخر، وليس مضاربة كاملة، لأن المضاربة لئبها البيع والشراء والتقليب في الأسواق، ولا يبقى فيها رأس المال

(١) المغنى لابن قدامة (١١٦/٧).

الأصلي، بل تذهب عينه في شراء الأمتعة والبضائع، طلباً للربح في أثمانها، وأقرب العقود المُسمّاة إلى عقد تربية المواشى - حسب ما يظهر بالبحث - هو عقد المساقاة والمزارعة، لاشتراكهما في نفس العلة التي بُيّت عليها تلك العقود، وهي العمل على عينٍ ببعض ما يخرج من نمائها (والنماء هنا: التّاج والثمرة) مع بقاء عينها (أي بقاء الأصل كما هو: وهو النخل في المساقاة، والأرض في المزارعة، والماشية في عقد تربية المواشى).

وعلى ذلك فعقدُ تربية المواشى (الشركة في المواشى كما يدور على ألسنة الناس) عقدٌ مستحدثٌ مشروعٌ، يطيبُ كسبه للطرفين، وهو كثيرُ النفع للمالك والمُرَبّي، وهو عقدٌ عمّت به البلوى في الريف، ويطمئنُ الفقيه بعد دراسة هذا العقدِ فقهاً، وما يسيّر به الناس تطبيقاً عملياً أن يُفتى بجوازه ومشروعِيته، وكلُّ عقدٍ مستحدثٍ لا يخلو من انتقادات واعتراضاتٍ، قد تكون تلك الاعتراضات قديمةً موروثَةً، وقد تكون حديثةً معاصرةً، وهذا ما ستعرّضُ له في الفروع التالية إن شاء الله تعالى.

الفرع الأول: الاعتراض الأول:

المساقاة والمزارعة اللتان اعتمدتُم عليهما في القول بمشروعية عقد تربية المواشى عقدان شرعاً على خلاف القياس، وما شرع على خلاف القياس لا يتجاوزُ به ما عداه، وبمعنى آخر: ما جاء على خلاف القياس فغيره عليه لا يُقاس، وعليه فقد صار ما اعتمدتُم عليه واهياً، فبطلَ عقدُ تربية المواشى، لأنه إذا بطلَ الأصلُ بطلَ الفرعُ.

والجواب: بطلانُ الدّعوى التي تقول: إنّ العقود المنصوص على

بعضها من الشارع شُرِعَتْ على خلاف القياس، فهي دَعْوَى باطلة، فالنص على العقد من الشارع حجة للعمل به، وحجة لقياس غيره عليه، طالما لم يرد من الشارع تخصيص الجواز بالأصل وعدم تعديده للفرع^(١).

(١) وقد ورد عن كثير من المحققين من الفقهاء، الجامعين بين التصلح من الفقه التراثي وبين مراعاة مقاصد الشارع ما يقف في وجه هذا الاعتراض ويدحضه، ومن البديهي فقهاً أننا لا نحتاج في كل عقد أن نلحقه بغيره مما شابهه، حتى يكتسب صفة المشروعية، فإن خالفه قلنا: شُرِعَ على خلاف القياس. فإن ذلك القول مردود، لم لا يكون العقد المدعى عليه أنه على خلاف القياس أصلاً بنفسه، ولا نحتاج لإلحاقه بغيره طالما ورد النص بمشروعيته؟

والحنفية والشافعية أكثر من ورد عنهم القول بمنع بعض العقود بحجة المخالفة للقياس، ومن أمثلة ذلك: عقد السلم، قالوا: هو على خلاف القياس، لأنه بيع معدوم، وكذلك الإجارة، فهي على خلاف القياس، لأنها بيع منافع معدومة وقت العقد، وهكذا...

وعند التحقيق نرى أن الخلاف في التسمية، والنتيجة واحدة، إذ العقد عند الفريقين مشروع، والخلاف هل هذا العقد أصل قائم بنفسه، أم ملحق بغيره فلا يقاس عليه؟ ولا مشاحة في الاصطلاح، إذ الاختلاف هنا لا يؤثر على حكم العقد. قال المرغيناني في الهداية في باب السلم: " والقياس وإن كان يأباه، لكننا تركناه بما رويناه " ١. هـ. الهداية (٧ / ٧١)، يقصد أن القياس يأبى مشروعية السلم، لكننا تركنا هذا القياس للنص من الآيات والأحاديث، التي ذكرها قبل ذلك.

قال ابن الهمام في حاشيته على شرح الهداية: ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع المعدوم، وجب المصير إليه بالنص والإجماع، للحاجة من كل من البائع والمشتري ١. هـ من حاشية فتح القدير لابن الهمام على الهداية للمرغيناني (٧١/٧).
(تنبيه): ضيق الحنابلة جداً في إطلاق هذا القول (شُرِعَ على خلاف القياس) على

السلم والإجارة ونحوهما، حتى إنَّ ابنَ القيم عقد فصلاً كاملاً في كتابه (إعلام الموقعين) للردِّ على هذا القول، جاء فيه: " فصلٌ في بيان أنه ليس في الشريعة شيءٌ على خلاف القياس، وأنَّ ما يُظنُّ مخالفتَهُ للقياس فأحد الأمرين لازمٌ فيه ولا بدَّ، إمَّا أن يكون القياسُ فاسداً، أو يكون ذلك الحكمُ لم يثبت بالنصِّ كونه من الشرع،... ثم قال: وسألتُ شيخنا قدسَ الله روحه (يعنى ابنَ تيميةَ) عمَّا يقع في كلام كثير من الفقهاء من قولهم (هذا خلاف القياس) لِمَا ثبت بالنصِّ، أو قول الصحابة، أو بعضهم، وربما كان مُجمَعاً عليه، كقولهم: طهارةُ الماء إذا وقعت فيه نجاسةٌ على خلاف القياس، وتطهير النجاسة على خلاف القياس، والوضوء من لحم الإبل، والفطر بالحجامة، والسَّلْم والإجارة، والحوالة والكتابة، والمضاربة والمزارعة، والمساقاة والقرض، وصحَّة صوم الآكلِ الناسي، والمُضَيِّ في الحجِّ الفاسد، كلُّ ذلك على خلاف القياس، فهل هذا صوابٌ؟ فقال: ليس في الشريعة ما يُخالف القياس... الخ " ١. هـ إعلام الموقعين (٥/٢)، ثم ساق ابنُ القيم كلاماً كثيراً لبيان خطأ هذه المقولة.

والتحقيقُ: أنَّ القياس يُطلَقُ ويراد به معنيان؛ أحدهما: القياس الأصولي، وهو إلحاقُ فرعٍ لم يُنصَّ على حكمه بأصلٍ قد نُصَّ على حكمه لعلَّةٍ جامعةٍ بينهما. وذلك كقياس الأرز (الذي لم يُنصَّ على حكمه) على البُرِّ (الذي نُصَّ على حكمه)، بجامع الطُّعم مع الكيل أو الوزن في كلِّ منهما. ثانيهما: قواعد الشريعة المُطرَّدة وعموماتها الثابتة بالنصِّ والإجماع، فإذا خالف فرعُ القياس المراد هنا، قيل فيه مخالفٌ للقياس، كما عند الحنفيَّة في مسألة المُصرِّاة والقرعة في العبيد والتفليس والعرايا، فهذه المسائلُ ردَّها كلُّها أبو حنيفة رضي الله عنه، لأنَّها تخالف الثابت من قواعد الشريعة وعموماتها المُطرَّدة، وكما عند المالكيَّة في الحكم بشاهدٍ ويمين، فقد ردَّه مالكٌ لمخالفته للقياس.

والذي لا ينبغي العدولُ عنه في هذه المسألة: أنَّ العقد إذا شُرِعَ بنصِّ من كتابٍ أو سنةٍ صحيحةٍ أو إجماعٍ أو قياسٍ أصوليٍّ مُستوفٍ لأركانه، أو تتابعٍ عمليٍّ، لا ينبغي ردُّه بحجةٍ مخالفته للقياس، لأنَّ النصَّ الثابت به العقدُ مقدَّمٌ على القياس، سواءً بمعناه

ومما يتعلّق بهذا الاعتراض: ما جاء عن فقهاء الحنفية في قاعدة مشهورة عندهم، وهي: (ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يُقاس)^(١)، وفرّعوا عليها: ورد الحد في السرقة، فلا يُقاس عليه التّبّاش^(٢)، والإجارة هي بيع منافع معدومة، وبيع المعدوم باطل، لكنها جُوّزت للضرورة، ومنها السّلم والاستصناع ففيها بيع المعدوم، وهو باطل، جُوّز للحاجة، فلا يُقاس عليها غيرها، والعرايا^(٣) جُوّزت للحاجة، وهي مستثناة من النهي عن بيع الرّطب بالتمر، لاحتياج الناس للتّفكّه بالرّطب.

ومما يُستعرب ويُستبعد ويُتعبّب منه ما ذكره الشيخ أحمد الزرقا في كتابه شرح القواعد الفقهية حيث قال في شرح قاعدة (ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يُقاس) : (تنبيه) : القياس بعد الأربعمئة منقطع، فليس لواحد أن يقيس مسألة على مسألة، وعليه ؛ فلا يكون هناك فائدة لوضعهم هذه القاعدة في المجلّة^(٤)، إذ القياس غير سائغ الآن مطلقاً، لا فيما ثبت على

الأصولي (لا قياس في مقابلة النص) أو بمعناه الثاني.

- (١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ١٥١ . ط. دار القلم. دمشق ١٤٢٩ هـ.
- (٢) هو الذي ينش القبور ليسرق أكفان الموتى.
- (٣) العرايا: هي النخلات تكون في البستان عليها رطب، يشتريها رجل بخرصها (أى بما يُعادل ما عليها) من التمر اليابس، طلباً لأكل الرطب، وليس عند المشتري مال، فيشتري الرطب بالتمر، وهذا منهى عنه لعلّة الربا، لكن جُوّزت العريّة لحاجة الناس.
- (٤) يقصد مجلّة الأحكام العدلية، التي وضعها الخليفة العثماني، والتي تنص على الراجح في المذهب الحنفي، ليرجع إليها الفضاة عند أحكامهم، وقد بدأت المجلّة بالقواعد الفقهية المعتمدة عند الحنفية، وشرحها الشيخ أحمد الزرقا في كتاب مستقل.

القياس، ولا فيما ثبت على خلافه. ا.هـ^(١)

قلت: رحم الله الشيخ العلامة أحمد الزرقا، ولكن هذا الكلام يحتاج إلى توضيح!، كيف نقول: القياس بعد الأربعمائة منقطع؟!، إذن ماذا يفعل الفقيه في الحوادث المتجددة، والواقعات الحادثة التي لم يُنقل فيها كلام عن السابقين؟، إمّا أن يقيس ويجهد في معرفة حكم النازلة الحادثة بما توفّر لديه من آلات وملكات، وإمّا أن يقف مكتوف الأيدي، مُتجمّد العقل، لا يُحير جواباً، بحجة أنّ باب الاجتهاد قد أُغلق، وأنّ طُرُق القياس قد أُقفلت، فلا يقترب من حماها، وما على الفقيه في هذه الحالة إلا أن ينقل عبارات الأقدمين!، التي كتبت بلغة عصرهم، وقد راعوا فيها زمانهم، وأحوالهم، ومن الفقه والبصيرة أن نقول: لا بدّ من مُجاراة الأزمان، للخروج من حوادث الزمان بأحكام تُرضى الرحمن، ولا نتجمّد على حرفيّة المنقول في بطون كتب التراث، ولا نُحجّرُ واسعاً، ففضلُ الله واسعٌ، وكم ترك الأول للآخر.

الفرع الثاني:

الاعتراض الثاني: مسألة قفيز الطحان

في الحديث: نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قفيز الطحان^(٢)، ومعناه: أن يستأجر طحاناً ليطحن له كُرَّ حِنطَةٍ^(٣)، بقفيزٍ من دقيقه، فيصير كأنه شَرَطَ

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ١٥٣.

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب البيوع، باب النهي عن عَسْبِ الفَحْلِ (٣٣٩/٥)، والدارقطني في سننه، كتاب البيوع (٤٧/٢).

(٣) الكُرَّ: هو مكيالٌ لأهل العراق، وهو ستون قفيزاً. انظر الفائق في غريب الحديث

عمله في القفيز عَوْضاً عن عمله في باقى الكُرِّ المطحون^(١).

والمعنى: النَّهْيُ عن أن يجعل أجرَةَ العاملِ بعضاً ممَّا يقوم بعمله، حتى لا يكون بعضُ ما يعملُ فيه له وعليه!، إذ طَحَنُ الكُرِّ مطلوبٌ منه للمالك، وله على المالكِ قفيزٌ مطحونٌ من الكُرِّ، فكأنَّه طَحَنَ هذا القفيز الذي للمالك وللعاملِ أيضاً، فكأنه يعملُ في أجرته لا بأجرته^(٢).

للزمخشري (٢١٤/٣)، ط. دار الفكر، ١٩٧٩م، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم و محمد البجاوى.

(١) حاشية ابن عابدين (٣٠٨/٦)، وقد ذكر ابنُ عابدين الخلافَ بين الإمام أبي حنيفةٍ وصاحبيِّه أبي يوسف ومحمد، حيث ذهب أبو حنيفة إلى العمل بحديث قفيز الطحَّان، وتركه الصحابان للأحاديث الصحيحة (عاملُ أهلِ خيبرٍ بشطَرٍ ما يخرج منها).
(٢) قال ابنُ قدامة في المغنى: قال ابنُ عَقِيل: نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحَّان، وهو أن يُعطى الطحَّانُ أفضرةً معلومةً يطحنها بقفيزٍ منها، وعلةُ المنع أنه جعل له بعضُ معموله أجرًا لعمله، فيصيرُ الطَّحْنُ مُسْتَحَقًّا له عليه.

قال ابنُ قدامة: وهذا الحديث لا نعرفه، ولا يثبتُ عندنا صحته، وقياس قولِ أحمدَ جوازُه، لِمَا ذكرنا عنه من المسائل. ا.هـ من المغنى لابن قدامة (١١٨/٧).

ثم استطرد ابنُ قدامة فذكر أمثلةً تدلُّ على جوازِ العملِ على عينٍ ببعض ما يخرجُ من نمائها مع بقاء عينها، فقال: وإن دفع ثوبه إلى خياطٍ لِيَقْصِلَهُ قُمْصاناً يبيعها، وله نصفُ ربحها بحقِّ عمله، جاز، نصَّ عليه، ولم يُجْزَ مالكٌ وأبو حنيفةٌ والشافعيُّ شيئاً من ذلك، لأنه عَوْضٌ مجهولٌ، وعملٌ مجهولٌ، وقد ذكرنا وجهَ جوازِه (يقصد أنه استدلَّ سابقاً لمسألةٍ دفعِ دابةٍ لِمَنْ يعملُ عليها ببعض ما يخرجُ منها)، قال: وإن جَعَلَ مع ذلك دراهمَ معدودةً لم يَجْزُ.. ثم قال: كره ذلك كلُّه الحسنُ، وقال أبو ثورٍ وأصحابُ الرأي: هذا كلُّه فاسدٌ، واختاره ابنُ المنذر وابنُ عَقِيل، وقالوا: لو دفع شبكتَه إلى الصيَّاد ليصيدَ

وعلاقة هذا بعقد تربية المواشى: أنّ النهى واردٌ عن العملِ على عينٍ ببعض ما يخرج منها، وهذا يشبه المساقاة والمزارعة وعقد تربية المواشى، لأنّ كلّ هذه العقود تشتمل على العملِ على عينٍ ببعض ما يخرج من نمائها، فصارت منهيّاً عنها بالنهى عن قفيز الطّحان، لأنه يشملها.

والجواب من وجوه: أولاً: صحّة أحاديث المساقاة والمزارعة، وضعف حديث قفيز الطّحان، والضعيف لا يقوى على إزالة القوى، ولا نحتاج بعد هذا الجواب إلى المزيد، إذ القاعدة الحديثية تقول: أثبت العرش ثم انقش، ولم يثبت فلا حاجة للتفريع، ومع ذلك فهناك المزيد. ثانياً: قياس هذه المعاملات على قفيز الطّحان قياس مع الفارق، وذلك لأنّ العمل في القفيز فورئاً حالئاً، والعمل في هذه العقود متراخ. ثالثاً: الأجرة في قفيز الطّحان مُشاهدة معلومة القدر والكم، بخلاف هذه العقود فالعوض فيها معدومٌ حال التعاقد، مجهول القدر، معلوم النسبة بالأجزاء لا بالكم.

الفرع الثالث:

الاعتراض الثالث: اشتمال عقد الشركة في المواشى على تناقضات!

١- اعترض المعترض فقال: هذا العقد اشتمل على تناقضات، منها: أنه أشبه المساقاة والمزارعة في العمل على عينٍ ببعض ما يخرج منها مع بقاء عينها، ولكنه خالفهما في أنه عقدٌ جائزٌ (يجوز للطرفين فسخه

بها السمك نصفين، فالصيد كُله للصياد، ولصاحب الشبكة أجرٌ مثلها، وقياس ما نُقل عن أحمد: صحّة الشركة، وما رزق الله بينهما على ما شرطاه، لأنها عينٌ تُنمى بالعمل عليها، فصَحَّ دفعها ببعض نمائها كالأرض. ١. هـ من المغنى لابن قدامة (١١٧/٧ - ١١٨).

متى شاءا)، وهما لازمان (لا يحقُّ لطرفيه فسخُ العقد قبل انتهاء مُدَّتِهِ)^(١).

والجواب: لا مانع من اشتراك بعض العقود في بعض خصائصها واختلافها في البعض الآخر، وإلاَّ كانت متطابقةً غيرَ مستقلةٍ عن بعضها البعض^(٢).

(١) وهذا عند جمهور الفقهاء، قال الحنابلة: يجوز فسخُّه متى شاءا، والدليل حديثُ معاملة أهلِ خيبر، وفيه (نُقِرُّكم بها على ذلك ما شئنا) متفق عليه؛ البخارى في المزارعة برقم (٢٣٣٨)، ومسلم في المساقاة برقم (١٥٥١).

(٢) وقد ورد عن الفقهاء التصريحُ بذلك: قال الخطيب الشربيني في المُساقاة: (لَمَّا شابهت القراضُ في العمل في شيءٍ ببعض نمائه، وجهالةِ العوض، والإجارة في اللزوم والتأقيت، جُعِلت بينهما) ١.هـ. معنى المحتاج (٣٢٢/٢)، ويقصد بقوله: جُعِلت بينهما: أي في الترتيب والتصنيف.

وقال في الكلام عن القراض (المضاربة): والأصل فيه الإجماع والقياس على المُساقاة، لأنها إنمَّا جُوِّزَت للحاجة، من حيث إنَّ مالك النخيل قد لا يُحسِنُ تعهدها، ولا يتفرغُ له، ومن يُحسِنُ العملَ قد لا يملك ما يعملُ فيه، وهذا المعنى موجودٌ في القراض، فكان الأولى تقديمُ المُساقاة، على خلاف ترتيب المُصَيِّف، وهو كما قيل رخصةٌ، خارجٌ عن قياس الإجازات، كما خرجت المساقاة عن بيع ما لم يُخلَق، والحوالة عن بيع الدَّينِ بالدَّينِ، والعرايا عن المُزَابَنَةِ. ١.هـ. معنى المحتاج (٣٠٩/٢).

وقال في الشُّفْعَةِ: وذُكِرَت عقبَ الغصبِ لأنها تُوخَذُ قهراً، فكانها مُستثناةٌ من تحريم أخذِ أموال الغير قهراً. ١.هـ. معنى المحتاج (٢٩٦/٢).

وقال في الشركة: ومقصودُ الباب شركةٌ تحدثُ بالاختيار، بقصد التصرف وتحصيلِ الربح، وليست عقداً مستقلاً، بل هي في الحقيقة وكالةٌ وتوكيلٌ. ١.هـ. معنى المحتاج (٢١٢/٢).

=

٢- هذا العقد مُلَفَّقٌ من عقود!، ففيه: الربحُ وقايةٌ لرأس المال. وهذا من خصائص المضاربة^(١)، وهو ليس مضاربةً. والجواب: نفس الجواب عن الاعتراض الأول، لا مانع من اشتراك العقود في بعض خصائصها، واختلافها في البعض الآخر، إذ لكلِّ عقدٍ ما يَخُصُّه.



وقال في الحوالة: والأصحُّ أنها بيعٌ ذَيْنِ بَدَيْنِ جُوزَ للحاجة، ولهذا لم يُعتبرُ التقابُضُ في المجلس وإن كان الدَّيْنانِ رَبَوِيَّيْنِ، فهو بيعٌ، لأنها إبدالُ مالٍ بمالٍ، لأنَّ كلَّ واحدٍ مَلَكٌ بها ما لم يملك، فكأنَّ المُحيلَ باعَ المحتالَ مالَهُ في ذِمَّةِ المُحالِ عليه بما للمُحتالِ في ذِمَّتِهِ، وقيل: استيفاءً، وهو المنصوصُ في الأمِّ، فكأنَّ المحتالَ استوفى ما على المُحيلِ، وأقرضه المُحالَ عليه، قال ابنُ الحداد: والتفريعُ على قولِ البيعِ لم أره مستمراً. اهـ. معنى المحتاج (١٩٣/٢).

(١) حاشية ابن عابدين (٦٩٣/٥)، حاشية الدسوقي (٥٢٩/٣)، معنى المحتاج (٣١٨/٢)، كشف القناع (٥١٦/٨)، المغنى لابن قدامة (١٦٥/٧).

المطلب الثالث

ضوابط مشروعية عقد تربية المواشى وأهم أحكامه

نتناول في هذا المطلب الأسس والقواعد التي لا بد من اعتمادها عند حدوث نزاع بين المالك والمُربّي، بناءً على التكييف الفقهي الذي انتهى إليه البحث سابقاً، وكلُّ نزاع يحدثُ نُطبّقُ فيه القواعد العامة للشريعة، إذ من الصعب على الفقيه أن يجد لكلِّ مسألةٍ جزئيةٍ نصّاً بشأنها، ومما تشتدُّ الحاجةُ إلى معرفته ما يلي:

الفرع الأول: المنازعات الحاصلة بين المالك والمُربّي.

صُوِّرَ النزاعُ الحاصلةُ بين المالك والمُربّي كثيرةً، ولكنها تكثُرُ عند حدوث طارئٍ، والأصلُ في هذا العقد السلامةُ في غالبِ الأحيان، والنزاعُ نادرٌ، والنادرُ يُلحَقُ بالعدمِ، فلا تؤثرُ هذه المنازعاتُ على صحةِ العقد، ولَمَّا كان هذا العقدُ مُستحدثاً، لم يرد عن السابقين في منازعاته نقلٌ يُزجَعُ إليه، لأنهم لم يتعرّضوا له، فلزِمَ الفقيه أن يُعملَ في منازعاته القواعد العامة للشريعة، من رفعِ الضررِ، وتحمُّلِ الضررِ الأقلِ لدفعِ الضررِ الأعظمِ، والغنمُ بالغُرمِ^(١)، والنعمةُ بقدرِ النعمة^(٢)، والخراجُ بالضمنان^(٣)، إلى آخرِ القواعد المعمول بها في ثنایا الفقه.

- (١) الأشباه والنظائر للسيوطي (٣٠٤/١) ط. مكتبة دار السلام، القاهرة، دُرر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر (٧٩/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٣٧.
- (٢) درر الحكام (٧٩/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٤١.
- (٣) الأشباه والنظائر (٣٠٣/١)، درر الحكام (٧٨/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٢٩

١- ومن صور تلك المنازعات:

يحدث أن يعمَّ الأسواق كساداً، فترخص الأسعار، وإذا رخصت الأسعار أصابت الخسارة كلاً من المالك والمُرَبِّي، فالمالك بعد أن كانت ماشيته تساوي مثلاً عشرين ألف جنيه، صارت تساوي عشرة آلاف جنيه، والمُرَبِّي على أمل أن يقاسم في الربح عند بيعها، إذا ظهر لهما بيعها، وعند رخص الأسعار يئس من حصول نفع، فيضطر إلى تسليمها لمالكها بحالتها، ويضيع عليه جهدها وحفظها ورعايتها، وثمر علفها أحياناً، والمالك يريد بقاءها عند المُرَبِّي حتى تتحسن الأحوال وترتفع الأسعار، والمُرَبِّي يهزب من الخسارة المضاعفة، لأنه سيعانى معها حتى يجبر رأس مالها الأصلي، ثم يعانى حتى يجد ربحاً، وفي ذلك تضييع لجهده وعرقه.

وقد يحدث بينهما نزاع على ذلك، والرأى الفقهي أن هذا العقد عقد جائز، يحق لطرفيه فسخ العقد متى شاء، شأنه في ذلك شأن المساقاة والمزارعة^(١) والمضاربة والشركة، ولأن العقد شريعة المتعاقدين، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وهنا يثور سؤال: كيف يكون عقد تربية المواشي جائزاً؛ لكلٍ منهما فسخه متى شاء، في حين أن النسل ربما لم يكن قد حصل بعد؟

والجواب: هذه الماشية معلوم رأس مالها يوم دفعها المالك للمُرَبِّي، فإذا بيعت فإنهما يقتسمان ما حصل من زيادة بعد رأس المال، وهى في العادة

(١) حاشية ابن عابدين (٣١٠/٦)، حاشية الدسوقي (٥٤٥/٣)، مغنى المحتاج (٣٢٩/٢)،

كشاف القناع (١٥/٩)، المغنى (٥٤٢/٧).

تزداد قيمتها، والفسخ جائز حتى لو كانت الماشية حاملاً، لأن الحمل له دور في رفع ثمنها، فتعود زيادتها إلى الطرفين معاً، وعليه؛ فلا محذور من فسخ العقد إذا طلب أحدهما ذلك أو كلاهما.

٢- صورة أخرى للنزاع بين المالك والمربي:

يحدث أحياناً أن تموت الماشية لمرضٍ مثلاً، ولها نتاج ونسل، فيختصم المالك والمربي، المالك يريد أن يجعل النتاج وقاية لرأس المال، فيستوفى قيمة ماشيته التي ماتت أولاً من النتاج، ثم يقتسمان ما تبقى، والمربي يقول: هلكت قضاءً وقدرًا، ولم أقصر في الحفظ والصيانة، فلم لا أقتسم النتاج كله، دون أن أشارك في توفية رأس المال أولاً؟

والجواب: هذا العقد فيه خصلة من خصال المضاربة، وهو أن الربح وقاية لرأس المال، وعليه فلا بد من توفية رأس المال أولاً، ثم يقتسمان ما بقي، وهذا الشبه بالمضاربة هو الذي أنتج ذلك الرأي الفقهي.

وقد يقول قائل: إذا كان عقد تربية المواشى أقرب إلى المساقاة من غيرها من العقود، وكانت المساقاة من أكبر دعائم مشروعية هذا العقد، فلم لم يأخذ حكم المساقاة في هذا النزاع الحاصل، وهو أن الربح ليس وقاية لرأس المال، كما في المساقاة، فإذا هلك النخل كله، ولم تبق سوى نخلة واحدة، فإن نصيب المساقى محفوظ له فيها، والخسارة وُزعت عليهما فيما هلك، ضاع على المساقى تعبهُ، وضاع على المالك نخله.

أقول: يمكن أن نفرّق بين العقدين فنقول: إذا كان هناك نتاج للماشية فللمالك استيفاء قيمة ماشيته أولاً، لوجود ما يُمكن الاستيفاء منه، وهو

التَّاجُ، أمَّا إذا لم يكن هناك نَتَاجٌ، وهَلَكَتِ الماشيةُ، فإنها تهلكُ على مالِكِها، ولا يتحمَّلُ المُرَبِّي شيئاً في موتِها، فيكون الغنمُ بالغُرمِ، والنعمةُ بقدرِ النِّقمةِ، وفي ذلك إعمالٌ للقواعد الفقهية مجتمعةً، دون إعمالِ البعض وإغفالِ البعض.

٣- صورةٌ أخرى للنزاع:

يحدث أحيانا أن تمرض الماشية فتحتاج إلى أجره طبيبٍ وثمرٍ علاجٍ، فيتنازع المالك والمُرَبِّي؛ المُرَبِّي يريد أن يتحمَّل المالك نفقات العلاج، لأنَّ المُرَبِّي من شأنه التربية والتعهدُ بالعناية والرعاية، لا المُداواة، لأنَّ المُداواة لحفظ الأصل، ولا تتكرَّر بتكرَّر السنين، فكانت على المالك، شأنها في ذلك شأنُ المُساقاة، ففيها: ما كان يُرادُ للدوام والاستمرار، كحفرِ الأنهار وسقِّ الترع، فهو على مالك النخل، وما كان من حفظِ الثمرة، ولا يُراد للدوام، كتنتية الحشائش وتطهير الأنهار من المُخلفات، فهو على المُساقى^(١)، وهنا: المالك يريد أن يُنفق المُرَبِّي على البهيمه حتى تبرأ من مرضها، لأنَّه في نظره مُنتفعٌ ومستفيدٌ، فلم لا يتحمَّل ذلك، إعمالاً لقاعدة (الغنم بالغرم) ، و(النعمة بقدر النِّقمة) ؟

والجواب: إذا قلنا إنهما يقتسمان تلك النفقات، ويتشاركان مناصفةً في تحمُّل أجره الطبيب وثمر الدواء، فهو قولٌ جديرٌ بالاعتناء، وله حظٌّ من النظر الفقهي، والمُدرك الشرعي، مستأنسين في ذلك بنظرية قانونية، وهي نظرية

(١) حاشية ابن عابدين (٣١٠/٦)، حاشية الدسوقي (٥٤٤/٣)، معنى المحتاج (٣٢٨/٢)،

كشاف القناع (١٩/٩).

الظروف الطارئة^(١)، والتي تُحوّل للقاضي تنصيفَ الخسارة الواقعة في الطوارئ على طرفي العقد، وهذه النظرية القانونية اعتمدها بعض الفقهاء المعاصرين، لاستنادها إلى فروع فقهية تعضد ما ذهب إليه تلك النظرية، وهذه الفروع الفقهية هي:

١- وضع الجوائح، الذي ورد به الحديث، وقال به المالكية والحنابلة من الفقهاء^(٢).

٢- فسح الإجارة بالأعذار الخاصة والعامّة، التي قال بها الحنفية والحنابلة^(٣).

٣- اعتبار تغير قيمة النقود عند الغلاء والرخص الناتج عن التضخم والكساد، وقال به أبو يوسف من الحنفية، وهو المعتمد للفتوى عندهم^(٤).

فهذه الفروع الثلاثة تُعضد النظرية القائلة بتنصيف الخسارة الطارئة على طرفي العقد.

(تنبيه) : ما نقوله من حلول فقهية هنا يكون عندما يحدث نزاع بين المالك والمرتبّي، فإن تراضيا على شيء فهما على ما تراضيا عليه، إذ الأصل

(١) انظر: نظرية الظروف الطارئة لعبد السلام الترماني ص ٢١، ٢٢.

(٢) حاشية الدسوقي (١٤٦/٣)، حاشية العدوي (٥٥٠/٥)، كشاف القناع (٧٦/٨)، المغني لابن قدامة (١٨٧/٦).

(٣) حاشية ابن عابدين (٨٠/٦)، البدائع (٩٠/٤).

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق للزبيلي (٢١٩/٦).

في العقود التراضى.

٤- صورة أخرى للنزاع بين المالك والمُربّي:

يحدث أحياناً أن يقلّ الزرع الأخضر في فترات ما بين زراعة المحاصيل، فيتّجه المُربّي إلى استبدال الزرع الأخضر المستخدم في إطعام الماشية بالعلف، فيجعل العلف مكان النبات الأخضر، والعلف يحتاج إلى مالٍ لشرائه، وقد لا يستطيع المُربّي مواصلة الشراء، لارتفاع ثمن العلف، وذلك يعود عليه أيضاً بالخُسران، لأنه سينفق ما يربح من الماشية في شراء العلف لها، فيطلب من المالك شراء العلف أو المساعدة في ثمنه، والمالك يحتج بأن الإطعام والرعاية على المُربّي، فلا يلزم المالك المساعدة في شراء الأعلاف، وتحدث الخصومة والمنازعة، فما الحلّ؟

والجواب: إذا كان للعلف وقع، وثمره مرتفع، وتكليف المُربّي بتحمله كلّه فيه إجحاف بالمُربّي، وانحياز إلى جانب المالك، عند ذلك من الفقه إلزامهما بالمشاركة في ثمن العلف مناصفةً حتى يوجد الزرع، وحتى يتوفّر النبات، قياساً على الاشتراك في أجرة الطبيب وثمر الدواء، وأخذاً من الأمر النبويّ بوضع الجوائح، فإن قلّة النبات، وانعدام الزرع الأخضر في حقّ الفلاح المُربّي أشبه بالجائحة، بجامع اشتراك كلّ منهما في انعدام ما لا غنى عنه للفلاح المُربّي.

الفرع الثاني: ضمان الماشية تحت يد المُربّي.

نبدأ هذا المطلب بسؤال، وهو: ضمان الماشية تحت يد المُربّي على من تكون؟ وبصيغة أخرى: يد المُربّي على الماشية يد ضمان أم يد أمانة؟

والفرق بين يد الضمان وبين يد الأمانة، أن يد الضمان ضامنة لما تحت يدها في كل الأحوال، كيد الغاصب، سواء تلف بتعدي منه أو تقصير، أو تلف بأفة سماوية لا دخل للمُرَبِّي فيها أو تلف بمرض، أو ماتت حتف أنفها، المهم أن المُرَبِّي مسئولٌ مسئوليةً كاملةً عن الماشية التي تحت يده أمام المالك، فإن تلفت لأي سبب فالمُرَبِّي غارمٌ قيمة ما تلف، أما يد الأمانة فهي أمانة على ما تحت يدها، ولا ضمان عليها إلا بالتعدي أو التقصير، كيد المودع (الذي يحفظ الأمانات للناس) ويد العامل في المضاربة، ويد الشريك، ويد الوكيل، ويد الوصي، وأمين الحاكم، والولي، فكل هؤلاء يدُهم يدُ أمانة، ولا ضمان عليهم إلا بالتعدي أو التقصير^(١).

يا ترى أين يقع المُرَبِّي بين هؤلاء من حيث الضمان وعدمه؟

الجواب: الأصل أن يد المُرَبِّي على ما تحت يده من ماشية يدُ أمانة وليست يد ضمان، وذلك لأن الأصل أنه أمينٌ فيما يدعيه من تلف أو مرض، ولا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي، شأنه شأن المودع^(٢) والوكيل^(٣) والعامل في المضاربة^(٤) والشريك^(٥) والمُساقى والوصي، وغيرهم من الأمانة، لأنه

(١) قال ابن عابدين: اشتراط الضمان على الأمين باطل. أفاده أبو السعود. ١هـ من حاشية ابن عابدين (٧٠١/٥).

(٢) مغنى المحتاج (٨١/٣)، كشف القناع (٤٠٣/٩)، المغنى لابن قدامة (٢٥٧/٩).

(٣) المغنى لابن قدامة (٢١٣/٧).

(٤) حاشية ابن عابدين (٦٨٣/٥)، حاشية البجيرمي على الخطيب (١٦٣/٣)، المغنى لابن قدامة (١٣٤/٧).

(٥) المغنى لابن قدامة (١٢٨/٧).

يُشْبَهُ هَوْلَاءَ جَمِيعاً فِيمَا تَحْتَ يَدِهِمْ، وَلَا يُشْبَهُ الْغَاصِبَ، فَاسْتَحَقَّ أَنْ يَشْرَكَ مَعَهُمْ فِي الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ.

هذا هو الأصل، وتقتضيه الفروعُ الفقهيةُ المشابهةُ لعقد تربية المواشي، ولكن قد يَضْمَنُ الْمُرَبِّي إِذَا ثَبِتَ تَقْصِيرُهُ، أَوْ تَفْرِيطُهُ فِي حَقِّ الْمَاشِيَةِ، وَذَلِكَ إِعْمَالاً لِمَقْتَضَى الْقَوَاعِدِ الْمُؤَلِّمَةِ بِالضَّمَانِ فِي كُلِّ مَا شَاكَلَ هَذَا الْعَقْدَ وَشَابَهَهُ.

اعتراضٌ على هذا التكييف الفقهي لضمان الماشية:

قد يعترض معترضٌ فيقول: من الأحاديث المشهورة قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ)^(١). وَالْخَرَجُ هُوَ الْمَنَافِعُ الَّتِي تَأْتِي مِنَ الشَّيْءِ، كَكَسْبِ الْعَبْدِ وَغَلَّتِهِ، وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ، وَسُكْنَى الدَّارِ، وَأَجْرَةِ الدَّابَّةِ، وَالْخَرَجُ نَوْعَانِ؛ زِيَادَةٌ مَنفَصَلَةٌ غَيْرُ مَتَوَلِّدَةٍ مِنَ الْأَصْلِ، كَأَجْرَةِ الدَّابَّةِ وَكَسْبِ الْعَبْدِ وَسُكْنَى الدَّارِ، وَزِيَادَةٌ مَنفَصَلَةٌ مَتَوَلِّدَةٌ مِنَ الْأَصْلِ كَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ، وَالذَّرَّ (اللَّبَنِ) وَالنَّسْلَ مِنَ الْمَاشِيَةِ.

فيقول المعترض: مُقْتَضَى هَذَا الْحَدِيثِ يَفِيدُ أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى الْمُرَبِّي لِأَنَّهُ الْمُسْتَفِيدُ مِنَ اللَّبَنِ، وَيُسْتَفِيدُ مِنَ النَّسْلِ لِاحْتِقَاقِهِ، فَانطَبَقَ عَلَيْهِ (الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ).

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً (٧٧٧/٣) برقم (٣٥٠٨)، والترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً (٨٥١/٣) برقم (١٢٨٥)، والنسائي في كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان (٢٥٤/٧) برقم (٤٤٩٠)، وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان (٧٥٤/٢) برقم (٢٢٤٣)، قال الترمذي: هذا حديث حسنٌ صحيحٌ.

والجواب: من المُقَرَّرِ عند العلماء أنَّ معرفة سببِ وُرُودِ الحديث يُعِينُ على فَهْمِ فَهْمِ الحديث، وسببُ هذا الحديث أنَّ رجلاً اشترى عبداً من آخر، فاستعملَ المشتري العبدَ فوجد به عيباً، فردَّه إلى مالكه، فامتنع المالكُ من قبوله بحُجَّةٍ أنَّ المشتريَ استعملَ العبدَ، فاختصما إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقاضى للمشتري على البائع، فقال البائعُ: يا رسول الله: لقد استعملت عبدي!، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الخراجُ بالضمان. والمعنى أنَّ خراجَ هذا العبدِ من حقِّ المشتري في فترة وجوده عنده، لأنه لو هلك العبدُ في هذه الفترة هلكَ على حساب المشتري، فاستحقَّ المشتري خراجه، لأنَّ الغنمَ بالغُرم، والنعمة بقدرِ النعمة، فكان الخراجُ له مقابلَ دخوله في ضمانه.

وعلى ذلك لا يجوز تخريجُ مسألةِ مُرَبِّي الماشية على هذه القاعدة، لأنَّ الخراجَ في الحديث هو زيادةٌ منفصلةٌ غيرُ متولِّدةٍ من الأصل، ككسبِ العبدِ وغلته واستعماله، وهذه زيادات منفصلةٌ غيرُ متولِّدةٍ من الأصل، بخلاف اللبن والنسلِ فهي زياداتٌ منفصلةٌ متولِّدةٌ من الأصل، وبين الزيادتين فرقٌ يمنع قياسَ إحداهما على الأخرى.

وفرقٌ آخرُ: وهو أنَّ المُرَبِّي بَسَطَ يده على الماشية للتربية والرعاية لا للشراء من المالك، والحديثُ واردٌ في قضيةِ بيعٍ وشراءٍ، فلا تقع مسألتنا تحت فروع الحديث، وكذلك المُرَبِّي قد بسطَ يده على الماشية بإذن المالك، والمالكُ أذن له ضِمناً في الانتفاعِ بالدَّرِّ والنَّسْلِ، والإذنُ يُنافي الضمان^(١)،

(١) دُرر الحُكَّام لعلی حیدر (٧٨/١)، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤٣١، وعبر عنها بقوله (الأجرُ والضمانُ لا يجتمعان).

وهي قاعدةٌ فقهيةٌ مشهورةٌ.

اعتراض آخر على تكييف الضمان:

في الحديث: قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (الظَّهُرُ يُرْكَبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبْنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَفْقَةُ)^(١).

فقال المعترض: المرَبِّي يشرب من اللبن، ويركب أحياناً إذا صلحت للركوب، فكان عليه النفقة بنص الحديث، والنفقة والضمان سيان.

والجواب: هذا الحديث واردٌ في الرهن، وهو من عقود الاستيثاق، والمرتهن (الذي قبض العين المرهونة) إنما قبض لمصلحة نفسه في المقام الأول لا لمصلحة الراهن (صاحب العين)، بخلاف مرَبِّي الماشية مع المالك فالمصلحة مشتركة بينهما، وكذلك المرتهن ممنوعٌ من الانتفاع بالعين المرهونة إلا بإذن من الراهن، بخلاف مرَبِّي الماشية فانتفاعه مأذونٌ فيه ضمناً ودلالةً، حتى لو لم يُصرِّح له المالك لفظاً، فامتنع قياس المسألتين للفارق بينهما.

وللعرف والعادة دورٌ كبيرٌ في تكييف كثيرٍ من مسائل تربية المواشي، والفصل في المنازعات أحياناً، وذلك لتتابع عمل الناس على ذلك، والفقيه يستدل لإثبات هذا العرف إذا لم يُصادم نصاً، ويجعل عرف الناس راءداً له في التكييف الفقهي، وذلك لأن القواعد الفقهية تقتضي ذلك، ومن القواعد المشهورة: (العادة مُحَكِّمَةٌ)^(٢) و (المعروف عُرفاً كالمشروط شرطاً)^(١).

(١) رواه البخاري في كتاب الرهن، باب ٤ برقم (٢٥١٢).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (١/٢٢٢)، درر الحكام (١/٤٠)، شرح القواعد الفقهية للزرقا

و (العادة كالشرط) (٢).

قال السيوطي: كلُّ ما ورد به الشرع مُطلقاً، ولا ضابطاً له فيه، ولا في اللغة: يُزجَع فيه إلى العُزْفِ. ١. هـ (٣).



ص ٢١٩.

- (١) الأشباه والنظائر (٢٣٥/١)، درر الحكام (٤٦/١)، شرح القواعد للزرقا ص ٢٣٧.
(٢) قاله الشيخ الدردير في شرح مختصر خليل (٥٤٤/٣) وبهامشه حاشية الدسوقي عليه.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٣٥/١).

الخاتمة والتوصيات

- ١- الأصل في العقود الإباحة إلا ما ورد الشرع بتحريمه، فإذا استحدث الناس معاملةً لحاجتهم إليها، ولم تشمل على ما يخالف الشرع، جاز التعاملُ بها.
- ٢- عقد الشركة في المواشي عقدٌ بين مالك الماشية والمُرَبِّي، يتمُّ فيه تسليمُ الماشية للمُرَبِّي ليتعهَّدها بالتربية والحفظ، على أن ما رزق الله من نتاجٍ فهو بينهما.
- ٣- عقد تربية المواشي ليس شركةً بالمعنى الفقهي التراشي، وإن شاع عند الناس تسميته شركةً، فهي تسميةٌ مجازيةٌ.
- ٤- عقد تربية المواشي ليس مضاربةً، لأنَّ المضاربة فيها بيعٌ وشراءٌ، وتقليبٌ في الأسواق، وضربٌ في الأرض ابتغاءَ الربح، ورأس المال في المضاربة تذهب عينه بشراء الأمتعة طلباً للربح من ورائها، بخلاف مسألتنا فالعين فيها باقيةٌ.
- ٥- أقرب العقود التراشية لعقد تربية المواشي هو عقدُ المساقاة والمزارعة، لاشتراك الجميع في أنه عملٌ على عينٍ ببعض ما يخرج من نمائها مع بقاء عينها، مع جهالةِ العوضِ كما لا جزءاً ونسبةً.
- ٦- عقد تربية المواشي من العقود المستحدثة، اقتضته الحاجةُ والمصلحةُ، وله شبهةٌ كبيرٌ بكثيرٍ من العقود التراشية المُسمَّاة، فهو يشبه المضاربة في أنَّ الربحَ وقايةٌ لرأس المال، ويشبه المساقاة والمزارعة في العمل على عينٍ ببعض ما يخرج من نمائها مع بقاء عينها، ويشبه الشركة في بعض

صورها عند الحنابلة كشبكة الصياد.

٧- العمل على عينٍ ببعض ما يخرج منها كالمساقاة وتربية المواشى لا يشبه النهى الوارد عن قفيز الطَّحَّان المذكور في الحديث، وذلك لأنَّ الأقفزة موجودة والعمل فوريٌّ، والعوض معلومٌ مُشاهدٌ، بخلاف مسألتنا، فليس فيها شيءٌ من ذلك.

٨- ليس شرطاً في كلِّ عقدٍ مُستحدثٍ أن نُلحِقَه بعقدٍ تراثيٍّ حتى يكتسب المشروعية والجواز، وإنما قد يكون العقد المستحدث منقطع الصلة عن العقود التراثية المُسمَّاة، وقد يشترك مع بعضها في بعض الخصائص، ولا مانع منه في الحاليتين.

٩- المنازعات الحاصلة بين المالك والمُربّي نلجأ في تحكيمها إلى القواعد العامة للشريعة، والقواعد الفقهية الحاكمة، وليس شرطاً أن نجد لكلِّ نزاع نصّاً بشأنه.

١٠- يدُ المُربّي يدُ أمانةٍ، لا يضمنُ إلا بالتفريط أو التّعدي، شأنه في ذلك شأنُ المُودع والشريك وعامل المضاربة والوكيل والمُساقى والمُزارع، لأنَّ عقده يشبه عقودهم، فأخذ حكمهم في الضمان وعدمه.



مراجع البحث

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: التفسير:

- ١- أحكام القرآن للجصاص، أبو بكر أحمد الرازي ت ٣١٠هـ ط. دار الفكر ١٤١٤هـ.
- ٢- تفسير القرآن العظيم لأبي الفداء إسماعيل ابن كثير ت ٧٧٤هـ، مكتبة دار التراث، مصر ١٤٠٠هـ-٣.
- ٣- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله القرطبي، ط الريان.
- ٤- الكشاف للزمخشري جار الله، محمود بن عمر الخوارزمي ت ٥٣٨هـ ، ط دار الفكر.
- ٥- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن للعلامة محمد الأمين الشنقيطي ت ١٩٧٤م، الناشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- ٦- مختصر تفسير ابن كثير لمحمد نسيب الرفاعي، ط مكتبة المعارف، الرياض ١٤١٠هـ.

ثالثاً: الحديث وعلومه

- ١- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى للمباركفوري، الناشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- ٢- الترغيب والترهيب للمنذرى، ط دار الحديث بالقاهرة ١٤١٥هـ.
- ٣- التلخيص الحبير بتخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ت ٨٥٢هـ، الناشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- ٤- زاد المسلم فيما اتفق عليه البخارى ومسلم لمحمد حبيب الله الجكنى

- الشنقيطي، ط دار الفكر ١٤٠١هـ.
- ٥- شرح معاني الآثار لأبي جعفر الطحاوي، ط دار الكتب العلمية ط ٣، ١٤١٦هـ
- ٦- صحيح مسلم بشرح النووي، ط. دار الفكر مصورة عن نسخة بولاق ١٩٢٩م والمعروفة بنسخة المشايخ.
- ٧- طرح التثريب في شرح التقريب لزين الدين أبي الفضل العراقي، الناشر مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- ٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر، ط دار ابن الجوزي، القاهرة، ط أولى، ١٤٣٤هـ.
- ٩- فتح المغيث بشرح ألفية الحديث للسخاوي ت ٩٠٢هـ، ط دار الكتب العلميّة، بيروت، ١٤١٤هـ.
- ١٠- المستدرک علی الصحیحین لأبی عبد الله الحاكم، ط دار ابن حزم، ١٤٢٨هـ

رابعاً الفقه :

أولاً: الفقه الحنفي

- ١- حاشية ابن عابدين على الدرّ المختار للحضكفي شرح تنوير الأبصار للتُّمْرَتاشي ط الحلبي ١٩٨٤هـ.
- ٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ١٤٢٣هـ.
- ٣- فتح القدير لكمال الدين ابن الهمّام وهي حاشية على شرح الهداية للمرغيناني، ط دار الفكر.

ثانياً: الفقه المالكي

- ١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رُشد الحفيد ت ٥٩٥هـ، ط دار الكتب العلمية، ط ١٠، ١٩٨٨م.

- ٢- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير على مختصر سيدي خليل، ط دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى الحلبي.
- ٣- حاشية العدوى على الخرشى على مختصر خليل، ط المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ١٤٢٦هـ.
- ٤- شرح الزرقاني على موطأ مالك، ط. مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ١٤٢٤هـ.

ثالثاً: الفقه الشافعي

- ١- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب الشربيني ت ٩٧٧هـ، ط الحلبي.
- ٢- الأم للإمام الشافعي، تحقيق وتعليق د. رفعت فوزي عبد المطلب، ط دار الوفاء بالمنصورة، مصر، ط ٥، ٢٠٠٨م.
- ٣- بحر المذهب لإسماعيل بن عبد الواحد الرؤياني ت ٥٠٢هـ، ط. دار الكتب العلمية ط ١، ٢٠٠٩م.
- ٤- حاشية إعانة الطالبين للبكري الدمياطي على فتح المعين بشرح قرّة العين لزين الدين الملباري، ط الحلبي.
- ٥- حاشية الشيخ سليمان البجيرمي على الإقناع للخطيب الشربيني، ط الحلبي.
- ٦- حاشية البجيرمي المسماة التجريد لنفع العبيد على المنهج لشيخ الإسلام زكريا، ط الحلبي.
- ٧- حاشية البيجوري على ابن قاسم الغزّي في شرح متن أبي شجاع، ط دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى الحلبي.
- ٨- حاشية الشيخ سليمان الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا، ط دار الفكر، مصورة عن الحلبي.
- ٩- حاشية الشرقاوى على التحرير لشيخ الإسلام زكريا، ط دار الفكر.
- ١٠- حاشية الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي، ط

الميمية.

- ١١- حاشيتا قلوبى وعميرة على شرح المحلى على المنهاج للنوى، ط دار الفكر
- ١٢- الحاوى للماوردى، أبو الحسن على بن حبيب ت ٤٥٠هـ، ط دار الفكر ١٤٢٤هـ.
- ١٣- الحاوى للفتاوى للسيوطى، جلال الدين عبد الرحمن ت ٩١١هـ، ط دار الفكر ١٤٣٠هـ.
- ١٤- روضة الطالبين للإمام النووي، ط دار الكتب العلمية، ٢٠٠م.
- ١٥- السراج الوهاج لمحمد الزهرى الغمراوى شرح المنهاج للنوى، ط الحلبي.
- ١٦- شرح السنة للبعوى، أبو الحسين محمد بن مسعود البغوى ت ٥١٦هـ، ط دار الفكر، تحقيق وتعليق سعيد اللّخّام، ١٤١٩هـ.
- ١٧- المجموع للنوى، شرح المذهب لأبى إسحاق الشيرازى، ط مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، حققه وعلق عليه وأكمّله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعى.
- ١٨- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، ط الحلبي
- ١٩- المذهب لأبى إسحاق الشيرازى ت ٤٧٦هـ، ط دار الفكر.
- ٢٠- المهمات لعبد الرحيم الأسنوى ت ٧٧٢هـ، ط دار ابن حزم، ط أولى، ١٤٣٠هـ.
- ٢١- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمحمد الرملى ت ١٠٠٤هـ، ط الحلبي.

رابعاً: الفقه الحنبلى

- ١- كشاف القناع للشيخ منصور بن يونس البهوتى ت ١٠٥١هـ على متن الإقناع للحجاوى، ط وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.
- ٢- المغنى لابن قدامة الحنبلى ت ٦٢٠هـ، ط دار عالم الكتب، تحقيق التركى والحلو، ط ٤، سنة ٢٠٠٥م.

٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم النجدى، ط ٢، ١٣٩٩هـ.

٤- الشرح الممتع لابن عُثيمين على زاد المستقنع، ط مؤسسة آسام، ط أولى ١٤١٧هـ.



الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٦٥١
المطلب الأول: تعريف عقد تربية المواشى وعلاقته بعقود الاستثمار في الفقه الإسلامي	٦٥٤
الفرع الأول: مدى استيفاء عقد الشركة في المواشى للشروط على أصول الشافعية	٦٥٩
الفرع الثاني: الشركة بين المالك والمربي على أصول السادة الحنفية	٦٦١
الفرع الثالث: الشركة في المواشى على أصول المالكية والحنابلة	٦٦٢
الفرع الرابع: المضاربة وعلاقتها بعقد الشركة في المواشى	٦٦٣
الفرع الخامس: المساقاة والمزارعة والمغارسة وعلاقتها بعقد تربية المواشى .	٦٦٧
المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد تربية المواشى	٦٧١
اعتراضات على هذا العقد	
الاعتراض الأول:	٦٧٤
الاعتراض الثاني: مسألة قفيز الطحان	٦٧٨
الاعتراض الثالث:	٦٨٠
المطلب الثالث: ضوابط مشروعية عقد تربية المواشى وأهم أحكامه	٦٨٣
الفرع الأول: المنازعات الحاصلة بين المالك والمربي	٦٨٣
الفرع الثاني: ضمان الماشية تحت يد المربي	٦٨٨
الخاتمة والتوصيات	٦٩٤
مراجع البحث	٦٩٦





قسم القانون الخاص

تكنولوجيا القضاء وتطوير إجراءات التقاضي المدني دراسة تحليلية في القانون المصري والإماراتي

إعداد

د. عبدالله عبدالحى الصاوي

مدرس قانون المرافعات

كلية الشريعة والقانون بالقاهرة – جامعة الأزهر

تكنولوجيا القضاء وتطوير إجراءات التقاضي المدني "دراسة تحليلية في القانون المصري والإماراتي"

عبدالله عبدالحى الصاوي

قسم القانون الخاص، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر.

البريد الإلكتروني: abdalla.alsawey12@azhar.edu.eg

ملخص البحث:

لم تعد الإجراءات القضائية التي ينظمها قانون المرافعات المصري الحالي، صالحة لمواكبة متطلبات العصر والتطور التكنولوجي الذي بات سائدا في كافة المعاملات، ومن ثم فإن القانون الحالي بات بحاجة ماسة إلى تعديل جوهري يسمح باستخدام التكنولوجيا في الإجراءات. ويعد التحول التكنولوجي نحو نظم التقاضي الإلكتروني وسيلة ناجعة وفعالة في مواجهة مشكلة بطء التقاضي والتغلب عليها؛ غير أن هذا التحول لا يجب أن يكون في ذاته غاية تهدر لأجلها المبادئ القضائية؛ وإنما يجب أن يتم وفق ضوابط قانونية وإجرائية وتقنية وفنية تحترم أصول التقاضي والمبادئ التي يقوم عليها. والتحول نحو نظم التقاضي الإلكتروني يقتضي توافر آليات ووسائل ومتطلبات مباشرة، قبل اتخاذ خطوات التحول الفعلي، وهذه المتطلبات والوسائل منها ما هو قانوني وتشريعي، ومنها ما هو تقني وفني، ومنها ما هو إداري. وجميع ذلك مرهون بضمان سرية وخصوصية المعلومات التي يدلي بها الخصوم في قضاياهم، والحفاظ على سرية المعلومات القضائية التي تتداول في ساحات المحاكم. ومن ثم تأتي هذه الدراسة لتقف على كيفية استخدام التكنولوجيا في القضاء المدني، والاستفادة منها في تطوير إجراءاته، وذلك من خلال بيان ماهية التقاضي الإلكتروني، ومتطلباته ووسائله، ومجال تطبيقه في الإجراءات.

الكلمات المفتاحية: تكنولوجيا القضاء، التقاضي الإلكتروني، العدالة الناجزة،

الإجراءات القضائية، المحكمة الإلكترونية.

Judicial technology and development of judicial procedures in civil courts

“An analysis study in the Egyptian and UAE law”

Abdalla Abdelhay Alsawey

Department of Civil and Commercial Procedures, Faculty of Sharia and Law. Al-Azhar University, Cairo, Egypt.

E-mail: abdalla.alsawey12@azhar.edu.eg

Abstract:

The judicial procedures, which are regulated by the current Egyptian civil and commercial procedures law, is no longer adequate to answer the modern age and its technological development feature, which left the current law in a need of a crucial amendment that empowers the use technologies in the procedures. This technological shift towards electronic litigation systems is considered to be an efficient and effective method to overcome the issue of the long and slow litigation process. However, this transformation shall not be a means, which may cause any breach to the respected judicial principles. Rather, it shall be regulated according to technical, legal, and procedural rules that guarantee respecting of the judicial rules and principles. The transformation toward the electronic litigation requires the existence of its conditions and techniques. Those requirements include legal, technical, and administrative rules. Besides, all these rules shall respect the confidentiality and privacy of the litigation parties, as well as the litigation information of the courtrooms. Accordingly, this study illustrates the method of using technology in the civil litigations and how to be used in advancing its procedures by defining the concept of electronic litigation, its prerequisites, tools, and its procedural scope.

Keywords: Judicial technology, Electronic Litigation, Speedy Justice, Judicial procedures, Electronic court.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على صاحب الخلق العظيم، سيدنا محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الذي مدحه ربه بما منحه فقال "وإنك لعلی خلق عظیم". وبعد،،

فإن ما يشهده العالم الآن من تطور تقني وتقدم غير مسبوق في مجال التكنولوجيا، جعلها تلقي بظلالها على كافة المجالات والأنشطة في مختلف دول العالم، فلا نجد مجالاً أو نشاطاً أو عملاً؛ إلا وللتكنولوجيا الحديثة دور فيه، ومن ثم اتجه العالم كله إلى التحول الرقمي، الذي يهدف إلى إدارة الأشياء بنظم التكنولوجيا والوسائل التقنية الحديثة.

ورغم طبيعة العمل القضائي الخاصة، وما يحيط به من ضمانات مخصصة وما يتبع فيه من إجراءات مختلفة عن الأعمال الأخرى؛ فإنه ليس بمعزل عن العالم الخارجي الذي يحيط به، فوظيفة القضاء إرساء العدالة وتطبيق القانون والعمل على استقرار المراكز القانونية.

وهذه الوظيفة تباشر داخل مجتمع يتحول تقنياً إلى العمل بأنظمة إلكترونية وتكنولوجية قد لا تجدي معها الإجراءات القضائية التقليدية، وقد لا تجدي معها العدالة ذاتها إن تأخرت عن وقتها، فالعدالة البطيئة، قد تعد ظلماً، وقد يقف القضاء عاجزاً عن الفصل في مسألة تقتضي التعامل بتقنيات حديثة ووسائل إلكترونية وتكنولوجية، كما هو شأن التجارة الإلكترونية،

والعقود الإلكترونية، والجرائم الإلكترونية، وغيرها، لأن التشريعات القائمة قد لا تسمح له بذلك.

ومن هنا كان لا بد من تطوير النظام القضائي والتحول به نحو نظم التقاضي الإلكتروني بالوسائل التكنولوجية الحديثة والتي تتناسب وطبيعة العمل القضائي؛ فهذه الوسائل إن روعيت في استخدامها الضمانات المقررة للتقاضي؛ فإنها بلا شك ستكون أعظم نفعا للخصوم وللقضاء وللعدالة ذاتها.

ولهذا اتجهت جهود الدول إلى الاستفادة من هذه الظاهرة، ومواجهة مشكلة بطء التقاضي، وبحث سبل تحقيق العدالة الناجزة، في الوقت الذي تتسع فيه دائرة التطور التقني والتكنولوجي في العالم كله بصورة غير مسبوقة ولا متوقعة، حيث أصبحت التكنولوجيا تغزو العالم من كل صوب وحدث، وأصبح تقدمها المتسارع يفرض نفسه على كافة مناحي الحياة في مختلف الدول. وإزاء هذا التطور التقني والتكنولوجي؛ استجدت معاملات وعلاقات بل وجرائم؛ لم يكن لعقل أن يتخيلها، لولا هذه الوسائل التكنولوجية الحديثة؛ لذا كان لزاما على الدول أن تخطو خطوات واسعة لتنظيم هذا القادم الجديد الذي يفرض نفسه بقوة، فشرعت من القوانين ما ينظم المعاملات الإلكترونية، وما يحول دون جرائم تقنية المعلومات والجرائم الإلكترونية، وما ينظم استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة.

إشكالية البحث:

تكمن في محاولة التوفيق بين ما عليه الواقع التشريعي المصري من تنظيم إجراءات التقاضي المدني وفقا لإجراءات شكلية، روعي في تقريرها

ضمانات معينة، وبين ما بات حقيقة ملموسة وضرورة لا غنى عنها، نحو التحول التكنولوجي في الإجراءات القضائية والاستفادة من الوسائل التقنية الحديثة؛ وبما يحقق غايات القضاء ويسر الإجراءات على المتقاضين والقضاة وأعاونهم، باتباع الوسائل الإلكترونية كبديل عن النظام الورقي التقليدي، وفي الوقت ذاته مراعاة الضمانات القضائية المقررة، وذلك في ظل ما تعانيه المحاكم التقليدية من سلبيات، منها كثرة الملفات الورقية، وإهدار وقت وجهد القضاة والموظفين، وعدم كفاية التشريعات التي تسهم في تطوير نظم التقاضي.

أهمية البحث:

تتمثل في تناوله لفكرة حديثة ومهمة، وهي التحول من نظم التقاضي التقليدية إلى نظم التقاضي الإلكتروني من خلال الاستفادة من وسائل التكنولوجيا، والوقوف على مدى مساهمة هذا التحول في تحقيق العدالة الناجزة التي ترسخ الأصول القضائية في المجتمع، في محاولة لتقديم مساهمة بسيطة قد تسهم في تعديل تشريعي نحو التحول التقني في إجراءات التقاضي.

منهج البحث:

منهج تحليلي، من خلال تحليل النصوص التشريعية والقواعد الإجرائية الحالية، لبيان مدى صلاحيتها لتطبيق فكرة التقاضي الإلكتروني أو حاجتها إلى التعديل والتطوير، وذلك في القانون المصري والقانون الإماراتي.

خطة البحث:

تأتي معالجة موضوع البحث في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التطور التكنولوجي لأنظمة القضاء وإجراءات التقاضي:

المطلب الأول: فكرة التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية.

المطلب الثاني: التحول التقني نحو نظم التقاضي الإلكتروني وأثره على

العدالة.

المبحث الثاني: مقتضيات التحول التكنولوجي نحو نظم التقاضي

الإلكتروني:

المطلب الأول: متطلبات القضاء الإلكتروني بوسائل التكنولوجيا

الحديثة.

المطلب الثاني: الوسائل الإلكترونية اللازمة لإجراءات التقاضي

الإلكتروني

المبحث الثالث: انعكاسات التطور التكنولوجي على إجراءات التقاضي:

المطلب الأول: مجال استخدام التكنولوجيا في إجراءات القضاء

المدني.

المطلب الثاني: تقييم نظام التقاضي الإلكتروني في ضوء مزاياه وعيوبه.

المبحث الأول

التطور التكنولوجي لأنظمة القضاء وإجراءات التقاضي

إزاء ما تشهده كافة الأنظمة القضائية في شتى دول العالم من تكدس للقضايا وتأخر الفصل فيها، ونتيجة لما يلاقه الخصوم والقضاة وأعوانهم من مشقة التقاضي وصعوبة إجراءاته وطول أمدها؛ فإن الأنظمة القانونية في كثير من الدول، سعت إلى إيجاد بدائل لنظم التقاضي التقليدي بالإجراءات التقليدية المتعارف عليها، ولا شك أن من أفضل الوسائل لحل هذه الإشكالية؛ استخدام التكنولوجيا في مباشرة إجراءات التقاضي، باعتبار أن الوسائل التكنولوجية الحديثة اختصرت كثير من الوقت والإجراءات في مختلف المعاملات والمجالات، والقضاء ليس بمعزل عن هذا التطور التكنولوجي؛ ولكن على نحو يتفق وطبيعة مرفق القضاء وما يؤديه من دور في خدمة العدالة وتطبيق القانون وحماية الحقوق والمراكز القانونية.

فالتطور التكنولوجي لاسيما في تقنيات الاتصالات أصبح من أهم التطورات التي يعيشها العالم اليوم، ويعتبر هذا التطور المحرك الأساس في غيره من صور التطور الأخرى، وبالتوازي مع هذا التطور نجد أن التطور التكنولوجي في مجال الحاسبات قد أسهم أيضا وبصورة كبيرة في تسارع معدلات التقدم في مجال الاتصالات والمعلومات، وكان من نتاج التطور في المجالين -الاتصالات والحاسبات- ظهور اختراعات وخدمات جديدة في مختلف المجالات، كالمعاملات الالكترونية، التي حلت محل الكثير من

المعاملات التقليدية^(١)، والتجارة الإلكترونية التي أصبحت تسيطر على أغلب العلاقات التجارية في شتى دول العالم بما تمثله من أرقام ضخمة وحجم متزايد بشكل متسارع، وكذلك التقاضي الإلكتروني الذي أضحى واقعا ملموسا في الكثير من بلدان العالم كمصر - كما هو شأن المحكمة الاقتصادية - والإمارات العربية المتحدة، وغيرهما من الدول.

ونظرا للأهمية المتزايدة لهذا الطريق الحديث من طرق التقاضي؛ فإننا نحاول في هذا المبحث بيان ماهيته، وتسليط الضوء على أهم مزاياه وعيوبه، من خلال بيان موقف المشرعين المصري والإماراتي من هذا النظام في شأن إجراءات التقاضي، وذلك في مطلبين على النحو التالي:



(١) د. خالد ممدوح إبراهيم: إجراءات التقاضي عن بعد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م، ص ٦.

المطلب الأول

فكرة التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية

يتيح التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية للفرد الحق في التقاضي بما يتناسب وطبيعة العصر، من استخدام تقنيات تكنولوجيا المعلومات، توافقا مع حاجة الأفراد والمؤسسات في أي وقت ومن أي مكان، ويساعد هذا الطريق في تحقيق العدالة الناجزة، وسرعة الفصل في القضايا وتقليل أمد التقاضي، من خلال توزيع هو أكثر فعالية للقضاة كما وتخصصا وللدعاوى كما ونوعا على المحاكم^(١)، ولكن ما المقصود بالتقاضي عبر الوسائل الإلكترونية، وهل هناك فارق في استخدام مصطلحات: الكترونية القضاء، والقضاء الإلكتروني، والتقاضي الإلكتروني، أم أن جميعها ذات معنى واحد؟ نجيب عن ذلك فيما يلي:

أولا: ماهية التقاضي الإلكتروني:

قلنا إن مستلزمات تحقيق العدالة في هذا العصر؛ استغلال التطور العلمي والتكنولوجي وثورة الاتصالات في مجال القضاء، للتحول نحو نظم التقاضي الإلكتروني، لما في ذلك من توفير للوقت والجهد و حماية أوراق ومستندات وبيانات الدعاوى، وبما يتيح سهولة الاطلاع عليها من قبل الخصوم وذوي الشأن، دون حاجة للانتقال إلى مقر المحكمة، وانعكاس ذلك على تلافي البطء في التقاضي^(٢).

(١) د. محمد علي سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٢٠م، ص ٢٠.

(٢) د. ماجد أحمد صالح العدوان: التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني

ومصطلح التقاضي الإلكتروني من المصطلحات القانونية حديثة النشأة، ولم يتم استخدامه من قبل فقهاء القانون على المستويين العربي والدولي؛ إلا في نطاق محدود، ويقصد به رفع الدعوى إلى المحاكم ومباشرتها بطرق إلكترونية، وهو أرفع ما قدمه العقل البشري من إبداع في فقه القانون في ظل التقدم التقني المعلوماتي، ولا شك أن له انعكاس إيجابي على عملية التقاضي بأكملها^(١).

والتقاضي الإلكتروني على نحو ما سيتضح في الصفحات التالية، يقتضي استخدام النظم القضائية لتكنولوجيا المعلومات، وذلك بحلول نظم المعلومات والاتصالات محل الآليات التقليدية التي اعتاد الخصوم القيام بها لتحريك ورفع ومباشرة الدعوى أمام المحكمة المختصة، ومتابعة ما يستجد فيها من قرارات وإجراءات قضائية حتى صدور الحكم النهائي والطعن عليه أمام المحكمة الأعلى^(٢).

أ- تعريف التقاضي الإلكتروني:

نشير بداية إلى أن المشرع المصري لم يعرف "التقاضي الإلكتروني"، أو

الأردني، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإمارات، الإصدار الأول، السنة الثالثة ٢٠١٩م، ص ٨٩.

(١) د. خالد حسن أحمد لطفي: التقاضي الإلكتروني كنظام قضائي معلوماتي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٢٠م، ص ٦.

(٢) د. محمود مختار عبدالمغيث: استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ١٦.

"المعاملات الإلكترونية" بشكل مباشر؛ وإنما عرف "سير الدعوى إلكترونياً" في المادة (١٣) من القانون (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م^(١)؛ بأنه "مباشرة إجراءات التقاضي المقررة قانوناً عبر الموقع الإلكتروني المخصص لهذا الغرض".

كما لم يعرفه المشرع الإماراتي التقاضي الإلكتروني في القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤م^(٢)، أو غيره من القوانين اللاحقة والتي صدرت بشأن تعديل قانون الإجراءات المدنية^(٣)، في حين عرف المعاملات الإلكترونية بأنها "معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي"^(٤).

والتعبير بالتقاضي الإلكتروني، هو التعبير الشائع عن استخدام التكنولوجيا في مجال التقاضي ومباشرة الإجراءات القضائية عبر وسائلها،

(١) صدر هذا القانون بتعديل بعض أحكام قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨، ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٣١ مكرر (و)، في ٧ أغسطس ٢٠١٩م.

(٢) صدر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤ بشأن تعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢، ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٥٧٢ السنة الرابعة والأربعون - بتاريخ ٣٠/١١/٢٠١٤م.

(٣) وهي القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٧م، والقانون الاتحادي رقم (١٨) لسنة ٢٠١٨م.

(٤) المادة (١) من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦م، في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٤٢، السنة السادسة والثلاثون، محرم ١٤٢٧ هجري/ يناير ٢٠٠٦م.

وإن كان بعض الشراح يستخدم تعبيرات أخرى سنتناولها لاحقاً؛ منها القضاء الإلكتروني، والإلكترونية القضاء، والتقاضي عبر وسائل التكنولوجيا، والتقاضي بالوسائل التقنية أو الإلكترونية، وغيرها من المصطلحات القريبة من مصطلح التقاضي الإلكتروني.

ولقد تعددت تعريفات الفقه القانوني في شأن التقاضي الإلكتروني، وإن كانت جميعها لا تخرج عن معنى واحد، وهو استخدام وسائل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة في تطوير إجراءات التقاضي، "من خلال وجود محكمة إلكترونية تعمل بواسطة تكنولوجيا المعلومات ومهياً بوسائل ونظم اتصالات حديثة، تختلف عن المحاكم التقليدية من حيث امتيازها بسرعة الإنجاز للمعاملات والقضايا والدقة في مواعيد الجلسات وتبسيط إجراءات العمل وحضور الأطراف إلكترونياً من أي مكان دون الحضور الشخصي للمحكمة والمساهمة في أمن المعلومات وحفظها، مع إمكانية الاطلاع عليها للأشخاص المصرح لهم، بحيث تعمل هذه المحاكم على تمكين الأشخاص من تسجيل الدعاوى ودفع رسومها، وحضور أطرافها أو حضور وكلائهم وتقديم أدلة الإثبات الرسمية وغير الرسمية والترافع وتقديم الطعون وتدوين الإجراءات كافة من خلال مباشرة المحاكمات بصورة عامة والحصول على قرار الحكم وتنفيذه"^(١). ومن هذه التعريفات:

١- عرفه البعض بأنه "عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني، حيث يتم فحص هذه المستندات

(١) د. ماجد أحمد صالح العدوان، مرجع سابق، ص ٩٠.

بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض، وإرسال إشعار إلى المتقاضى يفيدته علما بما تم في شأن هذه المستندات^(١).

٢- وعرفه البعض بأنه "تنظيم تقني معلوماتي يتيح للمتقاضين تسجيل دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور جلسات المحاكمة، تمهيدا لإصدار الحكم وتنفيذه، من خلال وسائل الاتصال الإلكتروني، والتي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة من الاتصال بالمتقاضين دون حضورهم الشخصي، من خلال هذا النظام"^(٢).

٣- ويمكننا تعريفه بأنه: نظام قضائي تقني معلوماتي جديد، يتيح للمتقاضين تسجيل دعواهم وتقديم مستنداتهم وحضور الجلسات، من خلال وسائل الاتصال الإلكتروني بواسطة الحاسوب وأجهزة الاتصال المرتبطة بشبكة الإنترنت وعبر البريد الإلكتروني، وصولا إلى إصدار الحكم.

إذ ترفع الدعوى الإلكترونية القضائية من خلال نظام تقني، يمكن المدعي من رفع دعواه وتسجيلها وتقديم مستنداته وحضور جلساتها، دون انتقال فعلي إلى مبنى المحكمة، كما يمكن المدعى عليه من تقديم دفعه

(١) د. محمد عصام الترساوي، مرجع سابق، ص ١٥٧. وهذا التعريف محل نقد فقهي، كونه جاء قاصرا، ولحصره مفهوم التقاضي في نطاق ضيق، وهو نقل المستندات إلى المحكمة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٨.

وأوجه دفاعه ومستنداته ووحضور الجلسات، دون انتقاله أيضا إلى مبنى المحكمة، وتباشر المحكمة إجراءات الدعوى كاملة وتصدر الأحكام عبر وسائل إلكترونية^(١).

ولا شك أن نظام رفع الدعوى إلكترونيا له العديد من المزايا التي تتمثل في استخدام التكنولوجيا من قبل المتقاضين ومحاميهم في تقديم المستندات القانونية بطريقة الكترونية وفق منظومة متكاملة؛ وبما إلى التقليل من تكاليف التقاضي ورسومه المالية، فضلا عن التخلص من الكم الهائل من الأوراق والمستندات التي تكتظ بها المحاكم، وهو ما يسهم في أدائها لدورها بفعالية أكثر، ويوفر الوقت والجهد ويتيح استخدام أي جزء من الوقت في تقديم المستندات والاطلاع عليها، في أي يوم من أيام الأسبوع وأي ساعة من

(١) ومما سبق ذكره من تعاريف عدة للتقاضي الإلكتروني يمكن القول بأنه نظام يقصد به استخدام وسائل الاتصالات الحديثة في التقاضي والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تيسير التقاضي. وأن للمدعي أو محاميه عنده رغبته في إقامة الدعوى القضائية بطريقة إلكترونية؛ سوف يقوم بإرسال صحيفة الدعوى عبر البريد الإلكتروني على الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة المختصة لهذا الغرض، ويقوم المختص القائم على إدارة الموقع بإرساله إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى والذي يقوم بتسلمه موظف مختص بقلم كتاب المحكمة، والذي بدوره يقوم بفحص المستندات المقدم من قبل المدعي أو محاميه ويقرر قبولها عن عدمها ويرسل للمدعي أو محاميه رسالة الكترونية يؤكد فيها استلامها لهذه المستندات. (عمر لطيف العبيدي: التقاضي الإلكتروني، وآلية التطبيق، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١ المجلد ١ العدد ٣ الجزء ١ مارس ٢٠١٧م، ص ٥١٣).

ساعات اليوم^(١).

ب- الكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني:

يختلف المقصود من إلكترونية القضاء تماما عن المقصود من القضاء الإلكتروني، وذلك لما يلي^(٢):

١- الكترونية القضاء: مصطلح يقصد به استخدام الوسائط الإلكترونية في إجراءات التقاضي، بداية من المطالبة القضائية والإعلان والإخطار، ومرورا بإجراءات سير الدعوى وما يجرى في جلساتها، وانتهاء بصدور الحكم النهائي فيها والطعن فيه وتنفيذه، وهذا يعني اعتبار الوسائط الإلكترونية وسائل معاونة للقاضي في عملية التقاضي، وليست بديلة للقاضي ولا تحل محله.

٢- أما القضاء الإلكتروني: فيقصد به حلول الوسائط الإلكترونية محل الشخص الطبيعي (كالقاضي أو المحكم)، بحيث تقوم هذه الوسائط بدوره في إصدار القرارات أو الأحكام، في المنازعات الناشئة عن المعاملات المالية الإلكترونية، كأعمال البنوك والنفقات والمواريث والوصايا وغيرها، وتوجد لهذا النوع تطبيقات في بعض الأنظمة القضائية، كالقاضي الافتراضي أو الإلكتروني في أمريكا، وكذلك توجد

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦.

(٢) د. سيد أحمد محمود: نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، بحث مقدم لمؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ص ٣١٥.

تجربة على ذلك في بيروت -لبنان^(١). وهي فكرة مرفوضة من جانبنا؛ لما نراه من أهمية وجود العنصر البشري بما يحمله من ثقافة ووعي قانوني، وقدرة على تطبيق القانون (نصا وروحا)، في المنازعات المعروضة عليه، وهي مسألة لا نعتقد بقدرة الذكاء الاصطناعي^(٢) على الحلول محل

(١) د. سيد أحمد محمود: إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون، ٢٠١٥م، ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) مصطلح الذكاء الاصطناعي (AI) يشير إلى الأنظمة أو الأجهزة التي تحاكي الذكاء البشري لأداء المهام والتي يمكنها أن تحسن من نفسها استناداً إلى المعلومات التي تجمعها. وهو يتعلق بالقدرة على التفكير الفائق وتحليل البيانات أكثر من تعلقه بشكل معين أو وظيفة معينة؛ وعلى الرغم من أن الذكاء الاصطناعي يقدم صوراً عن الروبوتات عالية الأداء الشبيهة بالإنسان التي تسيطر على العالم؛ إلا أنه لا يهدف إلى أن يحل محل البشر؛ وإنما يهدف إلى تعزيز القدرات والمساهمات البشرية بشكل كبير؛ مما يجعله أصلاً ذا قيمة كبيرة من أصول الأعمال. وعلم الذكاء الاصطناعي هو أحد علوم الحاسب الآلي الحديثة، التي تبحث عن أساليب برمجية متطورة للقيام بأعمال واستنتاجات تشابه ولو في حدود حقيقة تلك الأساليب التي تنسب لذكاء الإنسان، فهو بذلك علم يبحث أولاً في تعريف الذكاء الإنساني وتحديد أبعاده، ومن ثم محاكاة بعض خواصه. (د. ثائر محمود ، د. صادق عطيات: مقدمة في الذكاء الاصطناعي، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٦م، ص ١٤).

ويعرف الذكاء الاصطناعي بأنه: "عملية محاكاة الذكاء البشري عبر أنظمة الكمبيوتر، في محاولة لتقليد سلوك البشر ونمط تفكيرهم وطريقة اتخاذهم للقرار، أي إعطاء الآلة القدرة على التفكير مثل الإنسان والتصرف مثل الإنسان". (د. أحمد فوزي ملوخية "نظم المعلومات الإدارية، مركز الإسكندرية للكتاب، ٢٠٠٩م، ص ٢٧٤).

"حلول معتمدة على الحاسب الآلي للمشاكل الأكثر تعقيداً من خلال عمليات تطبيقية

الذكاء البشري فيها^(١).

تماثل عملية الاستدلال الإنساني "

(١) هناك فارق بين "تكنولوجيا القضاء" و "الذكاء الاصطناعي"، إذ يقصد بالأول: التحول من إجراءات التقاضي التقليدية التي تمارس عبر مستندات ورقية تقليدية وإجراءات تتم بكاملها بمعرفة العنصر البشري، إلى الإجراءات الإلكترونية التي تبشر من خلال وسائل التكنولوجيا وتقنيات الاتصال الحديثة، وأهمها أجهزة الحاسب الآلي ووسائل الاتصال المسموعة، والمرئية، والمقروءة، والتي تحل فيها المحررات الإلكترونية محل المحررات التقليدية ويقتصر دور العنصر البشري فيها على تغذية الجهاز بالمعلومات والبيانات والمستندات، بحيث يقوم هذا الأخير بعملية تخزينها وحفظها، لاسترجاعها بسهولة عند طلبها أو البحث عنها، وهذه الأجهزة التقنية لا تحل تماما محل العنصر البشري؛ وإنما تعد وسائل مساعدة في تيسير وتسيير إجراءات التقاضي، ولا يمكن حلولها محل القاضي -أو المحكم- في اتخاذ القرارات وإصدار الأحكام؛ وإنما له أن يستعين بها في ذلك من خلال ما تم تخزينه وحفظه من وثائق وقوانين وسوابق قضائية ومناقشات مع الخصوم والشهود، وغير ذلك.

بينما يقصد بالذكاء الاصطناعي في المجال القضائي -أو التحكيمي- أحد أمرين؛ الأول: أن تحل الآلة محل القاضي -أو المحكم- فتقوم باتخاذ القرار أو إصدار الحكم بدلا منه، غير خوارزميات الذكاء الاصطناعي وبرامج محاكاة السلوك البشري التي تتم تغذية الآلة بها، لإجراء عمليات تحاكي التفكير البشري وتستنتج القرار الصحيح، وهذا الأمر مرفوض من جانبنا. والثاني: الاستعانة في الإجراءات بالوسائل التكنولوجية الحديثة التي تعتمد في عملها على خوارزميات الذكاء الاصطناعي، كوسيلة مساعدة للعنصر البشري في بعض الإجراءات، كالقيد الإلكتروني لصحيفة الدعوى، وتحديد الجلسة الكترونيا، والإعلان الإلكتروني، والاطلاع الإلكتروني، وتبادل المستندات الكترونيا، وسماع الخصوم والشهود الكترونيا، والمداولة الإلكترونية، وإعلان الحكم كذلك، وغير ذلك

ج- خصائص التقاضي الإلكتروني وأهميته :

من خلال تعريف التقاضي الإلكتروني، يمكن القول بأنه يتميز بالخصائص الآتية^(١):

١- حلول الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية، بحيث تصبح الرسالة الإلكترونية^(٢) هي السند القانوني الذي يعتمد عليه كدليل إثبات إلكتروني، وفي الوقت ذاته يتم التخلص من الكميات الهائلة للملفات الورقية التي تزدحم بها المحاكم، ومن ثم يسهل الوصول إلى المستندات.

٢- تسليم المستندات والعروض إلكترونياً عبر شبكة الاتصال، وهو ما

من الإجراءات التي يكون حلول الذكاء الاصطناعي فيها محل العنصر البشري المعاون للقاضي نسبياً، دون التدخل في إصدار الحكم أو اتخاذ القرار. وهذه الصورة الثانية من صور استخدامات الذكاء الاصطناعي هي التي نعتى بها هنا ونتناولها من خلال هذه الدراسة، مناشدين المشرعين إلى التحول التقني في الإجراءات باستخدام وسائل تكنولوجية ذكية تسهم في سهولة الإجراءات لتحقيق عدالة ناجزة تحترم فيها الضمانات القانونية والقضائية والتحكيمية. (انظر للباحث: انعكاس الذكاء الاصطناعي على الإجراءات القضائية والتحكيمية"، بحث مقدم إلى مؤتمر "التكنولوجيا الحديثة أحد التحديات القانونية المعاصرة"، كلية القانون، جامعة الشارقة، مارس ٢٠٢١م).

(١) د. خالد حسن لطفي، مرجع سابق، ص ١٥

(٢) عرف المشرع الإماراتي الرسالة الإلكترونية في المادة (١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية؛ بأنها "معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه".

يعرف بالتسليم الحكمي، وذلك من خلال الأجهزة الإلكترونية وأجهزة الاتصال.

٣- الاعتماد على الوسائط الإلكترونية في مباشرة إجراءات التقاضي.

٤- سرعة مباشرة إجراءات التقاضي: حيث تتم كافة الإجراءات عبر الإنترنت دون حاجة لانتقال طرفي النزاع، وهذا يؤدي إلى توفير الوقت والجهد والمال، فضلاً جودة مستوى الخدمات.

٥- الإثبات بالوسائل الإلكترونية: إذ يتم الإثبات بالمحرر الإلكتروني^(١)،

(١) عرف المشرع المصري المحرر الإلكتروني بأنه "رسالة تتضمن معلومات تنشأ، أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة. (مادة ١ من قانون التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، الجريدة الرسمية العدد ١٧ تابع (د) - في ٢٢ / ٤ / ٢٠٠٤). وعرفه المشرع الإماراتي المستند الإلكتروني في المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراج، أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس، أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه". واعترف المشرعان بحجية المحرر الإلكتروني، فنص المشرع المصري على أن "للكتاب الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". (مادة ١٥ من قانون التوقيع الإلكتروني)، ونص المشرع الإماراتي في المادة (٧) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه "إذا اشترط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أن يكون مكتوباً، أو نص على ترتيب نتائج

والتوقيع الإلكتروني^(١).٦- حلول وسائل الدفع الإلكتروني^(٢) محل الوسائل التقليدية، ويؤدي

معينة على عدم الكتابة؛ فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط إذا تم الالتزام بأحكام الفقرة ١ من المادة ٥ من هذا القانون".

(١) عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني بأنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد، يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره" (مادة ١ من قانون التوقيع الإلكتروني). وعرفه المشرع الإماراتي بأنه "توقيع مكون من حروف أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة" (مادة ١ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية). وقد اعترف المشرعان بحجية التوقيع الإلكتروني، فنص المشرع المصري على أن "للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". (مادة ١٤ من قانون التوقيع الإلكتروني)، ونص المشرع الإماراتي في المادة ١/٨ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه "إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة على التوقيع؛ فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعتمد عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (١٨) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط".

(٢) إزاء التغيرات العالمية التي يشهدها العصر الحالي، ومع تطور الأساليب التكنولوجية الحديثة المستخدمة في كافة المجالات؛ اتسع نطاق التجارة الإلكترونية واستحدثت وسائلها، وتطورت النقود بشكل جديد تماماً يناسب المعاملات التجارية الإلكترونية، ومن هذه الوسائل: ١- النقود الإلكترونية: وهي مجموعة من البروتوكولات والتوقيعات

ذلك إلى رفع المعاناة عن المتقاضين، حيث أصبحت وسائل الدفع الإلكترونية بديلا عن النقود التقليدية.

٧- القضاء على البيروقراطية ومكافحة الفساد: حيث يؤدي التحول إلى النظم الإلكترونية إلى العديد من المزايا التي تساعد على الحد من الفساد الإداري وتقليل آثاره السلبية^(١).

الرقمية التي تتيح لرسالة الإلكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية، فالنقود الرقمية هي المكافئ الإلكتروني للنقود التقليدية. ٢- البطاقات الذكية: وهي بطاقة بلاستيكية بحجم بطاقة الائتمان، يثبت عليها شريط ممغنط برقم كودي يحمل شريحة الكترونية مزودة بذاكرة مصاحبة، تكون قادرة على تخزين واسترجاع ومعالجة البيانات الشخصية لحاملها. ٣- بطاقات الدفع الفوري: أو ما يعرف ببطاقات السحب المباشر، والتي يتم خصم القيمة منها مباشرة. ٤- بطاقات الائتمان: وهي بطاقات تصدرها المصارف في حدود مبالغ معينة وتستخدم كأداة ضمان وتتميز بتوفير الوقت والجهد لحاملها وتزيد من إيرادات البنك المصدر لها. ٥- وإلى جوار هذه الوسائل توجد وسائل أخرى، كالهاتف المصرفي، وأوامر الدفع المصرفية الإلكترونية، وخدمات المقاصة الإلكترونية (BACS)، وأيضا الشيكات الإلكترونية، والمحفظة الإلكترونية. (للباحث: انعكاسات الذكاء الاصطناعي على تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر "التحول الرقمي وأثره على التنمية المستدامة"، جامعة مصر للعلوم والتكنولوجيا).

(١) د. محمد عصام الترساوي، مرجع سابق، ص ١٦٩. ولا شك أن إصابة الأعمال الإدارية في إجراءات التقاضي المدني بداء الفساد الإداري، يسبب خللا في المنظومة القضائية، ويعوق تحقيق أهدافها على الوجه الأكمل، ويضع عراقيل حقيقية في طريق العدالة الناجزة، ويحول دون تحقيق المساواة بين الخصوم، ويخل بالأمانة الإجرائية الواجبة في

٨- الإطلاع الإلكتروني^(١): وذلك بتبادل المذكرات بين الخصوم وممثليهم

كل خصم. ونعتقد أن ضعف الجزاءات المقررة للإهمال الوظيفي وللإخلال بالأمانة الإجرائية، تجعل من الإجراءات مجالا خصبا للفساد الإداري وصوره، ولذلك نرى ضرورة تعديل قانون المرافعات بحيث يتناسب مع واقعنا المعاصر؛ وما أصبحت عليه قيمة العملة، لمواجهة ضآلة الجزاءات المالية المقررة في القانون الحالي، عسى أن يكون في ذلك بعض الردع لمن يخرج عن أحكام القانون. وصور الفساد الإداري كثيرة ومتنوعة، ويترتب عليها الإخلال بنظم التقاضي، وعرقلة الإجراءات، وبطء إجراءات التقاضي. (للباحث: الفساد الإداري وأثره على العدالة القضائية، بحث مقدم إلى مؤتمر "الجوانب القانونية والاقتصادية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،" لم ينعد حتى تاريخه").

(١) يتحقق العلم بالإجراءات إما عن طريق الإعلان القضائي باعتباره الوسيلة الأساسية للعلم بالإجراءات، وإما عن طريق المواجهة الشفوية في الجلسة، وإما عن طريق الإطلاع على ملف الدعوى. والمواجهة الشفوية: وسيلة للعلم بالإجراءات القضائية التي تتم شفاهة في الجلسة في حضور الخصوم وتثبت في محضر الجلسة وهي وسيلة أكيدة للعلم بالإجراء في مواجهة الخصم، وهي تكفي للعلم بالإجراء الذي يتخذ أثناء سير الخصومة في حضور الخصوم أو ما يتم من إجراء أمام قاضي التحقيق أو أمام الخبير. ولكي تتحقق المواجهة الشفوية فإنه يتعين دعوة الخصم إلى الحضور إذا تغيب عن الجلسة التي أجلت فيها القضية إلى جلسة أخرى كما يتعين دعوته للحضور عند إعادة فتح باب المرافعة في الدعوى من جديد، كما أن الأحكام التي تأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يجب أن تعلن إلى الخصم الذي لم يكن حاضرا جلسة النطق بها، ويترتب على دعوة الخصم للحضور بطلان الإجراءات التي لا تتم في مواجهته. أما الإطلاع: فهو أيضا وسيلة من وسائل العلم بالإجراءات، ويشمل كل ما يقدم في الخصومة من أوراق ومستندات، وذلك عن طريق الإطلاع على ملف القضية في قلم

خصوصا من المحامين، قبل الجلسة، عبر أجهزة الحاسب الآلي والانترنت، مع اعتماد التوقيع الإلكتروني تشريعيا.

د- فلسفة التقاضي الإلكتروني:

تقوم فلسفة التقاضي الإلكتروني على سرعة الفصل في النزاع، على غرار السرعة التي أصبحت تتميز بها المعاملات المدنية والتجارية^(١) في ظل التطور التكنولوجي، فضلا عن سرية المعلومات والوثائق التي يتبادلها الخصوم، بحيث تتحول الإجراءات من النظم التقليدية إلى النظم الإلكترونية، عبر محكمة إلكترونية تحل فيها الآليات والوسائل الإلكترونية محل الوسائل

الكتاب. ويجب على المحكمة أن تمكن الخصم من الاطلاع وإلا عد ذلك إخلالا منها بحق الخصم في الاطلاع، وبالتالي إخلالا بحقه في الدفاع. كما يجب على الخصم في بعض الحالات أن يمكن خصمه من الاطلاع وذلك بالنسبة للأوراق والمذكرات التي يقدمها الخصم في غير جلسة. (د. إبراهيم أمين النفاوي: الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٥٩-٦٠ - أستاذي د. حامد أبو طالب: قانون المرافعات، الكتاب الأول، النظام القضائي، ص ٤٤).

(١) يتخذ تطور تقنيات المعلومات والاتصالات شكل التقدم الخطي الصاعد مما ينعكس على الجانب التجاري من حيث تغيير شكل ومضمون التجارة والأعمال. ومن بين هذه الأشكال الحديثة للتجارة هي التجارة الإلكترونية، والتي يعود الفضل الكبير في تحقيق وجودها وانتشار تطبيقاتها إلى الأدوات المختلفة لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فالتجارة الإلكترونية عبارة عن استخدام مكثف لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات ممثلة في أجهزة الحاسوب ووسائل الاتصال الحديثة للقيام بمختلف الأعمال. (سمية ديمش: التجارة الإلكترونية حقيقتها وواقعها في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التيسير، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، ٢٠١١م، ص ١٦).

والإجراءات المعمول بها في نظم التقاضي التقليدية، من خلال أنظمة الحاسب الآلي ووسائل الاتصال الحديثة، للمساهمة في الوصول إلى العدالة الناجزة والحد من ظاهرة البطء في التقاضي.

هـ- صعوبات التقاضي الإلكتروني^(١):

لا يفوتنا في حديثنا عن التقاضي الإلكتروني وضرورات التحول التقني نحوه، وبيان ماهيته وخصائصه، أن نبين أهم الصعوبات التي قد تواجه هذا النظام، فلا شك في أنه وباعتباره نظاما حديثا من حيث التطبيق الواقعي، تواجهه عدة صعوبات، بعضها متعلق بجوانب تقنية، والبعض الآخر متعلق بجوانب قانونية وإدارية، وذلك على النحو الآتي:

١- الصعوبات التقنية:

يواجه التقاضي الإلكتروني بعض الصعوبات التقنية، التي يستند إليها البعض في رفض هذه الصورة للإجراءات، ومن هذه الصعوبات: ضعف انتشار الانترنت في المناطق النائية، وظهور أعمال القرصنة على أجهزة الحاسوب، وانتشار الفيروسات على الأجهزة الإلكترونية، ووجود الأمية المعلوماتية، وضعف البنية التحتية لقطاع الاتصالات الإلكترونية في الدول النامية، وضعف الإلمام باللغات الأجنبية، وضعف الثقة بشبكة الانترنت.

٢- الصعوبات القانونية والإدارية:

فضلا عن الصعوبات التقنية التي سبق الإشارة إليها؛ فإن هناك صعوبات

(١) د. خالد حسن لطفي، مرجع سابق، ص ٢١ وما بعدها.

قانونية وإدارية؛ أهمها الصعوبات التشريعية التي تتمثل في عدم وجود تشريعات كافية من قوانين وطنية ومعاهدات دولية تنظم أحكام التقاضي الإلكتروني، ثم الأمية القانونية لغالبية دول العالم الثالث، التي لم تلم بشكل كاف بماهية الوسائل الحديثة وآلية استخدامها، وتخشى اللجوء إلى التكنولوجيا في التقاضي، وعدم مرونة قضاء بعض الدول تجاه تفسير القواعد القانونية التقليدية لمسايرة مستجدات الحياة العصرية والأنماط الحديثة عبر شبكة الانترنت، هذا فضلا عن أن رفع الدعوى بالطرق الإلكترونية يحتاج ميزانيات كبيرة لإنشاء البنى التحتية بكافة مستلزماتها من أجهزة ومعدات وشبكات، وكذلك تطوير الموارد البشرية من خلال تدريب وتأهيل موظفي المحاكم.

وعلى الرغم من هذه الصعوبات والتخوفات التي يراها البعض؛ فإننا نرى ضرورة التحول التقني في الإجراءات، وإيجاد الحلول التي تحد من هذه الصعوبات. ولا شك أن هذه الصعوبات يمكن التغلب عليها، وإن من مزايا التقاضي الإلكتروني ما يدعو إلى بذل الجهد والوقت والفكر والمال للتغلب على هذه الصعوبات، ويكفي في هذا الصدد أن التحول التقني للتقاضي الإلكتروني سوف يسهم في حل مشكلة بطء التقاضي.

ثانياً: استخدام التكنولوجيا في إجراءات التقاضي بين التأييد والمعارضة:

إذا كان بطء التقاضي ظاهرة لا تنكر، وواقع مرير تتأذى منه العدالة ومن يلجأ إليها ويحتمى بها، وكانت الوسائل التكنولوجية سبيلاً تلجأ إليه كثير من الدول للتغلب على هذه الظاهرة؛ فإن هذه الوسائل شأنها شأن كل أمر

مستحدث، لم تسلم من اتجاه معارض لها؛ ذلك أن رأياً من الفقه القانوني يرى عيوباً في استخدام التكنولوجيا قد تؤثر سلباً على العمل القضائي؛ منها: انتشار الفيروسات في الأجهزة الإلكترونية مما قد يؤدي إلى اتلاف محتويات برامج الحاسوب، ومنها المساس بضمانات مهمة وأساسية في التقاضي، كمبدأ العلانية^(١) الذي يوجب فتح جلسات المحاكم لمن يرغب في حضورها من المواطنين، ومبدأ المواجهة بالدليل، الذي يوجب طرح الدليل أمام الخصوم ومواجهته ومناقشته.

(١) "المقصود بعلنية الجلسات أن تكون المرافعة في الدعوى حتى النطق بالحكم في جلسات مفتوحة مسموح بدخولها لكل من أراد متابعة ما يحدث في المحكمة من إجراءات وتحقيقات وما يصدر فيها من أحكام" (أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: قانون المرافعات، مطبعة حمادة بقويسنا، ج ١/١٨). والقاعدة العامة في جلسات المحاكم أن تعقد هذه الجلسات بصفة علنية، يباح فيها لمن يشاء من الأفراد حضورها دون عائق يحول دون هذا الحق، ومتى انعقدت الجلسة بمثل هذه الصورة فإن ذلك أمر يكفي لإسباغ صفة العلانية عليها حتى ولو لم يحضر هذه الجلسة غير خصوم الدعوى. (المستشار . سيد حسن البغال: المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية، مكتبة عالم الكتب، ٢٠٠١م، المجلد الأول في المرافعات، ص ٧٠٦). ويحقق مبدأ علنية الجلسات هدف أساسي ومهم، هو بث الطمأنينة في نفوس المتقاضين بل والجمهور مما يشيع جو الثقة في القضاة ويشعر الناس بعدالتهم، ويؤدي أيضاً إلى إسباغ نوع من الرقابة للجمهور على أعمال القضاة بما يؤدي إلى دفع القضاة نحو بذل العناية اللازمة لتحقيق العدالة. ومبدأ علنية الجلسات من المبادئ الأساسية في إجراءات التقاضي التي نص عليها قانون المرافعات الفرنسي.

Jean Vincent et Serge Guinchard procedure civile, éme edition, 1981 no. 525, p. 528 , et.s.

ومع وجهة هذه الانتقادات؛ إلا أنها لا تنال من جودة الفكرة وسلامتها، وإمكان التغلب على هذه العيوب بزيادة وسائل الحماية لأجهزة الحاسوب، وعرض شاشات في قاعات المحاكم تضمن تحقيق مبدأ العلانية^(١)، ومناقشة الأدلة المطروحة عبر وسائل التقنية الحديثة.

ومن ثم فإن للفقهاء القانونيين اتجاهين في شأن الاستعانة بوسائل التكنولوجيا في العمل القضائي، ونبين هذين الاتجاهين بإيجاز فيما يلي:
الاتجاه الأول: تأييد الاستعانة بالتكنولوجيا في مباشرة إجراءات التقاضي:

يذهب هذا الاتجاه في تأييده لفكرة التقاضي الإلكتروني باستخدام وسائل التكنولوجيا، إلى أن المساواة والعيوب التي توجد في الإجراءات التقليدية للتقاضي، هي أكثر وأهم الأسباب الداعية إلى استخدام التكنولوجيا في القضاء، استناداً إلى ما تؤدي إليه الإجراءات التقليدية من إهدار لوقت وجهد القضاة، والمتقاضين، وغيرهم ممن يؤدي دوراً في الإجراءات، وهذه المساواة يمكن التغلب عليها من خلال مباشرة الإجراءات بوسائل تكنولوجية حديثة تحقق ذات الغرض الذي تهدف إليه الإجراءات التقليدية، ولكن بإجراءات ميسرة ومزايا عدة، تتمثل في سرعة الإجراءات، ودقة بحث وفحص الملفات والأوراق، فضلاً عن تعزيز الشفافية والأمانة الإجرائية^(٢).

(١) أمل فوزي أحمد: رؤى تشريعية لأمن المعلومات في مجال إلكترونية الإجراءات، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ص ٥٨٧.

(٢) د. فاطمة عادل سعيد عبدالغفار: التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديث،

فهذا النظام يؤمن وجود المحكمة في كل مكان وفي كل وقت عبر شبكة الانترنت، الأمر الذي يؤدي إلى سرعة البت في الدعاوى، وتوفير الوقت والجهد والمال على المتقاضين ومحاميهم، كما ينعكس استخدام الوسائل الإلكترونية على مساعدة القضاة في التجميع والتخزين والحفظ وفي الإعلانات والاضطرابات وفي تبادل الوثائق بين الخصوم أو ممثليهم^(١).

الاتجاه الثاني: رفض الاستعانة بوسائل التكنولوجيا في إجراءات التقاضي:

ويعارض هذا الاتجاه استخدام التكنولوجيا في مباشرة الإجراءات، مستندا إلى تخوفات من تطبيق هذا النظام المعلوماتي، تتمثل في تساؤلات حول مدى ما يسهم به هذا النظام في رفع كفاءة القضاء؛ أم أن ذلك سيكون على حساب ضمانات التقاضي ذاتها، وهل السماح بهذه التقنيات قد يؤدي يوما ما إلى التحول نحو نظام القضاء الإلكتروني، والذي يستغنى فيه عن العنصر البشري، وتحل فيه التكنولوجيا محل القاضي.

بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ص ٣٧٤ - ٣٧٦.

وتتمثل الأمانة الإجرائية هنا في أنه لا يمكن القول بأن أحدا من الموظفين تلاعب في محضر الجلسة، أو نقصت أوراق من القضية، أو أن المحضر تواطأ في إجراء الإعلان، لأن جميع الإجراءات تتم بوسيلة إلكترونية منضبطة ودقيقة، لا تسمح بوجود مثل هذا التلاعب، ومن جهة أخرى تحول هذه الوسائل التكنولوجية دون التحايل والغش بين الخصوم.

(١) د. خالد ممدوح: الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٣٤ وما بعدها.

ويدعم هذا الاتجاه رأيه بأن الاستعانة بالأجهزة الإلكترونية من شأنه أن يلغي روح القانون، ويحد من مبدأ اقتناع القاضي الجنائي، ومن مبدأ المواجهة مع الشهود، وسلطة التقاضي التقديرية في الشهادة^(١). فضلا عن أن هناك صعوبات تعترض التطبيق الشامل لهذا النظام، ومنها: تعرضه لانتشار الفيروسات على الأجهزة الإلكترونية، والتي تؤدي إلى تدمير محتويات برامج الحاسوب، أو تعرضه لعمليات القرصنة الإلكترونية، والتي لها مخاطر كبيرة على البيانات والمستندات المخزنة على شبكة الانترنت، والمتعلقة بالدعوى المنظورة أمام القضاء^(٢).

وحتى مع وجاهة هذه التخوفات؛ فإننا نرى أن استخدام التكنولوجيا في القضاء لا يؤدي بالضرورة إلى تحقق هذه المخاوف، بل يمكن السيطرة عليها بتعزيز ضمانات التقاضي الإلكتروني، وإيجاد الحلول المناسبة التي تحول دون النيل من هذه الضمانات، ومن ثم يجب تكييف تكنولوجيا المعلومات لتتأقلم مع العمل القضائي وللوصول إلى رفع جودة الأداء في مرفق العدالة^(٣).

وإذا كنا نتفق -بعض الشيء- مع الرأي القائل بأن استخدام التكنولوجيا في القضاء، لا يمثل حلا نهائيا لمشكلات النظام القضائي، وأنه إن لم توجد

(١) د. فاطمة عادل سعيد عبدالغفار، مرجع سابق، ص ص ٣٧٦.

(٢) German, P, lectronic litigation systems – a comparison of security issues between web-based litigation and - traditional paper based methods, elaw Journal murdoch university, vol 13, no 2, Australia, 2006, , p254-268.

(٣) د. صفاء أوتاني: المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، ٢٠١٢م، ص ١٨٢.

الحلول المناسبة لهذه المشكلات؛ فإنها ستنتقل بذاتها وبصورة أخرى إلى الإجراءات الإلكترونية لتصبح شبيهة بتلك التقليدية^(١)؛ إلا أننا نرى أن مساوئ الشكلية الإجرائية في الإجراءات المعتادة تقتضي أمرين؛ أولهما: إيجاد حلول تشريعية لهذه المشكلة، وثانيهما: تنظيم الإجراءات بالوسائل التقنية بصورة تضمن تحقيق الغايات التي تستهدفها الإجراءات التقليدية، مع كفاءة كافة الضمانات القانونية في هذه الإجراءات الإلكترونية، إذ لا يمكن الوقوف عند مخاوف البعض من التكنولوجيا، ومعارضة الاستفادة منها في المجال القضائي، الذي بات بحاجة ماسة إلى هذا السبيل الإجرائي التكنولوجي المتطور.

ثالثاً: التنظيم التشريعي لتكنولوجيا القضاء في مصر والإمارات:

أخذ المشرعان - المصري والإماراتي - بنظام التقاضي الإلكتروني عبر استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة؛ إلا أن المشرع الإماراتي أكثر توسعاً من المشرع المصري في استخدام تكنولوجيا القضاء، حيث لم ينظم الثاني إجراءات التقاضي الإلكتروني؛ إلا فيما يتعلق بالإجراءات أمام المحكمة الاقتصادية.

ومن ثم فإننا نتناول التنظيم التشريعي لتكنولوجيا القضاء في الإمارات أولاً، وفي مصر ثانياً، فيما يلي:

أ - التنظيم التشريعي لتكنولوجيا القضاء في الإمارات:

لم ينظم قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢

(١) د. فاطمة عادل سعيد عبدالغفار، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

إجراءات التقاضي الإلكتروني في بداية صدوره- إذ لم تعرف هذه الإجراءات إلا في وقت قريب- وإنما نظم الإجراءات وفقا للقواعد التقليدية؛ إلا أن المشرع الإماراتي أدخل عدة تعديلات على هذا القانون، بحيث يسمح بمباشرة الإجراءات بالوسائل الإلكترونية.

وتعتبر دولة الإمارات من أكثر الدول العربية تقدما في المجال التقني والتكنولوجي، ونتيجة لإدراكها أهمية التطور التكنولوجي الذي طال تقنية المعلومات ووسائل الاتصالات، كانت من أوائل الدول التي قامت بتطبيق نظام الحكومة الإلكترونية بداية من عام ٢٠٠١م، ولم يكن القضاء الإماراتي بمعزل عن التطورات التكنولوجية، فقد استفاد بشكل كبير من الوسائل التقنية والإلكترونية، وتحول نحو نظم التقاضي الإلكتروني عبر حزمة من التعديلات التشريعية والقرارات الوزارية، سواء في مجال القضاء المدني أم القضاء الجنائي، حيث صدرت عدة تعديلات قانونية على قانون الإجراءات المدنية رقم (١١) لسنة ١٩٩٢، وقانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م، فجاء القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٤ لينص على استخدام الوسائط الإلكترونية في مرحلة رفع الدعوى، والذي قضى بأن يكون رفع الدعوى عن طريق قيدها إلكترونياً^(١)، وأنشأ مكتب إدارة^(٢) الدعوى بالقرار الوزاري رقم ١٤٠ لسنة ٢٠١٥، كما تبنى المشرع في هذا القانون فكرة

(١) وذلك بنصه في المادة (١/٤٢) من القانون المشار إليه، على أن "ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي، وذلك بإيداع صحيفة دعواه لدى مكتب إدارة الدعوى، أو بقيدها إلكترونياً".

(٢) حيث استبدل قلم الكتاب بمكتب إدارة الدعوى (مادة ١ من القانون المشار إليه).

الإعلان الإلكتروني سواء بالفاكس أو البريد الإلكتروني أو ما يقوم مقامهما من وسائل التقنية الحديثة^(١)، ثم اعترف المشرع الإماراتي بالدليل الإلكتروني أمام القضاء بالقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦^(٢)، والذي أعطى بمقتضاه

(١) وذلك بنصه في المادة (١/٨) على أنه "تسلم صورة الإعلان لشخص المعلن إليه أينما وجد أو في موطنه أو محل إقامته أو الموطن المختار أو محل عمله، فإذا تعذر إعلانه أو امتنع عن استلام الإعلان جاز لمكتب إدارة الدعوى إعلانه أو التصريح بإعلانه بالبريد المسجل بعلم الوصول أو بالفاكس أو البريد الإلكتروني أو ما يقوم مقامها من وسائل التقنية الحديثة التي يصدر بتحديددها قرار من وزير العدل، أو بأية وسيلة يتفق عليها الطرفان".

(٢) صدر القانون الاتحادي رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢، والذي نص على تعديل نص المادة (١٧) من قانون الإثبات بإضافة، النص التالي:

١- يعتبر توقيعاً إلكترونياً كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

٢- يعتبر محرراً إلكترونياً كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها تجري من خلال وسيلة تقنية معلومات.

٣- للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

٤- للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

للمحركات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية حجية المحركات الورقية^(١).

ثم توالى التعديلات التشريعية والقرارات الوزارية في مجال التقاضي الإلكتروني فصدر المرسوم بقانون اتحادي رقم (١٠) لسنة ٢٠١٧ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية^(٢)، ثم المرسوم بقانون اتحادي رقم (١٨) لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات المدنية^(٣)، وهكذا توالى التعديلات التشريعية في اتجاه التحول التقني نحو نظم التقاضي الإلكتروني بهدف تسريع المحاكمات أمام المحاكم.

ويشمل التحول خدمات البحث عن وضعية القضية التي تمكن الأفراد من الاطلاع على جدول الجلسات على الانترنت، بالإضافة إلى محركات للبحث عن المحامين، وكتاب العدل، ونظام رفع الدعاوى الإلكتروني، وحاسبة الرسوم، ويساعد نظام إدارة القضايا (CMS) الجمهور على إنشاء الدعاوى إلكترونياً، ويقلل من التأخير في القضايا المعروضة على المحاكم

(١) د. سيد أحمد محمود، مرجع سابق، ص ٣٣٩ وما بعدها.

(٢) والذي نص في المادة الثانية منه على أن "يضاف إلى الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢ وتعديلاته، باب سادس جديد بعنوان (استخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات المدنية) ، يتضمن المواد من (٣٣٢) إلى (٣٤٣)، منظماً في هذه المواد إجراءات التقاضي عن بعد.

(٣) والذي نص على تعديل عدة مواد منها نص المادة (١٦٢) والذي أجاز أن يرفع الاستئناف بصحيفة تودع مكتب إدارة الدعوى في المحكمة الاستئنافية وتفيد فوراً في السجل المعد لذلك أو بقيدها إلكترونياً.

المدنية، ويحسن الكفاءة من خلال جعل المعلومات في متناول جميع الأطراف، وعلاوة على ذلك أطلقت وزارة العدل بوابة التشريعات الإلكترونية (باللغتين العربية والإنجليزية) والتي تحتوى على جميع النصوص القانونية، العامة التي نشرت في الجريدة الرسمية، بالإضافة إلى الفتاوى والأحكام والاتفاقيات الدولية^(١).

وقد أصبح بمقدور المحامين - المسجلين بوزارة العدل- في دولة الإمارات، إتمام كل الإجراءات القانونية المتعلقة برفع الدعوى، دون حاجة إلى للذهاب إلى أحد مقار محاكم الدولة، وذلك بعد أن أعلنت الدولة تدشين "نظام رفع الدعوى الإلكترونية"^(٢).

ب- التنظيم التشريعي لتكنولوجيا القضاء في مصر:

لا يزال قانون المرافعات المصري على ما هو عليه من تنظيم إجراءات التقاضي المدني وفقا للقواعد والإجراءات التقليدية (الورقية)، وعلى الرغم من ذلك؛ فإن المشرع المصري خطى خطوة واسعة وسباقه في مجال التقاضي الإلكتروني أمام المحاكم الاقتصادية، فأصدر القانون رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩ بشأن تعديل بعض أحكام قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية، مستحدثا من خلاله نظاما لإجراءات التقاضي الإلكتروني، وذلك استجابة لمقتضيات التقدم التقني والتكنولوجي، فأجاز من خلال هذا القانون مباشرة الإجراءات القضائية عبر الوسائل الإلكترونية، بالنص على إقامة الدعوى عبر

(١) د. خالد حسن لطفي، مرجع سابق، ص ١٠٩-١١٠.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٧.

الوسائل الإلكترونية، والنص على العنوان الإلكتروني المختار، الذي يحدده الأشخاص أو الجهات المخاطبة بهذا القانون؛ لإعلانهم فيه بجميع إجراءات الدعوى المقامة إلكترونياً، ونظم آليات الإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى وقيدها، وكذا الطلبات العارضة والإدخال والتدخل، والتوقيع على صحف الدعوى إلكترونياً، وأوجب إنشاء موقع إلكتروني خاص بالمحكمة الاقتصادية المختصة لإقامة وقيد وإعلان الدعاوى إلكترونياً، وسمح بخاصية رفع المستندات إلكترونياً، وذلك بتحميل المستندات والمذكرات المقدمة من أطراف الدعوى على الموقع الإلكتروني للمحكمة الاقتصادية، واعترف بالمستندات والمحركات الإلكترونية التي تكون في شكل رسالة بيانات تتضمن معلومات تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً، بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية، أو غيرها من الوسائل المشابهة، ونص على السداد الإلكتروني لجميع رسوم خدمة التقاضي الإلكتروني والرسوم القضائية والدمغات، سواء بالبطاقات المدفوعة مقدماً أو بالحوالات المصرفية، وسمح بسير الدعوى إلكترونياً؛ بمباشرة إجراءات التقاضي المقررة قانوناً عبر الموقع الإلكتروني المخصص لهذا الغرض، واستحدث نظام الإعلان القضائي الإلكتروني عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار، ولم يهمل جانب الحماية التقنية لمستندات الدعوى وأوراقها، فنص على طرق حماية إقامة وسير الدعوى إلكترونياً، كما ربط بين المحكمة والجهات ذات الصلة المعنية بتسيير منظومة التقاضي الإلكتروني، ومنها وزارة العدل، ووزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، ووزارة الاستثمار والتعاون الدولي، والهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة، والهيئة

العامة للرقابة المالية، والبورصة، والبنك المركزي المصري، والسجل التجاري^(١).

الإجراءات الإلكترونية أمام المحكمة الاقتصادية:

نظم المشرع إجراءات التقاضي الإلكتروني أمام المحكمة الاقتصادية في القانون (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م، على النحو الآتي:

١- يجوز إقامة الدعاوى التي تختص بها المحكمة الاقتصادية والطعن على الأحكام الصادر فيها من الأشخاص والجهات المقيدة بالسجل الإلكتروني وذلك بموجب صحيفة موقعة ومودعة إلكترونياً بالموقع المخصص لقلم كتاب المحكمة الاقتصادية المختصة. وتفيد الدعوى بعد سداد المدعى الرسوم والدمغات المقررة قانوناً إلكترونياً ورفع المستندات إلكترونياً. (مادة ١٤).

٢- يرسل قلم الكتاب ملف الدعوى إلكترونياً إلى هيئة التحضير، ويتولى قاضى التحضير مباشرة أعمال التحضير والوساطة المنصوص عليها في هذا القانون. (مادة ١٥).

٣- يُعلن أطراف الدعوى المقامة إلكترونياً الخصوم بصحيفتها وطلباتها العارضة والإدخال على العنوان الإلكتروني المختار. (مادة ١٦).

٤- يلتزم المخاطبون بأحكام هذا القانون بتحديد عنوان إلكتروني مختار

(١) القانون رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩م، بشأن تعديل قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨م.

يتم الإعلان من خلاله. ويُنشأ بالمحاكم الاقتصادية سجل إلكتروني موحد يخصص لقيود العنوان الإلكتروني المختار، ومنه البريد الإلكتروني الخاص بالجهات والأشخاص المنوص عليهم في المادة (١٧).

٥- يتم الإعلان الإلكتروني بإعلان الدعوى على الموقع الإلكتروني قبل تاريخ الجلسة المحددة بخمسة أيام عمل على الأقل، وبإعلان الدولة على العنوان الإلكتروني المختار الخاص بفرع هيئة قضايا الدولة المختص محلياً، وبالإعلان بذات الوسيلة على مكاتب المحامين المقيدين بالسجل إذا اتخذ منه المعلن إليه محلاً مختاراً له، ويعتبر الإعلان الإلكتروني منتجاً لأثره في الإعلان متى ثبت إرساله.

٦- يجوز للخصوم إيداع المذكرات وتقديم المستندات وإبداء الدفاع والطلبات والاطلاع على أوراق الدعوى بالطريق الإلكتروني عبر الموقع الإلكتروني المخصص لذلك. (مادة ١٩). وعرف القانون المستند أو المحرر الإلكتروني بأنه: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل، كلياً أو جزئياً، بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو غيرها من الوسائل المشابهة. (مادة ١٧).

٧- إذا أقيمت الدعوى بالطريق الإلكتروني، جاز لقلم الكتاب إعلان الخصوم بالأحكام والقرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة بذات الطريق. (مادة ٢١).

المطلب الثاني

التحول التقني نحو نظم التقاضي الإلكتروني وأثره على العدالة

أشرنا إلى أن ثورة المعلومات والاتصالات والتقدم التكنولوجي الذي يجتاح العالم الآن، يكاد لا يترك مجالاً إلا ويقتحمه فاضاً آلياته وأدواته، ولم يكن المجال القضائي بمعزل عن ذلك؛ إذ سعت الأنظمة القضائية إلى الاستفادة من هذا التقدم التقني والتكنولوجي، بالتحول نحو أنظمة التقاضي الإلكتروني وتفعيل آلياته، وليس ذلك لمجرد التحول ومواكبة تطورات العصر، وإنما سعياً نحو تسخير هذه التكنولوجيا والاستعانة بالتقنيات الحديثة في تحقيق أهداف القضاء والتغلب على مشكلاته، وأهمها تعقد الإجراءات والشكلية الإجرائية والبطء في التقاضي وتكدس القضايا في أروقة المحاكم، وتأخير العدالة عن المتقاضين.

ولا شك أن مشكلة البطء في التقاضي باتت ظاهرة تـؤرق معظم بلدان العالم، بل إنها تفاقمت في بعض الدول^(١) ووصلت إلى مستوى مزعج، وليست مصر بمنأى عن ذلك؛ ولذا كان من المهم إيجاد حلول تساعد في إنهاء هذه المشكلة، وتوجد آليات تتحقق من خلالها العدالة الناجزة، في ضوء احترام مبادئ التقاضي وقواعده الأساسية، حتى لا تؤدي الرغبة في سرعة حسم القضايا إلى الإخلال بنظم العدالة ذاتها.

ومن هنا اتجهت العديد من الأنظمة القضائية في مختلف بلدان العالم

(١) د. محمد عصام الترساوي: الكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٩م، ص ١٢٨.

نحو تطوير القضاء عبر التقنيات الحديثة؛ إذ لم يعد التحول نحو الكترونية القضاء أملاً بعيد المنال، أو رفاهية إجرائية، بل أصبح ظاهرة ملموسة وواقعا يعيشه العالم الآن، من خلال التجارب الرائدة للمجتمعات التي اتبعت هذا المنهج، وأنشأت ما بات يعرف بالمحاكم الإلكترونية التي تباشر من خلالها جميع إجراءات التقاضي عبر وسائل وبطرق إلكترونية، دون حاجة إلى المحررات الورقية التي تتكدس بها المحاكم، بل ودون حاجة إلى اتباع الإجراءات التقليدية التي تمثل عبئاً ثقيلاً على المتقاضين في مباشرتهم للدعوى وحضورهم فيها. ومن ثم كانت هناك دوافع لاستخدام تكنولوجيا المعلومات في مجال إجراءات التقاضي المدني على النحو الآتي:

دوافع استخدام وسائل التكنولوجيا في إجراءات التقاضي المدني:

يعتبر التقاضي الإلكتروني من أهم تطبيقات التطور العلمي والتقني في مجال العدالة، وأحد إفرازات ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، على اعتبار أن تطبيق التكنولوجيا في الإدارة القضائية بالشكل الصحيح والتدريجي له أثر إيجابي وفعال في تطوير منظومة القضاء، ويشمل هذا الأثر سرعة إنجاز المعاملات القضائية، وتوحيد وتبسيط إجراءات التقاضي، ويقضي على مشكلة العدالة البطيئة، كما يساهم في تحقيق أمن المعلومات، عن طريق حفظها في سجل إلكتروني وإتاحة الاطلاع عليه للأشخاص المصرح لهم، إضافة إلى جودة العمل ومواكبة التطور^(١).

ذلك أنه إزاء عدم قدرة القضاء عن أداء رسالته في المجتمع بالشكل

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٥.

الذي يحقق العدالة الناجزة ويلبي آمال المتقاضين، بسبب كثرة الدعاوى والقضايا التي يضطلع بها، وتكدس أروقة المحاكم بملفات القضايا ومستنداتها، عمدت الأنظمة القانونية إلى بحث سبل تيسير إجراءات التقاضي، والقضاء على ظاهرة بطء الإجراءات أمام المحاكم، ضمانا لحصول الخصوم على الحماية القضائية لحقوقهم ومراكزهم القانونية بإجراءات سهلة وميسرة وفي ميعاد مناسب ومعقول سواء في نطاق إجراءات التقاضي أو في نطاق إجراءات التنفيذ وذلك من خلال التدخل التشريعي لتعديل أحكام قانون المرافعات^(١). فذهبت كثير من التشريعات إلى فكرة الكترونية القضاء كحل لمشكلة بطء التقاضي وتعقد بعض الإجراءات، ونبين ذلك فيما يلي:

أولا: ظاهرة بطء التقاضي وأثرها على تحقيق العدالة:

تحول ظاهرة بطء التقاضي دون تحقيق العدالة والتنمية المجتمعية، وتؤدي إلى الإخلال بفكرة التعايش السلمي، وزيادة معدل الجرائم في المجتمع نتيجة فكرة الانتقام الفردي أو أخذ الحق عنوة، كما تعوق تحقيق النمو الاقتصادي، والإحجام عن الاستثمار، وغير ذلك من الآثار السلبية، ويشهد الواقع القضائي زيادة كبيرة في عدد القضايا المنظورة أمام القضاء، ومن أهم أسباب ذلك تعقد الإجراءات القضائية، التي تعد آفة القضاء وأكثر معوقاته.

(١) د. محمد سعيد عبدالرحمن: تيسير إجراءات التقاضي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، بحث منشور في المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، بعنوان "تيسير إجراءات التقاضي في التشريعات العربية"، المغرب، ٢٠٠٧م، ص ٢٢١.

تعقد الإجراءات أهم أسباب ببطء التقاضي:

نعتقد من جانبنا أن أكثر الأسباب المسببة لبطء التقاضي؛ هو تعقد الإجراءات القضائية، وطولها، بما يعوق حصول صاحب الحق على حقه، وبما يحول دون سرعة الفصل في القضايا، ولا يقتصر ذلك على جانب محدد من جوانب الدعوى، وإنما يمتد ليشمل أغلب إجراءات التقاضي بدء من إيداع صحيفة الدعوى واستمرارا بكافة إجراءاتها حتى صدور الحكم فيها، ثم الطعن في إجراءات هذا الحكم، والأصل في إجراءات التقاضي أن تكون سهلة وميسرة؛ إذ هي وسيلة لحماية الحق، ومن ثم فلا ينبغي المغالاة في الشكلية الإجرائية إلى الحد الذي يعوق تحقيق العدالة^(١).

(١) أنظر للباحث: إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م، ص ٩٣ وما بعدها.

يفرض قانون المرافعات المصري وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي على الخصوم، الشكل الذي يتعين عليهم اتباعه عند اتخاذ الإجراءات القضائية ولا يترك لهم حرية كبيرة في هذا الصدد، فلا يعتد بالإجراء إذا لم يتم في الشكل المحدد قانونا، وتبدو مظاهر الشكلية في اشتراط الكتابة في الإجراءات، وقد لا يكفي القانون بذلك وإنما يحدد بيانات معينة يجب أن يحتوي عليها الإجراء، كما يشترط أن تتم الإجراءات بترتيب معين، كما قد يعين المكان والزمان اللازمين لاتخاذ الإجراء، ومن أجل ضمان الاحترام الواجب لهذا الشكل فإن المشرع لا يعتد بالإجراء إذا جاء مخالفا له^(١)، بحيث يترتب البطلان في العديد من الحالات التي يتم فيها مخالفة الشكل، كما يؤدي عدم مراعاة الشكل إلى سقوط الحق في اتخاذ الإجراء كسقوط الحق في تقديم الدفوع الشكلية (مادة ١٠٨ مرافعات مصري و ٨٤ إجراءات مدنية إماراتي)، وسقوط الحق في تقديم طلب الرد (مادة ١٥١ مرافعات و ١١٨ إجراءات مدنية)، وسقوط الحق في الطعن (مادة

وإذا نظرنا إلى قانون المرافعات المصري، فإننا نرى صور كثيرة لتعقد الإجراءات سواء فيما يتعلق بإيداع صحيفة الدعوى أو بإعلانها أو إجراءات نظرها والحكم فيها، حيث ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، وفق إجراءات تتسم بالشكلية الإجرائية، وبآليات ورقية تقليدية^(١)، كما يوجب القانون أن يتم الإعلان القضائي بواسطة المحضرين^(٢)، وفقا خطوات إجرائية

٢١٥ مرافعات و١٥٢ إجراءات مدنية)، كما قد يؤدي إلى اعتبار الإجراء كأن لم يكن (مادة ٢٣٠ مرافعات)

(١) المادة (٦٣) مرافعات مصري.

(٢) والإعلان القضائي هو وسيلة علم الشخص بما يتخذ ضده من إجراءات، وهو إجراء يتطلبه القانون في كثير من الأعمال الإجرائية لغرض إيصال واقعة معينة إلى علم المعلن إليه، وذلك إعمالاً لمبدأ المواجهة، إذ لا يجوز إتخاذ إجراء ضد شخص دون تمكنه من الدفاع عن نفسه عن طريق إعلانه بالإجراء. وهذا الإعلان ضروري ولازم لانعقاد الخصومة في مواجهة المدعى عليه، إذ لا تنعقد الخصومة في مواجهته ولو رفعت الدعوى وقيدت صحيفتها بإجراءات صحيحة، ذلك أن الإعلان مستقل عن رفع الدعوى ولازم لانعقادها، حيث نص المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة (٦٨) مرافعات مصري على أن الخصومة لا تعتبر منعقدة في الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة. والقاعدة العامة في إعلان الأوراق القضائية أن يتم بواسطة المحضرين أو عن طريقهم، ووفقاً لنص المادة السادسة مرافعات فإنه يجب أن يقوم المحضرون بإعلان الأوراق القضائية، حيث يبطل إعلان صحيفة الدعوى إذا تم بواسطة غيرهم، ولو كان من قام بالإعلان هو أحد الموظفين العموميين كرجال الشرطة. (للباحث، إجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها).

تقليدية يترتب عليها في أغلب الأحيان تأخير الفصل في الدعوى^(١)، إما لعيوب الإعلان أو عدم القيام به، أو لإعادته وتأجيل نظر الدعوى، في حالة الإعلان في الموطن وعدم حضور المعلن إليه^(٢)، وهكذا في كافة إجراءات الدعوى المدنية؛ فإننا نجدتها تتسم بالشكلية الإجرائية التي تؤدي إلى بطء إجراءات التقاضي وتأخير الفصل في الدعوى، ولا يتسع المقام هنا لسرد الإجراءات التي توصف بذلك.

بطء التقاضي يمثل إهدارا للحماية القضائية:

في مزايا التقاضي الإلكتروني ما يغنينا عن ذكر الآثار السلبية المترتبة على بطء إجراءات التقاضي، وسيأتي بيان ذلك، ولذا نكتفي بالإشارة إلى أن هذه الظاهرة تعد إهدارا للحماية التي يفرضها الدستور والقانون للحقوق التي يدعى الإخلال بها، إذا جاءت العدالة متباطئة متراخية دون مسوغ، أو بإحاطتها بقواعد إجرائية معينة في ذاتها، أو بإقامة العراقيل في سبيل اقتضاؤها^(٣).

(١) المادة (٦٣) مرافعات مصري.

(٢) إذا تحقق العلم الفعلي للمدعى عليه برفع الدعوى فإن المحكمة لا تلتزم بالتأجيل لجلسة تالية، ويتحقق العلم الفعلي إذا كان المدعى عليه قد حضر أية جلسة من الجلسات، أو قدم مذكرة بدفاعه، أو كان قد أعلن لشخصه، فإذا لم يكن أعلن لشخصه، ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وتخلف عن حضور الجلسة الأولى، فإنه يجب على المحكمة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن بها المدعى عليه، وفقا لما نصت عليه المادة ٨٤ مرافعات. (نقض مصري: الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ٧٣ قضائية - جلسة ٢٠٠٥/٢/٨ م).

(٣) في هذا المعنى المحكمة الدستورية العليا (مصر): القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية -

ثانيا: دور التقنيات الحديثة وتكنولوجيا المعلومات في الحد من ظاهرة بطء التقاضي:

نتيجة للشكلية الإجرائية التي يتسم بها قانون المرافعات (قانون الإجراءات المدنية والتجارية)، والتي أدت بدورها إلى بطء التقاضي وتأخير العدالة^(١)؛ فإن النظم القضائية تبارت في البحث عن آليات تؤدي إلى تيسير التقاضي وتحقيق مرونة الإجراءات وعدم تعقدها، وترفع مستوى الاتصال بين جهات القضاء من ناحية والخصوم ووكلائهم من ناحية أخرى، وترشد نفقات التقاضي على جمهور المتقاضين، ومن هنا برز استخدام النظم القضائية لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، في محاولة للاستفادة من خصائص التقنيات الحديثة، وأهمها السرعة والدقة، في تيسير التقاضي وتبسيط إجراءاته تحقيقا للعدالة الناجزة^(٢).

فالجهاز القضائي كغيره من المؤسسات قابل للتطوير ليواكب العصر، وهذا أمر مفترض، فكيف سيحكم في نزاع متعلق بعقود تجارية إلكترونية مثلا؛ إذا لم يكن مؤهلا فنيا وإجرائيا وتشريعيا لذلك، والحقيقة أن استخدام

جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤م.

(١) تجدر الإشارة إلى أن ظاهرة بطء التقاضي؛ وإن كانت شكلية الإجراءات سببا رئيسا فيها؛ إلا أنه ليس السبب الوحيد، وإنما هناك أسباب أخرى، بعضها متعلق بالتشريعات القائمة، والبعض متعلق بالنظام القضائي ذاته، أو بسلوك الخصوم في الدعوى، أو بدور المحامي فيها، أو عدم تنفيذ أحكام القضاء.

(٢) د. محمود مختار عبدالمغيث، مرجع سابق، ص ٥.

التكنولوجيا والتحول إلى نظم التقاضي الإلكتروني حقق مزايا عديدة، أهمها^(١):

- ١- السرعة في إنجاز العمل القضائي ودقته؛ إذ يؤدي استخدام الوسائط الإلكترونية إلى سرعة في فض المنازعات الخصومات، ويوفر الجهد والوقت والمال على المتقاضين.
- ٢- كما يؤدي ذلك إلى تبسيط وتيسير الإجراءات وسهولتها، إذ لا يتطلب التقاضي بالوسائل الإلكترونية، حضور الخصم فعلياً ومشاركته في الجلسات، وإنما يتم الحضور الافتراضي من خلال أجهزة الاتصال الإلكتروني، وتقديم كافة الأوراق والمستندات إلكترونياً.
- ٣- يؤدي استخدام الوسائط الإلكترونية إلى ما يسمى "لوجستيات القضاء"، وهو ما يقصد به توفير الوقت والجهد والمال وتقليل العمالة بهدف الوصول إلى جودة الأداء ومنع التزوير والتزيف والرشوة، وتحقيق العدالة الناجزة.
- ٤- تتيح الوسائل الإلكترونية توفير قواعد البيانات التي تسهم في سهولة الوصول إلى كل ما يخص الدعاوى وتتبع سير الملفات في المراحل المختلفة، والرقابة على الأعمال.
- ٥- زيادة فعالية العمل القضائي: وتتجلى مظاهر ذلك، فيما تسمح به

(١) د. سيد أحمد محمود، نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، مرجع سابق، ص

تكنولوجيا المعلومات من سرعة مراجعة وقيد صحف الدعاوى المودعة قلم الكتاب (أمانة السر)، وتحديد الدوائر المختصة في ضوء بيانات القضية. كما تيسر آلية اتصالات رسمية وسريعة لتداول أوراق القضية بين المحاكم والجهات المعاونة لها، وتعمل على توفير المعلومات عن القضايا بشكل دقيق ومتكامل للقضاة، فضلا عن دورها الجوهرى في مرحلة الحكم، بما تقدمه للقاضي من نماذج لأحكام معدة سلفا في النظام المعلوماتي، وتسهل فحص المحاكم الأعلى للقضايا التي سبق عرضها على محاكم الدرجة الأولى، وذلك من خلال الاتصال بملف القضية عن بعد^(١).

٦- تيسير ولوج باب التقاضي، وحماية أمن وسلامة تداول الأوراق القضائية: إذ توفر الوقت على المتقاضين في رفع الدعوى ومتابعة إجراءاتها، وتقلل من كثافة المترددين على المحاكم، كما تقلل من الواجبات الإجرائية المفروضة عليهم، من خلال الاستعانة بالبريد الإلكتروني في تبادل الأوراق والمستندات والمراسلات القضائية، وفي الوقت ذاته تضمن هذه الوسائل أمن وسلامة وخصوصيات المتقاضين التي تحويها الأوراق والمستندات، وتحقق الحفظ الآمن للقضايا^(٢).

(١) د. محمود مختار عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها.

المبحث الثاني

مقتضيات التحول التكنولوجي نحو نظم التقاضي الإلكتروني

لا شك أن التحول التكنولوجي في أنظمة القضاء يقتضي وبالأساس استخدام وسائل التكنولوجيا في مباشرة العملية القضائية، "ويقصد باستخدام النظم القضائية لتكنولوجيا المعلومات في القضاء بوجه عام، وفي القضاء المدني بوجه خاص؛ حلول نظم المعلومات والاتصالات محل الآليات التقليدية التي اعتاد الخصوم القيام بها لتحريك ورفع ومباشرة الدعاوى أمام المحكمة المختصة، ومتابعة ما يستجد من قرارات أو إجراءات قضائية حتى صدور الحكم النهائي، والطعن عليه أمام المحكمة الأعلى درجة"^(١).

ويعد الحديث عن التقاضي الإلكتروني بوسائل التكنولوجيا الحديثة، عبثاً؛ إن لم نقف على متطلباته ووسائله، وتسعى الدولة إلى توفيرها؛ ذلك أن فكرة التقاضي الإلكتروني تحتاج إلى متطلبات فنية وقانونية، وإلى وسائل يباشر من خلالها، ونحاول من خلال هذا المبحث وفي دراسة موجزة تقتضيها طبيعة البحث، بيان متطلبات التقاضي الإلكتروني (في مطلب أول) ثم بيان وسائله (في مطلب ثان)، وذلك على النحو الآتي:

(١) د. محمود مختار عبدالمغيث: نظام الإيداع الإلكتروني لصحف الدعاوى المدنية "تقنية قلم الكتاب الإلكتروني"، بحث مقدم لمؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م، ص ٤٦٢.

المطلب الأول

متطلبات القضاء الإلكتروني بوسائل التكنولوجيا الحديثة

لا شك أن هناك بعض الإشكاليات المهمة التي تثار حول علاقة التكنولوجيا بقانون المرافعات، وكيف يمكن استخدام التكنولوجيا في الإجراءات التي ينظمها هذا القانون، دون الإخلال بالضمانات القانونية المقررة للتقاضي، ودون مساس بالحقوق المقررة للخصوم، وحل هذه الإشكالية - في نظرنا- يكمن في إيجاد الأدوات التشريعية والقضائية ثم الوسائل التقنية المناسبة، التي تؤدي إلى تطويع التكنولوجيا لتطوير التقاضي، وفي الوقت ذاته تحمي الضمانات والحقوق المقررة في التقاضي.

فإذا كانت الإجراءات تباشر من خلال المحكمة التقليدية المتعارف عليها؛ فإن مباشرة الإجراءات ذاتها عبر محكمة الكترونية تعمل وفق وسائل ونظم التكنولوجيا الحديثة، لا يعد إخلالا بنظم التقاضي؛ ما دامت هذه المحكمة تراعي في إجراءاتها ووسائلها، الضمانات المقررة قانونا لحماية الحق في الإجراءات القضائية.

ذلك أن تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني يقتضي بالضرورة وجود محكمة تعمل بوسائل الكترونية، يباشر من خلالها مجموعة من القضاة نظر الدعاوى والفصل فيها، بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية بالوسائل التقنية والتكنولوجية فائقة الحداثة، لملفات الدعاوى التي سيتم تدوين الإجراءات القضائية من خلالها، بما يعني برمجة أو حوسبة

الدعوى الإلكترونية، لتكتمل منظومة هذا النظام^(١).

ومن ثم فإن التحول التكنولوجي نحو نظم التقاضي الإلكتروني يوجب توفر مستلزمات فنية وتقنية، للاستفادة من تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في تيسير التقاضي، وهذه الاستفادة لها صورتان؛ الأولى جزئية: ويطلق عليها "التقاضي بوسائل الكترونية" أو "المحكمة بوسائل الكترونية"، الثانية كاملة: ويطلق عليه "القضاء الإلكتروني" أو "المحكمة الإلكترونية" أو "المحكمة الافتراضية"، وهي تعني الانتقال من تقديم خدمات التقاضي والمعاملات بشكلها الروتيني الورقي إلى الشكل عبر الانترنت^(٢).

ويفرق البعض^(٣) بين المحكمة الإلكترونية وبين إجراءات التقاضي الإلكتروني، فيرى أن الأخير يقصد به أن تتم إجراءات رفع الدعوى وقيدها والإعلان بها وإيداع مستنداتها بطريقة إلكترونية عبر الانترنت، على أن يحضر الخصوم بأنفسهم أمام القاضي غالباً، بينما مصطلح المحكمة الإلكترونية مختلف حيث تتم فيه كل الإجراءات بطريقة إلكترونية، ودون الحضور المادي لأطراف الدعوى.

كما يفرق البعض^(٤) بين مصطلح إلكترونية القضاء وبين القضاء

(١) د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٢) د. سعيد علي بحبوح النقبى: المحكمة الإلكترونية المفهوم والتطبيق في تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٢٠م، ص ٨٢.

(٣) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٤) د. سيد أحمد محمود، نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، مرجع سابق، ص ٣١٥.

الإلكتروني - كما سبق أن أشرنا - حيث يقصد بالأول: استخدام الوسائط الإلكترونية في عملية التقاضي من بدايتها إلى صدور الحكم فيها، بما يعني إعتبار الوسائط الإلكترونية معاونة للقاضي في عملية التقاضي. ويقصد بالثاني: أن تحل الوسائط الإلكترونية محل الشخص الطبيعي، كالقاضي أو المحكم، في إصدار القرارات أو الأحكام، وذلك كما في المنازعات الناشئة عن المعاملات المالية الإلكترونية.

ولا شك في وجهة الرأيين وصحة التقسيم الوارد بهما، ولكننا نذهب إلى اتجاه آخر نرى فيه أن فكرة التقاضي الإلكتروني قائمة على أمرين أساسين؛ أولهما: محكمة إلكترونية^(١) تباشر من خلالها الإجراءات الإلكترونية^(٢)، وثانيهما: إجراءات تقاضي تباشر بالوسائل الإلكترونية،

(١) مصطلح المحكمة الإلكترونية قد يبدو حديث نسبياً، باستثناء الولايات المتحدة الأمريكية وبعض المراكز، كالمركز القانوني لتكنولوجيا المحاكم الذي جهز قاعة المحكمة (الكورت روم ٢١)، والتي تم زيارتها من قبل عدد كبير من القضاة والمحامين من مختلف دول العالم، وعلقو قائلين بأن البرامج التي تم استخدامها في هذه القاعة وفرت ثلث الوقت الذي يستخدم في إجراء مرافعة تقليدية، وآخرون قالو إن نصف الوقت تم توفيره عند استخدام تكنولوجيا قاعات المحاكم. (د. هادي حسين الكعبي، و أ. نصيف جاسم محمد الكرعوي: مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الثامنة ٢٠١٦م، ص ٢٩٩.

(٢) نؤكد على أن ما نقصده بمصطلح المحكمة الإلكترونية، يعني فقط استخدام وسائل التكنولوجيا في تيسير إجراءات التقاضي، دون إحلال هذه الوسائل محل القاضي في إصدار القرارات والأحكام والفصل في الدعاوى، فنحن وإن كنا ندعم الكرونية القضاء واستخدام التكنولوجيا فيه؛ إلا أننا نعارض فكرة القضاء الإلكتروني.

ومجموع الأمرين يكون في نظرنا فكرة التقاضي الإلكتروني، ومن خلال ذلك يمكننا القول أن متطلبات التقاضي الإلكتروني تنقسم إلى: متطلبات فنية وتقنية وإدارية، و متطلبات قانونية وتشريعية، على النحو الآتي:

أولاً: المتطلبات الفنية والتقنية والإدارية:

أ- نشر الوعي الإلكتروني وتنميته:

ونعني بذلك نشر ثقافة استخدام التكنولوجيا والوسائل الإلكترونية في المجتمع، والعمل على التوعية المجتمعية بأهمية ذلك، لحث المواطنين على فهم وتعلم كيفية هذا الاستخدام في ضوء المزايا العديدة التي يحققها في تيسير سبل التقاضي، بل وفي تقدم المجتمع عبر التحول الرقمي في ضوء مزاياه الكثيرة، ونرى ضرورة الاهتمام بتدريس المقررات الإلكترونية لطلاب المدارس في المراحل المختلفة، وعقد الدورات والندوات التثقيفية لهذا الغرض، وضرورة التوعية الإعلامية باستخدام الوسائل التقنية الحديثة في كافة المجالات، ومنها مجال التقاضي، ذلك أن التكنولوجيا ذاتها، قد تصير عقبة وعائق يحول دون تحقيق غايات القضاء؛ إن لم تكن هناك ثقافة مجتمعية للتعامل بالوسائل التقنية في التقاضي، ونقصد بذلك أن تعمل الدولة على نشر ثقافة التقاضي الإلكتروني، وتقوم على إيضاح مفاهيمه ومزاياه وآلياته ووسائله وإجراءاته، في الوسط القضائي، والمتعاملين معه، سواء في ذلك القائمين على القضاء من القضاة ومعاونيهم، أو المتعاملين معه من جمهور المتقاضين^(١).

(١) د. سيد أحمد محمود، نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، مرجع سابق، ص ٣١٩.

ب- تدريب وتأهيل العنصر البشري:

ذلك أن اكتمال بنیان المحكمة التي تعمل بالوسائل الإلكترونية يقتضي وجود المعنيين؛ وهم الأشخاص المتخصصين في ممارسة وتطبيق إجراءات التقاضي لتكتمل أسس إنشاء نظام قضائي من نوع جديد في المرافعات في الأنظمة القضائية، بحيث يصبح الجهاز القضائي على مستوى التطور التكنولوجي الحاصل في كافة المجالات؛ وإلا فكيف سيتمكن القضاء من حسم منازعات متعلقة بمجالات الكترونية- كالعقود الإلكترونية والتجارة الإلكترونية- إذا لم يكن مؤهلا لذلك تقنيا وبشريا وفنيا وتشريعيا؛ إذ لا تجدي الوسائل التقليدية في حل المنازعات القضائية العصرية المتمثلة في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

فالقاضي سيجد نفسه أمام نزاع يقتضي استخدام وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديثة، أو متعلق بها (كاختراق المواقع الإلكترونية، وانتهاك التوقيع الإلكتروني، وانتهاك التحويل الإلكتروني للأموال)، ولذلك فإن القضاء يجب أن يكون متطورا ومؤهلا من ناحية العنصر البشري، لاستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة وتطوير مهارات الموارد البشرية في إطار الاستغلال الأمثل للأنظمة الحديثة وتقنية المعلومات والاتصالات^(١).

المتطلبات البشرية للتقاضي الإلكتروني:

هناك متطلبات بشرية يجب توفرها لنجاح العمل القضائي التقني أو الإلكتروني، وهذه المتطلبات تتمثل في توفير العنصر البشري اللازم لعمل

(١) د. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص ١٤٩.

المحكمة الإلكترونية وإدارتها: وهم أربعة عناصر رئيسة^(١):

الأول: إدارة المواقع والمبرمجين: وهم مجموعة من الفنيين المتخصصين في المجال الإلكتروني، والذين يعملون من أقسام مجاورة تعالج كل عطل أو خطأ حال حدوثه، وتقوم بحماية النظام من الفيروسات والمخربين، ومساعدة الكتبة في عملهم التقني، ومعالجة الأعطال التي قد تحدث في الأجهزة والمعدات أثناء المرافعة.

وهؤلاء طائفة من المبرمجين والمهندسين والمتخصصين في علوم الحاسوب؛ يتم تدريبهم في المحاكم والمراكز القضائية المختصة على تطبيق إجراءات التقاضي إلكترونياً.

الثاني: قضاة المعلومات: وهم مجموعة متخصصة من القضاة يباشرون المحاكمات من خلال موقع كل منهم لدى المحكمة الإلكترونية، ضمن نظام قضائي يمكن أن نطلق عليه دائرة المعلوماتية القضائية^(٢). حيث يباشر هؤلاء القضاة تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني وتدوينها في ملف الدعوى الإلكترونية، وهي مكنة الوصول إلى إثبات الحق (موضوع الدعوى)، من خلال مجموعة متطورة من الإجراءات الإلكترونية.

ويتطلب ذلك حصول هؤلاء القضاة على دورات مكثفة ومتخصصة في

(١) د. خالد حسن أحمد لطفي، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها - د. محمد علي سويلم: المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، إجراءات التقاضي عن بعد، مرجع سابق، ص ٨٨.

علوم الحاسوب ونظم الاتصال وبرامج المواقع الإلكترونية، وتجهيز مكاتبهم بأحدث الأجهزة والمعدات الحاسوبية التي ستمكنهم من تسجيل الدعوى القضائية الكترونياً ومتابعة سيرها والنظر فيها^(١)، وكذلك تطبيقات على النظام مع إجراء محاكمات إلكترونية افتراضية^(٢).

ولذلك فإن معاهد الدراسات القضائية تبذل جهداً في التوعية التكنولوجية للقضاة من خلال تدريس المقررات العلمية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات، في ضوء إعداد وتأهيل القاضي معلوماتياً، كما يجب على القضاة أنفسهم تلقي دورات تدريبية في نظم المعلومات والاتصالات لاستيعاب الوسائل التكنولوجية الحديثة المعول عليها في تسيير العمل القضائي^(٣).

ومن جانبنا نرى أهمية قصوى لتطوير النظام الدراسي في كليات القانون - الشريعة والقانون والحقوق - وذلك باستحداث مقررات دراسية في التقاضي الإلكتروني، والحاسب الآلي، هذا إلى جوار دراسة القواعد الإجرائية في التقاضي.

الثالث: كتبه المواقع الإلكترونية والمحضرون: ونقصد بهم كتبه

(١) د. حازم محمد الشريعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠م، ص ٦٢.

(٢) د. محمد علي سويلم: المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣) د. محمود مختار عبدالمغيث، استخدام تكنولوجيا المعلومات، مرجع سابق، ص ٨٦ - ٨٧.

المحاكم وأمناء السر بها، والمحضرون، وهؤلاء ويجب خضوعهم لدورات مكثفة في البرمجيات ونظم الإدارة المعلوماتية وتصميم المواقع الإلكترونية على شبكة الانترنت.

ويقع على عاتق هؤلاء القيام بالمهام الآتية:

- ١- تسجيل الدعوى وإرسالها مع ما تتضمنه من أدلة إثبات، أو أي وثائق أخرى يمكن إرسالها بواسطة الماسح الضوئي "Scanner"، والاحتفاظ بالأصل لغرض إرساله للمحكمة، حال طلبها له.
- ٢- تجهيز جدول مواعيد الجلسات.
- ٣- استيفاء الرسوم الكترونياً بإحدى وسائل الدفع الإلكتروني.
- ٤- إجراء الإعلان الإلكتروني، بالاتصال بأطراف الدعوى وإعلانهم بالحضور في مواعيد انعقاد الجلسات بعد التأكد من صفة كل منهم، سواء كانوا أطراف الدعوى، أو الشهود، أو غيرهم.
- ٥- متابعة الدعوى وعرض الجلسات^(١).

هذا وقد خطت جامعة الأزهر بمصر، خطوة سبقة في هذا المجال، حيث أنشأت معهداً دراسياً لمعاوني القضاء، يؤهل لتخريج: الكتبة والمحضرون ومعاونو التنفيذ، وحرصت الجامعة في هذا الصدد على إعداد هؤلاء علمياً بما يواكب متطلبات التقاضي الإلكتروني عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة، وذلك بتدريس مواد متعلقة بهذا المجال (كالحاسب

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٨٩.

الآلي، والتقاضي الإلكتروني، واللغة الأجنبية، والجرائم الإلكترونية، فضلا عن تطبيقات عملية وتدريبات في هذا المجال^(١).

الرابع: المحامون: وذلك نظرا للدور المهم الذي يؤديه في العملية القضائية، والتي باتت بحاجة ماسة إلى هذا التطور التقني، ولا شك أن المحام يجب عليه أن يواكب هذا التطور، بحيث يصبح مؤهلا لمباشرة الإجراءات عبر وسائل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة؛ ولذا يتوجب عليهم الحصول على دورات مكثفة في علوم الحاسب ونظم الاتصال وتصميم البرامج والمواقع الإلكترونية، وتجهيز مكاتبهم بما يتفق مع طبيعة المحاكم الإلكترونية وإجراءات التقاضي الإلكتروني^(٢). وتجب الإشارة إلى ما بات يعرف بمصطلح "المحامي المعلوماتي"، وهو مصطلح يطلق على المحامي الذي يحق له تسجيل الدعوى والترافع في المحكمة الإلكترونية، وهو يمثل نوع حديث من أنواع الممارسة المهنية للمحاماة؛ لأنه يحصل على رخصة من المحكمة المختصة لحصوله على شهادة بمعرفة علوم الحاسب ونظم الاتصال وتصميم البرامج والمواقع الإلكترونية^(٣).

(١) وقد تم تكليف الباحث (مؤلف هذه السطور) بعمل "المدير التنفيذي" للمعهد بالقاهرة، فضلا عن واجب تدريس عدة مقررات دراسية منها "إجراءات التقاضي الإلكتروني".

(٢) د. محمود مختار عبدالمغيث، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٣) د. محمد علي سويلم، المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص

ضرورة التطور الأكاديمي التكنولوجي:

يجب أن نشير إلى مسألة مهمة، وهي تدريس طرق وإجراءات ووسائل التقاضي الإلكتروني، ونظم وبرامج الحاسب الآلي، في كليات الشريعة والقانون وكليات الحقوق؛ إذ لا يستقيم أن تكون توجهات الدولة وأجهزة القضاء فيها في واد، والدراسة بهذه الكليات في واد ثان، وذلك لضمان أن يكون خريج هذه الكليات محاميا كان أو قاضيا أو غير ذلك، على دراية كافية بهذه النظم الإلكترونية ويتمكن من التعامل بها بعد ذلك، وإذا كنا ننادي بتأهيل العنصر البشري في المحاكم حاليا، فتأهيل هؤلاء الدارسين أولى.

ففكرة التقاضي الإلكتروني لا يمكن أن تغني تماما عن العنصر البشري، ولا يمكن أن تحل في بعض الأمور محل العنصر البشري، فنحن لا نقبل مثلا - كما أشرنا- فكرة القاضي الإلكتروني أو المحكم الإلكتروني، المعمول بها لدى بعض الدول، وإنما قد تغني الوسائط الإلكترونية وأجهزة التكنولوجيا عن بعض الوظائف الإدارية المعاونة للقاضي أو تقلل من عدد الموظفين وبما يحد من دورة الأوراق والمستندات.

ولذلك نرى ضرورة تأهيل العنصر البشري ممن يتولون العمل على منظومة التقاضي الإلكتروني من القضاة، وموظفي المحاكم، والمحامين، فضلا عن المتقاضين المتعاملين مع هذه المنظومة^(١).

(١) د. إبراهيم محمد السعدي: دور التكنولوجيا في التغلب على ظاهرة البطء في التقاضي، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٧م، ص ٤٩٣.

ج- التحول إلى نظام المحكمة الإلكترونية^(١):

ويعرفها الفقه القانوني بأنها: موقع إلكتروني يتم فيه الفصل في المسائل القانونية، بحضور قضاة مؤهلين، يتمتعون ببنية تحتية تقنية متطورة تسمح لأصحاب العلاقة بتشغيل بعض الجوانب الإدارية والإجرائية لوظائف المحكمة بشكل أفضل، مثل تقديم الأدلة أو إيداع المستندات والمذكرات، والإيداع الإلكتروني في المحكمة وتلقي الشهادات عن بعد، وهدفها هو - جزئياً- تقليل الاعتماد على الورق أو المستندات المطبوعة أثناء العملية القضائية، وبشكل أساسي زيادة كفاءة المحكمة عن طريق الإسراع في الوصول إلى المعلومات^(٢).

فالمحكمة الإلكترونية عبارة عن حيز تقني معلوماتي يعكس الظهور المكاني الإلكتروني لأجهزة ووحدات قضائية وإدارية على الشبكة، تعمل على استقبال الطلبات القضائية ولوائح الدعاوى، وتوفير متجدد للدعاوى وقرارات الأحكام بما يمثل تواصلاً دائماً مع المتقاضين أو وكلائهم.

وهذه المحكمة توفر للمتقاضين ووكلائهم المقدرة رفع دعواهم والترافع وتحضير الشهود وتقديم أدلتهم والاتصال المباشر مع العاملين في

(١) وهي تلك التي تعمل وفقاً لوسائل تكنولوجية وتتوفر فيها المستلزمات التقنية لمباشرة إجراءات التقاضي إلكترونياً من خلال عناصر بشرية مدربة تقنياً على التعامل بهذه الوسائل، ثم يقوم القاضي (العنصر البشري)، بالفصل في الدعوى عبر الأجهزة التقنية التي تعمل هذه المحكمة من خلالها.

(٢) د. جمال عبدالله: المحكمة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية ٢٠١٨م.

المحكمة، في كل وقت ومن أي مكان، كما توفر آليات جديدة ومتطورة لمتابعة الدعاوى والاطلاع على مجريات الجلسات، بل وحتى حضور الجلسات حضوراً إلكترونياً، والاطلاع على القرارات والأحكام بكل سهولة ويسر^(١).

ذلك أن تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني يقتضي وجود محكمة تعمل بوسائل إلكترونية، يباشر من خلالها مجموعة من القضاة نظر الدعاوى والفصل فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية بتلك الوسائل باعتماد تقنيات فائقة في الحدثة لملفات الدعاوى والتي سيتم تدوين الإجراءات القضائية من خلالها، من خلال برمجة الدعوى أو حوسبة الدعوى، لتكتمل منظومة التقاضي الإلكتروني^(٢).

وتجمع المحكمة الإلكترونية المميزات والخصائص التي يتمتع بها التقاضي الإلكتروني بصفة عامة، حيث تتمتع بالسرعة والدقة، وتعتمد على التوثيق الإلكتروني للدعاوى والدفوع والتقارير وجميع الأوراق، وتوفر الوقت والجهد للقضاة والمتقاضين، ويتم من خلالها استبدال الأرشيف الورقي بأرشيف رقمي إلكتروني يتسع لجميع المعلومات ويشغل حيزاً بسيطاً، فضلاً عن سهولة نظر الطعون ومراجعة الدعاوى عبر الاتصال عن بعد، ومساعدة إدارة التفتيش القضائي ومحاكم الطعن في سهولة الدخول إلى

(١) د. سعيد علي بحبوح، مرجع سابق، ٢٠٢٠م، ص ٩٠.

(٢) د. محمد علي سويلم: المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٦٣.

ملف الدعوى الأصلي بشكل فعال.

وإذا كنا نتحدث عن المحكمة الإلكترونية باعتبارها مطلباً أساسياً من متطلبات التقاضي الإلكتروني وركنه الركين، فإن لهذه المحكمة متطلبات أيضاً ومقومات يجب توفرها، وهي:

١- الأجهزة وقاعات المحاكمات: إذ يجب توفر الأجهزة الإلكترونية بالشكل الكافي والمناسب لهذه المحكمة، وأهمها أجهزة الحاسب الآلي، كما يجب توفير برامج الحاسب الآلي التي تناسب العمل القضائي وتتفق مع طبيعته، وتوفير الوسائل الإلكترونية اللازمة لحماية هذه الأجهزة وبرامجها، وبما يكفي لتأمين المعلومات.

٢- يجب إنشاء شبكة داخلية في المحكمة أشبه بإترنت مصغر، يتم من خلالها ربط جميع الأقسام والوحدات وقاعات المحاكم ببعضها البعض، وهذه الشبكة مقيدة على خط الاتصال الذي يربطها ببعضها، ويستطيع جميع العاملين في المحكمة من خلالها الاتصال ببعضهم آلياً وإرسال ملفات الدعاوى والطلبات والمذكرات فيما بينهم دون إرسال الموظفين أو الحضور الشخصي.

٣- قواعد البيانات والمعلومات: وهي عبارة عن مجموعة من الملفات التي ترتبط بعضها البعض برابطة معينة^(١).

(١) ومثالها: قاعدة البيانات الخاصة بمحكمة استئناف القادسية الاتحادية (بدولة الإمارات العربية المتحدة) والتي تشمل أسماء المحاكم القضائية التابعة لها والقضاة العاملين فيها والمعاونين القضائيين والموظفين الإداريين وأرقام الدعاوى القضائية في كل محكمة

٤- يجب أن يكون لكل محكمة موقع إلكتروني خاص بها على شبكة الانترنت ليتمكن المتقاضى من خلاله تقديم مطالباته القضائية، وقد أيد تقرير اللجنة الوزارية للدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي لسنة ٢٠٠١ تخويل الخصوم رخصة تقديم مطالباتهم القضائية عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة، والتي منها الدخول على الموقع الإلكتروني للمحكمة على شبكة الانترنت للاستفادة من الخدمات التي تقدمها المحاكم التابعة للدول الأوروبية، وهي تنقسم إلى نوعين؛ الأول: خدمات مباشرة الدعاوى والإجراءات عن بعد، والثاني: خدمات الاستعلام عن ما تم من إجراءات أو قرارات في القضية، والاتصال الإلكتروني المباشر مع موظفي المحكمة من خلال (الفيديو كونفرانس)^(١).

وتاريخ تسجيلها. (د. سعيد بحبوح، مرجع سابق، ص ٩٦).

(١) وهو تقنية تكنولوجية حديثة، ويعرف بأنه "وسيلة للاتصال المرئي المسموع لاجتماع شخصين أو عدة أشخاص في أماكن مختلفة، سواء في داخل دولة واحدة أو بين عدة دول، يستطيعون المشاركة في اجتماع بالمناقشة بصورة إيجابية وفعالة تمكن جميع الأطراف من رؤية الآخرين وسماعهم والحديث معهم في الوقت ذاته، سواء تعلق الأمر بجلسات التحكيم الدولية أو بإجراءات نظر قضية، ويمكن في إطار الإجراءات الجنائية سماع أقوال الشهود والخبراء، وفي بعض الأحيان المتهم، عبر هذه التقنية". (د. رامي متولي القاضي: توظيف تكنولوجيا المعلومات في مجال الإجراءات الجنائية" الفيديو كونفرانس نموذجاً"، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ٢٠١٧م، ص ١١).

٥- قاعات المحاكمات: والتي يجب أن تكون مزودة بشاشات إلكترونية ونظام تسجيل أوتوماتيكي تلقائي يدار من قبل القاضي بواسطة جهاز الحاسب الآلي، وعبر برامج تساعد على إجراء المرافعة الإلكترونية سواء بالحضور الشخصي للخصوم، أو من خلال حضورهم الافتراضي عبر تقنية الفيديو كونفرانس^(١).

د- الحفاظ على أمن المعلومات في مجال التقاضي الإلكتروني:

ذلك أن إدخال نظم المعلومات والاتصالات إلى نطاق قضاء الدولة مرهون بضمان سرية وخصوصية المعلومات التي يدلي بها الخصوم في قضاياهم، فلا يجب أن تطغى غاية تسريع وتيرة التقاضي ومواكبة التطور التكنولوجي على احترام المبادئ الأساسية للتقاضي، ومنها عدم إفشاء أسرار المتقاضين، وحماية مستندات الدعوى، ولذلك يجب استخدام برمجيات آمنة ونظم تشغيل خالية من الثغرات، والحرص على استخدام كلمات سر مؤمنة للوصول إلى المعلومات، وغير ذلك مما يضمن سلامة المعلومات في مجال التقاضي الإلكتروني وحمايتها^(٢).

وقد عرف القانون الإماراتي تقنية الفيديو كونفرنس بأنها "محادثة مسموعة ومرئية بين طرفين أو أكثر للتواصل المباشر مع بعضهم البعض عبر وسائل الاتصال الحديثة لتحقيق الحضور عن بعد" (مادة ١ من القانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ٢٠١٧م).

(١) د. سعيد علي بحبوح، مرجع سابق، ص ٩٧-٩٨.

(٢) أمل فوزي أحمد، مرجع سابق، ص ٥٨٣ و ٦١٦.

ه- توفير الموارد المالية:

ذلك أن إدخال تقنيات التكنولوجيا الحديثة في مجال إجراءات التقاضي يتطلب توفير الدولة للموارد المالية اللازمة لهذا التحول الكبير في إدارة مرفق العدالة؛ ومن ثم يجب على الدولة توفير الموارد المالية التي يمكن من خلالها تطوير المحاكم تقنيا وتجهيزها بالأجهزة التكنولوجية والإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة المرئية والمسموعة، التي تسهم في تحقيق أهداف هذا التحول التقني، وبما يحقق سرعة الفصل في القضايا وتيسير الإجراءات على المتقاضين، وسواء كانت هذه الموارد خاصة بتجهيزات المحاكم نفسها بكل إداراتها وقاعاتها، أو بتوفير ما يلزم لتيسير مباشرة المتقاضين لهذه الإجراءات.

ثانياً: المتطلبات القانونية والتشريعية:

في ضوء القواعد الإجرائية المقررة في قانون المرافعات المصري الحالي، والذي ينظم الإجراءات وفقاً لقواعد شكلية تعتمد على المستندات الورقية والإجراءات التقليدية؛ فإنه لا يمكن مباشرة إجراءات التقاضي الإلكتروني؛ ذلك أن هذا الأخير يتطلب ليس فقط متطلبات تقنية وإدارية؛ وإنما قبل ذلك وبالأساس، متطلبات قانونية وتشريعية، تتمثل في حزمة من التعديلات التشريعية والقوانين الجديدة التي تناسب البيئة الرقمية والإلكترونية، وتقر الحجية القانونية لإجراءات التقاضي الإلكتروني، وتعترف بالمنتجات الإلكترونية كوسائل بديلة للوسائل التقليدية سواء في الإجراءات أو في الإثبات، وهذا يقتضي تعديل قانون المرافعات المصري الحالي،

وقانون الإثبات، وقانون الإجراءات الجنائية، وغيرها من القوانين ذات الصلة، على غرار التعديلات التي قام بها المشرع الإماراتي، بما يسمح بالاعتراف بالإجراءات الإلكترونية، والأدلة الرقمية، وإعطاء مخرجات الحاسب الآلي حجية قانونية^(١).

ذلك أن النصوص الإجرائية الحالية، تستند في تنظيمها للإجراءات القضائية إلى الشكلية الإجرائية، التي تعني أن صحة الإجراءات القضائية تتوقف على احترام الاشتراطات والمواعيد التي أوجبه القانون، وجميعها منظمة لإجراءات التقاضي بالوسائل التقليدية، ومن ثم يلزم تعديلها تشريعياً بحيث تسمح باستخدام الوسائل التقنية، وتنظم إجراءات التقاضي من خلالها، وتنظيم حجيتها، وهذا يقتضي أن يتم تعديل القواعد القائمة بما يسمح بالإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى، والإعلان الإلكتروني، وتقديم المحررات والمستندات الإلكترونية، ويعترف بحجيتها وحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، ولا يكفي في هذا الصدد الإكتفاء بصياغة الإجراءات القضائية في قوالب تقنية بدلا من القوالب الورقية؛ وإنما لابد من تعديل كثير من النصوص القانونية، ومنها الخاصة بصحيفة الدعوى، وبالإعلان، وبالمهل القانونية، ووسائل الإثبات^(٢).

ولذا نخاطب المشرع المصري بأن يتفاعل مع هذا التطور ويعيد النظر في القوانين القائمة، ويصدر قوانين جديدة لمعالجة كل ما يتعلق بالتقاضي

(١) د إبراهيم محمد السعدي، مرجع سابق، ص ٤٩٦.

(٢) د. محمود مختار عبدالمغيث، مرجع سابق، ص ٩٨ وما بعدها.

الإلكتروني، سواء باستبعاد القواعد التقليدية وإصدار قوانين جديدة تنظم تلك القواعد، أو بتطويع وتطوير ما هو قائم من قواعد تقليدية، واختيار ما يصلح منها لتطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني، وإجراء التعديلات اللازمة^(١).



(١) د. خالد حسن أحمد لطفي، مرجع سابق، ص ٣٢.

المطلب الثاني

الوسائل الإلكترونية اللازمة لإجراءات التقاضي الإلكتروني

اتضح لنا مما سبق أن التقاضي من خلال المحكمة الإلكترونية هو تنظيم تقني معلوماتي يتيح للخصوم تحريك دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور الجلسات تمهيدا للوصول إلى الحكم النهائي وتنفيذه من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، والتي تعاون القضاة على الاتصال بالخصوم دون حضورهم الشخصي لمقر المحكمة لمباشرة إجراءات التقاضي^(١).

وإذا كنا قد تحدثنا عن المتطلبات التقنية والإدارية والتشريعية اللازمة للتقاضي الإلكتروني؛ فإن ذلك يعد شطرا من المقتضيات اللازمة له، ويبقى الشطر الآخر لازما لاستكمال مقومات التحول التكنولوجي في أنظمة القضاء، وهو المتعلق بالوسائل اللازمة لمباشرة الإجراءات، حيث نجد أن رفع الدعوى ومباشرتها إلكترونيا يتطلب وسائل لازمة لذلك، وأهم هذه الوسائل التقنية:

١- البريد الإلكتروني:

يعد البريد الإلكتروني المعروف باسم إي- ميل (E- mail) أو (Electronic mail) من أكثر استخدامات الإنترنت والويب رواجاً، حيث يخصص لكل مستخدم للإنترنت عنوان الكتروني يتم منه إرسال رسائل الكترونية واستقبالها، وتنقل الإنترنت مئات الملايين من هذه الرسائل كل

(١) د. محمود مختار عبدالمغيث، مرجع سابق، ص ٤٦٢.

يوم^(١).

ولم يعد البريد الإلكتروني وسيلة لتبادل المعلومات والمراسلات؛ بل أصبح وسيلة لإبرام العقود بطريقة الكترونية، وأيضا خدمة العملاء والمشاريع، حيث أصبح بمقتضاها استخدام الانترنت لتقديم أنماط جديدة من الخدمات عن بعد في مختلف المجالات^(٢)، ومن هذه المجالات مجال التقاضي بالوسائل الإلكترونية، وعبر البريد الإلكتروني.

والبريد الإلكتروني: وسيلة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات^(٣). ويعرف إجرائيا بأنه "كل رسالة أيا كان شكلها، نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور أو أصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها^(٤)".

ويعتبر من أهم تطبيقات الإنترنت وأكثرها استخداما من الناحية العملية، وذلك لسرعته الفائقة وسهولة استخدامه وتكلفته البسيطة مقارنة بوسائل الاتصال الأخرى كالفاكس والتلكس، ولقد أصبح متاحا من خلال البريد

(١) د. فاروق حسين: البريد الإلكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٩.

(٢) د. حامدي بلقاسم : إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، ٢٠١٥م، ص ١٠.

(٣) د. خالد حسن أحمد لطفي، مرجع سابق، ص ١٠٠ - ١٠٢.

(٤) عبدالهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، (د.ت)، ص ١٣.

الإلكتروني أن يرسل أي شخص رسالة لآخر، وأصبح لهذا البريد حجية قانونية، تختلف بحسب ما إذا كان مزيلا بتوقيع إلكتروني أم غير مزيلا بهذا التوقيع^(١)، ويمكن من خلاله إرسال صحيفة الدعوى إلكترونيا إلى المحكمة وإعلان الأوراق القضائية، وتقديم المذكرات والمستندات، وتلقي مذكرات الخصوم ومستنداتهم، والتواصل مع المحكمة والعاقلين بها، دون حاجة إلى الانتقال لمقر المحكمة لتسليم الأوراق أو استلامها.

ويستطيع المتقاضي عبر تقنية البريد الإلكتروني تقديم صحيفة الدعوى، وطلباته الجوهرية، والمستندات المؤيدة لها إلى المحكمة المختصة، كما أن للخصم أن يرد على طلبات خصمه بإرسال ما يراه لازما من الوثائق والطلبات عبر البريد الإلكتروني، وللقاضي أن يرسل حكمه إلى جهة التنفيذ، وإلى محامي الخصوم تحقيقا لمبدأ علم أطراف الدعوى بالحكم النهائي الصادر في النزاع، حتى يتسنى للمحكوم عليه الطعن فيه^(٢).

٢- المحررات الإلكترونية:

وتعرف بأنها: البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل إلكترونية سواء أكانت من خلال شبكة الإنترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، لتوصيل المعلومة بينهما، أو إثبات حق أو القيام بعمل، فهي الوسيلة التي من خلالها يتمكن المتلاقون عبر الإنترنت

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

من توصيل المعلومة لبعضهم البعض.

وقد عرف المشرع المصري المحرر الإلكتروني بأنه "رسالة تتضمن معلومات أو تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"^(١).

كما عرفه المشرع الإماراتي في المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ "سجل أو مستند الكتروني: بأنه: "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجة أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة الكترونية، على وسيط ملموس أو على وسيط الكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه".

وقد منح المشرعان - المصري والإماراتي - المحرر الإلكتروني حجية تعدل المحرر الورقي متى توافرت الشروط اللازمة لذلك؛ إذ تنتج الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني وتعتبر صحيحة وقابلة للتنفيذ شأنها في ذلك شأن الوثيقة المكتوبة إذا روعيت في إنشائها واعتمادها الشروط المنصوص عليها في القانون واللوائح والقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكامه.

ويعد المحرر الإلكتروني وسيلة مهمة من وسائل مباشرة الدعوى الإلكترونية والتي يتم من خلالها تبادل المعلومات والمستندات والطلبات والدفع وأوجه الدفاع، وغيرها من المستندات والمذكرات المكتوبة، والتي يغني المحرر الإلكتروني عنها في ظل نظام التقاضي الإلكتروني.

(١) د. محمود مختار عبدالمغيث: نظام الإيداع الإلكتروني لصحف الدعاوى المدنية،

٣- التقاضي بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات (Electronic data interchange (EDI)^(١):

(١) طريقة موحدة ومستقلة عن النظام الأساسي للشركات لتبادل المعلومات، توفر بيانات الأعمال الإلكترونية لتبادل البيانات (EDI) مزايا هائلة على الأنظمة الورقية لتبادل المعلومات. لا تقلل التكنولوجيا العبء الإداري والتكاليف فحسب، بل توفر أيضاً لصانعي القرار المعلومات الدقيقة في الوقت الفعلي التي يحتاجونها لاتخاذ قرارات تخطيط أفضل للموارد. تسمح تنسيقات ملفات EDI بتبادل المعلومات رقمياً بتنسيق موحد. يتم استخدام التكنولوجيا من قبل الشركات لنقل البيانات إلى الشركاء، وكذلك ترجمة ملفات التبادل الإلكتروني للبيانات الواردة من الشركاء التجاريين.

<https://www.astera.com/ar/what-is-edi>

وتقنية التبادل الإلكتروني للبيانات والوثائق Interchange Data Electronic والتي تعرف اختصاراً بتقنية EDI إنما هي تبادل لحركات الأعمال من حاسب إلى حاسب بين الشركاء التجاريين، باستخدام رسائل ذات أشكال ديناميكية سريعة التفاعل ولحظية لاتخاذ القرار. وبالتالي هو أسلوب لإرسال البيانات إلكترونياً بين الحاسبات بطريقة يمكن بها للحاسبات تفسير ومعالجة البيانات بدون تدخل بشري، و يتيح النظام أن تتعامل الحاسبات مباشرة مع رسائل EDI واتخاذ القرار بناء على محتواها من البيانات دون تدخل بشري. ويستعملها معظم الشركات الكبرى التي تعمل في مجالات مختلفة، لعقد الصفقات المالية، لإنجاز الأعمال الإدارية فيما بينها، أو بينها وبين فروعها، عبر شبكاتها الخاصة (VAN) ويمكن إنجاز هذا عن طريق وضع علامات للبيانات وترميزها وتشكيلها بطريقة متفق عليها للمرسل والمستقبل، ومن خلال استحداث معيار دولي للتبادل الإلكتروني للمعلومات وفق قواعد الأمم المتحدة لتبادل البيانات الإلكترونية في الإدارة والتجارة والنقل (EDIFACT/un) تحت إشراف الأمم المتحدة. ويشتمل هذا المعيار على معجم بيانات شامل وهيكل بيانات متفق عليها

وهو مجموعة من المعايير المستخدمة في تبادل معلومات المعاملات الإلكترونية بين أجهزة الكمبيوتر، ويتم نقل وتبادل البيانات والمعلومات إلكترونياً عبر مواقع الويب باستخدام برامج التصفح، وتنتج رسالة البيانات حجبية وقوة في التعامل وفي نظم التقاضي الإلكتروني، إذ يكون لها مالمحرر الورقي من قوة، وفقاً لشروط معينة.

٤ - تقنية الفيديو كونفرنس:

وتعد من أهم التقنيات في مجال التقاضي الإلكتروني، وتتضمن افتراض مجازي لحضور أطراف الدعوى. ويتطلب تطبيق هذه التقنية توافر أجهزة تقنية حديثة لنقل وعرض الصوت والصورة^(١).

بصورة عامة وعلامات ورموز وبيانات تستخدم في التبادل الإلكتروني للبيانات في التجارة وعمليات النقل الدولية فضلاً عن تطبيقات أخرى عديدة. (تقنية التبادل الإلكتروني للبيانات والوثائق EDI وتطبيقاتها في قطاعات النقل، سلسلة الدراسات الفنية، مديرية الدراسات والبحوث وشؤون البيئة، وزارة النقل، سوريا.

<http://www.mot.gov.sy/apps/library/download/?id>

(١) د. رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص ١١.

والفيديو عن بعد هو عبارة عن تقنية تستخدم الاتصال التلفوني السمع بصرية والمرئية لتجمع المتحاورين معاً (وهم مجموعة من الناس) في مواقع مختلفة في لقاء مباشر. ويمكن لهذا اللقاء عبر هذه التقنية أن تكون محادثة بشكل بسيط بين شخص وآخر في مكاتب خاصة من نقطة إلى نقطة (مكان إلى مكان) أو ربما يمكن الربط بعدة مواقع مختلفة ومتعددة بين مجموعات من الأشخاص في نفس الوقت وبالإضافة للبت السمع بصري المرئي بين مجموعات من الناس، تستطيع هذه التقنية أن تعرض الوثائق والملفات الإلكترونية وعرض المعلومات عن طريق أجهزة الحاسوب، أو رؤية

المبحث الثالث

انعكاسات التطور التكنولوجي على إجراءات التقاضي

على الرغم من التطور التكنولوجي الهائل الذي تشهده دول العالم في كافة المجالات؛ إلا أن انعكاسات هذا التطور على إجراءات التقاضي لم ترقى بعد إلى المستوى المأمول من الاستفادة من التكنولوجيا، ولم تصل إلى ما وصلت إليه في المجالات الأخرى، كالتجارة الإلكترونية، والعقود الإلكترونية، وغيرهما. ولعل السبب الرئيس في ذلك؛ وجود عقبات تقف حائلاً لهذا التطور، منها:

١- عدم وجود تشريعات متكاملة موضوعية وإجرائية في معظم البلاد العربية، تنظم دور هذه الوسائط في الإجراءات، ولكن توجد تعديلات جزئية في العملية الإجرائية وفي بداية الخصومة، على نحو ما تم من تعديلات على قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وكذلك قانون

ومشاهدة ما يكتب على اللوح التعليمي في جهة العرض.

وتُعد تكنولوجيا مؤتمرات الفيديو من أهم المستحدثات التكنولوجية التي أتاحت بعداً جديداً من أبعاد التعلم التفاعلي وذلك لتعدد فوائدها العامة والتعليمية، حيث أنها تُستخدم في توصيل التعليم من بعد وتحسين الاتصال بين عناصر المنظومة التعليمية، حيث تستطيع تكنولوجيا مؤتمرات الفيديو أن تربط بين كل من المعلم والطالب بالرغم من تواجدهم في أماكن مختلفة وتفصل بينهم مسافات شاسعة وذلك من خلال شبكة تلفزيونية عالية القدرة يستطيع الطالب من خلالها أن يرى ويسمع المعلم، ويتبادل الأسئلة معه مما يعمل على تحقيق قدر كبير من التفاعل الإيجابي.

<https://sites.google.com/site/filermf/>

- المحكمة الاقتصادية المصري، وقانون المرافعات الكويتي.
- ٢- قلة التشريعات العربية التي تعترف بالدليل والتسديد الإلكتروني أو الوفاء الإلكتروني وتنظمه، مثال مصر والإمارات والكويت.
- ٣- صعوبة تحديد قواعد الطعن في إلكترونية الأحكام القضائية وكذلك تنفيذها^(١).
- ٤- التمسك بالشكلية الإجرائية المعتادة في إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، والتي أضحت جزء لا يتجزء من طبيعة الإجراءات القضائية.
- ٥- عدم توفر متطلبات ووسائل التقاضي الإلكتروني لدى العديد من الدول، سواء في ذلك المتطلبات التقنية أو البشرية أو غيرها مما سبق الحديث عنه.

وتجد فكرة تحديث الإجراءات عن طريق استخدام التكنولوجيا أساسها في فكرة المعلوماتية، والتي يعرفها الفقه بوصفها، علم التعامل الأوتوماتيكي مع المعلومات بواسطة أجهزة الحاسب الآلي، ومن ثم يمكن القول بأن المحاكمة باستخدام المعلوماتية أو "بوسائل الكترونية" تتعلق إجمالاً باستعمال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات في تسيير إجراءات التقاضي أمام المحاكم، وذلك عن طريق تحويل الإجراءات المعتادة (الورقية) إلى إجراءات الكترونية عن طريق شبكة المعلومات أو الانترنت، فالقضاء الإلكتروني لا يعنى به فقط ممارسة الأعمال الإدارية بالمحاكم عن طريق وسائل

(١) د. سيد أحمد محمود، نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، مرجع سابق، ص ٣١٥.

التكنولوجيا والاتصال الحديثة، بحيث تسجل البيانات المختلفة في المحكمة إلكترونيا، وإنما يعنى به بالأساس وفضلا عن ذلك؛ استخدام التكنولوجيا في أداء الوظيفة القضائية بالمعنى الفني^(١).

ويعني ذلك أن تتصل بالفصل في النزاع نفسه باعتبارها جزء من إجراءات التقاضي، أو أحد الإجراءات اللازمة للحصول على الحماية القضائية^(٢)، فتصبح المحكمة القائمة على أساس من تكنولوجيا المعلومات؛ حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود، يسمح ببرمجة الدعوى إلكترونيا، وذلك عن طريق وجود شبكة الإنترنت الدولية مضافة إلى مبنى المحكمة، بما يتيح ظهور الوحدات القضائية والإدارية على موقع خاص بها، فيتاح من خلاله للقضاة وأعاونهم مهمة مباشرة الدعوى والفصل فيها، اعتمادا على آليات فائقة الحداثة لتدوين الإجراءات القضائية وحفظ وتداول ملف الدعوى، من جهة، ويتاح للمتقاضين ومن يمثلهم رفع الدعوى ومتابعتها إلكترونيا عبر موقع المحكمة من جهة أخرى^(٣).

ووفقا لهذا التصور وهذه الفكرة للتقاضي الإلكتروني، يمكننا أن نبين مجال استخدام التكنولوجيا الحديثة في إجراءات التقاضي المدني (مطلب أول)، ثم نقف على تقييم هذا النظام في (مطلب ثان).

(١) د. فاطمة عادل عبدالغفار، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

(٢) د. يوسف سيد عواض: خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ٢٠١٢م، ص ٣.

(٣) د. فاطمة عادل عبدالغفار، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

المطلب الأول

مجال استخدام التكنولوجيا في إجراءات القضاء المدني

ونقصد باستخدام التكنولوجيا في إجراءات التقاضي المدني، التحول من النظام التقليدي في الإجراءات إلى النظام الإلكتروني، بحيث تحل الخصومة الإلكترونية محل الخصومة التقليدية.

ويقصد بالخصومة المدنية الإلكترونية؛ أن يكلف شخص خصمه بالحضور أمام القاضي ليقاضي منه حقا ثابتا أو مزعوما، وليحصل لنفسه على حكم باحترام هذا الحق أو رده، ولا تختلف الخصومة القضائية الإلكترونية، عن الخصومة التقليدية؛ إلا في مباشرة الأولى بواسطة محررات إلكترونية وعبر شبكة الإنترنت، في حين تباشر الثانية -كما هو معلوم- بمحركات ورقية^(١)، ومن خلال الحضور الفعلي إلى المحكمة وإيداع الأوراق قلم الكتاب بطريقة تقليدية ورقية.

ويتسع نطاق المكنات التكنولوجية المستخدمة لمباشرة الدعوى القضائية، فتبدأ بحق المتقاضي أو وكيله في تحرير صحيفة الدعوى وإيداعها قلم كتاب المحكمة إلكترونيا، ثم إعلانها للمدعى عليه عبر البريد الإلكتروني الخاص به، ثم يتولى القاضي نظرها في ضوء الآليات التقنية التي يتبناها النظام القضائي لتيسير مهمته، وتنتهي بإصدار الحكم النهائي وإعلانه للخصوم عبر تقنية البريد الإلكتروني^(٢). ويمكننا من خلال ذلك أن نبين أهم

(١) د. محفوظ عبدالقادر: انعكاسات المعلوماتية على الوظيفة القضائية للدولة، المجلة

المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ٣ لسنة ٢٠١٥م، ص ١٣٧.

(٢) د. محمود مختار عبدالغيث، مرجع سابق، ص ١٤١.

إجراءات التقاضي الإلكتروني فيما يلي:

أولاً: تحرير صحيفة الدعوى^(١) والطنن الكترونياً:

يؤدي استخدام الوسائط الإلكترونية في العملية الإجرائية إلى تيسير هذه الإجراءات من خلال وجود نماذج إلكترونية لكتابة صحيفة الدعوى - أو

(١) صحيفة الدعوى هي الإجراء الذي تفتح به الخصومة، ويعتبر أحد إجراءاتها، فبه تنشأ الخصومة وتصبح المحكمة ملزمة بإصدار حكم فيها إذ القاعدة هي أن القاضي لا يعمل من تلقاء نفسه وإنما بناء على طلب من صاحب المصلحة، وهو ما يعبر عنه بمبدأ المطالبة القضائية، والمطالبة القضائية هي عمل إجرائي موجه من المدعي أو ممثله إلى المحكمة، يعلن فيه رغبته في الحصول على حماية القضاء لحق أو مركز قانوني معين في مواجهة المدعى عليه؛ إذ الخصومة لا تنشأ إلا بناء على طلب، ويتحدد محل الخصومة والحكم الصادر فيها بحدود الطلب، فيلتزم القاضي بالدعوى موضوع الطلب أشخاصاً ومحلاً وسبباً. والصحيفة هي الأساس الذي تقوم وتبنى عليه الخصومة، ولذلك فإن الخصومة تدور وجوداً وعدمًا مع فكرة صحيفة الدعوى، بحيث إذا ما انهارت الصحيفة وزالت، زالت الخصومة واعتبرت كأن لم تتعد أصلاً وإن كان هذا لا يمنع صاحب المصلحة من تجديد الخصومة ولكن بصحيفة جديدة. (للباحث: نظرية القرائن في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٨م، ج١/٣٢٧ وما بعدها).

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن "صحيفة افتتاح الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها فإذا حكم بطلانها فإنه ينبغي على ذلك إلغاء جميع الإجراءات اللاحقة لها وزوال جميع الآثار التي ترتبت على رفعها واعتبار الخصومة لم تنعقد وإن كان ذلك لا يمنع صاحب المصلحة من تجديد الخصومة إذا شاء بإجراءات مبتدأه متى انتفى المانع القانوني من ذلك" (نقض ١٥/٥/١٩٧٣ مج س ٢٤ ص ٥٨٨ مذكور لدى المستشار. سيد حسن البغال: المطول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص ١٧٧).

الطعن - إلكترونياً، وذلك بالدخول على الموقع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت على البيانات اللازمة لصحيفة الدعوى الكترونياً من المدعي أو الطاعن أو من يمثله، لكي يتحقق اتصال المحكمة بالقضية^(١).

وضماماً لسلامة الإجراءات وصحة صحيفة الدعوى واستيفائها للشروط الشكلية المقررة في القانون؛ فإنها يجب أن تشمل على البيانات التي نص عليها القانون (المادة ٦٣ مرافعات مصري، و ٤٢ إجراءات مدنية إماراتي)، ثم يوقع عليها المدعي أو من يمثله، ويجوز أن يكون هذا التوقيع الكترونياً^(٢).

ثانياً: إيداع صحيفة الدعوى إلكترونياً (قلم الكتاب الإلكتروني) :

ويعني نظام الإيداع الإلكتروني لصحف دعاوى حق المدعي أو

(١) ومن التطبيقات القضائية على ذلك في الدول العربية "صحيفة الدعوى الإلكترونية" وهي خدمة مقدمة من وزارة العدل السعودية، عبر الخدمات الإلكترونية على موقعها الرسمي، تتيح رفع الدعوى من خلال إدخال بيانات المدعين والمدعى عليهم ووكلائهم أو محاميهم، مع تدوين موضوع الدعوى ونوعها ومتطلبات القضية وأسانيدها مع اختيار المحكمة المختصة، بدون زيارة للمحكمة، ومن خلال إجراءات الكترونية ميسرة، تتيح الدخول على الخدمة، ثم اختيار تصنيف الدعوى، واختيار المحكمة، ثم إدخال البيانات وتعبئة بيانات الدعوى، ثم إضافة المرفقات والمستندات، ويقوم الموقع بعرض تذكرة المراجعة لطباعتها ومراجعة المحكمة.

<https://www.moj.gov.sa/ar/eServices/Pages/ElectronicLawsuit.aspx>

(٢) لا يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني ضماناً لإثبات العقد الإلكتروني؛ إلا إذا كان موقعاً عليه ممن يتمسك به أمام القضاء. والتوقيع المقصود هنا، هو التوقيع الإلكتروني، إذ لا مجال هنا للتوقيع التقليدي. وقد أولى المشرعان - المصري والإماراتي - مسألة التوقيع الإلكتروني عناية خاصة.

محاميه في تقديم صحيفة الدعوى المتضمنة لطلباته الجوهرية، والمستندات التي تدعمها إلى المحكمة المختصة قانونا عبر موقعها الإلكتروني على شبكة الانترنت، بدلا من تقديمها على دعائم ورقية لقلم الكتاب الذي يتولى قيدها في السجل المعد لذلك عملا بحكم المادة (١/٦٧) مرافعات مصري، والمادة (٤٤) إجراءات مدنية إماراتي.

وقد خطت مصر خطوة مهمة في مجال التقاضي الإلكتروني؛ فأنشأت المحاكم الاقتصادية وأصدرت القوانين التي تسمح بمباشرة إجراءات التقاضي إلكترونيا عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة، أمام هذه المحاكم، ومن ذلك القانون رقم (١٤٦) لسنة ٢٠١٩، والذي عرف الإيداع الإلكتروني في المادة (١٣) منه بأنه "وسيلة إقامة وقيد صحيفة الدعوى وكذا الطلبات العارضة والإدخال والتدخل، والتوقيع على صحفها توقيعاً إلكترونياً معتمداً، وإيداع المستندات والمذكرات، والتي تتم عبر الموقع المخصص لذلك بالمحكمة الاقتصادية المختصة..."، كما نص في المادة (١٤) على أنه "فيما عدا حالات الطعن بالنقض، يجوز إقامة الدعاوى التي تختص بها المحكمة الاقتصادية والطعن على الأحكام الصادرة فيها من الأشخاص والجهات المقيدة بالسجل الإلكتروني، وذلك بموجب صحيفة موقعة ومودعة إلكترونياً بالموقع المخصص لقلم كتاب المحكمة الاقتصادية المختصة. وتفيد الدعوى بعد سداد المدعي الرسوم والدمغات المقررة قانوناً إلكترونياً... وتتحمل الموازنة العامة للدولة بتكاليف إنشاء وتشغيل الموقع الإلكتروني لهذه الخدمة".

ومفاد ذلك أن النظام القضائي المصري أخذ بفكرة التقاضي الإلكتروني

أمام المحاكم الاقتصادية، فأجاز تقديم صحيفة الدعوى إلكترونياً، وقيدها في السجل الإلكتروني المخصص لقيّد صحف الدعاوى، بعد سداد الرسوم المقررة إلكترونياً، وذلك عبر البريد الإلكتروني للمحكمة عن طريق الانترنت، وتقدم عريضة الدعوى أمام المحاكم الإلكترونية محررة على مستند إلكتروني، يتم تضمينه كافة البيانات التي يوجبها القانون، ثم ترسل إلكترونياً إلى البريد الإلكتروني للمحكمة، ويتم تسجيلها، والرد على الخصم إلكترونياً بقبولها، وإبلاغه برقم تسلسل معين يؤشر عليه القاضي^(١).

وهنا نلاحظ أن المشرع المصري أخذ بفكرة التقاضي الإلكتروني في المحاكم الاقتصادية، دون أن يصدر قانوناً مستقلاً للتقاضي الإلكتروني مكتفياً بتعديل قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية، وذلك لعدم تعارض هذا النظام مع قانون المرافعات الحالي، ولذلك نرى أن فكرة التقاضي الإلكتروني أمام القضاء تتطلب تعديلاً تشريعياً يسمح بها ويقننها، لحين التحول التشريعي إلى نظم التقاضي الرقمي أو الإلكتروني.

وفي القانون الإماراتي؛ فإن صحيفة الدعوى تودع الكترونياً أيضاً في مكتب إدارة الدعوى بالمحكمة تطبيقاً للمادتين ٤٢ مكرر مضافة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٤، و ٤٤ من ذات القانون، حيث نصت المادة ١/٤٢ على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعي وذلك بإيداع صحيفة دعواه لدى مكتب إدارة الدعوى أو بقيدها إلكترونياً^(٢).

(١) د. محمد علي سويلم، المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية مرجع سابق، ص ٥٥٧.

(٢) د. سيد أحمد محمود، نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

متطلبات الإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى:

تتطلب فكرة الإيداع الإلكتروني لصحيفة الدعوى، أن يكون لدى المدعي أو وكيله جهاز كمبيوتر متصل بالإنترنت، وتوفر البرامج اللازمة للمواقع الإلكترونية، وقراءة المستندات والصور، فضلا عن توفر البريد الإلكتروني الذي يتم التواصل من خلاله مع قلم كتاب المحكمة، وهنا يجب أن يكون قلم الكتاب إلكترونيا، بحيث يستقبل بيانات الرسالة من البريد الإلكتروني للمدعي، متضمنة الصحيفة والمستندات وما يفيد سداد الرسوم إلكترونيا، وكافة المتطلبات القانونية، ثم يقوم إلكترونيا بتوزيع هذه الأوراق والمستندات على الدائرة المختصة حسب طبيعة الدعوى، لتحصل على رقم قيد وتاريخ جلسة إلكترونيا. ويسمح هذا النظام للخصم بمتابعة صحيفة دعواه ومسارها ومعرفة الدائرة التي تنظرها ورقم القضية وتاريخ الجلسة، دون الانتقال إلى مقر المحكمة. وقد أخذ بهذا النظام كثير من الدول العربية والأجنبية، كالإمارات، وأستراليا، وأمريكا، وفرنسا، وفنلندا.

تاريخ قيد الصحيفة إلكترونيا:

من المسائل المهمة في رفع الدعوى وقيدها؛ تاريخ قيد الدعوى^(١)؛

ونصت المادة (١٩) من قرار مجلس الوزراء رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٨م، في شأن اللائحة التنظيمية للقانون الاتحادي - الإجراءات المدنية - رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م على أنه "يقوم مكتب إدارة الدعوى بعد استيفاء الرسوم بقيد الدعوى في السجل الخاص بذلك - إلكترونيا أو ورقيا- على أن يثبت فيه تاريخ القيد ويسجل فيه علم المدعي بالجلسة، وتعتبر الدعوى في تلك الحالة مرفوعة ومنتجة لآثارها من تاريخ إيداع الصحيفة".

(١) وقد اعتبر قانون المرافعات المصري الدعوى مرفوعة من وقت إيداع صحيفة قلم

وذلك للآثار المهمة التي يربتها هذا التاريخ، وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الإماراتي نص في المادة (١٥) من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، على أنه: يكون إرسال الرسالة الإلكترونية قد تم عندما تدخل نظام معلوماتي يخضع لسيطرة المنشئ، وإذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلوماتي لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يكون الاستلام قد تم وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين...".

وبتطبيق ذلك على قيد صحيفة الدعوى الإلكترونية نجد أن تاريخ قيدها؛ هو وقت دخولها إلى نظام المعلومات المعين والمحدد من قبل المحكمة، وليس من وقت الاطلاع على صحيفة الدعوى من قبل الموظف المختص^(١).

ثالثاً: الإعلان الإلكتروني؛

على عكس ما فعله بعض مشرعي الدول العربية من تنظيم الإعلان

كتاب المحكمة، وهذا الحكم استحدثه قانون المرافعات بقصد التيسير على رافع الدعوى، ولئن كان القانون اعتبر الدعوى مرفوعة إلى المحكمة بإيداع صحيفة قلم الكتاب؛ إلا أنه قرن ذلك بإعلان الصحيفة إلى المدعى عليه في موعد غايته ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع الصحيفة قلم الكتاب ورتب على عدم الإعلان خلال هذه المدة اعتبار الصحيفة كأن لم تكن (مادة ٧٠ مرافعات)، (للباحث نظرية القرائن في قانون المرافعات، مرجع سابق، ج١/٣٢٨).

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٧٠.

الإلكتروني، كالقانون الإماراتي، والكويتي، نجد أن المشرع المصري لم ينظم فكرة الإعلان القضائي الإلكتروني في قانون المرافعات حتى الآن^(١)؛ إلا أنه نص عليه في المادة (٨) مكرر (أ) من القانون رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩، بتعديل قانون المحاكم الاقتصادية، وذلك بنصه على إنه "يخطر قاضي التحضير الخصوم بالحضور أمام الهيئة بأية وسيلة يراها مناسبة، ومن بينها، البريد الإلكتروني أو الإتصال الهاتفي أو الرسائل النصية، وتعتبر الخصومة منعقدة في حالة حضور المدعى عليه أو من يمثله قانوناً...".

غير أن المشرع المصري يأخذ بنظام الإعلان القضائي التقليدي، الذي يتم من خلال المحضرين^(٢)، فيما عدا ذلك من الدعاوى، والحقيقة أن هذا النظام وعلى الرغم مما قدمه للعدالة من مزايا؛ إلا أنه اعترته جملة من العيوب^(٣)، تسببت في تأخير الفصل في الدعوى، وتفاقم ظاهرة بطء التقاضي، وإعادة المحاكمة في عدة حالات، وفي ضوء هذه العيوب، ومع التحول التقني والرقمي، وثورة التكنولوجيا التي يشهدها العالم، يجب التخلص تدريجياً من هذا النظام، وإحلال نظام الإعلان الإلكتروني محله، نظراً لما يحققه من مزايا عديدة في مجال القضاء المدني.

والمقصود بالإعلان الإلكتروني: إعلان الخصم في الدعوى بأي إجراء

(١) د. وائل محمد المسلماني: الإعلان القضائي الإلكتروني، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٧م، ص ٥٦٥.

(٢) المادة (٦) مرافعات مصري.

(٣) للباحث: عيوب الإعلان القضائي وأثرها على الدعوى المدنية، بحث منشور بمجلة قطاع الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد العاشر ٢٠١٩م، ص ٤٨٧ وما بعدها.

قضائي يتخذ في مواجهته، باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة، دون الحاجة إلى الانتقال المادي والبحث عن موطن المعلن إليه، ولا يختلف هذا الإعلان عن الإعلان التقليدي سوى في وسيلة القيام به، من خلال الوسائل التقنية الحديثة بمختلف أنواعها^(١)، وغالبا ما يتم عبر البريد الإلكتروني.

وتمثل تقنية البريد الإلكتروني وسيلة مهمة للإعلان الإلكتروني، ليس ذلك فقط؛ بل إنها تعد وسيلة إثبات لعملية إرسال الأوراق القضائية للمرسل إليه من خلال إشعار الاستلام الذي يؤكد على إرسال هذه الأوراق، وتمثل هذه التقنية من حيث الآثار المترتبة على استخدامها في المجال القضائي، الآثار المترتبة على الإعلان القضائي في قانون المرافعات. وقد أخذت بها كثير من الدول العربية والأجنبية، كالإمارات، والكويت^(٢)، وفرنسا، وبلجيكا، وانجلترا.

أ- تنظيم الإعلان الإلكتروني في القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩:

أشرنا إلى أن المشرع المصري أخذ بتقنية الإعلان الإلكتروني فيما يتعلق بالدعاوى أمام المحكمة الاقتصادية، وقد عرفت المادة (١٣) من القانون المشار إليه، العنوان الإلكتروني المختار بأنه "الموطن الذي تحدده الجهات والأشخاص المبينة بهذا القانون لإعلانهم بكافة إجراءات الدعاوى المقامة إلكترونيا سواء تمثل في بريد إلكتروني خاص بهم أو رقم هاتف أو

(١) د. محمد عصام الترساوي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢) صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٥ بشأن الإعلان الإلكتروني، تعديلا على أحكام قانون المرافعات الكويتي.

غيرها من الوسائل التكنولوجية". كما عرف الموقع الإلكتروني بأنه " موقع خاص بالمحكمة الاقتصادية المختصة والمخصص لإقامة وقيود وإعلان الدعاوى إلكترونياً".

تعريف الإعلان الإلكتروني وإجراءاته في القانون المصري:

أما تعريف الإعلان الإلكتروني في القانون المشار إليه، ووفقاً لما ورد بالمادة المشار إليها؛ فهو: "إعلان أطراف الدعوى بأي إجراء قانوني يتخذ حال إقامتها وأثناء سيرها وذلك عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار".

ويتم إعلان أطراف الدعوى بأي إجراء قانوني يتخذ حال إقامتها وأثناء سيرها وذلك عبر الموقع الإلكتروني أو بالعنوان الإلكتروني المختار^(١).

وقد أوجب القانون على المخاطبين بأحكامه؛ تحديد عنوان الكتروني مختار يتم الإعلان من خلاله، وينشأ بالمحاكم الاقتصادية سجل إلكتروني موحد يخصص لقيود العنوان الإلكتروني المختار، ومنه البريد الإلكتروني الخاص بالجهات والأشخاص الآتية:

- الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة.
- الشركات المحلية والأجنبية أو أحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة.
- مكاتب المحامين.

(١) المادة (١٦) من القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩ بتعديل قانون المحاكم الاقتصادية.

وتوافي الجهات والأشخاص المشار إليها، المحاكم الاقتصادية بعنوانها الإلكتروني المختار لقيده في ذلك السجل، كما يجوز للأشخاص الطبيعية القيد بهذا السجل، ويعد ذلك العنوان محلا مختارا لهم. ويجوز لذوي الشأن الاتفاق على أن يتم الإعلان على أي عنوان الكتروني مختار آخر، على أن يكون ذلك العنوان قابلا لحفظه واستخراجه^(١).

وأما عن كيفية إجراء الإعلان وميعاده: فيتم بإعلان الدعوى على الموقع المخصص لذلك بالمحكمة الاقتصادية قبل تاريخ الجلسة المحددة بخمسة أيام على الأقل، وبإعلان الدولة على العنوان الإلكتروني المختار الخاص بفرع هيئة قضايا الدولة المختص محليا، وبالإعلان بذات الوسيلة على مكاتب المحامين المقيدين بالسجل إذا اتخذ منه المعلن إليه محلا مختارا له، ويعتبر الإعلان الإلكتروني منتجا لأثره في الإعلان متى ثبت إرساله^(٢).

فإذا تعذر الإعلان بهذه الوسيلة، اتبعت القواعد التقليدية المقررة للإعلان القضائي في قانون المرافعات^(٣)، وذلك باعتباره وسيلة احتياطية للإعلان الإلكتروني^(٤).

(١) المادة (١٧) من القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩.

(٢) المادة (١٨) من القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩.

(٣) المادة (١٦) من القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩.

(٤) د. محمد علي سويلم، المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق،

ب- الإعلان الإلكتروني في القانون الإماراتي:

يسمح المشرع الإماراتي بإجراء الإعلان - في الدعاوى المدنية- بالوسائل التقنية، بدلا من الوسائل التقليدية، وبالتالي يتم الإعلان الإلكتروني عن طريق الفاكس أو التلكس أو البريد الإلكتروني عبر الإنترنت أو غيرها من الوسائل الإلكترونية^(١).

وقد نصت على ذلك المادة (١/٨) من قانون الإجراءات المدنية، المعدلة في ٢٠١٤/١١/٣٠، بنصها على أنه "تسلم صورة الإعلان لشخص المعلن إليه أينما وجد أو في موطنه أو محل إقامته أو الموطن المختار أو محل عمله؛ فإذا تعذر إعلانه أو امتنع عن استلام الإعلان جاز لمكتب إدارة الدعوى إعلانه أو التصريح بإعلانه بالبريد المسجل بعلم الوصول أو بالفاكس أو بالبريد الإلكتروني أو ما يقوم مقامها من وسائل التقنية الحديثة التي يصدر بتحديددها قرار من وزير العدل، أو بأية وسيلة يتفق عليها الطرفان".

رابعا: الاستعانة بوسائل التكنولوجيا في مباشرة الإجراءات:

لا يكفي لنجاح فكرة التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة، أن يتم إيداع الصحيفة إلكترونيا، وتعلن كذلك؛ وإنما يجب أن تتم إجراءات المحاكمة إلكترونيا، وبمراعاة الطبيعة القانونية والإجرائية لهذه الإجراءات؛ وذلك من خلال استعمال دعوات ووسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات في المحاكمة، ويمتد ذلك إلى فحص نظام التسجيل، وطرق

(١) د. سيد أحمد محمود، نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

تقديم الأدلة، ومن ذلك الاتصال عبر الانترنت من خلال الدوائر التلفزيونية المغلقة (فيديو كونفرنس)، ويمتد ذلك أيضا ليشمل تقديم الأوراق للمحكمة، وتنسيق الملفات والمعلومات، والتعامل مع البيانات المتاحة للعام، في مقابل غيرها من البيانات التي يضمن عليها السرية^(١)، ويمكننا أن نشير في هذا الصدد إلى ثلاثة مظاهر مهمة للتكنولوجيا خلال جلسة المحاكمة:

١- استخدام نظام الفيديو كونفرنس (Video Conference) للتواصل:

ويعد من أبرز التطورات التكنولوجية في الخصومة المدنية، والذي يتيح التواصل من خلال الصوت والصورة عن بعد ودون ضرورة الحضور الفعلي إلى قاعة المحاكمة.

٢- التحول التقني بمحضر الجلسة ليصبح محررا الكترونيا:

وهذا يعني التحول الإلكتروني بمحضر الجلسة، ليصبح محررا إلكترونيا بدلا من المحررات التقليدية المتعارف عليها في محاضر الجلسات، والتي تمثلا عيبا من العيوب التي يجب التخلص منها في الإجراءات، نتيجة لسقوط بعض العبارات أحيانا، ولسوء خط الكاتب وعدم القدرة على قراءته من قبل القضاة في أحيان أخرى.

وتفيد هذه الطريقة في التخلص من مساوئ الكتابة اليدوية للمحضر، وحلول الكتابة الإلكترونية محلها، بما يمكن من سهولة قراءتها، وسهولة نسخ أقوال الخصوم أو شهادة الشهود منها، فضلا عن مزايا حفظها إلكترونيا وبطريقة آمنة شأن باقي المحررات الإلكترونية الأخرى، ومن ثم يسهل

(١) د. فاطمة عادل عبدالغفار، مرجع سابق، ص ٣٩١-٣٩٤.

الرجوع إلى محضر الجلسة، واستخراج صورة رسمية منه.

٣- المرافعة إلكترونياً^(١):

حيث يمكن من خلال تقنية البريد الإلكتروني، تقديم الخصوم لمذكراتهم ودفاعهم ودفوعهم بطريقة إلكترونية من خلال المحررات الإلكترونية والصور والتسجيلات الصوتية والفيديوية، التي يعن لهم تقديمها إلى المحكمة.

خامساً: التحول التقني نحو نظم الإثبات الإلكتروني والأدلة الإلكترونية:

حيث أدى دخول العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات، والنهضة العلمية العالمية في مجال نقل المعلومات وتبادلها عبر الأنظمة الإلكترونية، وأهمها الإنترنت، إلى تغير مفهوم الإثبات تبعاً لإمكانية إنشاء الحقوق والالتزامات بطرق إلكترونية، والاستغناء في غالبية الأحيان عن الكتابة الورقية. ولم يعد بالإمكان سوى الاعتراف بهذا العالم الجديد الذي يقوم على علم المعلوماتية والتكنولوجيا، وهو يعتمد أسلوباً غير ورقي، مرئياً ومنقولاً عبر الشاشة الإلكترونية. وقد تم استبدال الملفات الورقية والمخطوطات بالأسطوانات الممغنطة والسندات الرقمية المحفوظة على أسطوانات ضوئية رقمية أو على أقراص ممغنطة، وهي تنتقل من مكان إلى

(١) ومن التطبيقات على ذلك في الدول العربية خدمة التقاضي الإلكتروني، التي يتيحها موقع وزارة العدل السعودية، وهي خدمة تتيح لأطراف الدعوى وممثليهما الترافع الإلكتروني من خلال بوابة "ناجز" وتتيح لهم الرد على طلبات الدائرة دون الحاجة لمراجعة المحكمة، وذلك في قضايا مسار التقاضي عن بعد.

آخر بسهولة وسرعة خارقة من دون أية حاجة للورق.

ونرى أن أهم وسائل الإثبات الإلكتروني؛ الإثبات بالمحركات الإلكترونية، وبالتوقيع الإلكتروني، وقد سبق القول بأن المشرعين المصري والإماراتي يعطيان لهذه المحركات حجية المحركات الورقية، متى توافرت فيها الشروط القانونية، كما يأخذ التوقيع الإلكتروني حجية التوقيع التقليدي وفقا لشروط معينة، ولا شك أن هذه الحجية وقوتها الثبوتية تتوقف على عدة عوامل - لا يتسع المقام لذكرها- منها: التفرقة بين المحرر الرسمي في الإثبات وبين المحرر العرفي، والتفرقة بين المحرر المصدق عليه إلكترونيا وبين ما ليس كذلك، والتفرقة بين المحرر الموقع عليه إلكترونيا وبين ما ليس كذلك، ليظهر أمامنا نفس تقسيمات المحركات التقليدية، ولكن في صورة محركات إلكترونية، وتختلف قوتها في الإثبات من قرينة قانونية قاطعة إلى قرينة بسيطة بحسب رسميتها من عدمه، ومن حيث اعتبارها دليل كتابي كامل أو مبدأ ثبوت بالكتابة^(١). إذ تعد المحركات الرسمية أو الموثقة أو المصدق عليها إلكترونيا متضمنة قرينة على صحتها إلى أن يثبت عكس هذه القرينة^(٢).

وفي شأن التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، نجد أن المشرع المصري قد أصدر قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، وعرفه في المادة الأولى منه بأنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل

(١) للباحث، نظرية القرائن في قانون المرافعات، مرجع سابق، ج ١/٦٣ وما بعدها.

(٢) للباحث: قرينة الصحة وتطبيقاتها في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م، ص ١٥٠-١٥٣.

حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

سادسا: الكترونية المداولة^(١) في الحكم القضائي بالوسائل التقنية:

وفقا لما أوجبه المشرعان -المصري^(٢) والإماراتي^(٣)- فإنه يجب أن يجتمع القضاة للمداولة في الحكم. والحقيقة أن كلا منهما لم ينص على صورة محددة لهذا الاجتماع، ونحن مع ما نطالب به من التحول التقني نحو نظم التقاضي الإلكتروني، واتفقنا مع الرأي القائل بجواز اعتماد هيئة المحكمة على تقنية اجتماعات الفيديو كونفرنس أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، نرى جواز إجراء المداولة الكترونيا بين القضاة بشأن الحكم في القضية المعروضة عليهم لو تعذر الاجتماع المادي بينهم شريطة

(١) وتعرف المداولة بأنها: التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة إذا تعددوا، والتفكير في الحكم وتكوين الرأي فيه إذا كان القاضي واحدا. أو هي: التفكير والتدبير وعمليات المنطق والقياس والاستنتاج، والتأصيل والتحليل الذي يقوم به القاضي إزاء وقائع النزاع المطروحة عليه بواسطة الخصوم، وما يقبل الانطباق عليها من القواعد القانونية.

والمداولة إجراء ضروري ومرحلة أساسية لا غنى عنها، فمن خلالها يقوم القضاة بالتشاور وتبادل الرأي، بعد فحص وتمحيص وقائع الدعوى والمستندات المقدمة فيها، للوصول إلى الحل القانوني الواجب التطبيق على النزاع المطروح على المحكمة. ولا يكفي أن يتداول القضاة في الحكم على أي وجه من الوجوه، وإنما يجب أن تتوافر في المداولة شروط عديدة ورد النص عليها في قانون المرافعات وقانون الإجراءات المدنية.

(٢) المادة (١٦٦) مرافعات مصري.

(٣) المادة (١٢٨/أ) إجراءات مدنية إماراتي.

اتخاذ التدابير التكنولوجية التي تضمن سرية المداولة التي تجرى عبر شبكة الانترنت، وعدم انتهاك الغير لها مما يخل بأمن وسرية المداولة^(١). نرى وجوب صدور تعديل تشريعي يسمح بالمداولة عبر هذه الوسائل.

سابعا: تحرير الحكم والنطق به في الدعوى الإلكترونية:

لا شك أن الحكم هو أهم مرحلة من مراحل الخصومة؛ باعتباره النهاية الطبيعية لها والغاية المرجوة من ورائها، وهو الهدف الذي يسعى الخصوم للوصول إليه والحصول عليه؛ حتى تستقر حقوقهم ومراكزهم القانونية^(٢)، وإذا كان قانون المرافعات قد أوجب كتابته في ورقتين؛ الأولى هي المسودة، والثانية هي النسخة الأصلية للحكم؛ فإننا نتفق مع الفقه القانوني^(٣)، ومع أحكام القضاء في جواز الاستعانة بالوسائل التكنولوجية في كتابة الحكم، حتى في ظل القانون الحالي، ودون حاجة إلى تعديل تشريعي يسمح بذلك، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن القانون ليس فيه ما يمنع القاضي

(١) د. محمود مختار عبدالمغيث، مرجع سابق، ص ٢٠٣- د. محمد علي سويلم، التقاضي

عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٨٢١.

ويشترط لصحة المداولة في الأحكام أن تجرى سرا، فلا يجوز إجرائها في العلن أمام الجمهور. حيث أخذ المشرع (المصري والإماراتي) بمبدأ سرية المداولة، على خلاف بعض القوانين الأخرى التي لا تشترط سرية المداولة القضائية في أية مرحلة من المراحل التي يمر بها الحكم القضائي كالقانون الإنجليزي

(٢) للباحث: الحكم القضائي المدني وطرق الطعن فيه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م، ص ٩.

(٣) د. سيد أحمد محمود، نحو إلكترونية القضاء المدني الإماراتي، مرجع سابق، ص ٣٣١.

من الاستعانة بالوسائل الآلية الحديثة كالحاسب الآلي في كتابة الحكم، ولا ينال ذلك من سرية المداولة فيه^(١).

ويتميز الحكم الإلكتروني بأن عملية إصداره تكون بشكل أسرع بكثير مما هو عليه الحكم التقليدي، وذلك لما توفره التقنيات الحديثة من مكنة حفظ واسترجاع المعلومات، وإتاحة الفرصة للقاضي للاستعلام من المراجع القانونية ومدونات الأحكام القضائية والسوابق القضائية، بسرعة وسهولة، كما يوفر للخصوم الدخول على ملف الدعوى بموقع المحكمة الذي تم تزويده بالحكم القضائي، والطعن عليه من خلال الرقم السري الخاص بالخصم^(٢).

ثامنا: إعلان الحكم القضائي إلكترونياً:

وفقاً لما قرره المادة (٢١) من القانون ١٤٦ لسنة ٢٠١٩؛ فإنه إذا أقيمت الدعوى بالطريق الإلكتروني، جاز لقلم الكتاب إعلان الخصوم بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة بذات الطريق.

وإذا حضر المدعى عليه في أية جلسة، أو رفع المستندات والمذكرات إلكترونياً اعتبر الحكم المنهي للخصومة حضورياً في مواجهته^(٣).

ويتم من خلال نشر الحكم على الموقع الإلكتروني للقضية وإبلاغه للخصوم بالوسائل الإلكترونية.

(١) نقض مدني مصري: الطعن رقم ٩٢١٣ لسنة ٨٣ قضائية - جلسة ١ / ٧ / ٢٠١٤ م.

(٢) د. خالد حسن لطفي، مرجع سابق، ص ١٣٩-١٤٠.

(٣) المادة (٢٢) من القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩.

المطلب الثاني

تقييم نظام التقاضي الإلكتروني في ضوء مزاياه وعيوبه

بعد أن وقفنا على مفهوم التحول التكنولوجي في إجراءات التقاضي، والانتقال من النظم التقليدية في الإجراءات إلى نظام التقاضي الإلكتروني، وبعد أن بينا مقتضيات هذا التحول، ومجال استخدام التكنولوجيا في الإجراءات؛ فإننا ننتقل الآن إلى تقييم هذا النظام للوقوف على مبرراته، وبيان عيوب العمل به، ثم نبين رأينا الشخصي في هذا الموضوع.

أولاً: مبررات التحول التقني نحو إجراءات التقاضي الإلكتروني؛

إن استخدام وسائل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة في مجال إجراءات التقاضي المدني، يهدف وبالأساس إلى الاستفادة من هذه الوسائل في تحقيق غايات القضاء، في سرعة حسم المنازعات وإرساء العدالة الناجزة.

وإذا أردنا حصر أهم مزايا استخدامات تكنولوجيا القضاء، فإننا نكتفي بالإشارة إلى دورها في زيادة فعالية العمل القضائي، وزيادة شفافية هذا العمل^(١).

أ- زيادة فعالية العمل القضائي:

لا شك أن أهم الأسباب التي تبرر الحاجة الماسة للتحول التقني في أنظمة القضاء؛ هو الرغبة في زيادة فعالية العمل القضائي، ذلك أن نظام

(١) د. محمود مختار عبدالمغيث، استخدام تكنولوجيا المعلومات، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

التقاضي الإلكتروني يتميز بمجموعة من الخصائص التي تؤكد تفوقه وتميزه عن نظم التقاضي التقليدية، وتتناول ذلك فيما يلي:

١- سرعة تفعيل إجراءات التقاضي:

تتسم وسائل التكنولوجيا وتقنيات الاتصال الحديثة بالسرعة في أداء المهام الموكولة إليها، ومن ثم تحقق عملية تطبيق إجراءات التقاضي عبر هذه الوسائل إنجازا سريعا في تطبيقها، وهو ما يحد بلا شك من ظاهرة البطء في التقاضي، ويفرغ القضاة للقيام بالفصل في المنازعات المعروضة عليهم بشكل سريع؛ ومن ثم توفير الوقت والجهد وتقليل النفقات؛ إذ تتم عملية إرسال واستلام المستندات والوثائق دون الحاجة لانتقال الخصوم مرات عديدة لمقر المحكمة، ومن ثم تقليل مشاكل الازدحام، وارتفاع جودة مستوى الخدمات المقدمة لأطراف الدعوى^(١).

ومن أهم مظاهر سرعة الإجراءات عبر وسائل التكنولوجيا: سرعة مراجعة وقيد صحف الدعاوى، وتحديد الدائرة المختصة، وسرعة وسهولة تداول أوراق القضية بين المحاكم والجهات المعنية، وتوفير المعلومات عن القضايا بشكل دقيق ومتكامل للقضاة في وقت قياسي، وتمكين القضاة من

(١) د. محمد علي سويلم، التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص .
وأنتفق مع ما ذهب إليه البعض من ان التعامل مع هذه الأجهزة الإلكترونية، قد تكون له من المميزات ما يفوق التعامل مع الإنسان في بعض الأحوال، ذلك أن هذه الوسائل لا تفرق بين متقاض وآخر، لا من حيث المظهر ولا المركز الاجتماعي، ولا يمكنها تلقي رشوة أو تغليب مصلحة خصم على خصم آخر. (د. صفاء أوتاني، مرجع سابق، ص ١٨٠).

الاطلاع على السوابق والمبادئ القضائية بشكل سريع ودقيق، وسهولة فحص ومراجعة الأحكام وملفات الدعاوى من محاكم الطعن^(١).

٢- تيسير سبل التقاضي:

وذلك من خلال مغادرة النظام الورقي واستخدام النظام الإلكتروني، ومن ثم التخلص من الكم الهائل من المستندات الورقية التي تزدحم بها المحاكم وتعوق النشاط القضائي، قضائياً وإدارياً، حيث تتم إجراءات التقاضي وتبادل الوثائق والمستندات الكترونياً عبر المحررات الإلكترونية وبوسائل تقنية حديثة، تكفل ضمانات التقاضي، وهو ما يساعد على تحقيق العدالة الناجزة.

٣- ضمان تحقيق العدالة الناجزة من خلال توفير الوقت:

وذلك لأن الإجراءات كما سبق القول تتم من خلال الوسائط الإلكترونية، وهذه توفر الوقت والجهد بشكل كبير، سواء من حيث رفع الدعوى وقيدها، أو إعلانها، أو من حيث مواعيد التكليف بالحضور، أو تحديد تواريخ الجلسات، وكذلك عملية إرسال واستقبال المستندات والاطلاع عليها، وأيضاً سداد الرسوم والمصاريف القضائية بطرق الكترونية.

هذا فضلاً عن ميزة الإثبات الإلكتروني لإجراءات التقاضي، حيث تسمح آلية عمل المحكمة الإلكترونية، بالتدوين الإلكتروني لكافة إجراءات التقاضي.

(١) د. محمود مختار عبدالمغيث، استخدام تكنولوجيا المعلومات، مرجع سابق، ص ٣٤.

٤- أمن وسلامة تداول الأوراق القضائية:

حيث يضمن استخدام تقنيات التكنولوجيا مراعاة خصوصية المتقاضين، من خلال الآليات الفنية والتدابير التقنية اللازمة لضمان عدم اختراق الغير لعمليات تداول الأوراق القضائية بين المحكمة وذوي الشأن، وكذلك الحفاظ الأمن للقضايا من خلال حصول المتقاضي على رقم تعريفى، يضمن الحفاظ الأمن لقضيته، فلا يستطيع سواه الدخول على القضية إلكترونياً. وذلك من خلال تشفير بيانات المحكمة الإلكترونية ومعلوماتها المتداولة عبر الشبكة، وتأمين خصوصية وسرية المعلومات^(١).

ب- زيادة شفافية العمل القضائي:

وذلك لأن هذه الوسائل التكنولوجية وبما تسمح به للمتقاضي أو محاميه من الاطلاع على أوراق القضية إلكترونياً، تتيح بذلك آلية لمراقبة عمل القاضي بشكل مستمر، ومن ثم ضمان شفافية العمل القضائي. وأيضاً تتيح آلية لمراقبة وتقييم أداء المحاكم من خلال التقارير اليومية التي يتم الحصول عليها من الجهات المختصة متضمنة إحصائيات دقيقة عن حجم العمل القضائي، وجمع السوابق القضائية، ومعرفة مدة الفصل في الدعوى^(٢).

(١) د. صفاء أوتاني، مرجع سابق، ص ١٧- د. محمود مختار عبدالمغيث، استخدام تكنولوجيا المعلومات، مرجع سابق، ص ٤٤.

(٢) د. ماجد صالح العدوان، مرجع سابق، ص ٩٢- د. محمود مختار عبدالمغيث، المرجع السابق، ص ٤٥-٤٨.

ثانياً : عيوب استخدام التكنولوجيا في العمل القضائي :

على الرغم مما يحققه نظام التقاضي الإلكتروني من مزايا، سبقت الإشارة إلى أهمها؛ فإنه كما -قلنا سابقاً- هناك اتجاه معارض لفكرة استخدام التكنولوجيا في القضاء والتحول نحو نظم التقاضي الإلكتروني، وذلك لما يراه هذا الاتجاه من عيوب في هذا النظام، وأهم هذه العيوب ما يلي^(١):

١- التخوف من أن يؤدي نظام الاستعانة بالوسائل الإلكترونية إلى إلغاء روح القانون وحرمان المتقاضين من ضمانات العدالة، والحد من مبدأ اقتناع القاضي الجنائي.

٢- التخوف مما تؤدي إليه فكرة السرعة في التقاضي من التقليل من ضمانات التقاضي أو عدم الاعتداد ببعض المبادئ الإجرائية الحاكمة للدعوى المدنية، ذلك أن تطلب السرعة على النحو الذي تقتضيه وسائل التكنولوجيا، لا يأخذ في الاعتبار طبيعة الإجراءات والنظام الإجرائي في كل دولة، كما أن التوسع فيه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة.

٣- الانتقاص من الشكلية المتطلبة في إجراءات التقاضي المدني، قد يهدد ضمانات المحاكمة العادلة، فمثلاً قد لا يمتلك خصم الأجهزة التقنية التي تسمح له بمباشرة الحق في التقاضي، ومن ثم يؤدي ذلك إلى الإخلال بالمساواة؛ كأحد أهم ضمانات التقاضي.

(١) د. خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص ٣٨ - د. فاطمة عادل سعيد ، مرجع سابق، ص ٣٧٦ - د. محمد علي سويلم، المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الالكترونية، مرجع سابق، .

٤- ضعف انتشار الانترنت، الأمر الذي قد يعوق عملية التقاضي لدي بعض الخصوم.

٥- انتشار الفيروسات في الأجهزة الإلكترونية مما قد يؤدي إلى إتلاف كل محتويات برامج الحاسب.

٦- ظهور أعمال القرصنة على أجهزة الحاسب ومحاولات خرقها.

ثالثاً: رأينا الشخصي في التحول التقني في أنظمة التقاضي:

بعد عرض أهم مزايا وعيوب التقاضي الإلكتروني، من وجهة نظر الفريقين - المؤيد والمعارض - فإننا نؤمن بضرورة وأهمية التحول التقني في العمل القضائي المدني، وضرورة الاستعانة بوسائل التكنولوجيا الحديثة لمباشرة الإجراءات إلكترونياً بدلاً من النظام الورقي، وذلك للمزايا المتعددة لهذا النظام، والتي سبق ذكر بعض منها، ولنجاح هذا النظام على المستوى العملي والتطبيقي في كثير من الدول الغربية والعربية، ومنها دولة الإمارات العربية المتحدة، ونظام المحكمة الاقتصادية في مصر.

ولا يقدح في ذلك ما قد يقال في هذا النظام من عيوب - سبق ذكرها - فالتغلب على هذه العيوب ممكن من خلال مراعاة ضمانات التقاضي في مباشرة الإجراءات إلكترونياً، وكذلك فإن حماية الأجهزة والبيانات من الفيروسات والاختراق وأعمال القرصنة، يتطلب توفير برامج الحماية اللازمة لهذا الغرض، والاحتفاظ بنسخة الكترونية احتياطية من ملفات الدعاوى الإلكترونية، كما أن فكرة عدم انتشار الانترنت أصبحت بصورة أقل مما كانت عليه من قبل، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى؛ فإن الحل في هذا

الصدد العمل على انتشار الإنترنت والثقافة الإلكترونية، وليس هدم فكرة التطور التكنولوجي ذاتها، ويمكننا خروجنا من ذلك أن نتبع منهجا تدريجيا يسمح فيه بمباشرة النظام الإلكتروني، إلى جانب النظام التقليدي، بحسب رغبة الخصوم وإمكاناتهم، إلى حين تمام الإمكانيات اللازمة في هذا الشأن، مع إلزام المحامين بالتوجه نحو نظام التقاضي الإلكتروني وتجهيز مكاتبهم لهذا الغرض.



الخاتمة

النتائج:

أولاً: نتفق مع التشريعات الحديثة واتجاهات الفقه المعاصر، في ضرورة الاستعانة بوسائل الاتصال والتكنولوجيا الحديثة في تيسير إجراءات التقاضي، على نحو يتفق وطبيعة الإجراءات القضائية، ويحفظ ضمانات التقاضي وحقوق المتقاضين.

ثانياً: هناك فارق جوهري بين إلكترونية القضاء، والقضاء الإلكتروني، ونحن ندعم الأول، ولا نؤيد الثاني، ذلك أن المقصود بالأول التحول التقني بالإجراءات القضائية من خلال الاستغناء عن النظام الورقي التقليدي، إلى استخدام التكنولوجيا في مباشرة الإجراءات، بحيث يحل العمل الإلكتروني في كثير من الإجراءات محل العمل اليدوي، وتستبدل المحررات الورقية بالمحررات الإلكترونية، في حين يقصد بالثاني حلول الآلة محل القاضي في بعض المنازعات، وهو ما لا نؤيده.

ثالثاً: لم تعد الإجراءات القضائية التي ينظمها قانون المرافعات المصري الحالي، كافية لمواكبة متطلبات العصر والتطور التكنولوجي الذي بات سائداً في كافة المعاملات، ومن ثم فإن القانون الحالي بات بحاجة ماسة إلى تعديل جوهري يسمح باستخدام التكنولوجيا في الإجراءات.

رابعاً: يعد التحول التكنولوجي نحو نظم التقاضي الإلكتروني وسيلة ناجعة وفعالة في مواجهة مشكلة بطء التقاضي والتغلب عليها، غير أن هذا التحول لا يجب أن يكون في ذاته غاية لإهدار المبادئ القضائية؛ وإنما

يجب أن يتم وفق ضوابط قانونية وإجرائية وتقنية وفنية تحترم أصول التقاضي ومبادئ القضاء.

خامسا: للتحول التكنولوجي نحو نظم التقاضي الإلكتروني آليات ووسائل ومتطلبات يلزم توفرها قبل اتخاذ خطوات التحول الفعلي، وهذه المتطلبات والوسائل منها ما هو قانوني وتشريعي، يتمثل في إصدار تشريعات جديدة تواكب هذا التطور وتنظم كيفية الاستفادة منه في القضاء، أو تعديل التشريعات القائمة لتحقيق هذا الغرض واستبعاد ما يتعارض معه، ومنها ما هو تقني وفني، يتمثل في الأجهزة والبرامج والوسائل الفنية اللازمة لمباشرة التقاضي الإلكتروني، ومنها ما هو إداري ويتمثل في التدريب والتأهيل للعنصر البشري على منظومة التقاضي الإلكتروني.

رابعا: إدخال نظم المعلومات والاتصالات إلى قضاء الدولة والتحول به إلى التقاضي الإلكتروني، مرهون بضمان سرية وخصوصية المعلومات التي يدلي بها الخصوم في قضاياهم، والحفاظ على سرية المعلومات القضائية التي تتداول في ساحات المحاكم، ومن ثم لا يجوز أن تطغى غاية السرعة في حسم القضايا تحقيقا للعدالة من خلال التقنيات الحديثة؛ على احترام المبادئ الرئيسة في التقاضي، ومنها المحافظة على سرية وخصوصية المتقاضين ومستنداتهم.

التوصيات

أولا: ناشد المشرع المصري أن يستجيب لمتطلبات العصر ويواكبها، من خلال إلغاء قانون المرافعات الحالي، واستبداله بقانون حديث يراعي

متطلبات العصر وحاجة المجتمع من الاستفادة بالوسائل التكنولوجية والتقنيات الحديثة في مباشرة إجراءات التقاضي بالوسائل الإلكترونية، مع توفير كافة الضمانات التشريعية التي تحمي ضمانات التقاضي وحقوق المتقاضين.

ثانيا: نقترح على المشرع الإماراتي إصدار قانون موحد للإجراءات المدنية يراعي ما يقرره القانون الحالي وما أدخل عليه من تعديلات للتحويل نحو الإجراءات الإلكترونية.

ثالثا: نوصي المشرع المصري بألا يقتصر تطوير العمل بالنظم الإلكترونية، على الإجراءات أمام القضاء المدني؛ وإنما مراجعة كافة التشريعات القائمة والمنظمة للإجراءات أمام كافة الجهات والهيئات القضائية، والأجهزة المعاونة لها، وتعديلها بما يحقق الاستفادة من وسائل التكنولوجيا الحديثة، ويسر التعاون بين هذه الجهات والهيئات والأجهزة.

رابعا: نقترح بحث الوسائل اللازمة لميكنة الإجراءات التي تباشر أمام النيابة العامة كجهاز معاون للقضاء، بحيث لا تعوق الإجراءات التقليدية عملها، أو تتسبب في تأخير هذا العمل، حتى تتحول الإجراءات الإلكترونية في كافة مراحلها إلى النظام الإلكتروني.

خامسا: ضرورة الاهتمام بتدريس نظم التقاضي الإلكتروني في كليات الشريعة والقانون والحقوق بالجامعات المصرية والإماراتية، وغيرها، فضلا عن تطوير المقررات الدراسية بحيث تلبي هذا الغرض، وذلك لإعداد خريج مؤهل للعمل بنظم التقاضي الإلكتروني والتعامل بالتقنيات ووسائل

التكنولوجيا الحديثة، حتى لا يكون اتجاه الدولة للتطوير في واد، والتعليم في واد آخر.

سادسا: ضرورة العمل على تجهيز المحاكم بالوسائل التكنولوجية الحديثة، بما يسمح بمباشرة الإجراءات الإلكترونية، وذلك من خلال عمل وزارة العدل والجهات ذات الصلة على توفير الوسائل والأجهزة التقنية اللازمة لمباشرة التقاضي الإلكتروني، وتوفير البرامج اللازمة لذلك والتي تناسب طبيعة العمل القضائي.

سابعا: تدريب وتأهيل القضاة وأعاونهم على نظم التقاضي الإلكتروني وأدواته وآلياته، سواء من الناحية القانونية والإدارية أو من الناحية التقنية والفنية.

ثامنا: نوصي نقابة المحامين بعقد دورات تدريبية وإصدار نشرات تثقيفية بشأن التقاضي الإلكتروني وكيفية مباشرة الإجراءات القضائية من خلاله.

تاسعا: استحداث جهة متخصصة تكون مسئولة عن إنشاء وحفظ قواعد البيانات الخاصة بالمحاكم.

مراجع البحث

أولا: الكتب القانونية:

- د. إبراهيم أمين النفاوي: الإخلال بالواجب الإجرائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- د. أحمد فوزي ملوخية: نظم المعلومات الإدارية، مركز الإسكندرية للكتاب، ٢٠٠٩م.
- أستاذي د. الأنصاري حسن النيداني: قانون المرافعات، مطبعة حمادة بقويسنا.
- أستاذي د. حامد أبو طالب: قانون المرافعات، الكتاب الأول، النظام القضائي.
- د. ثائر محمود ، د. صادق عطيات: مقدمة في الذكاء الاصطناعي، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٦م.
- د. حازم محمد الشرعة: التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٠م.
- د. خالد حسن أحمد لطفي: التقاضي الإلكتروني كنظام قضائي معلوماتي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٢٠م.
- د. خالد ممدوح إبراهيم: إجراءات التقاضي عن بعد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٩م.
- د. خالد ممدوح إبراهيم: الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- د. سعيد علي بحبوح النقبي: المحكمة الإلكترونية المفهوم والتطبيق في تشريعات دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٢٠م.
- المستشار. سيد حسن البغال: المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى

- والأوراق القضائية، مكتبة عالم الكتب، ٢٠٠١م.
- د. عبدالهادي فوزي العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، (د. ت).
 - د. عبدالله عبدالحى الصاوي:
 - الحكم القضائي المدني وطرق الطعن فيه، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٢٠م.
 - إجراءات التقاضي أمام القضاء المدني، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م.
 - قرينة الصحة وتطبيقاتها في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠٢٠م.
 - نظرية القرائن في قانون المرافعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٨م.
 - د. فاروق حسين: البريد الإلكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٩م.
 - د. محمد علي سويلم: التقاضي عبر الوسائل الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٢٠م.
 - د. محمد علي سويلم: المحكمة الاقتصادية عبر الوسائل الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢٠م.
 - د. محمود مختار عبدالمغيث: استخدام تكنولوجيا المعلومات لتيسير إجراءات التقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.

ثانياً: الأبحاث:

- د. إبراهيم محمد السعدي: دور التكنولوجيا في التغلب على ظاهرة البطء في

- التقاضي، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٧م.
- أمل فوزي أحمد: رؤى تشريعية لأمن المعلومات في مجال إلكترونية الإجراءات، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م.
 - د. جمال عبدالله: المحكمة الإلكترونية: بحث مقدم إلى مركز المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية ٢٠١٨م.
 - د. رامي متولي القاضي: توظيف تكنولوجيا المعلومات في مجال الإجراءات الجنائية"الفيديو كونفرانس نموذجاً"، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ٢٠١٧م.
 - د. سيد أحمد محمود:
 - إلكترونية القضاء والقضاء الإلكتروني وإلكترونية التحكيم والتحكيم الإلكتروني، دار الفكر والقانون، ٢٠١٥م.
 - نحو الكترونية القضاء المدني الإماراتي، بحث مقدم لمؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م.
 - د. صفاء أوتاني: المحكمة الالكترونية، المفهوم والتطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد الأول، ٢٠١٢م.
 - د. عبدالله عبدالحى الصاوي:
 - الفساد الإداري وأثره على العدالة القضائية، بحث مقبول للنشر بمؤتمر "الجوانب القانونية والاقتصادية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،"لم ينعقد حتى تاريخه".

- انعكاس الذكاء الاصطناعي على الإجراءات القضائية والتحكيمية"، بحث مقدم إلى مؤتمر "التكنولوجيا الحديثة أحد التحديات القانونية المعاصرة"، كلية القانون، جامعة الشارقة، مارس ٢٠٢١م.
- انعكاسات الذكاء الاصطناعي على تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر "التحول الرقمي وأثره على التنمية المستدامة"، جامعة مصر للعلوم والتكنولوجيا ٢٠٢١م.
- عيوب الإعلان القضائي وأثرها على الدعوى المدنية، بحث منشور بمجلة قطاع الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد العاشر ٢٠١٩م.
- د. فاطمة عادل سعيد عبدالغفار: التقاضي عبر وسائل التكنولوجيا والاتصال الحديث، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م.
- د. ماجد أحمد صالح العدوان: التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني الأردني، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإمارات، الإصدار الأول، السنة الثالثة ٢٠١٩م.
- د. محفوظ عبدالقادر: انعكاسات المعلوماتية على الوظيفة القضائية للدولة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد ٣ لسنة ٢٠١٥م..
- د. محمد سعيد عبدالرحمن: تيسير إجراءات التقاضي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، بحث منشور في المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، بعنوان "تيسير إجراءات التقاضي في التشريعات العربية"، المغرب، ٢٠٠٧م.
- د. محمود مختار عبدالمغيث: نظام الإيداع الإلكتروني لصحف الدعاوى المدنية "تقنية قلم الكتاب الإلكتروني"، بحث مقدم لمؤتمر القانون

- والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ديسمبر ٢٠١٧م.
- د. هادي حسين الكعبي، و أ. نصيف جاسم محمد الكرعاعي: مفهوم التقاضي عن بعد ومستلزماته، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الثامنة ٢٠١٦م.
- عمر لطيف العبيدي: التقاضي الإلكتروني، وآلية التطبيق، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١ المجلد ١ العدد ٣ الجزء ١ مارس ٢٠١٧م.
- د. وائل محمد المسلماني: الإعلان القضائي الإلكتروني، بحث منشور بأعمال مؤتمر القانون والتكنولوجيا، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠١٧م.

ثالثا: الرسائل العلمية:

- د. حامدي بلقاسم: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، ٢٠١٥م.
- سمية ديمش: التجارة الإلكترونية حقيقتها وواقعها في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التيسير، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، ٢٠١١م.
- د. محمد عصام الترساوي: الكترونية القضاء بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٩م.
- د. يوسف سيد عواض: خصوصية القضاء عبر الوسائل الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ٢٠١٢م.

رابعا: المراجع الأجنبية:

- Jean Vincent et Serge Guinchard procedure civile, éme edition, 1981 no. 525, p. 528 , et.s.
- German, P, lectronic litigation systems - a comparison of security issues between web-based litigation and -traditional paper based

methods, elaw Journal murdoch university, vol 13, no 2, Australia, 2006, , p254-268.

- André Bertrand, Que Sais- je Internet et le Droit, Presses Universitarirs de France, 1999.

خامسا : المواقع الإلكترونية :

- <https://www.astera.com/ar/what-is-edi>
- <http://www.mot.gov.sy/apps/library/download/?id>
- <https://sites.google.com/site/filermf/>
- <https://www.moj.gov.sa/ar/eServices/Pages/ElectronicLawsuit.aspx>
- <https://www.moj.gov.sa/ar/eServices/Pages/RemoteLitigation.aspx>



موانع الرجوع في الهبة

في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

إعداد

د. جراح نايف الفضلي

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم أصول الفقه، جامعة الكويت.

موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

جراح نايف الفضلي

قسم أصول الفقه ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت،
الكويت.

البريد الإلكتروني: jarrah.alfadhli@ku.edu.kw

ملخص البحث:

نظمت الشريعة الإسلامية المتكاملة العلاقة بين الأفراد والأسر فيما بينهم، ومن الأمور التي نظمتها الشريعة الإسلامية، ما يتعلق بالهبة من أحكام شرعية، والتي تعد من عقود التبرع، فقد شرعت للتأليف والتقريب بين الناس، وبعث روح المحبة والمودة بينهم، فهي تمليك الإنسان لغيره ماله بلا عوض. إلا أن الشريعة التي وضعت هذا التشريع؛ هي نفسها شرعت الرجوع في الهبة لسبب من الأسباب، كإجراء مغاير لها، وكفلت هذا الحق، فجاز للواهب أن يرجع في هبته، برضا الموهوب له أو رغماً عنه، ويعتبر الرجوع في الهبة قضاءً أو رضاءً لإبطالاً لأثر العقد، وهذه الشريعة التي شرعت الرجوع، هي نفسها كذلك شرعت موانع لهذا الرجوع، حيث لا يجوز للإنسان أن يتراجع عن هبته، إلا في حالات ستأتي معنا خلال البحث. ثمة أسباب دعني إلى اختيار هذا الموضوع للدراسة، وهي: أن موضوع الهبة له علاقة وثيقة بحياة الفرد المسلم وأسرته، وهما لبنة المجتمع وأساسه، ولذلك كان سبباً وجيهاً لاختياره والتطرق إليه. مع رغبتني في تأصيل المسائل المتعلقة بموانع الرجوع في الهبة تأصيلاً علمياً، وإشباع الكلام فيها ببسط كافة جوانبها. وخلصت الدراسة إلى نتائج من أهمها: ترجيح جواز رجوع الواهب في هبته قبل قبضها من الموهوب؛ ولكن يكره الرجوع في الهبة قبل القبض مراعاة للخلاف، ولأنه يتنافى مع صنيع أهل المروءات والشيم. مع ترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من لزوم الهبة وعدم الرجوع فيها بعد القبض.

الكلمات المفتاحية: موانع، الرجوع، هبة، فقه، هدية.

Barriers to Donation Return In Islamic Jurisprudence And Kuwaiti Civil Law

Jarrah Nayef al-Fadhli

Department of Jurisprudence, Faculty of Sharia and Islamic
Studies, Kuwait University, Kuwait, Kuwait.

E-mail: jarrah.alfadhli@ku.edu.kw

Abstract:

The Islamic Sharia has regulated the relationship between individuals and families among them, and among the matters that Islamic Shariah has governed are the provisions related to the donation according to Sharia, which are perceived as donation contracts, as it is permitted to bring people closer together, and to spread the spirit of love and affection between them, since it is a human to own others money without compensation. However, the Sharia legalized the return of the donated item for any reason, as a procedure different to her, and Sharia guaranteed this right, so it is permissible for the donor to return his donation, after the consent of the gifted person or without his will. Though, Sharia has also established restrictions to this return, as it is not permissible for a person to withdraw his donation, except in cases that will be discussed in this research. There are reasons that encouraged me to choose this topic for this study, more specifically: the subject of the donation has a closer relationship with the life of the Muslim individual and his family, and they are the foundation of society, and therefore it was a good reason for choosing and discussing this issue. With my desire to consolidate the issues related to the impediments to returning the gift according to a scholarly basis, and to satisfy many of its all its aspects. The study concludes with some of the most important conclusions: the possibility of the donor to return his donation before receiving that donated item by the gifted person. But it is disliked returning this donation before receiving, because it is inconsistent with the actions of the people of best hostility and donation, in agreement with the view of the majority of Sharia jurists of the necessity of the machining the donation and not returning it after recipient

Keywords: Barriers, Return, Donation, Jurisprudence, Gift.

مُقَدِّمَةٌ

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنُسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا، وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

أما بعد:

فقد نظمت الشريعة الإسلامية المتكاملة العلاقة بين الأفراد والأسر فيما بينهم، ومن الأمور التي نظمتها الشريعة الإسلامية، ما يتعلق بالهبة من أحكام شرعية، والتي تعدُّ من عقود التبرع، فقد شرعت للتأليف والتقريب بين الناس، وبعث روح المحبة والمودة بينهم، فهي تمليك الإنسان لغيره ماله بلا عوض.

إلا أن الشريعة التي وضعت هذا التشريع؛ هي نفسها شرعت الرجوع في الهبة لسبب من الأسباب، كإجراء مغاير لها، وكفلت هذا الحق، فجاز للواهب أن يرجع في هبته، برضا الموهوب له أو رغماً عنه، ويعتبر الرجوع في الهبة قضاءً أو رضاءً إبطالاً لأثر العقد، وهذه الشريعة التي شرعت الرجوع، هي نفسها كذلك شرعت موانع لهذا الرجوع، حيث لا يجوز للإنسان أن يتراجع عن هبته، إلا في حالات ستأتي معنا خلال البحث.

ثم إن كون الهبة عقداً ينصرف إلى إنشاء حقوق جديدة لصالح الموهوب له، فهي تعطي الطرف الآخر-وهو المتصرف لمصلحته- حقوقاً معينة، ولذلك يأتي التساؤل: هل يجوز بعد اكتساب هذا الطرف تلك الحقوق

أن يقوم الواهب بالرجوع في تصرفه؟ وتجريد الموهوب له من تلك الحقوق؟ وهل يوجد ما يمنع الواهب من سلب الموهوب له هذه الحقوق؟ في دراستي هذه المقتضية لن أتعرض لكافة الجوانب المتعلقة بعقد الهبة، وإنما سأقتصر على جانب واحد يتعلق بموانع الرجوع بالهبة، ممهداً لهذه الدراسة بتعريف الهبة في الفقه الإسلامي والقانون، ومشروعيتها، وحكم الرجوع فيها سواء كان قبل القبض أم بعده، ثم أشعر في دراسة موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون، وقد وقعت الدراسة في ثلاثة مباحث، تسبقها مقدمة، وتلحقها خاتمة.

ثم ما خلصت إليه من نتائج وتوصيات، والحمد لله رب العالمين.

أسباب اختيار الموضوع:

- ثمة أسباب دعنتني إلى اختيار هذا الموضوع للدراسة، وهي:
- أولاً: أن موضوع الهبة له علاقة وثيقة بحياة الفرد المسلم وأسرته، وهما لبنة المجتمع وأساسه، ولذلك كان سبباً وجيهاً لاختياره والتطرق إليه.
- ثانياً: رغبتني في تأصيل المسائل المتعلقة بموانع الرجوع في الهبة تأصيلاً علمياً، وإشباع الكلام فيها ببسط كافة جوانبها.
- ثالثاً: النزاعات المترتبة على الرجوع في الهبة وموانع هذا الرجوع دون معرفة النتائج.
- رابعاً: إبراز أصالة الفقه الإسلامي وتميزه وسبقه للتشريعات الأخرى.
- خامساً: جمع موضوع موانع الرجوع في الهبة في بحث مستقل وفق

منهج البحث العلمي الموثق.

سادساً: من خلال البحث لم أجد من تطرق للبحث في موانع الرجوع في الهبة في القانون المدني الكويتي مقارنة بالفقه الإسلامي.

سابعاً: لعل في طرُق هذا الموضوع إضافات وإسهامات متواضعة إلى الجهود التي يقدمها علماءنا وأساتذتنا للتراث الإسلامي العلمي الضخم بشقيّه: الفقهي والقانوني.

أهمية البحث:

١- قلة البحوث التي تطرقت لموضوع موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون.

٢- موانع الرجوع في الهبة مسائلها دقيقة، ومتشعبة، ويجب طرقها ومعرفتها حتى يوافق عمل الإنسان حكم الشرع.

٣- سعة الشريعة ومرونتها لكل الحكام الشرعية المتعلقة لحاجة الناس ووضعها للحلول الشرعية.

منهج البحث:

١- جمع المادة العلمية من مصادرها الأصلية في الفقه الإسلامي والقانون.

٢- تناول هذه المادة ودراستها من خلال منهج مقارن للآراء الفقهية للمذاهب المعتمدة، وبيان القانون المدني الكويتي في موانع الرجوع في الهبة.

- ٣- تناول هذه المادة ودراستها من خلال منهج تحليلي، وذلك من خلال تحليل آراء المذاهب الإسلامية.
- ٤- توثيق الأقوال من مصادرها؛ الفقهية منها والقانونية.
- ٥- عزو الآيات القرآنية إلى مواضعها في المصحف الشريف، بذكر السورة ورقم الآية.
- ٦- تخريج الأحاديث الواردة من كتب السنة المعتمدة.

خطة البحث:

- يتألف البحث من مقدمة، وثلاثة مباحث رئيسية، وخاتمة.
- أما المقدمة فتتضمن توطئة للبحث، وأسباب اختيار الموضوع، وأهميته والمنهج الذي سرت عليه في الكتابة، وخطة البحث.
- المبحث الأول: الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون. وفيه خمسة مطالب:
- المطلب الأول: تعريف الرجوع والهبة في اللغة والاصطلاح.
- المطلب الثاني: تعريف الهبة في اللغة والاصطلاح.
- المطلب الثالث: تعريف الهبة في القانون المدني الكويتي.
- المطلب الرابع: موازنة بين التعريفات الفقهية والقانون المدني الكويتي.
- المطلب الخامس: مشروعية الهبة.
- المبحث الثاني: حكم الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم الرجوع في الهبة قبل قبضها في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حكم الرجوع في الهبة بعد قبضها في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: حكم الرجوع في الهبة في القانون المدني الكويتي.

المبحث الثالث: موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: موانع الرجوع في الهبة القائمة منذ صدور الهبة، وفيه

فرعان:

الفرع الأول: الموانع القائمة على طبيعة العلاقة بين الواهب والموهوب

له.

• المسألة الأولى: الزوجية.

- حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر في الفقه الإسلامي.

- حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر في القانون المدني الكويتي.

• المسألة الثانية: الأم.

- حكم رجوع الأم فيما وهبته لولدها في الفقه الإسلامي.

- حكم رجوع الأم فيما وهبته لولدها في القانون المدني الكويتي.

الفرع الثاني: الموانع القائمة على حصول الموهوب له على عوض أو

مقابل.

- المسألة الأولى: الهبة بعوض.
 - حكم رجوع الواهب في هبته إذا عوضه الموهوب له في الفقه الإسلامي.
 - حكم رجوع الواهب في هبته إذا عوضه الموهوب له في القانون المدني الكويتي.
- المسألة الثانية: الهبة لغرض خيري.
 - حكم رجوع الواهب في هبته إذا كانت الهبة لغرض خيري في الفقه الإسلامي.
 - حكم رجوع الواهب في هبته إذا كانت الهبة لغرض خيري في القانون المدني الكويتي.
- المطلب الثاني: موانع الرجوع التي تطرأ بعد صدور الهبة. وفيها فرعان:
 - الفرع الأول: الموانع القائمة على حالة أحد طرفي العقد.
- المسألة الأولى: موت أحد طرفي العقد.
 - حكم الهبة عند موت أحد طرفي العقد في الفقه الإسلامي.
 - حكم الهبة عند موت أحد طرفي العقد في القانون المدني الكويتي.
- المسألة الثانية: مرض أحد طرفي العقد.
 - حكم الهبة عند مرض أحد طرفي العقد في الفقه الإسلامي.
 - حكم الهبة عند مرض أحد طرفي العقد في القانون المدني الكويتي.

- الفرع الثاني: الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب.
- المسألة الأولى: تصرف الموهوب له بالموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية.
 - حكم تصرف الموهوب له تصرفاً ناقلاً للملكية في الفقه الإسلامي.
 - حكم تصرف الموهوب له تصرفاً ناقلاً للملكية في القانون المدني الكويتي.
 - المسألة الثانية: تغير ذات الموهوب بزيادة متصلة فيه.
 - حكم تغير ذات الموهوب بزيادة متصلة فيه في الفقه الإسلامي.
 - حكم تغير ذات الموهوب بزيادة متصلة فيه في القانون المدني الكويتي.
- وأخيراً الخاتمة، وفيها أهم نتائج البحث، والتوصيات.



المبحث الأول

الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي ومشروعيتها

سنتناول في هذا المبحث تعريف الرجوع في اللغة والاصطلاح، وتعريف الهبة في اللغة، وما ذكره أصحاب المذاهب الفقهية الأربعة للهبة من تعريف في الاصطلاح الشرعي، وذلك في المطلب الأول.

ثم نذكر تعريف القانون المدني الكويتي للهبة، وما يُميّز هذا التعريف عن عقود المعاوضات وغيرها من أعمال التبرعات، وما يتكون منه عقد الهبة، وكيفية انعقادها استناداً لمواد القانون المدني الكويتي، وذلك في المطلب الثاني.

ومشروعية الهبة في الكتاب والسنة والإجماع، وذلك في المطلب

الثالث.

المطلب الأول

تعريف الرجوع لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: الرجوع في اللغة: الرجوع نقيض الذهاب^(١). جاء في لسان العرب: رجع: يرجع رجعا ورجوعا ورجعى ورجعانا ومرجعاً ومرجعة: انصرف. وفي التنزيل: "إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ الرُّجْعَىٰ"^(٢). أي الرجوع والمرجع، مصدر على فعلى؛ وفيه: "إِلَىٰ اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا"^(٣). أي رجوعكم.^(٤)

الفرع الثاني: الرجوع في الاصطلاح: فسخ العقد بعد تمامه؛ كالرد بالعيب في البيع بعد القبض^(٥).

وفي المنشور للزركشي: الفسخ لفظ ألفه الفقهاء، ومعناه: "رد الشيء واسترداد مقابله"^(٦).

ويؤخذ على تعريف الكاساني رحمه الله اقتصره على الفسخ فقط، ولا سيما أن الإقالة^(٧) تعتبر رجوعاً؛ فلم يشملها.

(١) المصباح المنير، ٢٢٠/١، مادة: رج ع.

(٢) سورة العلق، الآية: ٨.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٤٨.

(٤) لسان العرب، ١١٤/٨، فصل الرءاء.

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني، ١٢٨/٦.

(٦) المنشور في القواعد الفقهية، ٤٧/٣.

(٧) الإقالة هي: رفع عقد البيع. على خلاف بين العلماء في صفتها: فالحنفية والمالكية ورواية عن الإمام أحمد أنها بيع. وذكر الحنفية أنها فسخ في حق المتعاقدين، بيع في حق غيرهما. وأما الشافعية والرواية الثانية عن الإمام أحمد أنها فسخ، وهي التي رجحها

المطلب الثاني

تعريف الهبة لغة واصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف الهبة لغة:

الهبة أصلها من وهب له الشيء يهبه وهباً، ووهبه أعطاه إياه بلا عوض، فهو واهب ووهوب ووهَّاب، وهَبَ: كلمة للأمر^(١).

قال ابن فارس رحمه الله: الواو والهاء والباء: كلمات لا ينقاس بعضها على بعض. تقول: وهبت الشيء أهبه هبة وموهباً. واتهبت الهبة: قبلتها.^(٢)

والهبة: هي العطية الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً. ووهب لك الشيء يهبه وَهَبًا وَوَهَبًا- بالتحريك- وَهَبَةً، والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما، ولا يقال وهبكه. ووهبت له هبة وموهبة وَوَهَبًا وَوَهَبًا إذا أعطيته.^(٣)

والإتهاب: قبول الهبة. والاستيهاب: سؤال الهبة^(٤).

فالهبة هي تبرع وتفضل على الغير ولو بغير مال، أي بما ينتفع به مطلقاً، سواء كان مالا أو غير مال. ومن أمثلة ذلك:

ابن قدامة في المغني. [البحر الرائق، ١١٠/٦؛ شرح خليل = للخرشي، ١٦٩/٥؛ الحاوي، للماوردي، ٢٣٥/٧؛ المغني، لابن قدامة، ٩٢/٤].

(١) المعجم الوسيط، ١٠٥٩/٢.

(٢) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ١٤٧/٦.

(٣) لسان العرب، لابن منظور، ٨٠٣/١.

(٤) الصحاح، للجوهري، ٢٣٥/١.

هبة المال: كهبة شخص لآخر فرساً، أو سيارةً أو داراً.

وهبة غير المال: كقول إنسان لآخر ليهب الله لك ولداً، مع أن ولد ذلك الشخص حراً ليس بمال، لقوله سبحانه وتعالى: "فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا"^(١)، وقوله سبحانه وتعالى: "يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ"^(٢).

الفرع الثاني: تعريف الهبة في اصطلاحاً:

تقاربت تعريفات المذاهب الفقهية للهبة، وذلك على النحو التالي: -

عند الحنفية: هي: تمليك العين بلا عوض^(٣). أو: "تمليك المال بلا عوض"^(٤).

أي أن كل شخص يملك عيناً ملكاً صحيحاً يستطيع أن يهبها لغيره من دون عوض في الحال أو المستقبل أثناء حياته.

وفي حاشية ابن عابدين زاد قيداً: "في الحال"، حتى يخرج الوصية^(٥).

عند المالكية: عرف المالكية الهبة بأنها: تمليك ذات بلا عوض لوجه المُعطَى (الموهوب له)^(٦).

(١) سورة مريم، الآية: ٥.

(٢) سورة الشورى، الآية: ٤٩.

(٣) تبيين الحقائق، للزيلعي، ٩١/٥.

(٤) العناية شرح الهداية، للبايرتي، ١٩/٩.

(٥) رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، ٦٨٧/٥.

(٦) منح الجليل، لعليش، ٤٥٠/١.

أو: "تمليك من له التبرع ذاتاً تُنقلُ شرعاً بلا عوض لأهل".^(١)

وقيل بأنها: تمليك متمول بغير عوض إنشائي.^(٢)

فقولهم متمول: أخرج به تمليك غيره كتمليك الإنكاح. وبغير عوض: أخرج البيع وغيره من المعاوضات. وإنشائي: أخرج الحكم باستحقاق الوارث؛ لأنه تقرير لا إنشاء.

وعند بعض المالكية: الهبة لا لثواب: تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض. فقولهم: (ذي منفعة) أخرج العارية. وقولهم: (لوجه المعطى) أخرج الصدقة. وقولهم: (بغير عوض) أخرج هبة الثواب^(٣)، واقتصر بعضهم على تعريف الهبة بأنها: التمليك بلا عوض.^(٤)

عند الشافعية: عرف الشافعية الهبة بأنها: "تمليك العين بلا عوض".

ومنهم من زاد في الحد كلمة "تطوعاً" لإخراج الواجبات؛ كالزكاة، والنذر، والكفارات، و"حال الحياة"؛ لإخراج الوصية.^(٥)

عند الحنابلة: عرف الحنابلة الهبة بأنها: "تمليك في الحياة بغير عوض".^(٦)

(١) أسهل المدارك، للكشناوي، ٨٧/٣.

(٢) مواهب الجليل، للحطاب، ٤٩/٦.

(٣) شرح حدود ابن عرفة، للرصاع، ص: ٤٢١.

(٤) عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس، ٩٧٨/٣.

(٥) مغني المحتاج، للشربيني، ٥٥٩/٣؛ نهاية المحتاج، للرملي، ٤٠٥/٥.

(٦) المغني، لابن قدامة المقدسي، ٤١/٦.

قال ابن قدامة رحمه الله: "وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة"^(١).

ونلاحظ أن تعاريف المذاهب اجتمعت على كون الهبة: تمليك بلا عوض.

ومن خلال ما تقدم يظهر أن العموم في هذا المعنى من جهة إغفال قصد المتبرع، فكل ما خرج مراداً به التمليك، سواء كان هذا التمليك لعين أو منفعة أو دين فهو هبة بهذا المعنى، وتقييد بعضهم بكونه في الحياة، يخرج جزءاً من هذا العموم، لكن يبقى العموم فيما عداه.^(٢)



(١) المغني، لابن قدامة المقدسي، ٤١/٦.

(٢) أثر الالتزام في عقد الهبة، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة العلمية والافتاء، ٩٠/٧٣.

المطلب الثالث

تعريف الهبة في القانون المدني الكويتي

عرف المشرع الكويتي الهبة بنص المادة ٥٢٤ من القانون المدني بأنها:
" عقد على تملك المال في الحال بغير عوض"^(١).

وهو تعريف يميزها عن عقود المعاوضة، وعن غيرها من أعمال التبرعات، ويقترّب من تعريف المالكية لها بأنها تملك بلا عوض لوجه الموهوب له وحده.

ويتكون عقد الهبة من عنصرين أساسيين:

العنصر المادي: وهو المتمثل في تصرفات الواهب في ماله دون عوض^(٢).

والعنصر المعنوي: وهو المتمثل في نية التبرع^(٣).



(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، (ط٢)، الكويت: جمعية المحامين الكويتية، ٢٠٠٥م. ص: ٣٩٧.

(٢) النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة. بحث دكتوراه، جامعة أبو بكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم القانون الخاص، بلقايد-تلمسان، الجزائر، إعداد: خالد سماحي، سنة: ٢٠١٢م-٢٠١٣م، ص: ٢١.

(٣) المرجع السابق، ص: ٢٤.

المطلب الرابع

موازنة بين التعريفات الفقهية والقانون المدني الكويتي

بالموازنة بين التعريف الذي أورده القانون المدني الكويتي في المادة (٥٢٤)، والتعريفات التي ذكرها علماء المذاهب الفقهية، نجد أن التعريف جاء منسجماً ومتوافقاً مع تعريفات الفقهاء، حيث إنه لم يغفل هذه التعريفات؛ فذكر كون الهبة، عقد، وتمليك مال، ويكون ذلك في حياة الواهب، وكذلك يكون بغير عوض، وقد أحسن المشرع الكويتي حين وضع عبارة "الحال"، والتي يقصد منها "حال حياة الواهب"، إذ غفل عن هذه العبارة بعض القوانين العربية، ومنها القانون المصري، الذي عرف الهبة بأنها: "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض"^(١). فكان القانون قاصراً، إذ أنه لا يمنع من دخول الوصية، وبإضافة القانون الكويتي لهذه العبارة، فقد ميّز الهبة عن الوصية، والتي هي تصرف إلى ما بعد الموت.



(١) القانون المدني المصري، المادة: ٤٨٦.

المطلب الخامس

مشروعية الهبة

ثبتت مشروعية الهبة في الكتاب، والسنة، والإجماع:

الفرع الأول: الكتاب:

١ - قال تعالى: "فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"^(١).

وهذا فيما تهبه الزوجة من مهرها أو مالها لزوجها^(٢).

٢ - قال تعالى: "وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ"^(٣).

وهذا فيمن وهبته منه طائعا وراغبا^(٤).

٣ - قال تعالى: "وَإِذَا حُيْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيئًا"^(٥).

وقد فسّر الإمام ابن خويز منداد^(٦) التحية في الآية الكريمة بالهبة.

(١) سورة النساء، الآية: ٤.

(٢) أحكام القرآن، لأبي بكر الجصاص، ٣٥٣/٢.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٧٧.

(٤) مفاتيح الغيب (تفسير الرازي)، لفخر الدين الرازي، ٢١٥/٥.

(٥) سورة النساء، الآية: ٩١.

(٦) ابن خويز منداد هو: محمد بن أحمد بن عبد الله، شيخ المالكية، يكنى بأبي بكر البغدادي، وقيل: بأبي عبد الله، له مصنفات في الفقه والأصول، تفقه بأبي بكر الأبهري،

قال رحمه الله: وقد يجوز أن تحمل هذه الآية على الهبة إذا كانت للثواب، فمن وهب له هبة على الثواب فهو بالخيار إن شاء ردها، وإن شاء قبلها، وأثاب عليها قيمتها^(١).

الفرع الثاني: السنة:

وردت أحاديث كثيرة تثبت مشروعية الهبة، ومن ذلك: -

١- حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «يا نساء المسلمات، لا تحقرن جارة لجارتها، ولو فرسن^(٢) شاة»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: الحضّ على التهادي والمتاحفة ولو باليسير؛ لما فيه من استجلاب المودة، وإذهاب الشحناء، واصطفاء الجيرة، ولما فيه من التعاون على أمر العيشة المقيمة للإرماق، وأيضاً فإن الهدية إذا كانت

وسمع الحديث من ابن داسة، وأبي العباس الأصم، وغيرهما، وله كتاب كبير في مسائل الخلاف، وكتاب في أصول الفقه، وكتاب أحكام القرآن، توفي سنة ٥٣٩٠هـ. [ديوان الإسلام، شمس الدين الغزي، ٢/٢٤٣؛ جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، د. قاسم علي سعد، ١٠٠٦/٢].

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ٢٩٨/٥.

(٢) الفُرسُنُ: عَظْمٌ قَلِيلُ اللَّحْمِ، وَهُوَ خُفُّ البعير، كالحافر للدَّابَّةِ، وَقَدْ يُسْتَعَارُ لِلشَّاةِ فيقال فرسُن شاةٍ، وَالَّذِي لِلشَّاةِ هُوَ الظِّلْفُ. [النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير، ٤٢٩/٣].

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، الهبة، باب: فضلها والتحريض عليها، ١٥٣/٣، رقم: ٢٥٦٦؛ ومسلم في صحيحه، الهبة، باب: الحث على الصدقة ولو بالقليل ولا تمتنع من القليل لاحتقاره، ٧١٤/٢، رقم: ١٠٣٠.

يسيرة فهي أدل على المودة، وأسقط للمثونة، وأسهل على المهدي لإطراح التكليف^(١).

٢- حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لو دُعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدي إليّ ذراع أو كراع لقبلت»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أن مراده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الحض على إجابة الدعوة ولو كانت إلى شيء حقير كالكراع والذراع، وعلى قبول الهدية ولو كانت شيئاً حقيراً من كراع أو ذراع^(٣).

٣- حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «أن الناس كانوا يتحرون بهداياهم يوم عائشة، يبتغون بها - أو يبتغون بذلك - مرضاة رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»^(٤).

٤- حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «تهادوا تحابوا»^(٥).

(١) شرح صحيح البخاري، لابن بطال، ٨٥/٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، الهبة، باب: فضلها والتحريض عليها، ١٥٣/٣، رقم: ٢٥٦٨.

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني، ٤١٣/٥. وانظر: فتح الباري، لابن حجر، ٢٤٦/٩.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، الهبة، باب: قبول الهدية، ١٥٥/٣، رقم: ٢٥٧٤؛ ومسلم في صحيحه، الهبة، باب: فضل عائشة رضي الله تعالى عنها، ١٨٩١/٤، رقم: ١٤٤١.

(٥) السنن الكبرى، للبيهقي، ٢٨٠/٦، رقم: ١١٩٤٦؛ صحيح الأدب المفرد، للإمام البخاري، ٢٢١/١، رقم: ٢٤٠، باب: قبول الهدية، قال الألباني: صحيح الإسناد؛ التلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني، ١٦٣/٣، رقم: ١٣١٥، وحسن إسناده؛ المقاصد

وجه الدلالة من الحديثين السابقين: أن قبول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الهدية نوع من الكرم، وباب من حسن الخلق، يتألف به القلوب، وكان أكل الهدية شعاراً له، وأمارة من أماراته، ... وكان صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا قبل الهدية أثنى عليها؛ لثلاث يكون لأحد عليه يد^(١).

الفرع الثالث: الإجماع:

أجمع غير واحد من العلماء على مشروعيتها، وأنه مندوب إليها. جاء في تبين الحقائق: (وهي - أي الهبة - مشروعة مندوب إليها بالإجماع). وفي البيان للعمراني: وأجمع المسلمون على استحبابها - أي الهبة -^(٢).



الحسنة، للسخاوي، ٢٦٩/١، رقم: ٣٥٢، وقال: وهو حديث جيد.

(١) معالم السنن، للخطابي، ١٦٨/٣.

(٢) تبين الحقائق، للزيلعي، ٩١/٥؛ البيان، للإمام العمراني، ١٠٨/٨؛ وانظر: فتح القدير،

١٩/٩.

المبحث الثاني

حكم الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

الهبة التي يتغني بها الواهب ثواب الآخرة، فإنه لا خلاف بين الفقهاء^(١) في عدم جواز الرجوع فيها^(٢)، حكمها في ذلك حكم الصدقة، قال ابن رشد رحمه الله: "وأجمعوا على أن الهبة التي يُرادُ بها الصدقة (أي: وجه الله) أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها"^(٣). وذلك لإرادة الثواب، وقد قال عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: " مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصَلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا"^(٤).

أما خلاف الفقهاء فهو في إرادة الواهب الثناء والثواب من الموهوب له

(١) بدائع الصنائع، ١٣٣/٦؛ تبين الحقائق، ١٠١/٥؛ شرح مختصر خليل، للخرشي، ١١٧/٧؛ الفواكه الدواني، للنفراوي، ١٥٥/٢؛ المغني، ٥٥/٦؛ الشرح الكبير، لابن قدامة، ٢٧٧/٦؛ المبدع في شرح المقنع، ٢١٠/٥.

(٢) يذهب الشافعية في أحد الوجهين إلى أن صدقة التطوع على الولد يجوز الرجوع فيها. قال الماوردي: فأما إذا تصدق الأب على ولده فقد اختلف أصحابنا هل يجوز له الرجوع فيها أم لا؟ على وجهين: أحدهما: يجوز تغليبا لحكم الهبات. والثاني: لا يجوز اعتبارا بحكم الصدقات. [الحاوي، ٥٤٧/٧؛ بحر المذهب، ٢٤٦/٧].

(٣) بداية المجتهد، ١١٧/٤.

(٤) أخرجه الإمام مالك في الموطأ، ٤٨٦/٢، حديث: ٢٩٤٧؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار، ٨١/٤، حديث: ٥٨٢٠؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٣٠١/٦، حديث: ١٢٠٢٨؛ وعبد الرزاق في مصنفه، ١٠٧/٩، حديث: ١٦٥٢٨؛ وصححه الألباني رحمه الله موقوفاً، إرواء الغليل، ٥٥/٦، حديث: ١٦١٠.

أو الناس، سواء-مع إرادة الشاء- أراد وجه الله والدار الآخرة أم لم يرد، ثم إنَّ
الموهوب له إما أن يقبض الموهوب أو لا يقبضه.



المطلب الأول

حكم رجوع الواهب عن هبته قبل أن يقبضها الموهوب له الفقه الإسلامي.

إن رجوع^(١) الواهب في هبته قبل أن يقبضها الموهوب له، فقد اختلف في ذلك الفقهاء إلى قولين: -

القول الأول: للواهب أن يرجع في هبته قبل قبضها من الموهوب له،

(١) الرجوع أو الاعتصار، وهو: مصطلح مالكي أبدعه المالكية دون غيرهم من المذاهب الأخرى التي تستخدم مصطلح الرجوع، ويطلق المالكية على الرجوع في الهبة مصطلح الاعتصار: يُقصد به: ارتجاع المعطي عطيته دون عوض، لا بطوع المعطي. [مواهب الجليل، للحطاب، ٦٣/٦؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل، ١٩١/٧].

"فلا رجوع فيها إلا فيما وهبه الوالد لولده صغيراً كان أو كبيراً، فله أن يعتصره وذلك أن يرجع فيه وإن قبضه الولد، ويجوز الاعتصار بخمسة شروط، وهي: -
١- أن لا يتزوج الولد بعد الهبة. ٢- أن لا يحدث دينا لأجل الهبة. ٣- أن لا تتغير الهبة عن حالها.

٤- أن لا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثاً. ٥- أن لا يمرض الواهب أو الموهوب له.

فإن وقع شيء من ذلك فيفوت الرجوع. واختلف في اعتصار الأم فقيل تعتصر لولدها الصغير والكبير ما دام الأب حياً؛ فإن مات لم تعتصر للصغار؛ لأن الهبة للأيتام كالصدقة، فلا تعتصر. وقال ابن الماجشون: تعتصر إن كانت وصية عليهم أو لم تكن الهبة قد حيزت في حياة الأب ولا يلحق بها الجد والجدة على المشهور". [القوانين الفقهية، لابن جزي، ٢٤١/١-٢٤٢].

وهو قول الحنفية^(١)، وقول عند المالكية^(٢)، والشافعية^(٣) وهو ظاهر المذهب^(٤) عند الحنابلة^(٥).

وقال به سبعة من الصحابة رضوان الله عليهم: أبو بكر وعمر وعثمان

(١) المبسوط، للسرخسي، ٥٧/١٢؛ تبين الحقائق، للزيلعي، ٩٢/٥؛ حاشية ابن عابدين، ٦٨٧/٥؛ المحيط البرهاني، ٢٤٦/٦؛ كفاية النبيه في شرح التنبيه، لابن الرفعة، ١٠٣/١٢؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ٣٢٥/١؛ كشف الأسرار على أصول البزدوي، عبد العزيز بخاري، ٦٩/٢.

(٢) الذخيرة، للقرافي، ٢٥٦/٦؛ شرح خليل للخرشي، ١٠٥/٧؛ حاشية الدسوقي، ١٠١/٤؛ بلغة السالك، ١٤٣/٤؛ الفواكه الدواني، ١٥٤/٢؛ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ٣٣٠/٧؛ روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، لابن بزيمة، ١٤١٠/٢؛ المقدمات الممهدة، لابن رشد، ٤٠٩/٢؛ المنتقى شرح الموطأ، للباجي، ٩٤/٦؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، ٦٧٧/٢؛ شرح الزرقاني على موطأ مالك، ٩٠/٤.

(٣) الحاوي، للماوردي، ٥٣٥/٧؛ حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٦٤/٣؛ تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، ٣٠٦/٦؛ البيان، للعمراني، ١١٤/٨؛ بحر المذهب، للرويان، ٢٣٤/٧؛ أسنى المطالب، ٤٨٢/٢؛ النجم الوهاج في شرح المنهاج، ٥٥١/٥.

(٤) كفاية النبيه في شرح التنبيه، لابن الرفعة، ١٠٣/١٢.

(٥) المغني، لابن قدامة المقدسي، ٤١/٦؛ كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، ٣٠١/٤؛ العدة شرح العمدة، بهاء الدين المقدسي، ص: ٣١٥؛ المبدع شرح المقنع، لابن مفلح، ١٩٢/٥؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣٠٠/٤؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، ١٢٠/٧.

وابن عباس وابن عمر ومعاذ وعائشة^(١)، وهو مروى عن: النخعي، والثوري،
والحسن بن صالح^(٢).

الأدلة:

• **الدليل الأول:** حديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أم سلمة قال لها: "إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى إلا هديتي مردودة علي، فإن ردت علي فهي لك"، قال: وكان كما قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وردت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة"^(٣).

وجه الاستدلال:

١- أنه لو صار المسك للنجاشي لما استحلّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولأوصله إلى وارثه... فلولا أن بالقبض يُملك لما استجاز رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يملكه ويتصرف فيه^(٤).

(١) النجم الوهاج في شرح المنهاج، ٥٥١/٥.

(٢) المغني، لابن قدامة المقدسي، ٤١/٦.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ٢٤٦/٤٥، حديث: ٢٧٢٧٦؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار، ٣٢٣/١، حديث: ٣٤٧؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٤٣/٦، حديث: ١١١٢٧؛ والحاكم في المستدرک، ٢٠٥/٢، حديث: ٢٧٦٦؛ وحسنه ابن حجر في الفتح، ٢٢٢/٥؛ وذكر الألباني رحمه الله أنه ضعيف، في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ٦٢/٦، حديث: ١٦٢٠.

(٤) الحاوي، للماوردي، ٥٣٥/٧.

- ٢- أن الهبة لا تتم إلا بحوزها^(١).
- ٣- أن قوله: (فإن ردت) يدل على أنها لا تملك بالصيغة. فالهبة لا تلزم إلا بالقبض لا بالعقد؛ لموت النجاشي قبل قبضه لها، فردها يدل على أنها لا تلزم إلا بالقبض؛ لأن الأول وعد لا عقد هبة^(٢).
- ٤- فيه دلالة على الإجماع السكوتي^(٣)؛ ولقائل أن يقول "إن الهدية تملك بأحد شيئين القبض أو الوضع بين اليدين مثلاً، ولم يوجد واحد منهما فيه، فتصرفه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الهدية لانتفائهما"^(٤).
-
- (١) الذخيرة، للقرافي، ٢٥٥/٦.
- (٢) حاشية البجيرمي على الخطيب، ٢٦٤/٣.
- (٣) الإجماع السكوتي: وهو أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول، وينتشر في المجتهدين من أهل ذلك العصر فيسكتون، ولا يظهر منهم اعتراف، ولا إنكار. وفيه مذاهب: الأول: أنه ليس بإجماع ولا حجة، قاله داود الظاهري، وابنه والمرضى وعزاه القاضي إلى الشافعي.
- الثاني: أنه إجماع وحجة وبه قال جماعة من الشافعية، وجماعة من أهل الأصول، وروي نحوه عن الشافعي.
- الثالث: أنه حجة وليس بإجماع، قاله أبو هاشم، وهو أحد الوجهين عند الشافعي كما سلف، وبه قال الصيرفي واختاره الأمدي.
- الرابع: أنه إجماع بشرط انقراض العصر، وبه قال أبو علي الجبائي، وأحمد في رواية عنه.
- [إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢٢٣/١؛ وانظر: العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى ١١٧٠/٤؛ روضة الناظر وجنة المناظر، ٤٣٤/١].
- (٤) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، ٣٠٦/٦.

• الدليل الثاني: حديث عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أنها قالت: إن أبا بكر الصديق - رحمة الله عليه - كان نحلها جَادًا^(١) عِشْرِينَ وَسَقًا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة، قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غِنَى بعدي منك، ولا أعز علي فقرا منك بعدي، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا، فلو كنت جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزَّتِيهِ كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هو أَخَوَاكِ، وَأَخْتَاكِ، فاقسماه على كتاب الله تبارك وتعالى، قالت عائشة: والله يا أبة، لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال: ذُو بَطْنٍ بِنْتِ خَارِجَةٍ، أَرَاهَا جَارِيَةً^(٢).

وجه الاستدلال: أنه كان وهبها في صحته، وإنما لم يقبضها حتى مرض، والإقباض في مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح^(٣).

وفيه إشارة إلى إجماع من الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - مروى عن أبي بكر وعمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف^(٤).

(١) الجاد: من الجد وهو القطع. وهي صفة للنخل التي وهبها ثمرتها، يريد نخلاً يجد - يقطع - منها عشرون وسقاً. [شرح الزرقاني على موطأ مالك، ٤/٨٥].

(٢) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ٤٥/٢٤٦، حديث: ٢٧٢٧٦؛ والطحاوي في شرح معاني الآثار، ١/٣٢٣، حديث: ٣٤٧؛ والبيهقي في السنن الكبرى، ٦/٤٣، حديث: ١١١٢٧؛ والحاكم في المستدرک، ٢/٢٠٥، حديث: ٢٧٦٦؛ وحسنه ابن حجر في فتح الباري، ٥/٢٢٢؛ وذكر الألباني رحمه الله أنه ضعيف، في إرواء الغليل، ٦/٦٢، حديث: ١٦٢٠.

(٣) البيان، للعمري، ٨/١١٤.

(٤) المغني، ٦/٤١.

- الدليل الثالث: حديث عمر بن الخطاب، أنه قال: «الْإِنْحَالُ^(١) مِيرَاثٌ مَا لَمْ يُقْبَضْ»^(٢).
- يمكن الاستدلال بهذا الحديث: أن الهبة إذا لم يقبضها الموهوب له؛ فيستطيع الواهب الرجوع فيها، وذلك لعدم تمكن الموهوب له من حيازتها.
- الدليل الرابع: أن الهبة لا تُوجِبُ إضافة المَلِكِ، ولكن لِيُضْعَفِ فِي السَّبَبِ لِتَعَرِّيهِ عَنِ الْعَوْضِ بِتَأَخُّرِ الْمَلِكِ إِلَى أَنْ يَتَقَوَّى بِالْقَبْضِ^(٣).
- الدليل الخامس: أن عقد الهبة تمليك تام ينتقل عن حي؛ فافتقر إلى قبول؛ كالبيع^(٤).
- الدليل السادس: قياساً على ما بعد الموت، فلو لزمّت-الهبة- لكانت ملكاً للموهوب؛ لأن المطالبة بغير ملك منكرة، ولو كانت ملكه لما ورثها ورثة الواهب، فالميراث فرع الملك^(٥).
- الدليل السابع: أن الهبة عقد تبرع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام

(١) الْإِنْحَالُ: من أَلْفَاظِ الْعَطَايَا. [شرح الزرقاني على موطأ مالك، ٩٠/٤].

(٢) السنن الكبرى، للبيهقي، ٢٨١/٦، حديث: ١١٩٥١، باب: شرط القبض في الهبة؛ كثر العمال في السنن والأقوال، للمتقي الهندي، ٦٥١/١٦، حديث: ٤٦٢٣١؛ جامع الأحاديث، لجلال الدين السيوطي، ٣٦٧/٢٦، حديث: ٢٩٢٧٤؛ قال الألباني رحمه الله: إسناده صحيح. إرواء الغليل، ٦٩/٦، حديث: ١٦٣٣.

(٣) كشف الأسرار على أصول البزدوي، عبد العزيز بخاري، ٦٩/٢.

(٤) الحاوي، للماوردي، ٥٣٥/٧؛ بحر المذهب، للرويانى، ٢٣٤/٧.

(٥) الذخيرة، للقرافي، ٢٥٦/٦.

- المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم، فلا يصح^(١).
- الدليل الثامن: أن القبض في الهبة كالقبول في البيع، من حيث إن الملك يثبت له^(٢).
- الدليل التاسع: أنه بالرجوع قبل التسليم، يمتنع إتمام العقد^(٣).
- الدليل العاشر: أن الهبة عقد إرفاق؛ كالقرض؛ فلا يملك إلا بالقبض^(٤).
- الدليل الحادي عشر: أنها هبة غير مقبوضة، فلم تلزم، كما لو مات قبل أن يقبض، فإن مالكا يقول: لا يلزم الورثة التسليم^(٥).

القول الثاني: ليس للواهب الرجوع في هبته قبل قبضها من الموهوب له، وهو مشهور مذهب المالكية^(٦)، ورواية عند الحنابلة^(٧)، وقول الظاهرية^(٨)،

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ١/٣٢٥.

(٢) المبسوط، للسرخسي، ١٢/٥٧؛ تبين الحقائق، للزيلعي، ٥/٩٢.

(٣) حاشية ابن عابدين، ٥/٦٨٧؛ المحيط البرهاني، ٦/٢٤٦.

(٤) أسنى المطالب، ٢/٤٨٢.

(٥) المغني، ٦/٤٢.

(٦) الذخيرة، للقرافي، ٦/٢٥٦؛ شرح خليل للخرشي، ٧/١٠٥؛ حاشية الدسوقي، ٤/١٠١؛

بلغة السالك، ٤/١٤٣؛ الفواكه الدواني، ٢/١٥٤؛ التوضيح في شرح مختصر ابن

الحاجب، ٧/٣٣٠؛ روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، لابن بزيمة، ٢/١٤١٠؛

المقدمات الممهديات، لابن رشد، ٢/٤٠٩؛ المنتقى شرح الموطأ، للباجي، ٦/٩٤؛

الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، ٢/٦٧٧؛ شرح الزرقاني على

موطأ مالك، ٤/٩٠.

(٧) المغني، لابن قدامة، ٦/٤١؛ كشاف القناع عن متن الإقناع؛ للبهوتي، ٤/٣٠١؛ العدة

شرح العمدة، بهاء الدين المقدسي، ص: ٣١٥؛ المبدع شرح المقنع، لابن مفلح،

وهو مروى عن: أبي ثور^(٢).

الأدلة:

• الدليل الأول: قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "^(٣).

وجه الاستدلال: أن العقد هو الإيجاب والقبول^(٤)، والهبة عقد لازم يلزم بالقول، وتصح باللفظ من غير قبض، فإذا قال: تصدقت عليك بهذا العبد، أو وهبتك هذا الثوب، فقال الموهوب: قد قبلت ذلك؛ فليس للواهب رجوع، ويحكم عليه بالإقباض، ويجبر المتصدق عليه إذا امتنع^(٥).

نوقش: أن المراد به لازم العقود، ولزوم الهبة يكون بالقبض لا بالعقد^(٦).

• الدليل الثاني: قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ "^(٧).

١٩٢/٥؛ شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ٣٠٠/٤؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، ١٢٠/٧.

(١) المحلى بالآثار، لابن حزم، ٧١/٨.

(٢) المغني، لابن قدامة المقدسي، ٤١/٦.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

(٤) المقدمات الممهדות، لابن رشد، ٤٠٩/٢.

(٥) روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، لابن بزيمة، ١٤١٠/٢.

(٦) الحاوي، ٥٣٦/٧.

(٧) سورة محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، الآية: ٣٣.

وجه الاستدلال: أن من تلفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملاً، وعقد عقداً لزمه الوفاء به، ولا يحل لأحد إبطاله إلا بنص، ولا نص في إبطاله^(١).

• الدليل الثالث: حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العائد في الهبة كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»^(٢). وفي رواية "ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته؛ كالكلب يعود في قيئه"^(٣).

وجه الاستدلال: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شبه الراجع فيها بالكلب، والمرجوع فيه بالقيء، وذلك غاية التنفير المقتضي للمنع^(٤).

فشبه القبيح الشرعي بالقبيح العادي، وبهذا يندفع قولهم: إن الكلب لا يحرم عليه الرجوع لكونه غير مخاطب؛ لأن المراد التشبيه المذكور^(٥).

نوقش: أنه محمول على ما بعد القبض^(٦).

• الدليل الرابع: أن عقد الهبة إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد؛

(١) المحلى بالآثار، لابن حزم، ٧١/٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، باب: هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، ١٥٨/٣، حديث: ٢٥٨٩، وباب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، ١٦٤/٣، حديث: ٢٦٢١؛ ومسلم في صحيحه، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة، ١٢٤١/٣، حديث: ١٦٢٢.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، ١٦٤/٣، حديث: ٢٦٢٢، وباب: في الهبة والشفعة، ٢٧/٩، حديث: ٦٩٧٥.

(٤) الفواكه الدواني، ١٥٤/٢؛ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ٣٣٠/٧.

(٥) الذخيرة، للقرافي، ٢٥٦/٦.

(٦) الحاوي، للماوردي، ٥٣٦/٧.

كالوقف والعتق^(١).

- الدليل الخامس: أن عقد الهبة عقد لازم ينقل الملك، فلم يقف لزومه على القبض؛ كالبيع^(٢).
- الدليل السادس: القياس:

١- بالقياس على صور من العطايا؛ كالعتق والضحايا والمساجد والوقف العام؛ كالقنطرة ونحوها، فإنها تلزم بالقول، ولا تفتقر إلى القبض^(٣).

٢- وبالقياس كذلك على سائر العقود، ومما يوضحه أن الأقوال هي المُمَيِّزة بين خواص العقود فيها يظهر البيع من القرض من الإجارة، فوجب أن تكون الصحة والانعقاد منوطاً بها، وأما القبض فصورة واحدة في الصحيح والفاسد، فلا يناط به أحدهما^(٤).

نوقش: بأنه لا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق؛ لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، فخالف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث، والعتق إسقاط حق وليس بتمليك^(٥).

- الدليل السابع: أنه لا ولادة بينهما - الواهب والموهوب له - فلم يجز

(١) المغني، ٤١/٦.

(٢) المغني، ٤١/٦؛ المنتقى شرح الموطأ، للباجي، ٩٤/٦.

(٣) المغني، ٤١/٦؛ الذخيرة للقرافي، ٢٥٦/٦.

(٤) الذخيرة، ٢٥٦/٦..

(٥) المغني، ٤١/٦؛ الحاوي، للماوردي، ٥٣٦/٧.

الرجوع في هبته؛ كالأخ والعم^(١).

الراجع:

بعد عرض أقوال المذاهب وأدلتهم، وما نوقش به، لعلّ القول الراجع-
والله أعلم- هو جواز رجوع الواهب في هبته قبل قبضها من الموهوب؛
وذلك لقوة أدلتهم في مقابلة أدلة القول الآخر والتي جاءت عامة، ولما ثبت
عن أبي بكر -رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- فيما نحله لعائشة -رَضِيَ اللهُ عَنْهَا- حينما رجع فيه، ولكن
يكره الرجوع في الهبة قبل القبض مراعاة للخلاف، ولأنه يتنافى مع صنيع
أهل المروءات والشيم، ومن المعلوم أن الكراهة تزيلها الحاجة، فيتبقى الوفاء
بوعده إنحال الهبة للموهوب له وعدم الرجوع فيها بين الإنسان وربه؛ كقربة لا
على وجه الإلزام بها.



(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، ٦٧٧/٢.

المطلب الثاني

حكم رجوع الواهب عن هبته بعد أن يقبضها الموهوب له الفقه الإسلامي.

إن قبض الموهوب له الهبة، ثم أراد الواهب إرجاعها، فقد اختلف في ذلك الفقهاء إلى قولين: -

القول الأول: لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بعد أن قبضها الموهوب له، إلا الوالد فيما يهب لولده، فله الرجوع فيها، وهو قول جمهور الفقهاء^(١)، من المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) والظاهرية^(٥)، وهو مروى عن: أبي ثور^(٦).

(١) قال ابن حجر في الفتح: وإلى القول بتحريم الرجوع في الهبة بعد أن تقبض ذهب جمهور العلماء إلا هبة الوالد لولده. [٢٣٥/٥]،

(٢) بداية المجتهد، ٤/١١٨؛ الفواكه الدواني، ٢/١٥٤؛ الجامع لمسائل المدونة، ١٩/٥٨٣؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل، ٧/١٩١؛ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ٧/٣٣٠؛ أسهل المدارك، ٣/٨٩.

(٣) الأم، ٤/٦٥؛ مغني المحتاج، للشربيني، ٣/٥٧٢؛ البيان، للعراني، ٨/١٢٥؛ الحاوي، للماوردي، ٧/٥٤٦؛ بحر المذهب، للرويانى، ٧/٢٤٤؛ التهذيب، للشيرازي، ٤/٥٣٧؛ حاشية البجيرمي على الخطيب، ٣/٢٦٧؛ إعانة الطالبين، للبكري، ٣/١٧٨.

(٤) المغني، لابن قدامة المقدسي، ٦/٦٥؛ الشرح الكبير، ٦/٢٧٨؛ العدة شرح العمدة، ١/٣١٥؛ المبدع في شرح المقنع، ٥/٢٠٣؛ شرح منتهى الإرادات، ٢/٤٣٧؛ كشاف القناع على متن الإقناع، ٤/٣١٢.

(٥) المحلى، لابن حزم، ٨/٨٤.

(٦) المغني، ٦/٦٥.

الأدلة:

• الدليل الأول: قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... " ^(١) الآية. وجه الاستدلال: أنه لو صحَّ أن يُغَيَّرَ حكم العقد، لما لزم الوفاء بما يُقَدَّم من العقد ^(٢).

• الدليل الثاني: حديث ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العائد في الهبة كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه». وفي رواية "ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه" ^(٣).

وجه الاستدلال من جهتين:

الأولى: أن الرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق، والشارع - عليه الصلاة والسلام - إنما بُعث ليتمم محاسن الأخلاق ^(٤).

الثانية: تشبيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حيث شَبَّهَ الرجوع فيها بالكلب، والمرجوع فيه بالقيء، وذلك غاية التنفير المقتضي للمنع ^(٥).

نوقش: أن المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القبح؛ مروءة وطبيعة لا شريعة، وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية، لكنه يوصف بالقبح

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) الحاوي، ٣٥٩/٥.

(٣) سبق تخريج الحديثين في أدلة الفريق الثاني، مسألة: الرجوع في الهبة قبل قبضها، ص ٨٥٠.

(٤) بداية المجتهد، ١١٨/٤.

(٥) الفواكه الدواني، ١٥٤/٢.

الطبيعي؛ كذلك هذا^(١).

• الدليل الثالث: حديث ابن عمر، وابن عباس يرفعانه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: " لا يحل للرجل أن يعطي العطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية، فيرجع فيها، كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم رجع في قيئه"^(٢).

وجه الاستدلال: أن الحديث فيه الدلالة الواضحة على أنه لا يجوز للواهب أن يرجع في هبته اللازمة إلا الأب^(٣).

نوقش: بأن الحديث له تأويلان: -

أحدهما: أنه محمول على الرجوع بغير قضاء ولا قضاء، وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهب الوالد لولده، فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للإففاق على نفسه.

الثاني: أنه محمول على نفي الحل من حيث المروءة والخلف لا من حيث الحكم لأن نفي الحل يحتمل ذلك، قال الله تعالى عز وجل في رسولنا

(١) بدائع الصنائع، ١٢٨/٦؛ تبين الحقائق، ٩٨/٥.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده، ٢٦/٤، حديث: ٢١١٩؛ وابن ماجه في سننه، ٤٦١/٣، حديث: ٢٣٧٨؛ والترمذي في سننه، ٤٤٢/٤، حديث: ٢١٣٢، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح؛ والحاكم في المستدرک على الصحيحين، ٥٣/٢، حديث: ٢٢٩٨؛ وصححه الألباني رحمه الله في إرواء الغليل، ٦٥/٦، حديث: ١٦٢٤.

(٣) شرح منتهى الإرادات، ٤٣٧/٢؛ كشف القناع، ٣١٢/٤.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لَا يَحِلُّ لَكَ النَّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ"^(١).

وقيل في بعض التأويلات "لا يحل لك" من حيث المروءة والخلف أن تتزوج عليهن بعد ما اخترن إياك والدار الآخرة على الدنيا وما فيها من الزينة، لا من حيث الحكم إذ كان يحل له التزوج بغيرهن.

وقوله "إلا الوالد فيما يعطي ولده" محمول على أخذه مال ابنه عند الحاجة إليه، لكنه سماه رجوعاً لتصوره بصورة الرجوع مجازاً، وإن لم يكن رجوعاً حقيقة^(٢).

• الدليل الرابع: أن الواهب لا ولاية له في المال، فلم يرجع في هبته، كذي الرحم المحرم^(٣).

• الدليل الخامس: أن الهبة المطلقة لا تقتضي ثواباً^(٤).

• الدليل السادس: فعل الخليفة عمر بن عبد العزيز رحمه الله وقضاؤه، في: أن الصدقة ليس لصاحبها أن يرجع فيها^(٥).

القول الثاني: يجوز للواهب الرجوع في هبته بعد أن قبضها الموهوب

له، وهو قول الحنفية^(٦).

(١) سورة الأحزاب، الآية: ٥٢.

(٢) بدائع الصنائع، ١٢٨/٦.

(٣) المغني، ٦٥/٦.

(٤) شرح منتهى الإرادات، ٤٣٧/٢؛ كشف القناع، ٣١٢/٤.

(٥) الجامع لمسائل المدونة، للصقلي، ٥٨٣/١٩.

(٦) المبسوط، للسرخسي، ٤٧/١٢؛ بدائع الصنائع، ١٢٨/٦؛ البناية شرح الهداية، للعيني،

٢٠٠/١٠؛ الهداية في شرح بداية المبتدي، ٢٢٥/٣؛ الاختيار في تعليل المختار، ٥١/٣؛

وهو مروى عن: النخعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي^(١).

الأدلة:

• الدليل الأول: قوله تعالى: " وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا"^(٢).

وجه الاستدلال: أن التحية وإن كانت تستعمل في معان منها: السلام، والثناء، والهدية بالمال، إلا أن التفسير الثالث-الهدية بالمال- هو المراد بقريظة من نفس الآية الكريمة، وهي قوله تعالى: " أَوْ رُدُّوهَا". لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض؛ لأنه عبارة عن إعادة الشيء، وهذا لا يتصور في الأعراض، والمشارك يتعين أحد وجوهه بالدليل^(٣).

نوقش: أن المشهور عن ابن عباس في التحية: السلام^(٤).

• الدليل الثاني: حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ مَا لَمْ يَثْبُثْ"^(٥) مِنْهَا"^(٦).

تبيين الحقائق، ٩٨/٥؛ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٣٥٩/٢.

(١) المغني، ٦٥/٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ٨٦.

(٣) بدائع الصنائع، ١٢٨/٦.

(٤) النجم الوهاج في شرح المنهاج، لأبي البقاء الشافعي، ٥٣٥/٥.

(٥) ما لم يثب: أي: ما لم يُعَوِّض. [شرح سنن ابن ماجه، للسيوطي، ص: ١٧٢].

(٦) أخرجه ابن ماجه في سننه، ٤٦٧/٣، حديث: ٥٠٣٥؛ والدارقطني في سننه، ٤٦٠/٣،

حديث: ٢٩٦٩؛ وابن أبي شيبة في مصنفه، ٤٢٠/٤، حديث: ٢١٧٠٠، في الرجل يهب

وجه الاستدلال: جعل صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه العوض وهذا نص في الباب^(١).

والمراد -كذلك- حق الرجوع بعد التسليم؛ لأنها لا تكون هبة حقيقية قبل التسليم، وإضافتها إلى الواهب على معنى أنها كانت له؛ كالرجل، يقول: أكلنا خبز فلان الخباز، وإن كان قد اشتراه منه^(٢).

• الدليل الثالث: أن الإنسان قد يهب الأجنبي إحساناً إليه وإنعاماً عليه، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة، وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي، وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه؛ كالبيع؛ لأنه يعدم الرضا، والرضا شرط اللزوم إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا^(٣).

• الدليل الرابع: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَدَّ هذا الحق إلى وصول العوض إليه، وذلك في حق الرجوع بعد التسليم^(٤).

• الدليل الخامس: إجماع الصحابة؛ فإنه روي عن: عمر، وعثمان، وعلي، وأبي الدرداء، وابن عمر، وكثير من الصحابة القول بالرجوع في الهبة، ولم

الهبة فيريد أن يرجع فيها؛ والبيهقي في سننه الكبرى، ٢٩٩/٦، حديث: ١٢٠٢٢؛ قال الألباني في الإرواء: ضعيف، والصواب فيه أنه موقوف على عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ٥٩/٦، حديث: ١٦١٤.

(١) المبسوط، ٥٣/١٢؛ بدائع الصنائع، ١٢٨/٦.

(٢) المبسوط، ٥٣/١٢.

(٣) بدائع الصنائع، ١٢٨/٦.

(٤) المبسوط، ٥٣/١٢.

يرد على غيرهم خلافة، فكان إجماعاً^(١).

الراجع:

لعل القول الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من لزوم الهبة وعدم الرجوع فيها بعد القبض، وذلك لقوة أدلتهم، وسلامتها من المعارضة، فالهبة في الأصل تولد التألف والمحبة بين الواهب والموهوب له، وهو بخلاف الرجوع فيها الذي يفضي إلى الخصومة والتباغض على الراجح، ولأن في عدم رجوع الواهب في هبته الاستقرار في المعاملات بين الناس، يضاف إليها أن الوفاء بالهبة من محاسن الأخلاق والشيم، وهذا كله يُعدُّ مقصداً شرعياً من مقاصد الشريعة الإسلامية.



(١) بدائع الصنائع، ١٢٨/٦؛ البناية شرح الهداية، للعينبي، ٢٠٠/١٠.

المطلب الثالث

حكم رجوع الواهب عن هبته للموهوب له في القانون المدني الكويتي

يرى المشرع الكويتي تعليق انعقاد الهبة على القبض أو التوثيق في محرر رسمي في العقار والمنقول على وجه السواء، ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان ولياً أو وصياً أو قيماً أو قائماً على تربية الموهوب له، وقد نصت المادة رقم ٥٢٥ من القانون المدني الكويتي: -

١- لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب، أو وثقت في محرر رسمي.

٢- ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان ولياً أو وصياً أو قيماً أو قائماً على تربية الموهوب له^(١).

وهو - القانون الكويتي - خالف التقنين المصري والتقنينات التي حذت حذوه في العقار والمنقول، حيث نصت المادة (٤٨٨) من التقنين المدني المصري أن هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية، أما هبة المنقول فتتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض، والجزاء على الإخلال بالشكل هو البطلان، ومع ذلك فإذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه، وهو ما ينتهي عملاً إلى اعتبار القبض مساوياً للرسمية في كل من العقار والمنقول^(٢).

(١) القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ المادة: (٥٢٥/١-٢)؛ المذكرة الإيضاحية

للقانون المدني، (ط٢)، الكويت: جمعية المحامين الكويتية، ٢٠٠٥م. ص: ٣٩٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، (ط٢)، الكويت: جمعية المحامين الكويتية،

وبعد استقراء القانون المدني الكويتي نلاحظ أنه لم يفرق بين الرجوع في الهبة قبل القبض أو بعد القبض، مكتفياً بالمادة رقم (١/٥٢٥) من أن الهبة تنعقد إذا اقترنت بالقبض، بينما نجد بعض القوانين العربية الأخرى^(١)؛ فصّلت رجوع الواهب بهبته في كلا الحالتين؛ قبل القبض، وبعده، وهذا قصور يجب معالجته واستدراكه في القانون المدني الكويتي، وثغرة ينبغي سدها، كي لا تفتح طريقاً للخصومة المستقبلية بين الواهب والموهوب له.

إلا أنه يفهم من المادة (١/٥٢٥) أن عدم قبض الموهوب للهبة يتيح المجال لرجوع الواهب في هبته ضمناً، وكذلك في حالتها الثانية وهي عدم التوثيق في محرر رسمي، فإنها لا تعتبر قبضاً ويجوز للواهب الرجوع في هبته كذلك.

ولذلك نستطيع القول - استقراءً لروح القانون الكويتي - بأن الهبة "لا تنعقد" إلا بالقبض، وذلك استناداً لأحكام المادة ١/٥٢٥ من القانون المدني الكويتي. "فلا يثبت الملك في الموهوب قبل قبض الموهوب له، ولا تتحقق

٢٠٠٥م). ص: ٣٩٧.

(١) كالقانون المدني الأردني، فقد نصت المادة ٥٧٦ في فقرتها على حق رجوع الواهب في هبته قبل وبعد القبض، فقد جاء فيها: -

١- للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له.

٢- وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له فان لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع.

[القانون المدني الأردني المؤقت رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م والمعدل سنة ١٩٩٦م].

الهبة إلا بالقبض، فبالقبض توجد الهبة، وبه تترتب آثارها^(١)، ولذلك يحق للواهب أن يرجع في هبته قبل قبض الموهوب له، أما بعد قبض الموهوب له للهبة، فإن الهبة تكون لازمة، ولا يحق للواهب الرجوع فيها، إلا بما ذكره القانون مما اعتبره عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة على وجه الخصوص، كما سيأتي في المباحث القادمة.



(١) المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون في نصوص القانون الصادرة بشأنها. بدران أبو العينين بدران، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص: ٢٢٣-٢٢٥.

المبحث الثالث

موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

سبقت الإشارة في المبحث السابق إلى أن الهبة تبرع محض يعطي فيها أحد العاقدين للآخر هبة ولا يأخذ منه شيئاً في مقابلها، وهو ما اتفق عليه الفقهاء والقانونيون عند تعريفهم للهبة بأنها "دون عوض"، وأن الراجح عدم لزومها قبل القبض، وأما بعد القبض فلا يصح الرجوع فيها، وإضافة إلى ذلك فقد ذكر الفقهاء والقانونيون موانع للرجوع منها ما هو قائم -منذ صدور الهبة- على طبيعة العلاقة بين الواهب والموهوب؛ كالقربة: ومثلوها بالأم، أو كالعلاقة: ومثلوها بالزوجة. وهي ما تسمى العلاقة بين الواهب والموهوب. أو ما كان المانع قائماً على حصول الموهوب له على تكليف أو غرض خيري؛ كحالة الهبة بالتكليف، أو بغرض خيري.

أما موانع الرجوع القائمة -بعد صدور الهبة-؛ كتعلق المانع بأحد طرفي الهبة؛ كموت أحدهم، أو مرضه، أو قتل الموهوب له للواهب عمداً. أو ما إذا كان المانع متعلقاً بالشيء الموهوب، بحيث يتصرف بالموهوب تصرفاً ناقلاً لملكيته، أو تصرف غير في ذات الموهوب، أو زاد فيه زيادة متصلة.

ولذلك اقتضت طبيعة هذا المبحث تقسيمه إلى تمهيد ومطلبين.

التمهيد

في ماهية المانع

المانع في اللغة: قال ابن فارس: الميم والنون والعين أصل واحد يدل على معنى واحد وهو خلاف الإعطاء^(١).

والمنع: أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده^(٢). منعه يمنعه، بفتح نونهما: ضد أعطاه^(٣).

المانع في الاصطلاح: ذكر بعض الأصوليين تعريفات للمانع، منها:

هو: ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته^(٤).

وقيل هو: "كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب"^(٥).

موانع الرجوع في الهبة:

لم أجد تعريفاً في "موانع الرجوع في الهبة"، ولكن من خلال استقراء ما

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ٢٧٨/٥.

(٢) لسان العرب، لابن منظور، ٣٤٣/٨.

(٣) القاموس المحيط، للفيروز آبادي، ص: ٦٧٤.

(٤) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ص: ٨٢؛ شرح الكوكب المنير، لابن النجار، ٤٥٦/١؛

روضة الناظر، لابن قدامة المقدسي، ٨١/١.

(٥) الأحكام في أصول الأحكام، للآمدي، ١٣٠/١.

ورد في تركيب المصطلح، يمكننا تعريفه بأنه:

"كل ما يمنع الرجوع في الهبة، مما كان قائماً على علاقة بين الواهب والموهوب؛ كالقربة والزوجة، أو تكليف، أو غرض خيري، أو ما تعلق بأحد طرفي العقد؛ كموته، أو مرضه، أو قتله، أو بتصرف في الموهوب يؤدي لنقل ملكيته، أو تغير فيه بزيادة متصلة".

وقد جمع الحنفية^(١) موانع الرجوع في الهبة في بيت من الشعر، حيث حددها بسبعة موانع، وهو قول بعضهم:

مَوَانِعُ الرُّجُوعِ فِي فَضْلِ الهِبَةِ ** يَا صَاحِبِي حُرُوفٌ "دَمَعُ خُرُقَةٍ"
حيث جعلوا كل حرف من جملة: (دَمَعُ خُرُقَةٍ) مفتاحاً لمانع من الموانع:

فالذال: الزيادة، والميم: موت الواهب أو الموهوب له، والعين: العوض، والخاء: خروج الهبة عن ملك الموهوب له، والزاي: الزوجية، والقاف: القربة، والهاء: هلاك الموهوب.

وقد جمعت -دمع خزقه- مفصلة في بيتين من الشعر:

مَنَعَ الرُّجُوعَ مِنَ الوَاهِبِ سَبْعَةٌ ** فزِيَادَةٌ مَوْصُولَةٌ مَوْتُ عِوَضٍ
وَخُرُوجُهَا عَنِ مَلِكِ مَوْهُوبٍ لَهُ ** زَوْجِيَّةٌ قُرْبٌ هَلَاقٌ قَدْ عَرَضُ

(١) العناية شرح الهداية، للبابرتي، ٤٢/٩؛ تبين الحقائق، ٩٨/٥؛ حاشية ابن عابدين، ٦٩٩/٥.

المطلب الأول

موانع الرجوع القائمة منذ صدور الهبة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الموانع القائمة على طبيعة العلاقة بين الواهب والموهوب.

المسألة الأولى: الزوجية:

أ- حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم رجوع الزوج أو الزوجة فيما وهبه للآخر، إلى

أقوال ثلاثة:

القول الأول: لا يجوز لأحد الزوجين الرجوع في هبته للآخر، وهو قول

جمهور العلماء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والظاهرية^(٤) ورواية

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، ١٣٣/٦؛ التتف في الفتاوى، للسغددي، ٥١٦/١؛ البحر الرائق،

٢٩٤/٧؛ حاشية ابن عابدين، ٢٩٤/٧؛ مجمع الأنهر وملتقى الأبحر، ٢٣٦٠؛ تبين

الحقائق، ١٠١/٥.

(٢) المدونة، ٤١٣/٤؛ شرح مختصر خليل، للخرشي، ٢٨٨/٣؛ التاج والإكليل في شرح

مختصر خليل، ٢٢٠/٥؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٢٤/٢؛ منح الجليل شرح

مختصر خليل، ٤٩٢/٣.

(٣) المجموع، ٣٨٤/١٥؛ نهاية المحتاج، ٤١٧/٥؛ تحفة المحتاج، ٣٠٩/٦؛ الإقناع في حل

ألفاظ أبي شجاع، ٣٦٧/٢؛ حاشيتا قليوبي وعميرة، ١١٤/٣.

(٤) المحلى، ٧٢/٨.

عن الإمام أحمد^(١).

وهو ظاهر كلام الخرقى من الحنابلة، واختاره أبو بكر منهم، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وربيعه والثوري وأبو ثور، وهو قول عطاء وقتادة^(٢).

الأدلة:

احتج أصحاب هذا القول بالأدلة التي احتج بها من حرم رجوع غير الأب في هبته، واستدلوا كذلك بما يلي:

• الدليل الأول: قوله تعالى: "إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النَّكَاحِ"^(٣).

وقوله تعالى: "فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"^(٤).

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه أباح ذلك بشرط أن تطيب به نفسها، وهذا إنما يكون عند الابتداء من جهتها، فأما عند المسألة فلا^(٥).

(١) المغني، ٦٦/٦؛ الشرح الكبير، لابن قدامة، ٨٢٤/٦؛ الممتع في شرح المقنع، ١٩٨/٣؛ الفروع لابن مفلح، ٤١٨/٧؛ المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى، ٤٤٥/١؛ الإنصاف للمرداوي، ١٤٧/٧؛ كشف القناع على متن الإقناع، ٣١٦/٤.

(٢) المغني، ٦٦/٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

(٤) سورة النساء، الآية: ٧٧.

(٥) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى، ٤٤٥/١؛ كشف القناع، ٣١٦/٤.

- **الدليل الثاني:** قال ابن جريج: قال سليمان بن موسى لعطاء، وأنا أسمع: "أ تعود المرأة في إعطائها زوجها مهرها أو غيره؟ قال: لا" (١).
- **الدليل الثالث:** أن صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة الكاملة، بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال، فلا يدخلها حجب الحرمان، والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع، فكذا ما يجري مجراها (٢).
- **الدليل الرابع:** أنه لا إيلاد لها، فلم تملك الرجوع؛ كالأخت (٣).

القول الثاني: يجوز للزوجة الرجوع في هبتها لزوجها، ولا يجوز للزوج الرجوع في هبته لزوجته، وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد (٤).

وهو مروى عن: سيدنا عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وشريح والشعبي، وحكاه الزهري عن القضاة (٥).

الأدلة:

- **الدليل الأول:** قوله تعالى: "فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا" (٦).

وجه الاستدلال: أي: على أن تطيب نفسها حتى الممات، كذلك فسرها

(١) مصنف عبد الرزاق الصنعاني، باب هبة المرأة لزوجها، ١١٣/٩، رقم: ١٦٥٥٤.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، ١٣٣/٦.

(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى، ٤٤٥/١.

(٤) المغني، ٦٦/٦.

(٥) المرجع السابق.

(٦) سورة النساء، الآية: ٧٧.

شريح، ومجاهد^(١). قال مجاهد: "حتى الممات"^(٢).

قال شريح: "ترجع المرأة فيما أعطت زوجها ماكانا حيَّين، فإذا ماتا فلا رجعة لهما"^(٣).

أي: إذا مات أحدهما فلا رجعة للآخر^(٤).

- **الدليل الثاني:** ما ذكر عن بعض الصحابة من أن عبد الله بن عامر، قال: كنت جالسا عند فضالة بن عبيد، فأثاه رجلان يختصمان إليه في بازي^(٥)، فقال أحدهما: وهبت له بازي رجاء أن يثبني، وأخذ بازي ولم يثبني، فقال له الآخر: وهب لي بازيه: ما سألته ولا تعرضت له، فقال فضالة: «رد عليه بازيه أو أثبه منه، فإنما يرجع في المواهب النساء وشرار الأقسام»^(٦).
- **الدليل الثالث:** قال محمد بن عبيد الله الثقفي: «كتب عمر بن الخطاب أن النساء يعطين أزواجهن رغبة ورهبة، فأیما امرأة أعطت زوجها شيئا

(١) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، للكوسج، ٤٣٦٢/٨.

(٢) مصنف عبد الرزاق الصنعاني، باب هبة المرأة لزوجها، ١١٥/٩، رقم: ١٦٥٦٥.

(٣) المرجع السابق.

(٤) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، للكوسج، ٤٣٦٢/٨.

(٥) البازي هو: الطَّيْرُ الذي يُصَادُ به. وفي معنى الباز: الصقر والعقاب والباشق والشاهين. [تحفة الأحوذی، للمباركفوري، ٣٤/٥].

(٦) مصنف ابن أبي شيبة، باب: في الرجل يهب الهبة فيريد أن يرجع فيها، ٤٢٠/٤، رقم:

٢١٧٠١، واللفظ له؛ ومصنف عبد الرزاق الصنعاني، باب العائد في هبته، ١١٠/٩، رقم:

١٦٥٤٤٢.

فأرادت أن تعتصره فهي أحق به»^(١).

وجه الاستدلال من الدليلين السابقين: أن فيهما دلالة واضحة على جواز رجوع الزوجة في هبتها لزوجها.

القول الثالث: إذا وهبت له مهرها، فإن كان سألها ذلك، رده إليها، رضيت أو كرهت؛ وإن لم يكن سألها، وتبرعت به، فهو جائز، وهو رواية ثالثة عن الإمام أحمد^(٢).

الأدلة:

• الدليل الأول: قوله تعالى: "قوله تعالى: "فَإِنْ طَبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"^(٣).

وجه الاستدلال: أنه متى كانت مع الهبة قرينة، من مسألته لها، أو غضبه عليها، أو ما يدل على خوفها منه، فلها الرجوع؛ لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب بها نفسها، وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها^(٤).

ولذلك هي: لا تهبه إلا مخافة غضبه، أو إضراره بها بأن يتزوج عليها^(٥).

• الدليل الثاني: أن هبتها لقصد المنفعة، وهو أن تكفه عن طلاقها وتمنعه من

(١) مصنف ابن أبي شيبة، باب في المرأة تعطي زوجها، ٣٣١/٤، رقم: ٢٠٧٣١.

(٢) المغني، ٦٦/٦.

(٣) سورة النساء، الآية: ٧٧.

(٤) المغني، ٦٦/٦.

(٥) المرجع السابق.

التزوج عليها، فإذا عدم المعنى الذي لأجله وهبت ملكت الرجوع؛ لأنه في التقدير يحصل كأنها وهبت له بشرط أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فجعلت ذلك في مقابلة الهبة^(١).

الراجع:

لعل الراجع - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وهو منع رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر، لأن مقصود الهبة بين الزوجين هو تحقيق السكن وترسيخ قواعد المحبة، وفي الرجوع إيقاع العداوة والبغضاء والنفرة بينهما، فناسب أن تكون الهبة ملزمة، كهبة الأرحام.

ب- حكم رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر في القانون المدني الكويتي:

الهبة بين الزوجين لازمة منذ صدورهما، ولا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير رضا الموهوب له، فالزوج إذا وهب زوجته أو وهبت الزوجة زوجها، فإن الواهب قصد توثيق عرى الزوجية بينه وبين زوجته، وحيث توثقت فعلاً بالهبة فتحقق غرض الواهب، لهذا لم يعد بمقدوره الرجوع في هبته بعد أن تحقق غرضه^(٢).

وقد نصّت المادة ٥٣٩/أ من القانون المدني الكويتي على أنه يمتنع الرجوع في الهبة..

"ب- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ما دامت الزوجية

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، للقاضي أبي يعلى، ١/٤٤٥.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني، أ.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ١٩٢/٥، الفقرة:

قائمة^(١).

ويثور التساؤل في نطاق هذا القانون، هل مانع الرجوع عن الهبة قاصراً على قيام الزوجية؟ أم أن انتهاء الزوجية يؤدي إلى زوال المانع من الرجوع، ومن ثم جواز الرجوع؟ أم أن المقصود بصياغة المادة أن المانع من الرجوع في هبة الزوجين يكون لصدورها من أحدهما للآخر أثناء قيام الزوجية؟

فسرت محكمة التمييز الكويتية أحكام القانون وقالت: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص واضحاً جلي المعنى فلا يجوز الخروج عليه أو الانحراف عنه بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملت؛ لأن ذلك لا يكون إلا عند غموض النص، أو وجود لبس فيه، كما أنه لا يسوغ الخروج عن النصوص التشريعية المنظمة للأحكام الموضوعية في الهبة في القانون المدني بدعوى اللجوء إلى مصدرها في مذاهب الفقه الإسلامي مادامت تلك النصوص واضحة الدلالة فيما يتناوله لفظها أو فحواها. لَمَّا كان ذلك، وكان نص المادة ٥٣٩ (ب) من القانون المدني سالفه البيان يدل بصريح عبارته على أن المشرع إنما منع الرجوع في الهبة التي تكون من أحد الزوجين للآخر طالما كانت العلاقة الزوجية قائمة، فإذا انفصمت عري هذه العلاقة جاز الرجوع في الهبة. فالمنع عن الرجوع إذن مشروط ببقاء الزوجية قائمة، وهو ما أفصح عنه النص في وضوح وجلاء بعبارة "مادامت الزوجية قائمة"، لَمَّا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وانتهى إلى زوال المانع من الرجوع في الهبة بانتهاء علاقة الزوجية بين الطرفين، فإن

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٣.

النعي عليه في هذا الخصوص يكون على غير أساس^(١).

المسألة الثانية: الأمر.

أ- حكم رجوع الأم فيما وهبته لولدها في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم رجوع الأم فيما وهبته لولدها، إلى أقوال ثلاثة:

القول الأول: للأم الرجوع في هبتها لأولادها، وهو قول المالكية^(٢)؛
والشافعية وهو المذهب^(٣)، والحنابلة في أحد قوليهما^(٤)، والظاهرية^(٥).

الأدلة:

• **الدليل الأول:** حديث ابن عمر، وابن عباس يرفعانه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفيه: "إلا الوالد فيما يعطي ولده..."^(٦).

-
- (١) مجلة القضاء والقانون، س ١٦، العدد ١، رقم: ١٠٩، ٣٧٢، فصل ٣٠/٥/١٩٨٨ م.
(٢) المدونة، ٤/٤١٣؛ النوادر والزيادات، ١٢/١٩٣؛ الجامع لمسائل المدونة، ١٩/٦٢٠؛
شرح مختصر خليل، للخرشي، ٧/١١٤؛ بداية المجتهد، ٤/١١٧؛ الفواكه الدواني،
١٥٥/٢؛ حاشية الدسوقي، ٤/١١١.
(٣) روضة الطالبين، النووي، ٥/٣٧٩؛ الحاوي، ٧/٥٤٧؛ بحر المذهب، للرويانى، ٧/٢٤٦؛
البيان، للعمرائى، ٨/١٢٤؛ نهاية المطلب في دراية المذهب، ٨/٥٢٢.
(٤) المغني، لابن قدامة، ٦/٥٦؛ الكافي، لابن قدامة، ٢/٢٦٢؛ شرح منتهى الإرادات،
٢/٤٣٨؛ المبدع في شرح المقنع، ٥/٢٠٤؛ الإنصاف، للمرداوي، ٧/١٤٩.
(٥) المحلى، لابن حزم، ٨/٨٤.
(٦) سبق تخريج الحديث في: المطلب الثاني: حكم رجوع الواهب عن هبته بعد أن يقبضها

وجه الدلالة: أن الأم داخلة في هذا الحديث؛ لأنها "والدة تقع على الجنس، وهي فيه اسم الوالد"^(١)، ولكونها أحد الأبوين، ويجب عليها التسوية بين ولدها في العطية، فأشبهت الأب^(٢).

• الدليل الثاني: حديث النعمان بن بشير، قال: نحلني أبي نحلاً، ثم أتى بي إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليشهده، فقال: «أكل ولدك أعطيته هذا؟» قال: لا، قال: «أليس تريد منهم البر مثل ما تريد من ذاك؟» قال: بلى، قال: «فإني لا أشهد»، قال ابن عون: فحدثت به محمداً، فقال: إنما تحدثنا أنه قال: «قاربوا بين أولادكم»^(٣). وفي رواية: فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أكل بنيك نحلته؟»، قال: لا، قال: «فاردده»^(٤).

وجه الدلالة: أن الأم لما دخلت في قوله عليه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قاربوا بين أولادكم». ينبغي أن يتمكن من التسوية، والرجوع في الهبة طريق في

الموهوب له، ص ٨٥٥.

(١) المحلى، لابن حزم، ٧٢/٨.

(٢) الكافي، لابن قدامة، ٢٦٢/٢.

(٣) قاربوا بين أولادكم: أي سواوا بينهم في أصل العطاء وفي قدره. [صحيح مسلم، ١٢٤٤/٣].

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه، باب: باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، ١٢٤٤/٣، حديث: ١٦٢٣.

(٥) أخرجه النسائي في سننه، ١٧٢/٦، حديث: ٦٤٦٩؛ وابن عوانة في مستخرجه، ٤٥٤/٣، حديث: ٥٦٧١؛ وابن حبان في صحيحه، ٣٦٩/٧، حديث: ٥٠٧٥، وقال الألباني: صحيح.

التسوية، وربما تعين طريقا فيها إذا لم يمكن إعطاء الآخر مثل عطية الأول.
ولأنها لما دخلت في المعنى في حديث بشير بن سعد، فينبغي أن
تدخل في جميع مدلوله؛ لقوله: "فأرجعه".
ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها، ينبغي أن
تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به، تخليصا لها من الإثم، وإزالة
للتفضيل المحرم، كالأب^(١).

• الدليل الثالث: أن كلهم- الأم والأب- والد فيه بعضية^(٢).

القول الثاني: ليس للأم الرجوع في هبتها، وهو قول عند الشافعية^(٣)؛
والمنصوص عند الحنابلة^(٤).

الأدلة:

• الدليل الأول: حديث ابن عمر، وابن عباس السابق يرفعانه إلى النبي
صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وفيه: "إلا الوالد فيما يعطي ولده..."^(٥).

(١) المغني، لابن قدامة، ٥٦/٦.

(٢) الحاوي، للماوردي، ٥٤٧/٧؛ بحر المذهب، للرويانى، ٢٤٦/٧.

(٣) روضة الطالبين، النووي، ٣٧٩/٥؛ الحاوي، ٥٤٧/٧؛ بحر المذهب، للرويانى، ٢٤٦/٧؛

البيان، للعمرائى، ١٢٤/٨؛ نهاية المطلب في دراية المذهب، ٥٢٢/٨.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٥٦/٦؛ الكافي، لابن قدامة، ٢٦٢/٢؛ شرح منتهى الإرادات،

٤٣٨/٢؛ المبدع في شرح المقنع، ٢٠٤/٥؛ الإنصاف، للمرداوى، ١٤٩/٧.

(٥) سبق تخريج الحديث في: المطلب الثاني: حكم رجوع الواهب عن هبته بعد أن يقبضها

الموهوب له، ص ٨٥٥.

وجه الدلالة: اختصّ الأب برجوعه في هبته - لانتفاء التهمة فيه، إذ ما طبع عليه من إيثاره لولده على نفسه يقضي بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة^(١).

• **الدليل الثاني:** أن الحديث خصّ الوالد، وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الأم^(٢)، وفي اللغة ما يؤيد ذلك، فالوالد: الأب، وجمعه بالواو والنون. والوالدة: الأم، وجمعها بالألف والتاء. والوالدان: الأب والأم للتغليب^(٣).

• **الدليل الثالث:** التفرقة بين الأب والأم؛ فإن للأب ولاية على ولده، ويحوز جميع المال في الميراث، والأم بخلافه^(٤).

• **الدليل الرابع:** أن للأب أن يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ، ولأن للأب الولاية^(٥).

القول الثالث: ليس للأم الرجوع في هبة ولدها اليتيم، ولها الرجوع في هبة ولدها الكبير، وكذا الصغير إن كان ذا أب، وبهذا قال جمهور أصحاب مالك، ورواه القاسم عن الإمام مالك^(٦).

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحاوشي الشرواني والعبادي، ٦/ ٣٠٩.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٥٦/٦.

(٣) المصباح المنير، للفيومي، ٦٧١/٢، (ولد).

(٤) المغني، لابن قدامة، ٥٦/٦.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المدونة، ٤١٣/٤؛ النوادر والزيادات، ١٩٣/١٢؛ الجامع لمسائل المدونة، ١٩/٦٢٠؛

شرح مختصر خليل، للخرشي، ١١٤/٧؛ بداية المجتهد، ٤/١١٧؛ الفواكه الدواني،

• الدليل: أن العلة في عدم جواز رجوع الأم في هبة اليتيم للإشفاق عليه وخوف ضياعه، ولذلك كان حكمها حكم الصدقة^(١)؛ والصدقة لا تعتصر^(٢).

الراجع: يجوز للأم الرجوع في هبتها لأولادها، فقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قاربوا بين أولادكم»، أدخلها مع الأب في التسوية في الحكم الشرعي، وهي كذلك قد لا تكون عادلة في هبتها بين أولادها، فجاز لها الرجوع في الهبة كي تستطيع التخلص من الإثم الحاصل من عدم العدل بينهم.

ب- حكم رجوع الأم فيما وهبته لولدها في القانون المدني الكويتي:

يذهب القانون المدني الكويتي في المادة ٥٣٩/أ إلى أنه يمتنع الرجوع في الهبة إذا كانت من الأم، وكان ولدها يتيمًا، سواء حصل اليتيم قبل الهبة أم حصل بعدها؛ لأن الهبة لليتيم في معنى الصدقة، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها، وهذا هو القول المعتمد في مذهب مالك - وهو القول الثالث-، وينبني على اعتبار حال الولد وقت الرجوع، أي على اعتبار حاله كونه يتيمًا أو غير يتيم، وقطع النظر عن حاله وقت الهبة، واليتيم -كما عرفه القانون في هذه المادة- هو الصغير الذي ليس له أب تجب نفقته عليه، فيشترط لرجوع الأم في هبتها أن يكون ولدها كبيراً، أو صغيراً له أب مسئول عن نفقته^(٣).

١٥٥/٢؛ حاشية الدسوقي، ١١١/٤.

(١) المنتقى، للباجي، ١١٧/٦.

(٢) الذخيرة، للقرافي، ٢٦٦/٦.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٣.

الفرع الثاني: الموانع القائمة على حصول الموهوب له على عوض أو مقابل.

المسألة الأولى: الهبة بعوض.

أ- حكم رجوع الواهب في هبته للموهوب له إذا عوّضه الموهوب له في
الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في حكم رجوع الواهب عن هبته إذا عوّضه الموهوب
له، إلى قولين:

القول الأول: ليس للواهب الرجوع في الهبة، إذا عوّضه الموهوب له،
وهو قول الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣)، وقول للشافعية^(٤).

الأدلة:

• **الدليل الأول:** حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

(١) بدائع الصنائع، للكاساني، ١٣١/٦؛ الاختيار في تعليل المختار، ٥٢/٣؛ تبين الحقائق،
٩٨/٥؛ الهداية في شرح بداية المبتدي، ٢٢٦/٣؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري،
٣٢٨/١.

(٢) المدونة، ٤١٤/٤؛ الاستذكار، ٢٣٧/٧؛ مواهب الجليل، ٤٦٧/٣؛ حاشية العدوي،
٢٦٠/٢.

(٣) مسائل الإمام أحمد، ٢٦٨/٢؛ المغني، ٦٧/٦؛ شرح منتهى الإرادات، ٤٣٧/٢؛ كشف
القناع، ٤١٢/٤؛ مطالب أولي النهى، ٤٠٤/٤.

(٤) المهذب، للشيرازي، ٣٣٥/٢؛ المجموع، ٣٨٦/١٥؛ الحاوي، ٥٥٠/٧؛ مغني المحتاج،
٥٧٣/٣؛ تحفة المحتاج، ٤١٥/٦؛ حاشية الجمل، ٥٥٩/٣.

« الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَيْبَتِهِ مَا لَمْ يَثْبُثْ مِنْهَا »^(١).

وجه الاستدلال: أن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده، فيمنع الرجوع، وسواء قل العوض أو أكثر^(٢).

- الدليل الثاني: أنه إذا قبض العوض فقد سلم له بدلها، فلا يرجع؛ كالبيع^(٣).
- الدليل الثالث: أنه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه، وهو سقوط حق الرجوع، فيمنعه من الرجوع^(٤).

القول الثاني: للواهب الرجوع في الهبة، وإن عوّضه الموهوب له، وهو قول للشافعية^(٥).

(١) أي: يعوض عنها. التيسير بشرح الجامع الصغير، للمناوي، ٤٨٥/٢.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، ٤٦١/٣، برقم: ٢٩٧١؛ والبيهقي في سننه الكبرى، باب المكافأة في الهبة، ٣٠٠/٦، برقم: ١٢٠٢٤؛ وابن ماجه في سننه، باب الرجوع في الهبة، ٤٦٧/٣، برقم: ٢٣٨٦.

والحديث ضعّفه الألباني في الإرواء، وقال: والصواب فيه أنه موقوف على عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وقد روى من حديث سمرة وابن عباس مرفوعاً. [إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ٥٩/٦ حديث: ١٦١٤].

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني، ١٣٠/٦.

(٤) المهذب، للشيرازي، ٣٣٥/٢؛ الحاوي، للماوردي، ٥٥٠/٧؛ الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ٣٢٨/١.

(٥) بدائع الصنائع، للكاساني، ١٣١/٦.

(٦) المهذب، للشيرازي، ٣٣٥/٢؛ المجموع، ٣٨٦/١٥؛ الحاوي، ٥٥٠/٧؛ مغني المحتاج، ٥٧٣/٣؛ تحفة المحتاج، ٤١٥/٦؛ حاشية الجمل، ٥٥٩/٣.

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة التي استدل بها جمهور الفقهاء في عدم جواز الرجوع في الهبة بعد أن يقبضها الموهوب له. وأضافوا: أنه عقد لا يقتضي العوض؛ فبطل شرط العوض؛ كالرهن^(١).

الراجع:

لعل الراجح - والله أعلم - هو قول جمهور العلماء في أنه ليس للواهب الرجوع في الهبة، إذا عوّضه الموهوب له، للنص عليها بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقد حصل على مقصوده، وهو العوض، فامتنع رجوعه.

ب- حكم رجوع الواهب في هبته للموهوب له إذا عوّضه الموهوب له في القانون المدني الكويتي:

يذهب القانون المدني الكويتي إلى أنه في حال عدم تنفيذ الموهوب له في الهبات المشروطة أو المقرونة بتكليف، فإنه يحق للواهب الرجوع عن الهبة في حال لم يقيم الموهوب له بتنفيذ ما هو متفق عليه في عقد الهبة، وهو ما وافق القول الأول لجمهور الفقهاء. فقد نصت الفقرة: (ح) من المادة: ٥٣٩ على ما يلي:

"يمنع الرجوع في الهبة.... إذا اقترنت الهبة بتكليف"^(٢).

حيث يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين -تكليف-

(١) المهذب، للشيرازي، ٣٣٥/٢.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٤.

ويعتبر هذا الالتزام عوضاً أو تكليفاً، وتسمى الهبة في الحالة الأولى بالهبة غير اللازمة، وهي التي يجوز فيها الرجوع متى تحققت إحدى حالات الرجوع التي نصت عليها المادة (٥٣٨) من القانون المدني الكويتي:

يعتبر على وجه الخصوص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة:

أ- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، إخلالاً يعتبر حجوداً كبيراً من جانبه.

ب- أن يصبح الواهب عاجزاً عن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

ج- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع^(١).

وأما إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة، أو التزم بالشروط لصالح الواهب أو لأجنبي، أو المصلحة العامة؛ فالهبة تكون لازمة منذ صدورها.

على أنه يُراعى ما جاء في المادة رقم ٥٣٢ من القانون المدني الكويتي الفقرة (٢): " فإن كانت الهبة مقترنة بتكليف، فلا يلتزم الواهب بضمان الاستحقاق إلا في حدود ما أداه الموهوب له من التكليف، ويحل الموهوب له محل الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوي"^(٢). "ومؤدى هذه المادة أن الواهب لا يضمن إلا التعرض الناشئ عن فعله، كما لا يضمن استحقاق

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٢.

(٢) المرجع السابق، ص: ٣٩٩.

المال الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، أو كانت الهبة مقترنة بتكليف، وذلك ما لم يتفق على غيره، أو يقض القانون بخلافه، .. ولا يكون مسئولاً إلا في حدود ما أداه له الموهوب له من تكليف"^(١).

المسألة الثانية: الهبة لغرض خيري.

أ- حكم رجوع الواهب في هبته إذا كانت الهبة لغرض خيري في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على عدم جواز الرجوع في الهبة والصدقة إن كانت لثواب الآخرة بعد قبضها، حيث لم يفرق العلماء بين الصدقة والهبة، "فَالصَّدَقَةُ قَدْ تَكُونُ هِبَةً، وَالْهِبَةُ قَدْ تَكُونُ صَدَقَةً، وَإِنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْعَنِيِّ هِبَةٌ، وَالْهِبَةُ لِلْفَقِيرِ صَدَقَةٌ"^(٢).

قال الحطاب: الهبة تملك بلا عوض، ولثواب الآخرة صدقة"^(٣).

واستدلوا على ذلك بما يلي:-

- الدليل الأول: حديث ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العائد في الهبة كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه». وفي رواية "ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته؛ كالكلب يعود في قيئه"^(٤).

(١) المرجع السابق، ص: ٤٠٠.

(٢) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ٩/٩٠.

(٣) مواهب الجليل، ٦/٤٩.

(٤) سبق تخريج الحديثين في حكم رجوع الواهب عن هبته قبل أن يقبضها الموهوب له،

القول الثاني، ص: ٨٥٠.

• الدليل الثاني: حديث زيد بن أسلم، عن أبيه، قال: سمعت عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، يقول: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه وظننت أنه يبيعه برخص، فسألت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «لا تشتري، ولا تعد في صدقتك، وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في صدقته كالعائد في قيئه»^(١). وفي رواية: .. فرأيته يباع، فسألت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «لا تشتريه، ولا تعد في صدقتك»^(٢).

وجه الاستدلال من الحديثين: أن التحريم هو الظاهر من سياق الحديث في الرجوع في الهبة والصدقة بعد إقباضهما^(٣).

• الدليل الثالث: قال عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها...^(٤).

وجه الاستدلال: قال محمد: وبهذا نأخذ، من وهب هبة لذي رحم محرم، أو على وجه صدقة، فقبضها الموهوب له، فليس للواهب أن يرجع فيها، ومن وهب هبة لغير ذي رحم محرم، وقبضها، فله أن يرجع فيها إن لم يثب منها، أو يزد خيرا في يده، أو يخرج من ملكه إلى ملك غيره^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، باب هل يشتري الرجل صدقته؟، ١٢٧/٢، برقم: ١٤٩٠.

(٢) المرجع السابق، ١٦٧/٣، برقم: ٢٦٣٦.

(٣) شرح النووي على مسلم، ٦٤/١١؛ المنهل العذب المورود شرح سنن أبي داود، ٢٦٩/٩.

(٤) موطأ الإمام مالك، ٢٤٨/١، رقم: ٢٩٤٧؛ السنن الكبرى للبيهقي، ٣٠١/٦، رقم:

١٢٠٢٨؛ وصحح إسناده الألباني في الإرواء، ٥٥/٦، برقم: ١٦١٠.

(٥) التعليق الممجد على موطأ محمد، ٢٧٤/٣.

• الدليل الرابع: إنها خرجت عن ملكه على طريق الثواب وابتغاء وجه الله تعالى^(١).

• الدليل الخامس: الإجماع. قال الحافظ: اتفقوا على أنه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض^(٢). وقال السرخسي: لا رجوع في الصدقة إذا تمت؛ لأن المقصود بها نيل الثواب - وقد حصل - وإنما الرجوع عند تمكن الخلل فيما هو المقصود، ويستوي إن تصدق على غني، أو فقير في أنه لا رجوع له فيها^(٣).

ب- حكم رجوع الواهب في هبته إذا كان الغرض منها خيرياً في القانون المدني الكويتي:

يذهب القانون المدني الكويتي إلى من تصدق ابتغاء الثواب من الله سبحانه وتعالى، فإنه لا يحق له الرجوع عن هبته، وهو ما اتفق عليه الفقهاء كما مر آنفاً. فقد نصت الفقرة: (ط) من المادة: ٥٣٩ على ما يلي: "يمنع الرجوع في الهبة.... إذا كانت الهبة لغرض خيري"^(٤). وتطبيقاً لذلك: فقد ذكر المشرع في القانون المدني الكويتي مثلاً على ذلك، فقال: كإنشاء مسجد.

وذلك حتى يبين أن الغرض الخيري قرابة لله سبحانه، تشمل أعمال البر والإحسان إلى الفقراء والمساكين وبناء المستشفيات والمقابر وغير ذلك.

(١) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ٢/٥٧٢.

(٢) فتح الباري، لابن حجر، ٥/٢٣٥؛ نيل الأوطار، ٦/١٥.

(٣) المبسوط، للسرخسي، ١٢/٩٢.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٤.

المطلب الثاني

موانع الرجوع القائمة التي تطرأ بعد صدور الهبة

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الموانع القائمة على حالة أحد طرفي العقد.

المسألة الأولى: موت أحد طرفي العقد:

أ- حكم موت أحد طرفي عقد الهبة الفقه الإسلامي.

لا خلاف بين العلماء في أن موت أحد طرفي عقد الهبة بعد قبضها من الموهوب له يُعدُّ مانعاً من موانع الرجوع فيها، وقد نُقِلَ الإجماعُ على ذلك.

جاء في مراتب الإجماع: "أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لرجل داراً أو أرضاً أو عبداً، على غير عوض بطيب نفس من المعطي، وقبض الموهوب له ذلك وقبضه بدفع من الواهب ذلك إليه وحازه أن الهبة تامة"^(١).

لكنهم اختلفوا في حكم الهبة عند موت أحد طرفي العقد قبل قبضها، هل يُعدُّ مانعاً من موانع الرجوع في الهبة أم أنه غير مؤثر فيه؟

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)،

(١) مراتب الإجماع، لابن القطان، ١٨٥/٢.

(٢) بدائع الصنائع، للكاساني، ١٢٣/٦؛ المبسوط للسرخسي، ٥٦/١٢؛ الاختيار في تعليل المختار، ٥١/٣؛ حاشية ابن عابدين، ٦٨٧/٥؛ البحر الرائق، ٢٩٢/٧.

(٣) الجامع لمسائل المدونة، للصقلي، ٥٩٣/٩؛ التلقين، لعبد الوهاب، ٢١٦/٢؛ شرح مختصر خليل، للخرشي، ١٠٨/٧؛ بلغة السالك لأقرب المسالك، للصاوي، ١٤٤/٤.

والشافعية^(١) في قول لهم، والحنابلة^(٢) في رواية إلى أن موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض يبطل الهبة.

واستدلوا على ذلك بما يلي:-

• الدليل الأول: ما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»^(٣).

وجه الاستدلال: لا يثبت الحكم، وهو الملك؛ إذ الجواز ثابت قبل القبض باتفاق الصحابة^(٤).

نوقش: بأن الحديث لا أصل له^(٥).

• الدليل الثاني: حديث أم كلثوم قالت: لما تزوج رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أم

(١) الحاوي الكبير، ٣/٣٧١؛ مغني المحتاج، ٣/٥٦٦؛ البيان للعمراني، ٨/١١٧؛ العزيز شرح الوجيز، ٦/٣١٨؛ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، ٣/٢٦٥.

(٢) مسائل الإمام أحمد، ٨/٤٢٧٧؛ المغني، ٦/٤٢؛ الشرح الكبير، ٦/٢٥٤؛ شرح منتهى الإرادات، ٢/٤٣٢.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف موقوفا على إبراهيم النخعي. ولفظه: "الهبة لا تجوز حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض"، باب الهبات، ٩/١٠٧، برقم: ١٦٥٢٩. قال الألباني رحمه الله: "لا أصل له مرفوعاً". سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، ١/٥٣٦.

(٤) المبسوط للسرخسي، ١٢/٤٨.

(٥) قال ابن حجر في الدراية: لم أجده. ٢/١٨٣. وقال الزيلعي: غريب، وهذا يعني أنه لا أصل له، وهو مصطلح له في نصب الراية. ٤/١٢١. وقال العيني: "هذا حديث منكر لا أصل له... البناية، للعيني، ١٠/١٦١.

سلمة قال لها: «يا أم سلمة، إنِّي قد أهديتُ إلى النَّجاشي حُلة وأواقي مسك، وإنِّي لا أراه إلا قد مات، وما أرى الهدية التي أهديتُ إليه إلا سترُدُّ إليَّ»، قالت: فكان كما قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مات النَّجاشي وزُدتُ إليه هديته، فأعطى كل امرأة من نساءه أوقية أوقية، وأعطى أم سلمة أوقية، وأعطها الحُلة^(١).

وجه الاستدلال: لولا أن الموهوب بالقبض يملك لما استجاز رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يملكه ويتصرف فيه^(٢).

- الدليل الثالث: إجماع الصحابة - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - وهو ما أن أبا بكر عمر - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحلي^(٣) بحضرة الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر؛ فيكون إجماعاً^(٤).
- الدليل الرابع: أن عقد الهبة عقد إرفاق؛ كالقرض، فلا يملك إلا بالقبض^(٥).
- الدليل الخامس: الهبة عقد يفتقر إلى الحوز، فإذا مات أحدهما قبله كانت

(١) أخرجه أحمد مسنده، ٤٥ / ٢٤٦؛ رقم: ٢٧٢٧٦؛ والحاكم في المستدرک، ٢ / ٢٠٥؛ رقم:

٢٧٦٦، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي فقال: منكر فيه مسلم

الزنجي ضعيف. والحديث ضعفه الألباني رحمه الله في الإرواء، ٦ / ٦٢، رقم: ١٦٢٠.

(٢) الحاوي الكبير، ٧ / ٥٣٥؛ بحر المذهب، للرويانى، ٧ / ٢٣٥.

(٣) النحلي: من ألفاظ الهبة والعطية يُعْطَاها الإنسان. تهذيب اللغة، للأزهري، ٥ / ٤٣.

(٤) بدائع الصنائع، للكاساني، ٦ / ١٢٣.

(٥) المغني، لابن قدامة، ٦ / ٤٦؛ أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ٢ / ٤٨٢.

الهبة باطلة^(١).

- الدليل السادس: أن الهبة قبل القبض عقد جائز، فيبطل بموت الواهب له قبل القبض؛ كالوكالة^(٢).

القول الثاني: ما ذهب إليه والظاهرية^(٣) والشافعية^(٤) في الأصح^(٥)، والحنابلة في الرواية الأخرى^(٦)، إلى أن موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض لا يبطل الهبة.

واستدلوا على ذلك بما يلي:-

- الدليل الأول: أن الهبة تثبت بالإيجاب والقبول، وهو اللفظ^(٧).
- الدليل الثاني: أن الهبة عقد يؤول إلى اللزوم، فلم تبطل بالموت؛ كالبيع بشرط الخيار^(٨).

نوقش: بأن المعاوضة تتضمن النزول عن الشيء بعوض، فتضمن

(١) بلغة السالك، ١٤٣/٤.

(٢) البيان للعمري، ١١٧/٨؛ مغني المحتاج، ٥٦٦/٣.

(٣) المحلى، لابن حزم، ٦٣/٨.

(٤) البيان للعمري، ١١٧/٨.

(٥) الحاوي الكبير، ٣٧١/٣؛ مغني المحتاج، ٥٦٦/٣؛ البيان للعمري، ١١٧/٨؛ العزيز شرح

الوجيز، ٣١٨/٦؛ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، ٢٦٥/٣.

(٦) مسائل الإمام أحمد، ٤٢٧٧/٨؛ المغني، ٤٢/٦؛ الشرح الكبير، ٢٥٤/٦؛ شرح منتهى

الإرادات، ٤٣٢/٢.

(٧) المحلى، لابن حزم، ٦٣/٨.

(٨) البيان للعمري، ١١٧/٨؛ مغني المحتاج، ٥٦٦/٣.

الإيجاب والقبول الرضا من الجانبين، بخلاف الهبة فإنه نزول بغير عوض، فافتقر إلى القبض ليدل على الرضا^(١).

الراجع:

الراجع أن موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض يبطل الهبة، وبذلك يكون عقد الهبة عقداً باطلاً، حيث إن عقد الهبة عقد إرفاق، لا يملك إلا بالقبض والحيازة، والموت قبله يفقده شرطه الذي هو القبض؛ فتكون باطلة، وهو ما وافق قول جمهور الفقهاء.

ب- حكم موت أحد طرفي عقد الهبة في القانون المدني الكويتي:

لم يفرق القانون المدني الكويتي ولم يورد نصاً واضحاً يفيد حكم الهبة قبل القبض أو بعدها، ويبدو من نص المادة (٥٣٩) ما يفهم منه عدم الرجوع بالموت صراحة، دون تفرقة بين الموت الحادث قبل القبض، والموت الحادث بعده.

جاء في نص المادة (٥٣٩): "يتمتع الرجوع في الهبة... ج: إذا مات الواهب أو الموهوب له".

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي: "...لأنه إذا مات الواهب فإن حق الرجوع لا ينتقل إلى ورثته، وإذا مات الموهوب له تعلق حق ورثته بالمال الذي وهب له"^(٢).

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٣٨٤/٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٤.

لكننا ومن خلال قراءة نص المادة (٥٢٥) من القانون المدني الكويتي، نجد ما يفيد بطلان الهبة بموت أحد طرفي العقد، حيث إن المادة السابقة تنص على ما يلي:

أ- لا تنعقد الهبة إلا إذا اقترنت بقبض الموهوب، أو وثقت في محرر رسمي.

ب- ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان ولياً أو وصياً أو قيمًا أو قائمًا على تربية الموهوب له.

فقد اشترط هذا النص الورقة الرسمية في هبة العقار وإلا وقعت باطلة، في المقابل اشترط في هبة المنقول القبض أو الرسمية.

وحيث إن الورقة الرسمية في العقار والمنقول تعتبر قبضاً حكماً - وهو بمثابة القبض الحقيقي -، فإنه إن مات أحد طرفي العقد قبل القبض، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان الهبة، لعدم تحقق القبض في صورته، الحقيقية والحكمية.

المسألة الثانية: مرض أحد طرفي العقد:

ويقصد بالمرض هو المرض المخوف^(١) الذي يخشى منه موت أحد

(١) قال ابن تيمية: "ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت؛ وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت، فيضاف إليه، ويجوز حدوثه عنده، وأقرب ما يقال: ما يكثر حصول الموت منه، فلا عبرة بما يندر وجود الموت منه، ولا يجب أن يكون الموت منه أكثر من السلامة لكن يبقى ما ليس مخوفاً عند أكثر الناس والمريض قد يخاف منه، أو هو مخوف والرجل لم يلتفت إلى ذلك، فيخلط ما هو مخوف للمتبرع وإن لم يكن مخوفاً عند جمهور الناس".
الفتاوى الكبرى، شيخ الإسلام ابن تيمية، ٤٤٠/٥.

طرفي العقد، ولذلك يكون تصرف المريض مرض الموت في الحكم؛ كالمضاف إلى ما بعد الموت.

فإذا مرض الرجل مرضاً مخوفاً، ثم وهب شيئاً من ماله، فإن برئ من مرضه فهباته صحيحة بالاتفاق. وقد نقل الإجماع على ذلك ابن رشد رحمه الله، فقال: "ولا خلاف بينهم أنه إذا صحَّ من مرضه أن الهبة صحيحة"^(١).

ولكن الفقهاء مختلفون فيما لو مرض الواهب مرضاً مخوفاً يخشى منه موت، وأراد أن يهب بعض ماله أو كله لأجنبي، فهل تكون هبته في حدود الثلث أم من المال كله؟

المذهب الأول: أن هبة المريض مرض الموت للأجنبي تكون كالوصية من ثلث المال، وهو قول جمهور الفقهاء^(٢).

• **الدليل الأول:** حديث عمران بن حصين، «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَجَزَّأَهُمْ أَثْلَاثًا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةَ، وقال له قولاً

"كمن كان في البحر وتموج، أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى، أو قدم للقتل في المحاربة، أو الرجم في الزنا". المذهب في فقه الإمام الشافعي، للشيرازي، ٣٤٧/٢.

(١) بداية المجتهد، ١١٢/٤.

(٢) المبسوط، للسرخسي، ١٠٢/١٢؛ حاشية ابن عابدين، ٤٢٤/٨؛ الكافي، لابن عبد البر، ١٠٠٣/٢؛ الفواكه الدواني، ١٥٥/٢؛ المذهب للشيرازي، ٣٤٧/٢؛ الحاوي، ٣١٩/٨؛ إعانة الطالبين، ١٧٩/٣؛ المغني، ١٩٣/٦؛ كشاف القناع، ٣١٢/٤؛ مطالب أولي النهى، ٤١٧/٤.

شديداً»^(١).

يمكن أن يستدل: أن غضب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما كان بسبب ارتكاب فعل محرم، وهو الوصية بأكثر من الثلث، وهذا ما جعله عليه الصلاة والسلام يجزئها بيده الشريفة.

• الدليل الثاني: حديث عامر بن سعد، عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: مرضت، فعادني النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقلت: يا رسول الله، ادع الله أن لا يردني على عقبي، قال: «لعل الله يرفعك وينفع بك ناسا»، قلت: أريد أن أوصي، وإنما لي ابنة، قلت: أوصي بالنصف؟ قال: «النصف كثير»، قلت: فالثلث؟ قال: «الثلث، والثلث كثير أو كبير»، قال: فأوصى الناس بالثلث، وجاز ذلك لهم^(٢).

• الدليل الثالث: حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال، قال رسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ وَجَعَلَ ذَلِكَ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ"^(٣).

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه لم يأذن للمريض بالتصرف إلا في الثلث، فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكم الله تعالى، ومشابهاً لمن

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، باب: مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عِبْدٍ، ١٢٨٨/٣، حديث: ١٦٦٨.
 (٢) أخرجه البخاري في صحيحه، باب الوصية بالثلث، ٣/٤، حديث رقم: ٢٧٤٤؛ ومسلم في صحيحه، باب الوصية بالثلث، ٣/٣، حديث رقم: ١٦٢٨.
 (٣) أخرجه ابن ماجة في سننه، باب: الوصية بالثلث، ٩٠٤/٢، رقم: ٢٧٠٩؛ وحسنه الألباني في الإرواء، ٧٧/٦.

وهب غير ماله^(١).

• **الدليل الرابع: الإجماع**، وقد نقله ابن المنذر، فقال: "أجمع أهل العلم على أن ما يحدثه المريض الخوف عليه، في مرضه الذي يموت فيه، من هبة لأجنبي، أو صدقة، أو عتق: إن ذلك في ثلث ماله، وأن ما جاوز ثلثه من ذلك مردود غير جائز انفاذه"^(٢).

• **الدليل الخامس: أنه- الواهب في مرضه الذي يخشى عليه من الموت-في هذه الحال لا يأمن الموت، فجعل كحال الموت^(٣).**

المذهب الثاني: المريض إذا وهب أجنبياً في مرض الموت ولم يكن له ورثة فله أن يضع جميع ماله حيث شاء، وهو قول الظاهرية^(٤)، ومروي عن ابن مسعود^(٥) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وإسحاق بن راهويه^(٦) رحمه الله.

الأدلة:

• **الدليل لأول:** المريض يعتبر مالكاً لماله، وهو الذي له حق التصرف فيه،

(١) نيل الأوطار، للشوكاني، ٥٢/٦.

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر، ١٢٤/٨.

(٣) المغني، ١٩٢/٦؛ الكافي في فقه الإمام أحمد، ٢٧٢/٢.

(٤) المحلى، ١٦٤/٧.

(٥) قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "إذا مات الرجل ولم يدع عسبة ولا ولاء فليضع ماله حيث شاء". أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ١٣/٩، حديث رقم: ١٦١٨٠؛ وسعيد بن منصور في سننه، ١٠٢/١، حديث رقم: ٢١٥، والحديث صححه الألباني رحمه الله في التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، ص: ٢٧٤.

(٦) الاستذكار، ٢٧٣/٧؛ التمهيد، لابن عبد البر، ٣٧٩/٨.

من غير بيان لتحديد هذا التصرف ثلثاً أو غيره^(١).
• **الدليل الثاني:** أن المريض مالك لماله دون أن يكون للورثة حق فيه، فله أن يأكل منه وأن ينفق منه على من يشاء دون أن يُحجر عليه، أو يمنع من التصرف فيه، فكيف يمنع من التصرف إلا في حدود الثلث ويجوز له كل ما سبق^(٢).

الراجع: لعل الراجع هو قول جمهور العلماء، وذلك لقوة أدلتهم، وعدم مناهضة القول الثاني لهم، فالهبة تلحق بالوصية، وفي هذا القول ردع للواهب حتى لا يحرم الوارث قبل موته.

حكم الهبة في مرض الموت في القانون المدني الكويتي:

القانون المدني الكويتي جعل التبرعات المنجزة من المريض مرض الموت في حكم الوصية، بسبب ظهور قصد التبرعات منها، ولما يحيط بها من دلائل وقرائن أحوال تدل على ذلك، وهذا يكفي لجعل التصرف القانوني مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية من كل وجه. فقد ورد في المادة ٩٤٢ من القانون المدني الكويتي، النص الصريح في هذا المعنى حيث جاء فيه: "كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية"^(٣).

(١) المحلى، ١٨١/٧.

(٢) المحلى، ١٨١/٧.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٧١٦.

الفرع الثاني: الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب.

المسألة الأولى: تصرف الموهوب له بالموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية:

أ- حكم تصرف الموهوب له بالموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية في الفقه الإسلامي.

إذا تصرف الموهوب له بما وُهب له من هبة ببيعاً أو هبةً، أو غيره من التصرفات التي تفضي لنقل الملكية، أو تسقطها؛ كالوقف والإبراء؛ فلا رجوع للواهب باتفاق الفقهاء^(١).

واستدلوا بما يلي:-

• **الدليل الأول:** أن من شرط صحة الاعتصار-الرجوع- للهبة أن لا تُفوت من عند الموهوب له بيع أو غصب أو عتق أو تدبير أو زيادة أو نقص كما إذا كبر الصغير أو سمن الهزيل أو هزل الكبير أو يجعل الدنانير حلياً أو بوجه من وجوه المُفَوَّاتِ، فإن حصل شيء من ذلك فلا اعتصار لواهبها حينئذ^(٢).

• **الدليل الثاني:** أن الملك يتجدد بتجدد سببه، وسببه هو التمليك، وتبدل

(١) البحر الرائق، ٢٩٣/٧؛ العناية شرح الهداية، ٤٣/٩ ح شرح مختصر خليل، ١١٤ / ٧؛ حاشية الدسوقي، ١١١ / ٤؛ الوسيط، للغزالي، ٢٧٥/٤؛ نهاية المحتاج، ٤١٨/٥؛ كشف القناع، ٣١٤/٤؛ المحلى، ٧٢/٨.

(٢) شرح مختصر خليل، للخرشي، ١١٤ / ٧؛ الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، ١١١ / ٤.

الملك يمنع الرجوع؛ كتبدل العين^(١).

• **الدليل الثالث:** أن رجوع الواهب في الموهوب، ينهي ملك الواهب له، فإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، فإن رجوع الواهب يمتنع، لعد إمكان إنهاء ملك الغير؛ "كما لو وهب آخر جارية...، فإن كان عليها دين فأداه الموهوب له عنها، أو كانت كافرة فأسلمت فلا رجوع للواهب فيها"^(٢).

ب- حكم تصرف الموهوب له بالموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية في القانون المدني الكويتي.

يذهب القانون المدني الكويتي إلى أنه إذا تصرف الموهوب له بالموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية، فإنه يمتنع الرجوع عن الهبة، وهو ما اتفق عليه الفقهاء كما مر آنفاً. فقد نصت الفقرة: (د) من المادة: ٥٣٩ على ما يلي:

" يمتنع الرجوع في الهبة... إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً يخرج عن ملكه، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي."^(٣)

المسألة الثانية: تغير ذات الموهوب بزيادة متصلة فيه:

أ- حكم تغير ذات الموهوب بزيادة متصلة فيه في الفقه الإسلامي.

قد يتغير الموهوب بسبب زيادة، وهذه الزيادة قد تكون متصلة،

(١) البحر الرائق، ٢٩٣/٧؛ العناية شرح الهداية، ٤٣/٩.

(٢) المحلى، لابن حزم، ٧٢/٨.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٣.

كالسمن، وهي بخلاف الزيادة المنفصلة، كالولد واللبن والصوف فقد اتفق الفقهاء على جواز الرجوع فيها^(١)، أما خلاف الفقهاء فهو في رجوع الواهب في هبته إذا طرأ على الهبة زيادة، وكانت هذه الزيادة متصلة بالهبة لا تنفك عنها إلى قولين:

القول الأول: لا يجوز رجوع الواهب في هبته عند زيادة ما وهبه بفعل الموهوب له أو بغير فعله، وهو مذهب جمهور العلماء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) ورواية عند الحنابلة^(٤).

الأدلة:

- **الدليل الأول:** أن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، فلم يملك الرجوع فيها، كالمنفصلة، وإذا امتنع الرجوع فيها، امتنع الرجوع في الأصل؛ لئلا يفضي إلى سوء المشاركة، وضرر التشقيص^(٥).^(٦)
- **الدليل الثاني:** لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع زيادة؛ لأن الزيادة

(١) قال ابن قدامة رحمه الله: "وأما الزيادة المنفصلة، كولد البهيمة، وثمره الشجرة، وكسب العبد، فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه". المغني، لابن قدامة، ٥٨/٦.

(٢) بدائع الصنائع، ١٢٩/٦؛ الهداية في شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، ٢٢٦/٣.

(٣) التوضيح، لخليل، ٣٥٣/٧؛ الذخيرة، للقرافي، ٢٦٧/٦.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٥٨/٦؛ المبدع في شرح المقنع، ٢٠٥/٥.

(٥) الشقص: هو الطائفة من الشيء، والقطعة من الأرض. لسان العرب لابن منظور، ١١١/٨.

(٦) المغني، لابن قدامة، ٥٨/٦.

ليست بموهوبة إذا لم يرد عليها العقد، فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة؛ لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً^(١).

- **الدليل الثالث:** أن من وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكاناً أو آرياً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها؛ لأن هذه زيادة متصلة. وقوله وكان ذلك زيادة فيها؛ لأن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً، وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها^(٢).
- **الدليل الرابع:** أنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه، فمنعه الزيادة المتصلة، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح، أو نصفه بالطلاق، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري^(٣).

القول الثاني: يجوز رجوع الواهب في هبته عند زيادة ما وهبه بفعل الموهوب له أو بفعل غيره، وهو مذهب الشافعية^(٤) ورواية عند الحنابلة^(٥).

الأدلة:

- **الدليل الأول:** أنها زيادة في الموهوب، فلم تمنع الرجوع، كالزيادة قبل

(١) بدائع الصنائع، ١٢٩/٦؛

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، ٢٢٦/٣.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٥٨/٦.

(٤) نهاية المحتاج، ٦٧/٤؛ روضة الطالبين، ٢٩٣/٧.

(٥) المغني، لابن قدامة، ٥٨/٦؛ المبدع في شرح المقنع، ٢٠٥/٥.

القبض، والمنفصلة^(١).

- الدليل الثاني: قياس الزيادة المتصلة على الزيادة المنفصلة، بجامع أن كلا منهما زيادة في العين الموهوبة، والزيادة المنفصلة لا تمنع رجوع الواهب في الأصل، فكذلك الزيادة المتصلة^(٢).

نوقش: هذا قياس مع الفارق، فالزيادة المنفصلة مقدور على فصلها، ولذلك جاز الرجوع فيها، بخلاف الزيادة المتصلة التي لا يمكن فصل الزيادة الطارئة عليها^(٣).

- الدليل الثالث: الزيادة المتصلة في المهوب تابعة للأصل؛ كالعقد^(٤).

الراجع:

لعل الراجع -والله أعلم- هو القول الأول، والذي نصّ على عدم جواز الرجوع في الهبة إذا كانت الزيادة متصلة في الشيء الموهوب، فالزيادة ليست في ملك الواهب، بل هي في ملك الموهوب له بعد الهبة، ولا يمكن الفصل بين الأصل والزيادة لتعذره، فلا يمكن الرجوع فيه، ولأن الزيادة من عمل الموهوب له، وليست من عمل الواهب، فلا يمكن أن ترجع مع الأصل؛ لأنه أخذ مال بغير حق.

(١) المغني، لابن قدامة، ٥٨/٦.

(٢) المبدع في شرح المقنع، ٢٠٥/٥.

(٣) بدائع الصنائع، ١٢٩/٦.

(٤) نهاية المحتاج، ٦٧/٤.

ب- حكم تغير ذات الموهوب بزيادة متصلة فيه في القانون المدني الكويتي.
يذهب القانون المدني الكويتي إلى أنه إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، وإذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة، فإنه يمتنع الرجوع عن الهبة، وقد نصت الفقرة: (هـ) من المادة: ٥٣٩ على ما يلي: " يمتنع الرجوع في الهبة.... إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، وإذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة"^(١).



(١) المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي، ص: ٤٠٣.

الخاتمة

- ١- بالرغم من اختلاف المذاهب الفقهية، في تعريف الهبة، إلا أنهم مجمعون على كون الهبة: تملك بلا عوض.
- ٢- عرف القانون المدني الكويتي الهبة بنص المادة ٥٢٤ من القانون المدني بأنها: "عقد على تملك المال في الحال بغير عوض".
- ٣- ثبتت مشروعية الهبة في الكتاب، والسنة، والإجماع.
- ٤- الراجح جواز رجوع الواهب في هبته قبل قبضها من الموهوب؛ وذلك لقوة أدلتهم، ولكن يكره الرجوع في الهبة قبل القبض مراعاة للخلاف، ولأنه يتنافى مع صنيع أهل المروءات والشيم.
- ٥- الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من لزوم الهبة وعدم الرجوع فيها بعد القبض، فالهبة في الأصل تولد التآلف والمحبة بين الواهب والموهوب له، وهو بخلاف الرجوع فيها الذي يفضي إلى الخصومة.
- ٦- يرى القانون المدني الكويتي تعليق انعقاد الهبة على القبض أو التوثيق في محرر رسمي في العقار والمنقول على وجه السواء، ويعتبر القبض قد تم ولو بقي الشيء في يد الواهب إذا كان ولياً أو وصياً أو قيماً أو قائماً على تربية الموهوب له، وقد نصت على ذلك المادة رقم ٥٢٥ من القانون المدني الكويتي.
- ٧- المانع: هو: ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته.

وقيل هو: " كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة السبب".

٨- لم أجد تعريفاً في "موانع الرجوع في الهبة"، ولكن من خلال استقراء ما ورد في تركيب المصطلح، يمكننا تعريفه بأنه: "كل ما يمنع الرجوع في الهبة، مما كان قائماً على علاقة بين الواهب والموهوب؛ كالقربة والزوجية، أو تكليف، أو غرض خيري، أو ما تعلق بأحد طرفي العقد؛ كموته، أو مرضه، أو قتله، أو بتصرف في الموهوب يؤدي لنقل ملكيته، أو تغير فيه بزيادة متصلة".

٩- موانع الرجوع القائمة منذ صدور الهبة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الموانع القائمة على طبيعة العلاقة بين الواهب والموهوب.

١- الزوجية: الراجح هو منع رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر، لأن مقصود الهبة بين الزوجين هو تحقيق السكن وترسيخ قواعد المحبة، وفي الرجوع إيقاع العداوة والبغضاء والنفرة بينهما، فناسب أن تكون الهبة ملزمة، كهبة الأرحام. وهو ما وافق القانون المدني الكويتي.

٢- الأم: يجوز للأم الرجوع في هبتها لأولادها، وهو ما يخالف نص القانون المدني الكويتي.

الفرع الثاني: الموانع القائمة على حصول الموهوب له على عوض أو مقابل.

١- الهبة بعوض: الراجح قول جمهور العلماء في أنه ليس للواهب الرجوع في الهبة، إذا عوّضه الموهوب له. ويذهب القانون المدني الكويتي إلى أنه في حال عدم تنفيذ الموهوب له في الهبات المشروطة أو المقرونة بتكليف، فإنه يحق للواهب الرجوع عن الهبة في حال لم يتم الموهوب له بتنفيذ ما هو متفق عليه في عقد الهبة، وهو ما وافق القول الأول لجمهور الفقهاء

٢- الهبة لغرض خيري: أجمع العلماء على عدم جواز الرجوع فيها. ووافق القانون المدني الكويتي هذا الإجماع كما نصت الفقرة: (ط) من المادة: ٥٣٩ على ما يلي:

"يُمْتَنَعُ الرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ... إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ لْغُرْضٍ خَيْرِي."

١٠- موانع الرجوع القائمة التي تطرأ بعد صدور الهبة، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الموانع القائمة على حالة أحد طرفي العقد.

١- موت أحد طرفي العقد: لا خلاف بين العلماء في أن موت أحد طرفي عقد الهبة بعد قبضها من الموهوب له يُعَدُّ مانعاً من موانع الرجوع فيها، وقد نُقِلَ الإجماعُ على ذلك. لكنهم اختلفوا في حكم الهبة عند موت أحد طرفي العقد قبل قبضها، هل يُعَدُّ مانعاً من موانع الرجوع في الهبة أم أنه غير مؤثر فيه؟ والراجح: أن الهبة عند موت أحد طرفي العقد قبل قبضها من جهة الموهوب له، يُعَدُّ مانعاً من موانع الرجوع في الهبة، ولم يفرق القانون المدني الكويتي ولم يورد نصاً واضحاً يفيد حكم الهبة قبل القبض أو بعدها، ويبدو من نص المادة (٥٣٩) ما

يفهم منه عدم الرجوع بالموت صراحة، دون تفرقة بين الموت الحادث قبل القبض، والموت الحادث بعده.

٢- مرض أحد طرفي العقد: ويقصد به المرض المخوف الذي يخشى منه موت أحد طرفي العقد، فإذا أراد أن يهب بعض ماله أو كله لأجنبي، فالراجح أن هبته تكون في حدود الثلث، وتلحق بالوصية، وفي هذا القول ردع للواهب حتى لا يحرم الوارث قبل موته. وهو ما وافق القانون المدني الكويتي، حيث جاء فيه: "كل تصرف قانوني يصدر من شخص في مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية".

الفرع الثاني: الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب.

١- تصرف الموهوب له بالموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية:

إذا تصرف الموهوب له بما وُهب له من هبة بيعاً أو هبة، أو غيره من التصرفات التي تفضي لنقل الملكية، أو تسقطها؛ كالوقف والإبراء؛ فلا رجوع للواهب باتفاق الفقهاء.

ووافق القانون المدني الكويتي ما اتفق عليه الفقهاء. فقد نصت الفقرة:

(د) من المادة: ٥٣٩ على ما يلي:

"يمنع الرجوع في الهبة.... إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً يخرج عن ملكه، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي".

٢- تغير ذات الموهوب بزيادة متصلة فيه:

قد يتغير الموهوب بسبب زيادة، وهذه الزيادة قد تكون متصلة، كالسمن، وهي بخلاف الزيادة المنفصلة، كالولد واللبن والصوف فقد اتفق الفقهاء على جواز الرجوع فيها، أما خلاف الفقهاء فهو في رجوع الواهب في هبته إذا طرأ على الهبة زيادة، وكانت هذه الزيادة متصلة بالهبة لا تنفك عنها إلى قولين:

الراجح عدم جواز الرجوع في الهبة إذا كانت الزيادة متصلة في الشيء الموهوب، وهو ما وافق القانون المدني الكويتي حيث نصت الفقرة: (هـ) من المادة: ٥٣٩ على ما يلي: "يمنع الرجوع في الهبة.... إذا حصل تغير في ذات الموهوب أو حصلت فيه زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، وإذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة".

فهرس المراجع

القرآن الكريم.

أ- كتب اللغة العربية :

- ١- تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط: ١، ٢٠٠١م.
- ٢- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط: ٤، ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧م.
- ٣- القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: ٨، ١٤٢٦ هـ- ٢٠٠٥م.
- ٤- لسان العرب، لابن منظور الأنصاري، دار صادر - بيروت، ط: ٣، ١٤١٤ هـ.
- ٥- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المكتبة العلمية - بيروت.
- ٦- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى وآخرون، بيروت، دار الدعوة، ب. ت.
- ٧- معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م.

ب- كتب المذهب الحنفي :

- ١- أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط: بدون،

١٤٠٥هـ.

٢- الإحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي الأمدى، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت-دمشق-لبنان.

٣- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصر، وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد الحنفي القادري، وبالhashية: منحة الخالق لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط: ٢ - بدون ت.

٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، ط: الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٥- البناية شرح الهداية، لبدر الدين العيني، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، ط: ١، ٢٠٠٠م.

٦- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي، فخر الدين الزيلعي، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط: ١، ١٣١٣هـ.

٧- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين، محمد أمين بن عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر-بيروت، ط: ٢، ١٩٩٢م.

٨- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي، دار الفكر، ط: بدون ط وبدون ت.

٩- فتح القدير، كمال الدين السيواسي ابن الهمام، دار الفكر، ط: بدون ط، ت.

١٠- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، ط: بدون ط وبدون ت.

- ١١- المبسوط، محمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة - بيروت، ١٩٩٣ م.
 ١٢- مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، أبو عبد الله محمد بن عمر التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط: ٣ - ١٤٢٠ هـ.

- ١٣- الهداية في شرح بداية المبتدي، للمرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

ج- كتب المذهب المالكي:

- ١- أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط: الثانية.
 ٢- الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر محمد بن إبراهيم المنذر النيسابوري، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، ط: ١، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
 ٣- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي، المحقق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط: ١، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م.
 ٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م.
 ٥- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، أبو العباس أحمد بن محمد، الشهير بالصاوي المالكي، دار المعارف.
 ٦- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٤ م.

- ٧- التلقين في الفقه المالكي، عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي، تحقيق: ابي
أويس محمد بو خبزة التطواني، دار الكتب العلمية، ط: ١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- ٨- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، خليل بن إسحاق بن
موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: د. أحمد بن عبد
الكريم نجيب، مركز نجيويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط: ١، ١٤٢٩هـ -
٢٠٠٨م.
- ٩- الجامع لأحكام القرآن= تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن فرح الأنصاري
الخرزجي شمس الدين القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش،
دار الكتب المصرية - القاهرة، ط: ٢، ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م.
- ١٠- الجامع لمسائل المدونة، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي
الصقلي، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث
العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة، ط:
١، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.
- ١١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر.
- ١٢- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي، تحقيق:
يوسف البقاعي، دار الفكر-بيروت، ط: بدون، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- ١٣- شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه
الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد
السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: الأولى،
١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ١٤- شرح تنقيح الفصول، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد
الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة
الطباعة الفنية المتحدة، ط: ١، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

- ١٥- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر للطباعة-بيروت.
- ١٦- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، أبو محمد جلال الدين بن شاس بن نزار المالكي، دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: ١، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.
- ١٧- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي المالكي، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- ١٨- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي، تحقيق: محمد أحيد، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ط: ٢، ١٤٠٠هـ.
- ١٩- المقدمات الممهديات، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط: ١، ١٤٠٨هـ.
- ٢٠- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، ط: ١، ١٣٣٢هـ.
- ٢١- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عlish، دار الفكر، بيروت، ب. ط، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.
- ٢٢- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب المالكي، دار الفكر، ط: ٣، ١٩٩٢م.
- ٢٣- موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، تحقيق: بشار عواد معروف - محمود خليل، مؤسسة الرسالة، ١٤١٢هـ.

- ٢٤- الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة)، محمد بن قاسم الأنصاري، المكتبة العلمية، ط: ١، ١٣٥٠هـ.
- ٢٥- الوسيط في المذهب، أبو حامد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، ط: ١، ١٤١٧هـ.

د- كتب المذهب الشافعي:

- ١- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، ط: بدون ط، ت.
- ٢- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين)، أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، دار الفكر للطباعة، ط: ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٣- بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، تحقيق: طارق السيد، دار الكتب العلمية، ط: ١، ٢٠٠٩م.
- ٤- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى العمراني اليميني الشافعي، تحقيق: قاسم النوري، دار المنهاج - جدة، ط: ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- ٥- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسن علي بن محمد البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، تحقيق: الشيخ علي معوض-الشيخ عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط: ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ٦- كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، نجم الدين، المعروف بابن الرفعة، تحقيق: مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، ط: ١، ٢٠٠٩م.
- ٧- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد

- الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، ط: ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
- ٨- المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق الشيرازي، دار الكتب العلمية.
- ٩- النجم الوهاج في شرح المنهاج، كمال الدين، محمد بن موسى الدّميري، دار المنهاج (جدة)، تحقيق: لجنة علمية، الطبعة: ١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ١٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ط: أخيرة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ١١- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، حققه وصنع فهارسه: أ. د. عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط: ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

ه- كتب المذهب الحنبلي:

- ١- الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط: ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- ٢- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط: ٢، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ٣- شرح الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، دار العبيكان، ط: ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- ٤- شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح المعروف بابن النجار الحنبلي، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط: ٢، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٥- العدة شرح العمدة، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين

- المقدسي، دار الحديث، القاهرة، الطبعة: بدون ط، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣ م.
- ٦- الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٧- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية.
- ٨- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٩- مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، إسحاق بن منصور بن بهرام، أبو يعقوب المروزي، المعروف بالكوسج، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط: ١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٢م.
- ١٠- المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ط: ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ١١- المغني لابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، ١٩٦٨م.
- ١٢- الممتع في شرح المقنع، زين الدين المُنَجِّي بن عثمان بن أسعد التنوخي الحنبلي، تحقيق: عبد الملك بن دهيش، مكتبة الأسد-مكة المكرمة، ط: ٣، ١٤٢٤هـ.

و- كتب الفقه العام:

- ١- المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي

- الظاهري، دار الفكر - بيروت، ط: بدون ط وبدون ت.
 ٢- نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، تحقيق:
 عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط: ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

ز- كتب أصول الفقه والقواعد الأصولية:

- ١- العدة في أصول الفقه، القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن
 خلف ابن الفراء، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير
 المباركي، بدون ناشر، ط: ٢، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
 ٢- المنشور في القواعد الفقهية، أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر
 الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط: ٢، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

ح- كتب الحديث النبوي وعلومه:

- ١- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني،
 إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط: ٢، ١٤٠٥هـ -
 ١٩٨٥م.
 ٢- التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، عبد
 العزيز الطريقي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، ط: ١، ١٤٢٢هـ -
 ٢٠٠١م.
 ٣- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد
 الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية - بيروت.
 ٤- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن
 حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، ط: ١، ١٤١٩هـ. ١٩٨٩م.
 ٥- التيسير بشرح الجامع الصغير، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج
 العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، مكتبة الإمام

- الشافعي - الرياض، ط: ٣، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- ٦- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت.
- ٧- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، محمد ناصر الدين الألباني، دار المعارف، الرياض - السعودية، ط: ١، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- ٨- سنن ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط: ١، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٩- سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج ١، ٢)، ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج ٣)، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج ٤، ٥)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، ط: ٢، ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م.
- ١٠- السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجِردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: ٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ١١- شرح صحيح البخاري، لابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، ط: ٢، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- ١٢- شرح معاني الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، حققه وقدم له: (محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق) من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي - الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية، عالم الكتب، ط: ١، ١٤١٤هـ.

- ١٩٩٤ م.
- ١٣- صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، دار الصديق، ط: ٤، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ م.
- ١٤- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري، محمد زهير الناصر، دار طوق النجاة، مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد عبد الباقي، ط: ١، ١٤٢٢هـ.
- ١٥- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ١٦- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
- ١٧- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي الشهير بالمتقي الهندي، تحقيق: بكري حياني - صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط: ٥، ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م.
- ١٨- المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري المعروف بابن البيع، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: ١، ١٤١١هـ.
- ١٩- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط: ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١ م.
- ٢٠- المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الحميري اليماني الصنعاني، تحقيق:

- حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - الهند، بيروت، ط: ٢، ١٤٠٣هـ.
- ٢١- المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد العسبي، تحقيق: كمال الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، ط: ١، ١٤٠٩هـ.
- ٢٢- معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، أبو سليمان حمد بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، المطبعة العلمية - حلب، ط: ١، ١٣٥١هـ - ١٩٣٢م.
- ٢٣- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، شمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، تحقيق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ٢٤- المنهل العذب المورود شرح سنن الإمام أبي داود، محمود محمد خطاب السبكي، عني بتحقيقه وتصحيحه: أمين محمود محمد خطاب (من بعد الجزء ٦)، مطبعة الاستقامة، القاهرة - مصر، ط: ١، ١٣٥١هـ - ١٣٥٣هـ.
- ٢٥- نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، قدم للكتاب: محمد يوسف البُنُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجان، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية، ط: ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٢٦- النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات ابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت، ١٣٩٩هـ.

ط- كتب التراجم وطبقات الرجال:

- ١- جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، د. قاسم علي سعد، دار البحوث للدراسات

- الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط: ١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ٢- ديوان الإسلام، شمس الدين أبو المعالي محمد بن الغزي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.

ك- كتب المجالات:

- ١- أثر الالتزام في عقد الهبة، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة العلمية والافتاء، إصدار رجب ١٤٢٥هـ، المملكة العربية السعودية.

ل- كتب القانون:

- ١- القانون المدني الأردني المؤقت رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م والمعدل سنة ١٩٩٦م.
- ٢- النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة. بحث دكتوراه، جامعة أبو بكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم القانون الخاص، بلقايد-تلمسان، الجزائر، إعداد: خالد سماحي، سنة: ٢٠١٢م-٢٠١٣م.
- ٣- الموارد الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون في نصوص القانون الصادرة بشأنها. بدران أبو العينين، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٥م.
- ٤- الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، مع شرح مفصل للأشياء والأموال، أ.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ط: ١٩٦٧، دار النهضة العربية.





قسم القانون العام

حقّ المحبوس تعسفاً في التعويض دراسة فقهية مقارنة بالقانون

إعداد

د. ماجد بن نايف الشيباني

أستاذ القانون المدني المساعد، كلية إدارة الأعمال،

جامعة الأمير سطاتم بن عبد العزيز، الخرج

حق المحبوس تعسفاً في التعويض

دراسة فقهية مقارنة بالقانون

ماجد بن نايف الشيباني

قسم القانون المدني، كلية إدارة الأعمال، جامعة الأمير سطام بن عبد العزيز،
الخرج، المملكة العربية السعودية .

البريد الإلكتروني: m.alshaibani@psau.edu.sa

ملخص البحث:

يناقش هذا البحث حماية حرية الأفراد في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية، والآثار المترتبة على انتهاك هذا الحق حال حبس الإنسان دون سند شرعي أو نظامي المتمثلة في التعويض جبراً للضرر الواقع عليه وبيان أركانه المتمثلة في "الخطأ والضرر وعلاقة السببية"، سواء كان هذا السجن نتيجة خطأ في الشخص المطلوب أو الحبس مدة تزيد عن المدة المحددة نظاماً في مرحلة التحقيق. وقد تم عرض هذا البحث من خلال ثلاثة مباحث: تم تخصيص المبحث الأول لعرض حماية الحق في الحرية في الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية، ثم خصصنا المبحث الثاني لآثار انتهاك الحق في الحرية "التعويض". وفي المبحث الثالث تناولنا بعض القضايا المتعلقة بالحبس غير النظامي ومناقشتها واستخلاص عدداً من النتائج المتعلقة بالموضوع محل البحث.

الكلمات المفتاحية: الحق في الحرية، التعويض، حق المحبوس، الحبس غير

النظامي، الشريعة، النظام.

The right of the arbitrarily imprisoned to compensation a comparative study

Majid bin Nayef al-Shaybani

Department of Civil Law, Business School, Prince Sattam Bin Abdulaziz University, Al-Kharj, Saudi Arabia.

Email: m.alshaibani@psau.edu.sa

Abstract:

The current study discusses the protection of persons' right in liberty under the Islamic Sharia, the international covenants and the Saudi legal systems. In the same vein, the study addresses the consequences of violating this right due to arbitrary detention. In addition, it sheds light on the right of those who are detained arbitrarily to get compensated if their imprisonment resulted from a mistake or their imprisonment period exceeds the legally specified period at the investigation stage. The study falls into three sections. The first concentrates on protecting the right of liberty in Islamic Sharia and the Saudi legal systems. The second section is devoted to showing the consequences of violating the right of liberty; it is represented in 'compensation'. The third section exposes, discusses and analyses some cases related to arbitrary detention to come to some conclusions and results of this topic.

Keywords: Right for compensation, Prisoner's right, Arbitrary detention, Sharia, Saudi legal system

المقدمة

اهتمت الشريعة الإسلامية بالإنسان من حيث إن له كرامة وحرمة يجب حمايتها والحفاظ عليها، فقال تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ (الإسراء ٧٠). وفي الحديث الشريف: (لا ضرر ولا ضرار) (ابن ماجه، د.ت، ٢٣١٤). ومن القواعد الفقهية المبنية على هذا الحديث قاعدة (الضرر يزال) (ابن نجيم، ١٩٩٩ م، ٨٣).

وقد تأكد هذا الاهتمام تأكيداً كبيراً مع وجود العديد من الاتفاقيات والإعلانات الإسلامية والدولية لحقوق الإنسان، ووجود العديد من المنظمات الدولية المهتمة بتلك الحقوق. وترجمة لتلك الأهمية نصت أغلب الأنظمة والقانونين الداخلية للدول على الاهتمام بحماية الإنسان من المساس بحريته وعدم تقييدها إلا بناء على ضوابط محددة. فحرية الإنسان من الأمور التي ضمنتها جميع القوانين، ومن قبلها نصوص الشريعة الإسلامية. حيث كفلت للفرد الحرية وعدم المساس بها إلا بقيود وضوابط محددة.

ولما كان الحبس من الأفعال الخطيرة الماسة بحقوق الإنسان اللصيقة بشخصيته التي كفلها النظام الأساسي للحكم. فالأصل في الإنسان البراءة وتمتعه بكل حريته وعدم جواز التعدي عليها أو انتهاكها أو تقييدها إلا في الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة وحماية أمن المجتمع.

والحبس غير النظامي مفاده حبس الإنسان وتقييد حريته دون سند شرعي أو نظامي وهذا يعد خروجاً على قواعد الشريعة الإسلامية ونصوص

الأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية بالإضافة إلى خرق المواثيق الدولية التي كفلت حرية الإنسان.

وحديثاً ومع بداية عام ٢٠٢٠م وانطلاقاً من حرص المملكة العربية السعودية على حماية حق الانسان في الحرية أطلقت النيابة العامة بالتعاون مع منصة أبشر خدمة إلكترونية جديدة تحت مسمى "التوقيف غير النظامي" والتي تهدف إلى الإبلاغ عن وجود مسجون تم سجنه أو توقيفه دون سند شرعي أو نظامي.

ومن هنا تأتي فكرة هذا البحث التي تقوم على إلقاء الضوء على حق المحبوس في التعويض عما يصيبه من ضرر جراء تقييد حريته دون سند شرعي أو نظامي. وأود أن أشكر جامعة الأمير سطام بن عبدالعزيز ممثلة بعمادة البحث العلمي لدعمها هذا المشروع البحثي تحت رقم ٢٠١٨/٠١/٩٣٤٢.

وتتضح أهمية موضوع هذا البحث وأسباب اختياره، من عدة جوانب، أبرزها:

أولاً: بيان حماية الحق في الحرية، في الشريعة الإسلامية والنظام السعودي، وعدم تقييدها إلا بناء على ضوابط محددة.

ثانياً: بيان تكامل القواعد القانونية والقرارات النظامية بشأن كفالة حرية الإنسان، وعدم حبسه إلا وفق النظام، وبمدة محددة أيضاً.

ثالثاً: توضيح أهمية المحافظة على حق الإنسان الخاص في تعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء السجن دون سند نظامي.

رابعاً: بيان صور التعويض الذي يستحقه المحبوس جراء حبسه دون سند نظامي، ومقدار التعويض، وسلطة المحكمة في تحديد هذا المقدار.

خامساً: الإسهام في زيادة وعي المجتمع بالأنظمة السعودية والتعاميم والأوامر السامية والقرارات ذات العلاقة باحترام حق الإنسان في حريته وعدم تقييدها بالحبس إلا بمسوغ نظامي.

تساؤلات البحث:

التساؤل الرئيس لهذا البحث هو: ما حق المحبوس جراء حبسه دون سند نظامي؟ ويتفرع عن هذا التساؤل الرئيس عدة تساؤلات فرعية، أهمها:

- ١- ما ضمانات حماية الحق في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية؟
- ٢- ما أثر انتهاك الحق في الحرية؟
- ٣- كيف يتم التعويض وما شروط استحقاقه؟
- ٤- ما صور الأضرار التي قد تصيب المحبوس؟

منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج الاستقرائي، وذلك باستقراء النصوص النظامية المتعلقة بموضوع البحث، وبيان موقف الشريعة الإسلامية والأنظمة السعودية وأحكام القضاء في هذا الشأن.

المبحث الأول

حماية الحق في الحرية في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية

الحرية هي أصل جميع الحقوق، ويرجع الاهتمام بحقوق الإنسان إلى أنها من أعلى القيم التي يحرص الفرد عليها، ويسعى إلى حمايتها، والزود عنها لأنها تمثل ثمرة كفاح البشرية عبر العصور والأجيال، كما أنها الأساس الحقيقي للمجتمعات المثالية، وتمثل حقوق الإنسان في عصرنا الراهن رمزاً للتطور والارتقاء، وعلامة من علامات التقدم، ولهذا حظيت بالرعاية والحماية وتقررت لها كافة الضمانات التي تكفل لها الحماية.

وهذه الضمانات المقررة لحماية الحق في الحرية منها ما هو موضوعي، ومنها ما هو إجرائي نعرض أولاً للضمانات الموضوعية ثم نعرض للضمانات الإجرائية وذلك فيما يلي.

المطلب الأول

الضمانات الموضوعية لحماية الحق في الحرية

النطاق الموضوعي للحماية: يتمثل في مجموعة القواعد والمبادئ الموضوعية التي قررتها الشريعة الإسلامية والأنظمة والمواثيق الدولية لحماية الحق في الحرية.

أولاً: الحماية الموضوعية لحرية الأفراد في الشريعة الإسلامية:

اهتمت الشريعة الإسلامية بحرية الإنسان حيث كانت مصاحبة للتكريم الإلهي للإنسان كما في قول الله عز وجل ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ (الإسراء ٧٠). وتجدر ملاحظة أن هذا التكريم الإلهي لجميع البشر دون تمييز بسب لون أو جنس أو عرق.

وإزاء ذلك التكريم قدمت الشريعة مجموعة من الضمانات لحماية الحقوق والحريات، نعرض بعضاً منها فيما يلي:

- رؤية الشريعة الإسلامية "للحرية" تمثلت في كونها حقاً من الحقوق الطبيعية للإنسان، "ما من مولود إلا ويولد إلا ويولد على الفطرة" (رواه البخاري ومسلم). وهي مستصحبة ومستمرة ليس لأحد أن يعتدي عليها (البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام)
- ويجب توفير الضمانات الكافية لحماية حرية الأفراد، بما في ذلك حرية الاعتقاد كما قال تعالى: ﴿لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي﴾ (البقرة: ٢٥٦)، وينسحب هذا على كل ما يحق للإنسان أن يستقل به من التصرفات والملكية والحركة والتكسب المشروع، ونحوها. (عبد العزيز،

(٢٠٠١، ص ٧)

- من المقاصد التي راعتها الشريعة الإسلامية: حرية الإنسان وعدم تقييدها، حيث حرمت الظلم والاعتداء على نحو عام كما في قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيما يرويه عن ربه عز وجل أنه قال: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته محرما بينكم فلا تظالموا». وفي الحديث الشريف: (لا ضرر ولا ضرار) (ابن ماجه، د.ت، ٢٣١٤). ومن القواعد الفقهية المبنية على هذا الحديث قاعدة (الضرر يزال) (ابن نجيم، ١٩٩٩م، ٨٣).
- قدمت الشريعة الإسلامية نظاماً عملياً تمثل في مجموعة من القواعد والاحكام التي تضمن تحقيق العدالة والمحاكمة العادلة (عودة، التشريع الجنائي الإسلامي).

ثانياً: الحماية الموضوعية لحرية الأفراد في المواثيق الدولية

أ) حماية الحرية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(١):

صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨م عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وجاءت نصوصه مؤكدة على ضمان حرية الأفراد كالتالي:

- المادة الثالثة: نصت على أن لكل فرد الحق في الحرية والسلامة الشخصية.

(١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨.

- المادة الخامسة: نصت على أنه لا يجوز تعريض أي إنسان للتعذيب أو العقوبات أو المعاملة القاسية أو الوحشية.
- المادة التاسعة: نصت أنه لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً.
- المادة الثالثة عشر: نصت على أن لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة، ولكل فرد الحق في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده ويحق له العودة لبلده.

(ب) حماية الحرية في الميثاق العربي لحقوق الإنسان^(١):

تمت المصادقة على الميثاق العربي لحقوق الإنسان بالمرسوم الملكي رقم (م/١٩) وتاريخ ٢٧/٣/١٤٣٠هـ، وقد اشتملت عدد من مواده على قضية حرية الإنسان، وهي:

- المادة (١/١٤) ومما جاء فيها: " لكل شخص الحق في الحرية والأمان على شخصه، ولا يجوز توقيفه أو تفتيشه أو اعتقاله تعسفاً وبغير سند قانوني".

- ونصت الفقرة (٧) من المادة نفسها على أن: " لكل شخص كان ضحية توقيف أو اعتقال تعسفي أو غير قانوني الحق في الحصول على تعويض".

(١) الميثاق العربي لحقوق الإنسان: هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته جامعة الدول العربية، اعتمد في ٢٣ مايو ٢٠٠٤ في القمة السادسة عشرة لجامعة الدول العربية المنعقدة في تونس العاصمة.

ج) حماية الحرية في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية^(١):

جاءت الحقوق الواردة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية داعمة ومكملة للحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ونذكر منها، في خصوص ما يتعلق بالبحث الآتي:

المادة التاسعة: وتشمل البنود التالية:

١- لكل فرد حق الحرية في الأمان الشخصي، ولا يجوز توقيفه أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون.

٢- يجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه. كما يجب إبلاغه سريعاً بأية تهمة توجه إليه.

٣- يقدم الموقوف أو المعتقل بتهمة جنائية سريعاً إلى أحد القضاة أو أحد الموظفين المخولين قانونياً مباشرة وظائف قضائية ويكون من حقه أن يحاكم خلال مهله أو أن يفرج عنه.

٤- لكل شخص حرم من حريته بالإيقاف أو الاعتقال حق الرجوع إلى محكمة لكي تفصل في مدى قانونية اعتقاله وتأمراً بالإفراج عنه إذا كان

(١) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: هي معاهدة متعددة الأطراف اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ ودخلت حيز النفاذ من ٢٣ مارس ١٩٧٦. تلزم أطرافها على احترام الحقوق المدنية والسياسية للأفراد بما في ذلك " ... حقوق إجراءات التقاضي السلمية والمحاكمة العادلة ". اعتباراً من أبريل ٢٠١٤ صدقت ١٦٨ دولة على المعاهدة ووقعت عليها من غير تصديق ٧٤ دولة.

الاعتقال غير قانوني.

٥- لكل شخص كان ضحية إيقاف أو اعتقال غير قانوني حق الحصول على تعويض.

المادة العاشرة: وتشمل البنود التالية:

١- يعامل جميع المحرومين من حريتهم معاملة إنسانية تحترم الكرامة الأصلية.

٢- يفصل الأشخاص المتهمون عن الأشخاص المدانين إلا في ظروف استثنائية ويكونون محل معاملة على حده تتفق مع كونهم أشخاصاً غير مدانين، ويفصل المتهمون الأحداث عن البالغين ويحالون بالسرعة الممكنة إلى القضاء للفصل في قضاياهم.

٢- لكل فرد يوجد على نحو قانوني داخل إقليم دولة ما حرية التنقل فيه وحرية اختيار مكان إقامته، ولكل فرد حرية مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده.

ثالثاً: الحماية الموضوعية لحرية الأفراد في الأنظمة السعودية

أ) النظام الأساسي للحكم:

اعتنى " النظام الأساسي للحكم " بحق حرية الشخص وعدم توقيفه أو حبسه إلا بمسند نظامي، حيث نصت المادة (٣٦) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وبتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢هـ على أن " توفر الدولة الأمن لجميع مواطنيها والمقيمين على إقليمها، ولا يجوز تقييد

تصرفات أحد أو توقيفه أو حبسه إلا بموجب أحكام النظام " (١). وقد تم استثناء هذه المادة من الشريعة الإسلامية، وإلى ذلك نوهت المادة (٢٦) من ذات النظام ونصها: "تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية".

ب) نظام المناطق:

نصت المادة (٣/٧) من نظام المناطق الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٢/أ) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ على "كفالة حقوق الأفراد وحياتهم وعدم اتخاذ أي إجراء يمس تلك الحقوق إلا في الحدود المقررة شرعا ونظاما".



(١) النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٠/أ) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ

المطلب الثاني

الضمانات الإجرائية لحماية الحق في الحرية

النطاق الإجرائي للحماية: هو نظام الإجراءات الجزائي، وهو أداة تطبيق القواعد والمبادئ الموضوعية المقررة لحماية الحق في الحرية، كما أنه أداة الموازنة بين حماية حقوق وحرريات الأفراد من جهة وحماية المجتمع من مخاطر الإجرام من جهة أخرى بحيث لا تطغي إحداها على الأخرى، وفيما يأتي عرض لأبرز ما تضمنه في هذا الشأن:

أولاً: نظام الإجراءات الجزائية وضماناته الاجرائية

(أ) أهداف نظام الإجراءات الجزائية:

يهدف نظام الإجراءات الجزائية إلى حماية المجتمع من مخاطر الإجرام وكفالة حق الدولة في عقاب الجاني، من خلال الوصول للحقيقة، عبر إجراءات مبسطة وسريعة، تقل فيها الشكليات والعقبات (حسني، ١٩٨٥، ص ٥).

كما يهدف نظام الإجراءات الجزائية إلى حماية البريء من إدانة ظالمة، بل وحماية المجرم من إجراءات تمتهن كرامته الإنسانية، وتحقيق هذا الهدف يتطلب إجراءات أكثر تروياً بحيث تتعدد فيها الضمانات وتكفل فيها الحق في الدفاع (حسني، ١٩٨٥، ص ٥).

ويبدو ثمة تعارض بين الهدفين، وفي هذه الحالة يأتي نظام الإجراءات الجزائية ليحقق التنسيق والتوازن بين هذين الهدفين، من خلال وضع الحدود النظامية بحيث لا تمس الكرامة الإنسانية وحقوق الدفاع التي لا يجوز للدولة

العبث بها (حسني، ١٩٨٥، ص ٥)، وفي الوقت ذاته يحفظ حق الدولة في حماية المجتمع.

ب) ضمانات حماية الحرية بنظام الإجراءات الجزائية

تضمن نظام الإجراءات الجزائية السعودي مجموعة من الضمانات والإجراءات التي تحدد المساس المشروع بحرية الأفراد في نظام الإجراءات الجنائية، ونص على حالات ثلاث لذلك هي: القبض عليه، وحسبه احتياطياً، فضلاً عن توقيع العقوبة السالبة والمقيدة لحرية عليه. ولعل ما يؤكد ذلك الآتي:

(١) نص نظام الإجراءات الجزائية في مادته الثانية على أنه "لا يجوز القبض على أي إنسان أو تفتيشه أو توقيفه أو سجنه إلا في الأحوال المنصوص عليها نظاماً، ولا يكون التوقيف أو السجن إلا في الأماكن المخصصة لكل منهما وللمدة التي تحددها السلطة المختصة. ويحظر إيذاء المقبوض عليه جسدياً أو معنوياً، ويحظر كذلك تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهينة للكرامة"^(١).

(٢) وشددت المادة (٣٥) في الإجراءات، فنصت على أنه "في غير حالات التلبس بالجريمة، لا يجوز القبض على أي إنسان أو توقيفه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك"^(٢).

(١) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

(٢) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ.

٣) كما جاءت المادة (٣٦) إلزام سلطات الضبط بالآتي: "١- يجب أن يعامل الموقوف بما يحفظ كرامته ولا يجوز إيذاؤه جسدياً أو معنوياً ويجب إخباره بأسباب توقيفه ويكون له الحق في الاتصال بمن يرى إبلاغه"^(١).

٤) كما نصت المادة (٣٧) من نظام الإجراءات الجزائية على أنه "لا يجوز توقيف أي إنسان أو سجنه إلا في السجون أو أماكن التوقيف المخصصة لذلك نظاماً. ولا يجوز لإدارة أي سجن أو توقيف قبول أي إنسان إلا بموجب أمر مسبب ومحدد المدة وموقع عليه من السلطة المختصة، ويجب ألا تبقى بعد المدة المحددة في هذا الأمر"^(٢).

٥) كما نصت المادة (١٠٩) على أنه "يجب على المحقق أن يستجوب المتهم المقبوض عليه فوراً، وإذا تعذر ذلك فيودع مكان التوقيف إلى حين استجوابه. ويجب ألا تزيد مدة إيداعه على أربع وعشرين ساعة، فإذا مضت هذه المدة دون استجوابه وجب على مدير التوقيف إبلاغ رئيس الدائرة التي يتبعها المحقق، وعلى الدائرة أن تبادر إلى استجوابه حالاً، أو تأمر بإخلاء سبيله"^(٣).

٦) كما قررت المادة (١١٢، ١١٣) أن يحدد وزير الداخلية بناء على توصية رئيس النيابة العامة ما يعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف؛ على

(١) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ.

(٢) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ.

(٣) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨ هـ.

انه إذا تبين بعد استجواب المتهم أو في حال هربه أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة فعلى المحقق إصدار أمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة أيام من تاريخ القبض عليه^(١).

٨) تلت تلك المجموعة من الضمانات والإجراءات، تقرير حق للمضروور في التعويض من الإيقاف دون مسوغ شرعي، يمثل ضمانا لاحقة جابرة لما أصابه من ضرر. حيث نصت المادة (٢١٥) أن (... لكل من أصابه ضرر- نتيجة اتهامه كيداً، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة - الحق في طلب التعويض أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأصلية)^(٢).

ج) لائحة أصول الاستيقاف والقبض والحجز المؤقت والتوقيف الاحتياطي:

نصت المادة (٧) منها على أنه " في جميع الأحوال يجب استكمال التحقيقات خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام التالية لضبط الشخص المحتجز"^(٣). وهذا يعنى أن واضع اللائحة ينظر إلى حرية الموقوف بعين الاعتبار، ومن ثم يقرر ضرورة الانتهاء من التحقيقات في أقصر مدة ممكنة.

د) الأوامر السامية والقرارات الوزارية:

١) الأمر السامي رقم (٨٢٨٨/م ب) وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٣٩هـ، ومفاده

(١) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ.

(٢) نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٩) وتاريخ ٢٨/٧/١٤٢٢هـ.

(٣) قرار وزير الداخلية رقم ٢٣٣ لسنة ١٤٠٤ هـ، بتاريخ ٧ / ٢ / ١٤٠٤هـ.

"التأكيد على ضرورة الالتزام بما نصت عليه الأنظمة والتعليمات من كفالة وحقوق الأفراد، وعدم اتخاذ أي إجراء يمس تلك الحقوق والحريات إلا في الحدود المقررة شرعاً ونظاماً"^(١).

(٢) قرار وزاري بتحديد الجرائم الموجبة للتوقيف، حيث صدر القرار الوزاري رقم (٢٠٠٠) وتاريخ ١٠/٦/١٤٣٥هـ، محدداً الجرائم الموجبة للتوقيف. وهذا القرار وضع قيوداً على النيابة العامة وسلطات الضبط يتمثل في عدم جواز التوقيف إلا في الجرائم الواردة بالقرار، ويتبع ذلك ضرورة أن يتأكد قاضي التنفيذ أن الجريمة المنسوبة إلى المتهم والتي دعت لحبسه من التهم المحددة في القرار^(٣). أي التي يجوز فيها التوقيف.

ثانياً: المدة النظامية للتوقيف والتظلم منه

أ) المدة النظامية للتوقيف:

النص: نصت المادة ١١٤ من نظام الإجراءات الجزائية على أنه:

"ينتهي التوقيف بمضي خمسة أيام، إلا إذا رأى المحقق تمديد مدة التوقيف، فيجب -قبل انقضائها- أن يقوم بعرض الأوراق على رئيس فرع هيئة التحقيق والادعاء العام^(٣)، أو مَنْ ينيبه من رؤساء الدوائر الداخلة في نطاق اختصاصه، ليصدر أمراً بالإفراج عن المتهم أو تمديد مدة التوقيف لمدة

(١) الأمر السامي رقم (٨٢٨٨/م ب) وتاريخ ٢٦/١٠/١٤٣٩هـ.

(٢) القرار الوزاري لوزير الداخلية رقم (٢٠٠٠) وتاريخ ١٠/٦/١٤٣٥هـ.

(٣) تم تعديل المسمى بحيث أصبح النيابة العامة.

أو لمدد متعاقبة، على ألا تزيد في مجموعها على أربعين يوماً من تاريخ القبض عليه. وفي الحالات التي تتطلب التوقيف مدة أطول، يرفع الأمر إلى رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام أو مَنْ يفوضه من نوابه ليصدر أمره بالتمديد لمدة أو لمدد متعاقبة لا تزيد أي منها على ثلاثين يوماً، ولا يزيد مجموعها على مائة وثمانين يوماً من تاريخ القبض على المتهم، يتعين بعدها مباشرة إحالته إلى المحكمة المختصة أو الإفراج عنه.

وفي الحالات الاستثنائية التي تتطلب التوقيف مدة أطول؛ للمحكمة الموافقة على طلب تمديد التوقيف لمدة أو لمدد متعاقبة بحسب ما تراه، وأن تصدر أمراً قضائياً مسبباً في ذلك".

التعليق والتحليل:

للموازنة بين الحق الأصلي للفرد بعدم المساس بحريته إلا تنفيذاً لحكم قضائي، ومقتضيات التحقيق التي تتطلب إيقافاً للمتهم، حدد النظام السعودي مدد التوقيف التي لا يجوز تعديها، وذلك وفق الآتي:

١- المحقق: ينتهي التوقيف بمضي خمسة أيام^(١).

٢- رئيس فرع هيئة التحقيق والادعاء العام: وله أن يمدد الإيقاف بما لا يزيد عن أربعين يوماً من تاريخ الإيقاف، وذلك بناء على طلب من المحقق، يتقدم به قبل انقضاء الأيام الخمسة متضمناً مبررات مقنعة للتمديد^(٢).

(١) المادة ١١٤ من نظام الإجراءات الجزائية.

(٢) المادة ١١٤ من نظام الإجراءات الجزائية.

٣- رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام^(١): إذا انقضت ال (٤٠ يوماً) من تاريخ القبض - ورأى المحقق أن مصلحة التحقيق ما زالت تستوجب توقيف المتهم، فعليه في هذه الحالة قبل انقضاء تلك المدة أن يرفع طلب التمديد إلى رئيس هيئة التحقيق والادعاء العام الذي له - حال اقتناعه بالمبررات التي تضمنها طلب التمديد - أن يصدر أمراً بتمديد توقيف المتهم لمدة أو مدد أخرى، لا تزيد أي منها على ثلاثين يوماً، ولا يزيد مجموعها على مائة وثمانين يوماً من تاريخ إيقاف المتهم^(٢).

وإذا انقضت هذه المدة فإنه يتعين على المحقق مباشرة إما إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة وإما الإفراج الفوري عن المتهم.

ب) التظلم من أمر التوقيف^(٣):

فقد كفل المقنن للموقوف حق التظلم من أمر التوقيف الصادر بحقه، وذلك بموجب المادة ٣٩ من نظام الإجراءات الجزائية التي نصت على أن: " لكل مسجون أو موقوف الحق في أن يقدم في أي وقت لمأمور السجن أو دار التوقيف شكوى كتابية أو شفوية، ويطلب منه تبليغها إلى عضو هيئة التحقيق والادعاء العام، وعلى المأمور قبولها وتبليغها في الحال بعد إثباتها

(١) تم تعديل مسمى الهيئة بحيث أصبح النيابة العامة.

(٢) المادة ١١٤ من نظام الإجراءات الجزائية.

(٣) وثمة ضمانات أخرى مرتبطة بالسماح للموقوف بالتظلم من أمر التوقيف تتمثل في اشتراط تسبيب هذا الأمر حتى يمكن مراقبة سلامة تقدير المحقق في هذا الصدد. وفضلاً عن ذلك تجعل بعض القوانين البت في هذا التظلم من اختصاص جهة قضائية، ومن ثم يتوافر لها الحياد والاستقلال عن الجهة مصدرة أمر التوقيف.

في سجل معد لذلك، وتزويد مقدمها بما يثبت تسلمها، وعلى إدارة السجن أو التوقيف تخصيص مكتب مستقل لعضو الهيئة المختص لمتابعة أحوال المسجونين أو الموقوفين".



المبحث الثاني

أثر انتهاك الحق في الحرية (التعويض)

الحق في الحرية حق أصيل للإنسان، والاعتداء عليه يُرتَّب قيام مسؤوليةٍ تتنوع بحسب نوع الاعتداء والضرر، فقد تكون مسؤولية: جزائية أو مدنية أو تأديبية، ويقتصر موضوع البحث هنا على قيام المسؤولية المدنية حال الاعتداء على حق الحرية.

والمسؤولية المدنية هنا تتمثل في تعويض الإنسان عن الضرر الذي أصابه جراء تجاوز القواعد الموضوعية لحماية الحق في الحرية، وبما أنه إجراء باطل قام به أحد موظفي الدولة؛ والدولة مسؤولة عن تصرفات موظفيها؛ فهي إذاً تتحمل عبء تعويض المتضرر عن هذا الإجراء الباطل. ولقيام هذه المسؤولية المدنية؛ يلزم توافر مجموعة من الشروط وهي وجود الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وفيما يأتي عرض لماهية التعويض وبيان لتلك الشروط:

المطلب الأول

ماهية التعويض

تعارف فقهاء الشريعة الإسلامية على استخدام مصطلح (الضمان) عند الحديث عن جبر الضرر، وفي بعض الأحيان يشمل عندهم التعويض الذي يتحدث عنه فقهاء القانون المدني (عبد السميع، ٢٠٠٧م، ص ٢١) وفي أحيان أخرى لا يشملها، وللوقوف على ماهية التعويض نعرض فيما يلي لمفهوم كلٍ من التعويض والضمان، ثم نعرض لتمييز التعويض عما يشته به، وذلك فيما يلي:

أولاً: مفهوم التعويض والضمان

أ) التعويض والضمان لغة:

١- التعويض لغة:

أصله: البدل، وعودته: أعطيته بدل ما ذهب منه، واعتاض: أخذ العوض، واستعاضه وتعوضه: سأله العوض، (ابن منظور، ١٤١٤هـ، ٧/١٩٢).

٢- الضمان لغة: يستخدم في عدة معان منها:

الالتزام، والكفالة، والتغريم (الفيروز آبادي مادة "ضمن").

ب) التعويض والضمان اصطلاحاً:

سنعرض فيما يلي لموقف الفقهاء المتقدمين، ثم نتبعه بموقف المعاصرين:

١- التعويض والضمان عند الفقهاء المتقدمين:

تعددت أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية للضمان:

فعرفه بعضهم بأنه: "واجب رد الشيء، أو بدله بالمثل والقيمة" (الشوكاني، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م) و(عثمان بن طاهر طالبي)

وقال غيرهم: "رد مثل الهالك أو قيمته" (أحمد بن محمد مكّي الحموي، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ١٢٠/٢).

وقيل: هو "إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفيًا للضرر بقدر الإمكان" (عثمان بن علي الزيلعي، ١٣١٣هـ، ٥ / ٣٢٢، وعلاء الدين الكاساني، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ٨٦١/٧).

وعرفه آخرون بأنه: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين" (محمد أمين بن عمر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ١٨٢/٥).

وعرّف أيضاً بأنه: "غرامة التالف" (الشوكاني، د.ت، ٩٩٢/٥).

وكلها متقاربة المعنى عدا التعريف الرابع.

والتعريف الذي يختاره الباحث هو: "إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفيًا للضرر بقدر الإمكان" (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (لم يكتب اسم المؤلف) ٨٦١/٧). لأنه يبرز معنى الضرر بوضوح، ويذكر التعويض مرتبا في قوله: "إيجاب مثل التالف إن أمكن" فالواجب أولاً التعويض بالمثل، ولا يصار إلى القيمة إلا إذا تعذر وجود المثل.

٢- التعويض والضمان عند الفقهاء المعاصرين:

عرفه بعضهم بالمعنى العام عند فقهاء الشريعة الإسلامية فقال: "شغل

الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط أدائه " (علي الخفيف، عام ١٩٧١م).

وعرفه البعض الآخر بأنه " الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" (علي صالح أيمن د.ت، ص ١١٩)

وعرف بعض الفقهاء المعاصرين الضمان بما يتوافق مع التعويض؛ فقال بعضهم: " جبر الضرر الذي يلحق المصاب" (وهبة الزحيلي، عام ١٩٩٨ م، ص ٧٨).

وقال آخرون: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره، في نفس أو مال أو شرف" (محمود شلتوت، ١٩٦٠م، ص ٥٣).

ويتميز التعريف الأخير بعدة مميزات أهمها: أنه بين ماهية التعويض وهو أنه مال يدفع للمتضرر عن طريق حكم الحاكم، وهو بهذا يكون مانعاً من دخول غير المعروف فيه. كما أنه يشمل نوعي الضرر، الواجب التعويض عنهما، وسواء كان الضرر المادي أم الضرر الأدبي.

إلا أن فقهاء القانون المدني لم يهتموا كثيراً بوضع تعريف محدد للتعويض، وإنما تعرضوا مباشرة لبيان طريقة التعويض وتقديره عند تناولهم جزاء المسؤولية، ولعل السبب في ذلك هو وضوح المصطلح وعدم احتياجه إلى إيضاح.

ومع ذلك فقد عرفه البعض بأنه: "مبلغ من النقود أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائم لو نفذ المدين التزامه

على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات " (حسن محمد كاظم، م ٢٠٠٦، ص ٨٧).

كما عرفه البعض بأنه: "هو مبلغ من النقود أو ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المتضرر من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة للفعل الضار" (عبد المجيد الحكيم ود. محمد طه البشير ود. عبد الباقي البكري، العراق، عام ١٩٨٠ م، ١ / ٢٤٤)

كما عرفه البعض بأنه: "وسيلة القضاء إلى إزالة الضرر أو التخفيف منه وهو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية وهو ليس عقاباً على المسؤولية عن الفعل الضار" (منذر الفضل، م ١٩٩١، ص ٣٧١).

فالتعويض إذن هو وسيلة لقضاء وإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، وهو الجزاء الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية (سعدون العامري، عام ١٩٨٠ م، ص ١٣٦).

ثانياً: تمييز التعويض عما يشبهه به:

يجدر بالبحث التمييز بين مصطلح التعويض -محل البحث- وبين بعض المصطلحات الأخرى القريبة منه من حيث إطار التطبيق الجنائي كالغرامة الجنائية والغرامة التهديدية، والكفالة المالية، وغير ذلك من المصطلحات المالية، إلا أننا سنتحدث فقط عما يتعلق بنطاق بحثنا هذا، وذلك في الفروع التالية:

١- التمييز بين التعويض والغرامة الجنائية

على الرغم من أن التعويض والغرامة الجنائية يتفقان في أنهما يستهدفان

إصلاح الضرر الذي أصاب المجتمع جراء تصرف المحكوم عليه؛ إلا أنهما أيضاً يختلفان من عدة وجوه^(١) منها:

(أ) من حيث السلطة التقديرية:

- الحكم بالتعويض يكون عن كل فعل ضار، وحيث إن القانون المدني لم يحدد الأفعال الضارة لصعوبة حصرها؛ لذا فإن للقاضي سلطة تحديد توافر الضرر من عدمه، وكذلك سلطة تقدير التعويض المستحق للمضرور.
- أما الغرامة فلا يحكم بها إلا إذا كان منصوصاً عليها، فهي تخضع للمبدأ الشرعي (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) بمعنى أن القانون هو الذي يقرها ولا يحق للقاضي أن يوقعها على الجاني إذا لم تكن مقرررة على الجريمة، والقاضي مقيد في حكمه بها بحدودها الدنيا والقصوى المنصوص عليها قانوناً.

(ب) من حيث الطبيعة والهدف:

- الحكم بالتعويض عقوبة مدنية تهدف إلى جبر الضرر عن المضرور.
- أما الغرامة فعقوبة جنائية الهدف منها إيلام الجاني وتحقيق الردع العام والردع الخاص.

(ت) من حيث تعدد المسؤولين:

- التعويض لا يتعدد بتعدد مرتكبي الضرر.

(١) ينظر: عبد القادر القهوجي، عام ٢٠٠٢م، ص ٢١٥ وسمير الجنزوري، عام ١٩٦٧م، ص ١٩٥ وما بعدها. وجميل عبد الباقي الصغير، عام ١٩٩٧م، ص ٤٦ وما بعدها.

- أما الغرامات فتتعدد بتعدد المسؤولين عن الفعل الضار.
(ث) من حيث المسؤولية:
- التعويض يجوز الحكم به على المدعى عليه والمسؤول عن الحقوق المدنية.
- أما الغرامة فلا يجوز أن يحكم بها على شخص غير الجاني حتى ولو كان وارثاً له أو مسؤولاً مدنياً عن الضرر طبقاً لمبدأ شخصية العقوبة.
(ج) من حيث التنازل:
- التعويض يجوز أن يتنازل المضرور عنه لأنه يكون أساساً بناء على طلبه.
- أما الغرامة فلا يجوز التنازل عنها لأنها حق للمجتمع.
(ح) من حيث السقوط:
- التعويض يحدد أسباب سقوطه القانون المدني.
- أما الغرامة فتخضع لأسباب السقوط المقررة في قانون العقوبات.
(خ) من حيث المآل:
- التعويض يؤول إلى المضرور جبراً لضرره.
- أما الغرامة فتؤول إلى خزينة الدولة.
- (د) من حيث أسباب الانقضاء.
- تنقضي دعوى التعويض بأسباب انقضاء الدعاوى المدنية عموماً.
- تنقضي عقوبة الغرامة بأسباب انقضاء الدعاوى الجنائية.

ذ) من حيث اعتبار السابقة الجنائية:

- التعويض لا يعد الحكم به سابقة جنائية.
- أما الغرامة فيعد الحكم بها سابقة جنائية كقاعدة عامة.

ر) من حيث تأثير العفو:

- لا يسقط حق المضرور في التعويض ولو تم العفو عن عقوبة الغرامة.
- اما العفو فيترتب عليه سقوط عقوبة الغرامة.

ومن الجدير بالذكر أنه يمكن الجمع بين التعويض والغرامة في الحكم الواحد وذلك إذا ما ادعى المضرور من الجريمة مدنيا أمام المحكمة الجنائية وحكم عليه بعقوبة الغرامة.

٢- تمييز التعويض عن الغرامة التهديدية

ابتدع القضاء الفرنسي نظاماً أطلق عليه "الغرامة التهديدية" أو "التهديد المالي"^(١)، ولجأ إليه القضاء الفرنسي لإجبار المدّين على تنفيذ الحكم

(١) استند القضاء الفرنسي في الحُكم بالغرامة التهديدية إلى نص المادة ١٠٣٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية الفرنسي القديم ١٨٠٦ م، فقد كان يجيز للمحاكم أن تصدر ولو من تلقاء نفسها أوامر، فاعتبر القضاء الفرنسي الحكم بالغرامة التهديدية أمراً من الأوامر - التي تصدرها المحكمة التي تنظر الدعوى - للمدين بتنفيذ التزامه، فإن خالفه جاز للمحكمة أن تفرض عليه عقوبة مالية. (ينظر: أنور سلطان، بيروت ١٩٧٤ م، ص ٥٦. ومصطفى عبد الحميد عدوي، الطبعة الأولى ١٩٩٣ م، ص ٣٣).

ويطلق عليها أيضاً: "التهديد المالي" أو "الإكراه المالي" أو "الغرامة المالية"، إلا أن مصطلح الغرامة التهديدية أكثر شيوعاً على الرغم من إشكالية هذا المصطلح، فكلمة

الصادر بحقه، فإذا ما أصدر حكماً قضائياً بإلزام المدين بالتنفيذ قَرَنه بحكم آخر تهديدي يلزمه بدفع مبلغ من النقود يتزايد مع استمرار امتناعه عن تنفيذ التزامه.

وقد نظم المنظم السعودي الغرامة التهديدية بنص المادة ٦٩ من نظام التنفيذ الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥٣ وتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣هـ^(١).

ولقد اجتهد الفقهاء المعاصرون في تعريف الغرامة التهديدية، وتعددت أقوالهم، وأبرزها:

- الرأي الذي يرى أن الغرامة المالية تتمثل في: "أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا التأخير، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملاً يخل بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلي أن يمتنع نهائياً عن

"غرامة" هي في الأصل عقوبة جزائية وليست عقوبة مدنية. (ينظر: عبد الفتاح عبد الباقي، القاهرة ١٩٨٩ م، ص ٣٦).

(١) تنص المادة التاسعة والستون من هذا النظام على أنه: "إذا تعذر التنفيذ باستخدام القوة المختصة، أو اقتضى التنفيذ قيام المدين به بنفسه ولم يتم بذلك، فللقاضي التنفيذ أن يصدر حكماً بغرامة مالية لا تزيد على عشرة آلاف ريال يومياً تودع في حساب المحكمة عن كل يوم يتأخر فيه المنفذ ضده عن التنفيذ، وللقاضي التنفيذ الحق في إلغاء الغرامة، أو جزء منها إذا بادر المنفذ ضده بالتنفيذ". ينظر الرابط:

(<https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/c81ba2f1-1bf1-443b-9b1c-a9a700f27110/1>)

الإخلال بالالتزام ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يمحوها" (عبد الرزاق السنهوري، ٢٠٠٥، ص ٨٠٧).

- كما عرفها البعض بأنها: "مبلغ من النقود يحكم به القاضي على المدين عن كل فترة زمنية معينة لا يتم فيها تنفيذ المدين لالتزامه عينيا حيث يكون التنفيذ العيني يقتضي تدخلا شخصيا من جانبه" (فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي عبد الرحمن، د.ت، ص ١٥)

وعلى الرغم من أن التعويض والغرامة التهديدية يتفقان في فكرة المبدأ المالي الذي يحكم به على المدين؛ إلا أنهما يختلفان من وجهين:

أ) من حيث الهدف:

- الهدف من التعويض هو جبر الضرر وإصلاحه.
- و الهدف من الغرامة التهديدية فهو إجبار المدين الذي لا ينفذ التزامه على التنفيذ العيني.

ب) من حيث تقدير القيمة:

- القاضي عند تقدير قيمة التعويض يجب أن يراعي ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة.
- إلا أنه عند تقدير قيمة الغرامة التهديدية غير مقيد بذلك، إذ لا يأخذ في الحسبان عنصر الضرر، وإنما تقديره لها يكون تقديراً خاصاً، يتعلق بمدى إمكانية حمل المبلغ المحكوم به للمدين نحو التنفيذ العيني، فالغرامة

التهديدية ذات طابع تحكيمي، وسلطات القاضي عند الحكم بها واسعة جداً. وعليه فإن الغرامة التهديدية تختلف تماماً عن التعويض (السنهوري، ٢٠٠٥: ٨١٥ وما بعدها، وأنور سلطان: ص ٦٤ وما بعدها، ومصطفى الزرقاء، ١٩٩٩ م: ٥٠)

٣- تمييز التعويض عن الكفالة الجنائية

تعد الكفالة عقداً قانونياً يلتزم بمقتضاه شخص ما يسمى الكفيل بأن يقوم بتنفيذ التزام تجاه شخص آخر يسمى الدائن أو المشتكى لم يف به المكفول، وتعد الكفالة ضماناً قانونياً مجدية للإيفاء بالالتزامات والحقوق المترتبة بالذمة المالية.

وهنالك مسائل جزائية تقبل فيها الكفالة بيّنّها القانون، إذ يتم من خلالها إخلاء سبيل الموقوفين لفترة معينة، ضمن شروط معينة، حتى يتمكنوا من القيام بالتزاماتهم والحقوق التي تترتب عليهم وإلا يتم إيقافهم من جديد (د. محمد نمور، ٢٠١٦ م: ٤٢٤. وحسن المرصفاوي، د.ت).

والكفالة نوعان: كفالة شخصية، وكفالة مالية. ونعرض فيما يلي للكفالة المالية حيث أنها هي المعنية بالتمييز.

يمكن تعريف الكفالة المالية الجنائية بأنها: مبلغ مالي يدفع إلى خزينة المحكمة لضمان قيام المشتكى عليه بتنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته والحقوق التي عليه للغير، ويترك تقدير قيمة هذه الكفالة للجهة التي أمرت بإخلاء سبيل المشتكى عليه، سواء كانت المحكمة أو النيابة العامة، ويجب أن يؤخذ بعين الاعتبار مركز المشتكى عليه الاجتماعي والاقتصادي وحالته

المالية، بالإضافة إلى خطورته الجرمية ضمناً لعدم هروبه (أصول الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٢٤ وما بعدها. وأصول الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص ٤٣٦ وما بعدها).

وتعد الكفالة وسيلة لإلزام المشتكى عليه بحضور إجراءات التحقيق وجميع أدوار المحاكمة، وليست إجبارية بل اختيارية، فالجهة القضائية - سواء كانت النيابة العامة أم المحكمة - غير مجبرة على الموافقة على هذه الكفالة متى ما قُدمت إليها.

ويسترد المتهم مبلغ الكفالة في نهاية محاكمته إذا حصل على البراءة أو تم حفظ التحقيقات. إلا أنها قد تصدر إذا تقاعس المتهم عن حضور مواعيد الجلسات وإجراءات التحقيقات في مواعيدها. وتقدر الكفالة من قبل القاضي أو وكيل النيابة حسب الجرم، ووفقاً لملاءة الشخص التي تُعرف من واقع الأوراق والمستندات والشهود، ومن شروطها أن يكون للمتهم محل إقامة معلوم وثابت داخل البلد حتى لا يهرب.

وعلى ما تقدم يمكن القول إن التعويض والكفالة المالية يتفقان من حيث إنهما مبلغ مالي، إلا أنهما يختلفان من عدة وجوه هي:

أ) من حيث الهدف:

- هدف التعويض: جبر الضرر وإصلاحه.
- وهدف الكفالة: ضمان حضور المتهم والتزامه بمواعيد الجلسات والتحقيقات المختلفة.

ب) من حيث تقدير القيمة:

• يراعي القاضي عند تقدير التعويض: ما فات الدائن من كسب وما لحقه من خسارة ومقدار جسامه الخطأ وكذلك العنت الذي بدا من المدين (مرجع سابق ص ٩٩)

• وعند تقدير قيمة الكفالة: يراعي المحقق أو القاضي الجرم الجنائي، ووفقاً للملاءة المالية للمتهم أو المشتكى عليه من واقع الأوراق والمستندات والشهود.

(ت) من حيث إمكانية الاسترداد:

• لا يسترد التعويض لأنه حق للغير ثبت بالقضاء.

• أما الكفالة فتسترد وفقاً لما تقدم آنفاً.

إلا أن هناك بعض القضايا تستوجب التوقيف فوراً، ولا تقبل فيها الكفالة: كالقتل العمد أو شبه العمد، وجرائم الإرهاب، والجرائم المخلة بأمن الدولة، وكذلك قضايا المخدرات والمؤثرات العقلية، أو الأسلحة والذخائر، أو تزيف النقود، أو التزوير، أو الرشوة أو انتحال صفة رجل السلطة العامة، أو غسل الأموال وسرقة السيارات، أو إعداد أماكن لترويج المسكرات (<http://www.alriyadh.com/805345>).



المطلب الثاني

شروط استحقاق المحبوس للتعويض

القصد من التعويض: هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، والمبدأ المقرر في المسؤولية المدنية هو عدم مقابلة الإتلاف بمثله، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والضرر لا يزال بالضرر. أما التعويض أو التضمين ففيه نفع من حيث جبر الضرر وترميم آثاره. وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره، كما أتلف ماله، وإنما له القيمة أو المثل (وهبة الزحيلي ٢٠١٠: ١٠/٧٢٤).

ولاستحقاق المحبوس للتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء الحبس؛ يلزم توفر مجموعة من الأركان تتمثل في: وجود الخطأ والضرر وعلاقة السببية. وفيما توضيح لها:

الأول: الخطأ

الخطأ محل دراستنا هنا يتمثل في التعدي والإخلال بالضمانات التي قررتها الشريعة الإسلامية والأنظمة والمواثيق الدولية لحماية الحق في الحرية. والمسؤولية منوطة به وجوداً وعدمياً، بغض النظر عن الضرر، وفيما يأتي بيان لماهية الخطأ وأركانه وصوره.

أ) ماهية الخطأ:

الخطأ لغة: ضد الصواب (ابن منظور: مادة خطو)

وفي اصطلاح بعض الفقهاء: "فعلٌ أو تركٌ يصدر عن الإنسان بغير قصد بسبب ترك الثبوت عند مباشرة أمر مقصود سواه" (البخاري، كشف الأسرار

٤ / ٣٨١).

وأما القانونيون: فقد اختلفوا في تعريف الخطأ اصطلاحاً، ومن أشهر تعريفاتهم له:

"الإخلال بالتزام سابق، ويتمثل هذا الالتزام السابق، في الالتزام القانوني العام الذي يقع على عاتق الكافة بعدم الإضرار بالغير" (عبد الرزاق السنهوري، ١٩٩٨ م: ٨٧٩/٢)

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر"^(١).

وقيل: الإخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز وإدراك (سليمان مرقس، ١٩٦١م، ٣٦٠. وعبد الودود يحيى، د.ت: ٢٢٣). وهو التعريف المختار، لأنه أكثر دلالة على عناصر الخطأ.

ب) أركان الخطأ:

للخطأ ركنين هما: الركن المادي المتمثل بالانحراف أو التعدي، والركن المعنوي المتمثل بالإدراك والتمييز:

١- الركن المادي "التعدي":

يتمثل هذا الركن للخطأ في الانحراف والتعدي عن السلوك المألوف

(١) طعن رقم ٤٠ لسنة ٤٣ قضائية جلسة ١٩٧٨/١٠/٣٠ حكم غير منشور نقلاً عن: الموجز في النظرية العامة للالتزامات. د. عبد الودود يحيى دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٣٢، وقد أشار إلى ذات الحكم، د. حسام الأهواني، ٩٣ / ٢.

للشخص العادي. (عثمان طالبي، ١٤٣٨، ٢١٦. ود. فتحي عبد الله، ٢٠٠٥: ٣١. ومحمد الشامي، ١٩٩٥: ١٠١ وما بعدها).

أي أن معيار الخطأ موضوعي وليس شخصي، قوامه السلوك الذي يصدر من الشخص العادي متوسط الحذر والحيلة في الظروف التي تم فيها الفعل، وليس الشخص شديد الحيلة والحذر وليس كذلك الشخص المهمل المتكاسل غير المبالي بعواقب الأمور. وعلى ذلك؛ فإذا كان ما قام به الشخص لا يصدر عن الشخص العادي وفقاً لذلك المفهوم فإنه يعد منحرفاً أو متعدياً ويتوافر بذلك الركن المادي للخطأ، أما إذا كان ما صدر عن الشخص يصدر عن الشخص العادي؛ فلا يتوافر العنصر المادي للخطأ ولا تقوم به المسؤولية. (سمير تناغو،:٢٢٧).

وبما أن (الرجل العادي) وهمي لا وجود له في الواقع، فإن المقصود هو العُرف، فالتعدي إذاً هو تجاوز الحدود المتعارف عليها بين الناس، فمن يقوم بإزعاج الناس ليلاً بإقامة حفلة بعد منتصف الليل في حي سكني يعد متجاوزاً لأن الناس قد تعارفوا على انتهاء الحفلات عند العاشرة أو الحادية عشرة، ولا يعد هذا الشخص متجاوزاً لو أقام هذه الحفلة في مكان تقام فيه مثل هذه الحفلات ولو سهر حتى الفجر، وبهذا المعيار يقترب مفهوم التعدي لدى القانونيين من مفهومه لدى الشرعيين. (عبد الرزاق السنهوري، د.ت:٨٠).

ويستوي في الانحراف أو التعدي:

- أن يكون عملاً مادياً: كالقتل أو الضرب أو الجرح أو الحرق أو الإتلاف.

• أو عملاً معنوياً: كالإشهاد زوراً أو التشهير بسمعة الغير أو كرامته أو شرفه. والتعدي موضوع بحثنا - الحبس دون سند شرعي أو نظامي - له نطاقان: أحدهما موضوعي، والآخر إجرائي:

النطاق الموضوعي للتعدي: يتمثل في التعدي والإخلال بالضمانات التي قررتها الشريعة الإسلامية والأنظمة والمواثيق الدولية لحماية الحق في الحرية.

النطاق الإجرائي للتعدي: وبما أن نظام الإجراءات الجزائية يتمثل في الموازنة بين حماية حقوق الأفراد وحررياتهم وحماية المجتمع من مخاطر الإجرام بحيث لا تطغي إحداها على الأخرى؛ لذا فإن أي مخالفة لهذا النظام يترتب عليها تقييداً للحرية يعدّ تعدياً على حقوق الأفراد وحررياتهم.

٢- الركن المعنوي: "الإدراك والتمييز"

سن التمييز ما بين سبع سنوات وثمانية عشرة سنة، والقاعدة العامة في أغلب القوانين المعاصرة عدم مساءلة غير المميّز، فلا تقوم المسؤولية التقصيرية إلا بحق المدرك والتمييز غير المصاب بالجنون أو العته، وليس فاقداً للإدراك لسبب عارض: كالمرض أو السكر أو التخدير بغير اختياره. (جميل الشرقاوي، ٥١٦: ١٩٩٥-٥١٧).

إلا أن بعض القوانين خرجت عن القاعدة وجعل غير المميّز مسؤولاً عن خطئه كما في القانون المدني الكويتي المادة (٢٢٧)، والقانون المدني المصري كما في المادة (١٦٤)، إلا أن القانون المصري جعلها جوازياً للقاضي وحالة استثنائية عند فقدان المسؤول عن غير المميّز.

ويلحظ أن توافر هذا الركن بدهي في موظفي الدولة، كما أن الدولة مسؤولة عن تصرفات موظفيها فهي تتحمل عبء تعويض المتضرر من الإجراء الباطل الذي قام به أحد موظفي الدولة. سواء كان هذا الموظف مدركاً مميزاً أم طراً عليه عارض أخل بإدراكه وتمييزه وذلك طبقاً لقواعد مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها.

(ت) صور الخطأ:

تعدد صور الخطأ، فمنها: صورة الخطأ في العقود: وتتمثل في مخالفة شروط العقد وهو ما يستتبعه ما يسمى بالمسؤولية العقدية. وصورة الخطأ في مسلك الأفراد الطبيعيين: وتقع بموجبها المسؤولية التقصيرية، لما يترتب عليها من التعدي على الغير بقصد أو بغير قصد. وصورة الخطأ في قرارات الجهات الإدارية أو التنفيذية: وذلك بإصدار قرارات أو أحكام غير مشروعة، أو بعبارة أخرى: تفتقد أركان الصحة أو بعضها وهي: الاختصاص أو الشكل أو المحل أو السبب أو الغاية، فيصدر القرار معيباً.

والصورة الثالثة الأخيرة هي محل بحثنا حيث ينتج عن خطأ الجهة الإدارية ضررٌ واقعٌ على المحبوس تعسفاً الأمر الذي يترتب عليه مسؤولية الجهة تجاه المحبوس تعسفاً.

الثاني: الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية ووجوب التعويض مجرد وجود خطأ من الدولة تتمثل في التعدي على أحد ضمانات المتعلقة بحماية الحق في الحرية، بل لا بد أن يكون هناك ضرر أصاب المدعي من ذلك الخطأ، فركن

الضرر لا يقل أهمية عن الفعل بل هو مرتبط به فلا ضمان بلا ضرر ناتج عن فعل.

والضرر هو الركن الثاني من أركان دعوى التعويض، وفيما يلي نعرض لماهيته ثم صورته.

(أ) ماهية الضرر:

من تعريفات الضرر في الفقه الإسلامي قول ابن العربي: حقيقة الضرر عند أهل السنة كل ألم لا نفع يوازيه. (ابن العربي، ١٤٢٤ هـ: ١ / ٤٩)، وقال عنه في موضع آخر: إن الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربو عليه. (ابن العربي، ١٤٢٤ هـ: ١ / ٨٢).

ونقل الباجي عن الخشني أن الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة. (التجيبى القرطبي، ١٣٣٢ هـ، ٦ / ٤٠).

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه إلحاق مفسدة بالغير (الزرقا، د.ت، ص ٦٥)؛ أو هو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها (الخفيف، د.ت، ص ٤٦).

وأما في القانون؛ فعرف بعض القانونيين الضرر بأنه: الأذى الذي يصيب المتضرر في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه. (عامر، ١٩٥٦ م، ص ٣٠٦).

وعُرف أيضاً بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متصلةً بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حرته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك. (أمين،

٢٠٠٢م، ص ١١١-٢١١).

(ب) صور الضرر:

الضرر الناشئ عن التعدي على الضمانات المقررة لحماية الحق في الحرية تصيب الإنسان قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً وربما يجمع بين الأمرين، وفيما يلي نتناول صورتَي الضرر وهما:

• الضرر المادي: وينقسم عند الفقهاء إلى نوعين:

١- ضرر مادي مالي: ويقصد به: الضرر التي يترتب عليه خسارة مالية للشخص، (فوزي، ١٩٨٣، ص ٢٩).

٢- ضرر مادي جسدي: وهو كل أذى يصيب جسم الإنسان فيؤدي إلى موته أو يصيب أحد الأعضاء فيؤدي إلى انعدام أو نقصان منفعة ذلك العضو.

وعلى ذلك فكل اعتداء على حقوق الملكية أو حق الانتفاع، أو على حياة الإنسان أو سلامة جسده أو حرته يعتبر ضرراً إذا ترتب عليه خسارة مالية للمضرور. (أبو صد، ٢٠١١: ص ١٨٤).

• الضرر المعنوي:

١- الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي:

لم يرد عن الفقهاء المتقدمين توصيف للضرر المعنوي، وللفقهاء المعاصرين فيه عدة آراء:

فبعضهم يرى أن الضمان في الفقه الإسلامي يقتصر على الإضرار

المادي دون الأدبي، لأن الضرر الأدبي مساس بمصلحة ترتفع عن المادة ولا يمكن جبرها بالمال^(١).

ويرى آخرون أن الفقه الإسلامي يعرف الضرر الأدبي أو المعنوي لكنه لا يرى فيه الضمان بالمال إنما يكون جزاؤه ما تقرر بالفقه الإسلامي من الزواجر^(٢).

ورأي ثالث يرى أنصاره أن الفقه الإسلامي يعرف الضرر الأدبي ويرى ضمانه بالمال وتأكيداً لرأيهم بحثوا في مشروعية التعزير بالمال^(٣).

وفي المملكة العربية السعودية يحكم القضاء المختص بالتعويض عن الضرر المعنوي عملاً بالحديث لا ضرر ولا ضرار (ابن ماجه، د.ت، برقم ٢٣٤٠)^(٤)، وقد أجمع الأصوليون على قاعدة (الضرر يزال)، وهو عام يشمل المعنوي والمادي، وقد نص عدد من الفقهاء المتقدمين على جبر الضرر المعنوي بالمال، ومن ذلك ما روي عن محمد بن الحسن في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر أنه (يجب فيها حكومة عدل بقدر ما لحق المجروح من الألم) (السرخسي، د.ت، ٨١/٢٦). فقدر الألم بالمال، وجاء

(١) من أصحاب هذا الرأي: صبحي المحمصاني، د.ت، ١/ ١٧١. و د. فتحي الدريني،

١٩٩٠ ص ٢١٤. و د. إبراهيم الدسوقي، ١٩٧٧، ص ١٧.

(٢) من أصحاب هذا الرأي: د. مصطفى الزرقا، ص ١٢١. والشيخ علي الخفيف، ص ٥٦.

(٣) من أصحاب هذا الرأي: د. عبد الله مبروك النجار، ١٩٩٠ م، ص ٣٨٣. و د. محمد فوزي

ضيف الله، ١٩٦٢ م، ص ١٤٤. ومحمد حسين الشامي، ١٩٩٠ م، ص ٥١٦. و د. وهبة

الزحيلي، ص ١٢.

(٤) وصححه الألباني.

في مجمع الضمانات (لو شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ... قال أبو يوسف: عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل). وإذا وجب ذلك في مجرد الألم - وهو ضرر معنوي - فمثله الفزع والخوف والهلع، وقد يكون ذلك في بعض صورته أعظم أثراً على المرء من مجرد الألم.^(١)

٢- الضرر المعنوي في الفقه القانوني:

نص القانون المدني الكويتي على اعتبار الضرر الأدبي كما في (٢٣١) التي تضمنت:

- ١- يتناول التعويض عن العمل الغير المشروع الضرر، ولو كان أدبيا.
 - ٢- يشمل الضرر الأدبي على الأخص ما يلحق الشخص من أذى حسي أو نفسي، نتيجة المساس بحياته أو بجسمه أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي. كما يشمل الضرر الأدبي كذلك ما يستشعره الشخص من الحزن والأسى وما يفقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه.^(٢)
- وقد عرف السنهوري الضرر الأدبي بأنه: ما يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص عليها. (السنهوري، ج ٢، ص ٩٧).

وذهب آخرون إلى أنه: ما يُلحق مفسدة في شخص الآخرين لا في

(١) الحكم الصادر رقم ١٤٣٢/٢/٢٨٢، الصادر من الدائرة الثانية بالمحكمة الإدارية

بجدة والمؤيد بالحكم رقم ١/٤٤ لعام ١٤٣٣

(٢) القانون المدني الكويتي، المجلد الأول، وزارة العدل فبراير ٢٠١١ الطبعة الأولى.

أموالهم، وإنما فيما يمس كرامتهم، أو يؤذي شعورهم، أو يחדش شرفهم، أو يتهمهم في دينهم، أو يسيء إلى سمعتهم، أو نحو ذلك (فوزي، ص ٢٩).

وتجدر الإشارة إلى أن الضرر المعنوي قد يكون ضرراً محضاً، أي لا يقترن به ضرر مادي وذلك كالضرر الذي يصيب الشخص في عاطفة الحنان والمحبة.

وقد يكون غير محض، أي يقترن به ضرر مادي، وذلك كالضرر الذي يترتب عليه تشويه الجسم أو نقص قدرة الشخص على الكسب (سيد أمين، ص ٢١١. الجوفان، ٢٠٠٤م ص ١٩).

وسواء كان الضرر مادياً أو معنوياً فإنه لا مجال للتعويض عنه إلا توافرت فيه شروط هي: (الجوفان، ص ١٩)

١- أن يكون الضرر شخصياً: فالمطالبة بالتعويض حق للمضرور المباشر وحده لارتباط ذلك بمصلحته التي هي مناط الدعوى ولا يشترط في المتضرر أن يكون شخصاً طبيعياً فهو قد يكون شخصاً اعتبارياً أيضاً كالشركات والجمعيات والمؤسسات العمومية.

٢- أن يكون الضرر محققاً وحالاً، إلا أن هناك حالات يحصل فيها الضرر مستقبلاً، كأن يصاب شخص بجرح يؤدي في المستقبل إلى عاهة مستديمة، وفي هذه الحالة انعقد الإجماع على أنه يحق للمحكوم له بالتعويض عن الجرح أن يقيم دعوى جديدة يطلب فيها التعويض عن هذه العاهة.

٣- أن يكون الضرر مباشراً: أما إذا كان الضرر غير مباشر فإنه يمكن أن

يأخذه القاضي بعين الاعتبار إذا أخل المدين بالتزامه عن عمد أو اقتترف خطأ جسيماً أو غشاً (المركسي، ص ١٠٤).

الثالث: علاقة السببية

علاقة السببية، هي الرابط الذي يربط بين الخطأ والضرر فلا يكفي أن حصول الخطأ ووجود الضرر، بل لابد من ربطهما بعلاقة السببية التي تعني يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ المنسوب للشخص مباشرة أو تسبباً، وإلا انعدمت المسؤولية عن هذا الفعل.

ويقع عبء إثبات علاقة السببية بين الفعل والضرر في المسؤولية عن العمل الشخصي على من أصابه الضرر، أما في المسؤولية عن عمل الغير القائمة على خطأ مفترض، فإن إثبات نفي السببية يكون على المسئول. وتنقطع علاقة السببية متى كان وقوع الفعل راجعاً إلى سبب أجنبي، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي. (الجوفان، ص ٢٥).

وغني عن البيان أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض، حيث إن له حرية اختيار الطريقة الملائمة للتعويض حسبما يراه لازماً لجبر ذلك الضرر، كذلك للقاضي تحديد المقدار المناسب للتعويض.



المبحث الثالث

قضايا تطبيقية في السجن غير النظامي وتحليلها

تكاملًا مع ما تقدم، يعرض البحث هنا مجموعة من القضايا التي تبين تطبيقات القضاء السعودي في شأن التعويض عن الحبس غير النظامي، مصحوباً بتحليل كل قضية من جهة حيثيات الحكم الصادر عن القضاء، والأدلة الشرعية والنظامية التي استند عليها.

المطلب الأول

قضايا التعويض الخاصة بالحبس غير النظامي

(أ) قضية مرفوعة ضد أمانة منطقة مكة المكرمة^(١)

أولاً: الوقائع:

تتلخص وقائع هذه القضية في قيام الشرطة بإيقاف المدعي (الوكيل الشرعي) ١٥ يوماً من ١٤٢٥/٣/٨هـ إلى ١٤٢٥/٣/٢٢هـ بأمر من أمانة منطقة مكة المكرمة من قبل لجنة تعديت قياء التابعة لمحافظة الطائف وذلك جراء ما أحدثه والد المدعي (الطاعن في السن) من تعدي على ممتلكات حكومية في الطريق المجاور لأرضه. حيث اعتمدت الشرطة في حبسها للمدعي على خطاب أمير منطقة مكة المكرمة رقم (٢٣٨٠٤٠) في ١١-١١-١٤٢٣هـ والذي

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام - وزارة العدل، رقم القضية الابتدائية ١٠/٣٠ ق لعام ١٤٣٢هـ، ص ٧١. متاح على الرابط التالي: <https://www.moj.gov.sa/ar/Ministry/Departments/ResearchCenter/Pages/press.aspx>

يقضي بإزالة الأحداث أو التعدييات وتغريم المحدث عشرة آلاف أو السجن خمسة عشر يوما. وعليه يطلب المدعي تعويضه عن الأضرار التي لحقت به جراء قيام المدعى عليها في إيقافه ١٥ يوما دون مسند شرعي أو نظامي.

ثانياً: تحليل القضية

حيث أن هذه القضية من قضايا التعويض التي يستلزم للحكم فيها توافر أركان المسؤولية المدنية الموجبة للتعويض، فقد اتجه القاضي إلى التحقق من توافر هذه الأركان الثلاثة (الخطأ والضرر والعلاقة السببية) وظهر له توافر هذه الأركان.

فركن التعدي أو الخطأ ثبت لقيام إمارة مكة المكرمة بالأمر بحبس المدعي بحجة أنه الوكيل الشرعي لوالده المعتدي على ارض حكومية وهذا التصرف محرم شرعا وباطل نظاما. وعليه أخطأت المدعى عليها في إيقاف المدعي دون مستند شرعي أو نظامي.

وركن الضرر ثبت للقاضي من واقع تقييد حرية المدعي وحبسه وحرمانه من الانتفاع بوقته ومن الكسب والعمل وحرمانه من رعاية أهله مما ألحق به ضرر معنوي ونفسي وشعور بالإهانة والظلم وتكبد المصاريف والنفقات في سبيل المطالبة بحقه، والشريعة تحرم الظلم والاعتداء.

وأما الركن الثالث علاقة السببية فإن الضرر الذي لحق بالمدعي كان بسبب خطأ المدعى عليه في حبسه وتقييد حريته دون سند شرعي أو نظامي.

ثالثاً: تقدير التعويض:

نتيجة لتوافر أركان المسؤولية المدنية، وبالنظر إلى الضرر الواقع على

المدعي؛ خلص القاضي إلى تعويضه عن ذلك. ولأنه لا يوجد نصوص نظامية تحدد معايير لتقدير التعويض أو مبلغ معين فإن تقدير التعويض متروك للسلطة التقديرية للقاضي^(١)، إلا أن القاضي وضع معايير قياسية توصل من خلالها إلى تقدير التعويض والحكم به:

فلتقدير مكوث المدعي في السجن اعتمد طلب كشفاً براتب المدعي، وتبين أنه (٦٢٧٤ ريال)، وبتقسيمه على أيام الشهر ثم قسم الناتج على عدد ساعات العمل الثمانية، فتبين أن أجره المدعي في الـ٢٤ ساعة (٦٢٧ ريالاً)، فضرب هذا الناتج في عدد أيام الحبس، ليتحدد التعويض بمبلغ (٩٤٠٥ ريالاً) تعويضاً عن أيام الحبس غير النظامية.

ولتقدير المصاريف والنفقات التي تكبدها المدعي فقد حسب القاضي عدد الجلسات التي حضرها المدعي حتى الفصل في القضية وهي ٢٦ جلسة وقدر قيمة كل جلسة بـ ٥٠٠ ريال ليكون مجموع ما يستحقه ١٣٠٠٠ ريال. وعليه يكون مجموع مبلغ التعويض المستحق للمدعي ٢٢٤٠٥ جبراً للأضرار التي أصابت المدعي جراء حبسه دون مستند نظامي ضد إمارة منطقة مكة المكرمة.

رابعاً: حكم القاضي وتسيبه:

حكم القاضي ضد المدعي عليها لتوافر أركان المسؤولية المدنية التقصيرية، فما أقدمت عليه يعدّ فعلاً خاطئاً يفتقر إلى وجود مسوغ شرعي أو نظامي في حبس الوكيل بالرغم بأنه ليس بالمعتدي.

(١) الأمر السامي رقم (م/١٤٠٧) وتاريخ ١٦/١٢/١٤٢٠هـ.

ملاحظات على الحكم:

على الرغم من إشارة القاضي إلى عدة عناصر للضرر الواقع على المتضرر من الحبس غير المشروع وهي: حرمانه من الكسب وفوات المنفعة، وتقييد حريته. والألم النفسي الذي أصابه. والمصاريف والنفقات التي تكبدها للمطالبة بحقه. والإساءة إلى سمعته.

إلا أنه عند تقدير التعويض وضع اعتباراً لراتب المتضرر لتحديد عنصر الحرمان من الكسب وفوات المنفعة؛ ثم وضع مبلغ مقطوعاً لكل جلسة لتحديد المصاريف والنفقات؛ أما عناصر " تقييد الحرية، والألم النفسي، والإساءة إلى السمعة " فلم نجد لها وزناً أو تقديراً في التعويض.

(ب) قضية مرفوعة ضد المديرية العامة للمباحث^(١)

أولاً: الوقائع:

تتلخص الوقائع في قيام المديرية العامة للمباحث بحبس المدعي مدة ١٢ يوماً بسبب تهمة رشوة ضده من قبل فرع هيئة الرقابة والتحقيق بجازان. وقد حكمت المحكمة الإدارية بعدم إدانته. ويطلب المدعي بتعويضه عن حبسه دون سند نظامي لمخالفة المديرية العامة للمباحث النظام الذي ينص على وجوب اكتمال التحقيقات خلال ثلاثة أيام في حين أن المدعى عليها أطالت في أمد التحقيق أكثر من ثلاثة أيام بواقع ٩ أيام. حيث يعتبر حبس المدعي ٩ أيام كان على وجه غير مشروع وبدون سند شرعي أو نظامي.

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥، المرجع السابق، رقم القضية الابتدائية

١١/١٧٩/ق لعام ١٤٣٥ هـ رقم الصفحة ٤٢٧.

ثانياً: تحليل القضية

ولأن موضوع الدعوى تعويض عن السجن غير النظامي، بحث القاضي مدى توفر أركان المسؤولية التقصيرية للحكم بالتعويض.

فعن الركن الأول المتمثل في ركن الخطأ أو التعدي فتبين أن المدعى عليها المديرية العامة للمباحث قد أخطأت في حبس المدعى مدة تزيد عن ثلاثة أيام المخولة لها نظاماً لأمر التحقيق حيث إن الزيادة في الحبس عن ثلاثة أيام والتي كانت ٩ أيام تعد انتهاك صريح لنص المادة السابعة من لائحة أصول الاستيقاف والقبض والحجز والتوقيف الاحتياطي الصادر بقرار من وزير الداخلية رقم ٢٣٣ وتاريخ ١٤٠٤/١/١٧ هـ على أنه " في جميع الأحوال يجب استكمال التحقيقات خلال مدة لا تتجاوز الثلاثة الأيام التالية لضبط الشخص المحتجز".

أما عن ركن الضرر فأن حبس المدعي ٩ أيام سبب له ضرر مادي ومعنوي متمثل في تقييد حريته وتشويه لسمعته وفوات للمنفعة وأمر تقديره متروك للقاضي.

وأما عن الركن الثالث العلاقة السببية فأن الضرر الذي أصاب المدعي هو بسبب خطأ المدعى عليها في حبسه دون سند نظامي أو شرعي.

ثالثاً: تقدير التعويض

تقدير التعويض لهذا النوع من القضايا سلطة تقديرية للقاضي بما يحقق العدالة وذلك بناء على الأمر السامي رقم (م/١٤٠٧) وتاريخ ١٤٢٠/١٢/١٦ هـ حيث قدر القاضي تعويض المدعي عن كل يوم قضاؤه في الحبس بـ ١٠٠٠

ريال في ٩ أيام ليصبح المبلغ ٩ آلاف ريال ما يستحقه المدعي من تعويض عن أيام حبسه.

رابعاً: حكم القاضي وتسببه

حكم القاضي لصالح المدعي بالتعويض عن كل يوم من أيام سجن المدعي البالغ عددها ٩ أيام بمبلغ ٩ الاف ريال ولذلك لحبسه دون سند شرعي أو نظامي. حيث تمثل خطأ المدعى عليها في تجاوزها المدة المسموح لها نظاما في توقيفه لإجراءات التحقيق معه مما يعد مخالفة صريح للنظام.

ملاحظات على الحكم:

تعرض الحكم لأركان المسؤولية المدنية التقصيرية للحكم بالتعويض، ثم حدد مبلغاً مقطوعاً للتعويض عن كل يوم حبس فيه المتضرر دون إيضاح للعناصر التي بني عليها؛ وأرجع هذا التحديد إلى سلطة القاضي التقديرية.

(ت) قضية مرفوعة ضد الإدارة العامة للمرور^(١)

أولاً: الوقائع

تتلخص الوقائع في قيام دوريات أمن الطرق بتوقيف المدعي بعد الاشتباه به والتحقق من رخصته والاشتباه في قيامه بتزوير رخصته كون المعلومات المدونة في الرخصة تخالف لما هو مدون في سجلات الحاسب

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥ هـ، المرجع السابق، رقم القضية ٣٤٣٠ / ١ / ق لعام ١٤٢٩ هـ رقم الصفحة ٣٠٥٢.

الآلي لدى المرور. تم حبس المدعي على ذمة التحقيقات لمدة ٥٠ يوماً حيث تبين في الأخير أن الموظف المختص في الإدارة العامة للمرور عقب إصدار الرخصة لم يقم بالتعديل على سجلات الحاسب الآلي بالمرور. وبناء عليه يطالب المدعي بتعويضه عن الفترة التي كان محبوساً فيها دون سند نظامي ودون خطأ منه يستحق ذلك. وعليه يطالب المدعي بتعويضه عن كل يوم أمضاه في السجن إضافة إلى تعويضه عن فوات الفرصة والكسب بعد خروجه من السجن بسبب عدم إصدار الرخصة.

ثانياً: تحليل الوقائع

توافر أركان المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض:

فركن الخطأ تمثل في عدم قيام الإدارة العامة للمرور في تعديل الرخصة في سجلاتها مما أحدث لبس لدى أمن الطرق بعد التحقق من رخصة المدعي التي جاءت معلوماتها عكس لما هو مدون في الحاسب الآلي لدى المرور.

الضرر وهو الركن الثاني: تحقق في إلحاق الضرر بالمدعي بتقييد حريته وإساءة لسمعته وحرمانه من العمل والكسب.

وأما عن الركن الثالث علاقة السببية: فأن الضرر الذي أصاب المدعي هو بسبب خطأ المدعى عليها في حبسه دون مسند نظامي أو شرعي.

ثالثاً: تقدير التعويض:

طلب القاضي من المدعي كشف حساب يوضح راتبه قبل إيقافه والذي كان يبلغ ٣ آلاف ريال. بناء عليه قدر القاضي مبلغ التعويض لكل يوم من

أيام سجن المدعي البالغة عددها ٥٠ يوما بـ ٣٦٠ ريال عن كل يوم في ٥٠ ليصبح المجموع ١٨ ألف ريال. بالإضافة إلى تعويض المدعي عن الأيام التي لم يعمل فيها بعد خروجه من السجن وتأخر إدارة المرور في إصدار الرخصة بمبلغ ٢٩٩٠ ريال عن شهر ربيع الأول ومبلغ ٨٤٠ ريال عن ثمانية أيام من شهر ربيع الثاني بواقع ١٢٠ ريال عن كل يوم مع الأخذ بعين الاعتبار انه يتخللها يوم جمعة واحد ليكون مجموع مبلغ التعويض ٣٨٣٠ بالإضافة إلى مبلغ تعويض سجنه المقدّر بـ ١٨ ألف ريال ليصبح مجموع التعويض الذي حصل عليه المدعي ٢١٨٣٠ ريال.

رابعاً حكم القاضي وتسببه:

حكم القاضي جاء لصالح المدعي بتعويضه عن حبسه دون مسوغ نظامي ودون خطأ منه. بالإضافة على تعويضه عن فوات الكسب والعمل. تمثل خطأ المدعي عليها في عدم تحديث سجلاتها في الحاسب الآلي مما أحدث اللبس لدى امن الطرق.

ملاحظات على الحكم:

تعرض الحكم لأركان المسؤولية التقصيرية للحكم بالتعويض، إلا انه عند تقدير التعويض وضع اعتبارا لراتب المتضرر لتحديد عنصر الحرمان من الكسب وفوات فرصة العمل بعد خروجه من الحبس لتأخرهم في إصدار الرخصة.

أما عناصر " تقييد الحرية، والألم النفسي، والإساءة إلى السمعة ... إلخ " لم يجد البحث لها تقديراً في التعويض.

المطلب الثاني

المستند الفقهي وعناصر تقدير التعويض التي يعتمد عليها القضاة

أولاً: المستند الفقهي:

يعتمد القضاة على عدد من النصوص الفقهية في تحديد العناصر التي تُعوض مع القياس عليها، ومن تلك النصوص:

١- ما جاء في الحديث القدسي عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، عَنْ رَبِّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: « يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَّمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي، وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا، فَلَا تَظَالُمُوا ». (مسلم، د.ت: برقم ٥٥ - ٢٥٧٧).

٢- ما ورد عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهم أقادوا من أنفسهم ومن عمالهم. والقود هنا نوعٌ من التعويض.

٣- ما جاء في نهاية المحتاج: «وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوها» وأيضاً: «فَإِنْ كَانَ لَهُ صَنَائِعٌ وَجَبَ أَجْرُهُ أَعْلَاهَا إِنْ لَمْ يُمَكِّنْ جَمْعُهَا، وَإِلَّا فَأُجْرَةُ الْجَمِيعِ كَخِيَاطَةِ وَحِرَاسَةِ وَتَعْلِيمِ قُرْآنٍ». (الرملي، ١٤٠٤هـ: ١٧٠/٧)

٤- قول ابن قدامه في المغني: «إن حبسه مدة لمثلها أجرة، ففيه وجهان أحدهما: تلزمه أجرة تلك المدة لأن فوات منفعته وهي مال يجوز أخذ بعوض منه، فضمنت بالغصب كمنافع العبد». (ابن قدامه، ١٩٦٨م: ٢٢٥/٥)

٥- ما جاء في المقنع: (إن حبسه مدة فهل تلزم أجرته على وجهين، قال

في الأنصاف: أحدهما تلزم، وهو الصحيح صححه في التصحيح
وجزم به في الوجيز وغيره). (ابن قدامة، ١٩٩٥هـ: ١٢٦/١٥)

٦- قول ابن القيم: (مَنْ غَيَّرَ مال غيره بحيث فوت مقصودة عليه فله أن
يضمن بمثله، ... فإن فوّت صفاته المعنوية مثل أن ينسيه صناعته أو
يضعف قوته أو يفسد عقله أو دينه فهذا أيضا يخير المالك بين تضمين
النقص وبين المطالبة بالبدل). (ابن القيم، ١٤١١هـ: ١٩/٢)

٧- القاعدة الشرعية: ومفادها (الضرر يزال). (السبكي، ١٤١١هـ: ٤١/١).

ثانياً: العناصر التي يعتمدها القضاء السعودي في تقدير التعويض عن
الحبس دون سند شرعي أو نظامي:

بعد تحليل القضايا المعروضة وكذلك اتجاه القضاء السعودي، في
مجموعة من الأحكام القضائية^(١) إلى اعتبار عدة عناصر للضرر الواقع على

(١) مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥، المرجع السابق، من هذه القضايا:

أ) موضوع الحكم: "تعويض - تعويض عن توقيف - توقيف المدعي من غيري الجهة
المختصة نظاماً - الضرر الأدبي". رقم القضية ١/٨١٤/ق لعام ١٤٢٣هـ، رقم الحكم
الابتدائي ٤٣/د/د/٤ لعام ١٤٢٨هـ، رقم حكم التدقيق ٢٥٩/ت/٦ لعام ١٤٢٩هـ تاريخ
الجلسة ١٤٢٩/٥/١٤هـ.

ب) موضوع الحكم: "تعويض - تعويض عن قرار إداري - إساءة وتشويه السمعة - ضرر
معنوي - تعريف التعويض المعنوي - لاستثناس بسوابق قضائية - سلطة المحكمة في
تقدير التعويض". رقم القضية الابتدائية ٢/١١٦١/ق لعام ١٤٣٥هـ، رقم قضية الاستئناف
٢/٥٢٧١/س لعام ١٤٣٦هـ تاريخ الجلسة ٢٠/١٠/١٤٣٦هـ.

ت) موضوع الحكم: تعويض - تعويض عن عمل مادي - تفتيش جسدي - حضانة عضو

المتضرر، وتلك العناصر هي: الأحوال الاجتماعية للمحبوس، المؤهلات، الخبرات، مستوى الدخل، الإنفاق في المدينة أو القرية، أحوال المحبوس في السجن، المكانة الاجتماعية، عمل المحبوس من عدم عمله، حبس الحرية، الضرر النفسي، فوات الفرصة والكسب، الحرمان من الحقوق التي كفلتها الشريعة والنظام، المصاريف والنفقات التي تكبدها المحبوس في سبيل الحصول على حقه، الإساءة إلى السمعة، الشعور بالظلم والإهانة.

وعلى الرغم من إشارة مجموعة من الأحكام إلى هذه العناصر واعتبارها عند تقدير التعويض، إلا أن هنالك أحكاماً أخرى أشارت إلى بعض من هذه العناصر في التسبب ولكن لم يكن لها أثر عند تقدير التعويض، بل بُنيَ التقدير على أساس احتساب الأجر اليومي للمضروب، وبعض الأحكام اعتبرت أجر المتضرر بالساعات، فأصبح يوم الحبس يساوي ثلاثة أيام عمل.

ويظهر مما تقدم أن التقدير متروك للقاضي، ولكن بما أن النظام يسمح بتقدير الأضرار المعنوية، وقد اعتبرته بعض الأحكام؛ فإن الباحث يدعو إلى أن تكون مراعاة الضرر المعنوي حاضرة في جميع الأحكام كالضرر الحسي.

هيئة التحقيق و الدعاء العام- ضرر معنوي - الاستئناس بسوابق قضائية. رقم القضية الابتدائية ١١٦٨/٧/ق لعام ١٤٣٠هـ رقم الحكم الابتدائي ١١٠/١/٧ لعام ١٤٣٥هـ رقم قضية الاستئناف ١٩٤١/ق لعام ١٤٣٣هـ تاريخ الجلسة ١٤٣٦/١٢/٢هـ، تعويض- تعويض عن عمل مادي - تفتيش جسدي - حصانة عضو هيئة التحقيق و الدعاء العام- ضرر معنوي - الاستئناس بسوابق قضائية.

المطلب الثالث

قراءة في القضايا المعروضة عن حالات التوقيف التعسفي واستحقاق التعويض

نصت المادة ٢١٥ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي في فقرتها الثانية على أنه: "لكل من أصابه ضرر - نتيجة اتهامه كيداً، أو نتيجة إطالة مدة سجنه أو توقيفه أكثر من المدة المقررة - الحق في طلب التعويض أمام المحكمة التي رفعت إليها الدعوى الأصلية".

ولتوضح الصورة التطبيقية لهذه المادة؛ لا بد من التطرق للجرائم الموجبة للتوقيف، ومدد التوقيف النظامية:

أولاً: حدد القرار الوزاري رقم ٢٠٠٠ وتاريخ ١٠-٦-١٤٣٥هـ، الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف^(١).

(١) والجرائم هي:

- ١- جرائم الحدود المعاقب عليها بالقتل أو القطع.
- ٢- جرائم قتل العمد، أو شبه العمد.
- ٣- جرائم الإرهاب وتمويله والجرائم المخلة بالأمن الوطني.
- ٤- الجرائم المعاقب عليها بسجن يزيد حده الأعلى عن ستين الواردة في الأنظمة الآتية:
- ٥- أ - نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية. ب - نظام الأسلحة والذخائر. ت - النظام الجزائي الخاص بتزيف وتقليد النقود. ث - النظام الجزائي لجرائم التزوير. ج - نظام مكافحة الرشوة. ح - نظام عقوبات انتحال صفة رجل السلطة العامة. خ - نظام مكافحة غسل الأموال. د - نظام مكافحة جرائم المعلوماتية. ذ - نظام التعاملات الإلكترونية. ر - نظام المتفجرات والمفرقات. ز - نظام مكافحة جرائم الاتجار

بالأشخاص. س - النظام العام للبيئة. ش - نظام تنفيذ اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستخدام الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة. ص - نظام استيراد المواد الكيميائية وإدارتها. ض - الأفعال المنصوص عليها في الفقرات (٧،٥،٤،٣،٢) من المادة الثانية والثلاثين من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم، إذا رأت لجنة النظر في أحكام هذا النظام أن الفعل يستوجب عقوبة السجن. ط - نظام السجن والتوقيف.

٦- كل جريمة ورد بشأنها نص خاص في النظام بأنها من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف.
٧- الأفعال المنصوص عليها في المادة (١١٨) المعدلة من نظام الأوراق التجارية، ما لم يتم صاحب الشيك بسداد قيمته، أو في حالة الصلح، أو التنازل بين الأطراف.

٨- اختلاس الأموال العامة، أو أموال الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة، أو الشركات أو المؤسسات التي تقوم بإدارة وتشغيل المرافق العامة أو تقوم بمباشرة خدمة عامة، أو أموال الشركات المساهمة أو الشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها، أو البنوك أو الشركات أو المؤسسات الفردية التي تزاوّل أعمالاً مصرفية، ما لم يُرد المبلغ المختلس.

٩- قضايا الاحتيال المالي، ما لم يتم إنهاء الحقوق الخاصة.

١٠- الاعتداء عمداً على ما دون النفس إذا نتج عنه زوال عضو، أو تعطيل منفعة أو جزء منهما، أو إصابة مدة الشفاء منها تزيد عن خمسة عشر يوماً ما لم يتنازل صاحب الحق الخاص.

١١- الاعتداء عمداً على الأموال أو الممتلكات العامة أو الخاصة بأي وسيلة من وسائل الإلتلاف بما يزيد قيمة التالف عن خمسة آلاف ريال، ما لم يتم سداد قيمة التالف أو يتنازل صاحب الحق الخاص.

١٢- الاعتداء على أحد الوالدين بالضرب ما لم يحصل تنازل.

١٣- انتهاك حرمة المنازل بالدخول فيها بقصد الاعتداء على النفس، أو العرض، أو المال.

١٤- السرقة غير الحدية التي ترتكب من أكثر من شخص.

ثانياً: يصدر المحقق أمراً بتوقيف المتهم مدة لا تزيد عن خمسة أيام من تاريخ القبض عليه، وذلك في الحالات التالية^(١):

أ- إذا تبين بعد استجواب المتهم، أو في حالة هروبه، أن الأدلة كافية ضده في جريمة كبيرة.

ب- إذا كانت مصلحة التحقيق تستوجب توقيفه لمنعه من الهرب، أو من التأثير في سير التحقيق.

ثالثاً: ينتهي التوقيف بمضي خمسة أيام، إلا إذا رأى المحقق تمديد مدة التوقيف، فيجب قبل انقضائها أن يقوم بعرض الأوراق على رئيس فرع النيابة العامة بالمنطقة ومن ينييه من رؤساء الدوائر الداخلة في نطاق اختصاصه،

١٥- سرقة السيارات.

١٦- القوادة، أو إعداد أماكن للدعارة.

١٧- صنع أو ترويج المسكرات، أو تهريبها، أو حيازتها بقصد الترويج.

١٨- حوادث السير أثناء قيادة المركبة تحت تأثير المسكر أو المخدر أو المؤثر العقلي، أو التفحيط، أو قيادة المركبة في اتجاه معاكس لحركة السير، أو تجاوز إشارة المرور الضوئية أثناء الضوء الأحمر، إذا نتج عنها وفاة أو زوال عضو، أو تعطيل منفعة أو جزء منهما، أو إصابة مدة الشفاء منها تزيد عن خمسة عشر يوماً.

١٩- الاعتداء على رجل السلطة العامة أثناء مباشرته مهام وظيفته، أو الإضرار بمركبته الرسمية، أو بما يستخدمه من تجهيزات .

٢٠- استعمال، أو إشهار السلاح الناري بقصد الاعتداء أو التهديد به.

٢١- جرائم الابتزاز، وانتهاك الأعراض بالتصوير، أو النشر، أو التهديد بالنشر.

(١) المادة ١١٣ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

ليصدر أمراً بالإفراج عن المتهم أو تمديد مدة التوقيف لمدة أو لمدد متعاقبة، على ألا تزيد في مجموعها على أربعين يوماً من تاريخ القبض عليه. وفي الحالات التي تتطلب التوقيف مدة أطول، يرفع الأمر إلى رئيس النيابة العامة أو مَنْ يفوضه من نوابه ليصدر أمره بالتمديد لمدة أو لمدد متعاقبة لا تزيد أي منها على ثلاثين يوماً، ولا يزيد مجموعها على مئة وثمانين يوماً من تاريخ القبض على المتهم، يتعين بعدها مباشرة إحالته إلى المحكمة المختصة أو الإفراج عنه. وفي الحالات الاستثنائية التي تتطلب التوقيف مدة أطول؛ للمحكمة الموافقة على طلب تمديد التوقيف لمدة أو لمدد متعاقبة بحسب ما تراه، وأن تصدر أمراً قضائياً مسبباً في ذلك^(١).

وعلى ما تقدم يتضح أن الفعل الموجب للمسؤولية يتحقق بالزيادة على المدة المقررة نظاماً للتوقيف في الحالات السابقة، سواء وقع ذلك خطأ، أم تقصيراً، أم عمداً، لأن ذلك يدخل ضمن التعدي الموجب للضمان.

وعلى الرغم من أن النظام قصر الحق في طلب التعويض على الضرر الحاصل بسبب التوقيف، على إطالة المدة، وأغفل حالة ما إذا كان هذا التوقيف حصل من حيث الأصل بدون حق، كأن يكون مبنياً على الاتهام كيداً، أو التقصير من الجهة المختصة بالتوقيف، فإن ذلك لا ينفي الضرر الموجب للتعويض في هذه الحالة أيضاً. (الجوفان، ٢٠٠٤م، ص ١١).

(١) المادة ١١٤ من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

الخاتمة

بفضل الله وتوفيقه تمت الإجابة في هذا البحث عن الأسئلة الرئيسية من خلال عرض ثلاثة فصول تم تخصيص الفصل الأول لعرض حماية الحق في الحرية في الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية في المملكة العربية السعودية، ثم خصصنا الفصل الثاني لآثر انتهاك الحق في الحرية "التعويض". وفي الفصل الثالث تناولنا بعض القضايا المتعلقة بالحبس غير النظامي ومناقشتها واستخلاص عدداً من النتائج المتعلقة بالموضوع محل البحث.

وأبرز النتائج التي توصل إليها الباحث هي:

- حرية الإنسان واحترام الكرامة الإنسانية مقصد مرعي في الشريعة الإسلامية.
- الحبس التعسفي أو الخاطئ نوع من الظلم غير المقبول شرعاً ولا قانوناً.
- يوازن النظام السعودي بين حق الحرية الشخصي من جهة وحماية المجتمع من مخاطر الإجرام من جهة أخرى.
- التوقيف أو الحبس في النظام السعودي لا يتم إلا بسند نظامي.
- غاية نظام الإجراءات الجزائية هو تحقيق التوازن بين حقوق وحرريات الأفراد من ناحية، وحق الدولة وسلطتها من ناحية أخرى.
- الحبس التعسفي نوع من الإتلاف يستلزم التعويض عنه في الشريعة الإسلامية وفي النظام السعودي.
- التعويض والكفالة الجنائية يتفقان من حيث الجانب المالي، ولكن يختلفان

من حيث الهدف وتقدير القيمة وإمكانية الاسترداد.

- يستحق المحبوس تعسفاً التعويض إذا توفرت ثلاثة شروط: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بمعنى أن يكون الضرر ناتجاً عن الخطأ.
- تحديد مبلغ التعويض يرجع في النظام السعودي إلى سلطة القاضي التقديرية.

التوصيات:

١. مراعاة التعويض عن الضرر المعنوي عند تقدير التعويض كونه استقر الرأي في فقه الأنظمة والقضاء على التعويض عن الأضرار المعنوية. ويكون ذلك من خلال مقترحات منها:

- أ- الاجتهاد القضائي الجماعي لوضع عدة معايير مجمع عليها لتقدير التعويض عن الضرر المعنوي.
- ب- النص نظاماً على التعويض عن الضرر المعنوي، ووضع عناصر لتقدير التعويض

٢. تثقيف رجال الضبط قانونياً وحقوقياً بخطورة التوقيف غير النظامي وتبعاته في كلا من الكليات العسكرية وكذلك من خلال دورات تثقيفيه.

٣. اعتماد تدريس مبادئ العلوم القانونية ونظام الإجراءات الجزائية في دورات التدريب العسكرية لقطاع الأمن العام للملتحقين بها بعد تخرجهم من المرحلة الثانوية.

٤. نشر الوعي القانوني بحقوق المحبوس في التعويض جراء حبسه دون سند نظامي.

والله أسأل أن ينفع به كل طالب علم وكل باحث وقارئ في مجال البحث سواء في المجال المدني أو الجنائي، أو في المجال الشرعي والقانوني بصفة عامة. وأدعو الله تعالى أن يجعله في ميزان حسناتي يوم القيامة، إن شاء تعالى فهو ولي ذلك والقادر عليه.



المصادر والمراجع

علوم القرآن

- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، الطبعة: الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

علوم السنة وشروحها

- القشيري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ت، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
- الدار قطني، علي بن عمر البغدادي، سنن الدار قطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الطبعة: الأولى، بيروت لبنان، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
- الأصبحي، مالك بن أنس، الموطأ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت - لبنان، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابي، الطبعة الأولى، مصر، دار الحديث، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.
- السجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، بيروت الناشر: المكتبة العصرية.
- التجيبي القرطبي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، ١٣٣٢ هـ.

الفقه

- الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- الزيلعي، عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية السِّلْبِيِّ، مع حاشية لشهاب الدين أحمد بن محمد السِّلْبِيِّ (المتوفى: ١٠٢١ هـ)، الطبعة الأولى، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، ١٣١٣ هـ.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، الطبعة: الثانية، بيروت دار الفكر، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- الرملي، أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط أخيرة، بيروت، دار الفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، ب. ط، القاهرة، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة: الأولى، القاهرة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.

أصول الفقه والقواعد الفقهية

- الحموي، أحمد بن محمد مكي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، الطبعة: الأولى، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة

الثُّعْمَانِ، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، الطبعة الأولى، لبنان، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

المصادر المعاصرة

- الدسوقي، إبراهيم الدسوقي، نظرية التعويض عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة الحادية والعشرون، إبريل عام ١٩٧٧م.
- النجار، عبد الله مبروك، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مصر، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٠م.
- المحمصاني، صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، الطبعة الثانية. بيروت، دار العلم للملايين.
- الخفيف، الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، محاضرات أقيمت على طلاب قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، عام ١٩٧١م.
- أيمن، علي صالح، حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي، الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مجلة سنوية، العدد رقم ٤.
- ضيف الله، محمد فوزي، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، عام ١٩٦٢م.
- الدريني، د. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م.
- فوزي، د. محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة التراث الإسلامي، عام ١٩٨٣م.

- شلتوت، محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، د بدون (ط، ن).
- الزحيلي، وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دمشق، دار الفكر العربي، عام ٢٠١٠ م.
- الزحيلي، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دمشق، دار الفكر، عام ١٩٩٨ م.

الإعلانات والمواثيق الدولية:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة ٢١٧ ألف (د-٣) المؤرخ في ١٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨ م.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦، ودخلت حيز النفاذ من ٢٣ مارس ١٩٧٦.
- البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام، اعتمد من قبل المجلس الإسلامي بتاريخ باريس ٢١ من ذي القعدة ١٤٠١هـ، الموافق ١٩ أيلول/سبتمبر ١٩٨١.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان: اعتمد في ٢٣ مايو ٢٠٠٤ في القمة السادسة عشرة لجامعة الدول العربية المنعقدة في تونس العاصمة.

الأنظمة:

- النظام الأساسي للحكم، الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٠) وبتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.
- نظام المناطق الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/٩٢) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.
- الأمر السامي رقم (م/١٤٠٧) وتاريخ ١٤٢٠/١٢/١٦هـ.

- نظام الإجراءات الجزائية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
- الأمر السامي رقم (٨٢٨٨/م ب) وتاريخ ١٤٣٩/١٠/٢٦هـ، بشأن أصول الاستيقاف والقبض والحجز المؤقت والتوقيف الاحتياطي.
- القرار الوزاري رقم (٢٠٠٠) وتاريخ ١٤٣٥/٦/١٠هـ، بشأن تحديد الجرائم الموجبة للتوقيف.
- قرار وزير الداخلية رقم ٢٣٣ لسنة ١٤٠٤هـ، بتاريخ ١٤٠٤ / ٢ / ٧هـ.
- القانون المدني الكويتي لعام ٢٠١١م.

الأحكام القضائية:

- مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام - وزارة العدل، رقم القضية الابتدائية ١٠/٣٠ ق لعام ١٤٣٢هـ، ص ٧١.
- مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، المرجع السابق، رقم القضية الابتدائية ١١/١٧٩ ق لعام ١٤٣٥هـ رقم الصفحة ٤٢٧.
- مجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٥هـ، المرجع السابق، رقم القضية ٣٤٣٠/١ ق لعام ١٤٢٩هـ رقم الصفحة ٣٠٥٢.
- موضوع الحكم: " تعويض - تعويض عن توقيف - توقيف المدعي من غري الجهة المختصة نظاما - الضرر الأدبي ". رقم القضية ١/٨١٤ ق لعام ١٤٢٣هـ، رقم الحكم الابتدائي ٤٣/د/ف/٤ لعام ١٤٢٨هـ، رقم حكم التدقيق ٢٥٩/ت/٦ لعام ١٤٢٩هـ تاريخ الجلسة ١٤/٥/١٤٢٩هـ.
- موضوع الحكم: " تعويض - تعويض عن قرار إداري - إساءة وتشويه السمعة - ضرر معنوي - تعريف التعويض المعنوي - لاستئناس بسوابق قضائية - سلطة

المحكمة في تقدير التعويض ". رقم القضية الابتدائية ١١٦١/٢/ق لعام ١٤٣٥هـ، رقم قضية الاستئناف ١١٦١/٥٢٧١/٢/س لعام ١٤٣٦هـ تاريخ الجلسة ١٤٣٦/١٠/٢٠هـ.

- موضوع الحكم: تعويض- تعويض عن عمل مادي - تفتيش جسدي - حصانة عضو هيئة التحقيق والدعاء العام- ضرر معنوي - الاستئناس بسوابق قضائية. رقم القضية الابتدائية ١١٦٨/٧/ق لعام ١٤٣٠هـ رقم الحكم الابتدائي ١١٠/١/٧ لعام ١٤٣٥هـ رقم قضية الاستئناف ١٩٤١/ق لعام ١٤٣٣هـ تاريخ الجلسة ١٤٣٦/١٢/٢هـ، تعويض- تعويض عن عمل مادي - تفتيش جسدي - حصانة عضو هيئة التحقيق و الدعاء العام- ضرر معنوي - الاستئناس بسوابق قضائية.

مراجع اللغة:

- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، الطبعة الثالثة، بيروت، دار صادر، ١٤١٤هـ.
- الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق، تاج العروس من جواهر القاموس، ب.ط، دار الهداية.د.ت.
- معلوف، لويس، المنجد في اللغة والإعلام، المطبعة الكاثوليكية - بيروت، الطبعة ٢٦، بيروت، دار المشرق، ١٩٨٦م.
- الهنائي، علي بن الحسن، المنجد الأبجدي، بيروت، تحقيق الدكتور أحمد مختار عمر والدكتور ضاحي عبد الباقي الطبعة الثامنة، دار المشرق، ١٩٨٦م.

المراجع القانونية:

- عبد السميع، أسامة السيد، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، ب.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م.

- طالبی، عثمان طاهر، الوجیز فی مصادر الالتزام (بین الفقه الإسلامی والقانون المدنی)، الطبعة الأولى، الرياض، دار الإجازة للطباعة والنشر والتوزیع ۱۴۳۸ هـ - ۲۰۱۷ م.
- أحكام الالتزام فی ضوء أحكام الفقه الإسلامی، والنظام القانوني السعودي، وبعض القوانين المدنیة العربیة (النظریة العامة للالتزامات ۲ - دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الإجازة للطباعة والنشر والتوزیع، الرياض ۱۴۳۹ هـ - ۲۰۱۸ م.
- سلطان، أنور، أحكام الالتزام، ب.ط، بیروت، دار النهضة العربیة للطباعة والنشر، ۱۹۷۴ م.
- الشرقاوی، جمیل، النظریة العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربیة، ۱۹۹۵ م.
- الصغیر، جمیل عبد الباقي، النظریة العامة للعقوبة، ب.ط، القاهرة، دار النهضة العربیة، ۱۹۹۷ م.
- العدوی، جلال علی، أصول أحكام الالتزام والإثبات، ب.ط، الإسكندریة، منشأة المعارف، ۱۹۹۶ م.
- المرصفاوی، حسن، أصول الإجراءات الجزائیة، ب.ط، الإسكندریة، منشأة المعارف د.ت.
- المسؤولة المدنیة الناشئة عن الاعتداء عن الحق فی الصورة، دراسة مقارنة، د.حسن محمد كاظم، عام ۲۰۰۶ م.
- المسؤولة المدنیة، د. حسین عامر، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، عام ۱۹۵۶ م.
- العامری، سعدون، تعویض الضرر فی المسؤولة التقصیریة، ب.ط، بغداد، منشورات مركز البحوث القانونیة. وزارة العدل، ۱۹۸۰ م.
- مرقص، سلیمان، مسؤولة الطیب ومسؤولة إدارة المستشفيات، مجلة القانون

- والاقتصاد، العدد الأول، القاهرة، السنة السابعة، ١٩٣٧ م.
- مرقس، سليمان، موجز أصول الالتزامات، ب.ط، مطبعة لجنة البيان العربي، سنة ١٩٦١.
- الجنزوري، سمير، الغرامة الجنائية. دراسة مقارنة، في الطبيعة القانونية للغرامة قيمتها العقابية ب.ط، رسالة دكتوراه، ١٩٦٧ م.
- تناغو، سمير، مصادر الالتزام، ب.ط، الإسكندرية، منشأة المعارف، عام ٢٠٠٥.
- أمين، سيد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، الطبعة الثانية، الخرطوم، دار عزة للنشر والتوزيع، عام ٢٠٠٢ م.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، الطبعة الثالثة، لبنان، منشورات الحلبي، عام ٢٠٠٥ م.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثاني، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، عام ١٩٩٨.
- الحكيم، عبد المجيد، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي مصادر الالتزام، العراق، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، عام ١٩٨٠ م.
- الشراقوي، عبد المنعم، مذكرات في تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية، ب.ط، د.ت.
- عبد العزيز، عصام زكريا، حقوق الإنسان في الضبط القضائي، ب.ط، القاهرة، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠١ م.
- القهوجي، علي عبد القادر، شرح قانون العقوبات، القسم العام دراسة مقارنة، ب.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، عام ٢٠٠٢ م.
- الدناصوري، عز الدين، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة، الحديثة للطباعة، عام ١٩٨٨ م.
- حسين، عزت، النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية بين الشريعة والقانون،

- دراسة مقارنة، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، عام ١٩٨٨ م.
- عبد الباقي، عبد الفتاح، دروس في أحكام الالتزام، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٩ م.
- عبد الله، فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزام، ب.ط، دار الطبع، د.ت.
- عبد الله، فتحي عبد الرحيم، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، الإسكندرية، منشأة المعارف، عام ٢٠٠٥ م.
- الشامي، محمد حسين علي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليميني والفقهاء الإسلاميين، القاهرة، دار النهضة العربية، عام ١٩٩٥ م.
- نمور، محمد، أصول الإجراءات الجزائية، الأردن، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عام ٢٠١٦ م.
- زكي، محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، ب.ط، مطبعة جامعة القاهرة، عام ١٩٧٨ م.
- حسني، محمود نجيب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، عام ١٩٨٥ م.
- الزرقاء، مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دمشق، دار القلم، عام ١٩٩٩ م.
- عدوي، مصطفى عبد الحميد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، عام ١٩٩٣ م.
- على، مفيد محمد، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، المعهد القضائي، بغداد، عام ١٩٨٥ م.
- الفض، منذر، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط ١، عام ١٩٩١ م.

- الجوفان، ناصر بن محمد، التعويض عن السجن دراسة مقارنة، ع ٦١٤، مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي، الشركة السعودية للتوزيع، س. ١٦، (ديسمبر / فبراير ٢٠٠٤م).



معايير تحديد مرتب الموظف العام في الدولة دراسة فقهية مقارنة بالقانون

إعداد

د. خالد جاسم إبراهيم الهولي

معايير تحديد مرتب الموظف العام في الدولة

دراسة فقهية مقارنة بالقانون

خالد جاسم إبراهيم الهولي

قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة

الكويت، الكويت

البريد الإلكتروني: Khaled.alholy@ku.edu.kw

ملخص البحث:

يهدف هذا البحث إلى الوصول إلى معايير واضحة المعالم تتحد على إثرها رواتب الموظفين، وأوجه التفاضل بين الموظفين في سلم الرواتب، وقد جرى الباحث في هذا البحث على مزيج بين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن بين الآراء الفقهية وبعضها وبين الآراء الفقهية والقانونية، معتمداً على القوانين والأنظمة-ذات الصلة-المعمول بها في دولة الكويت. وقد اعتنت هذه الدراسة ببيان تفصيلي لحقيقة الوظيفة العامة في الشريعة الإسلامية، من خلال بيان استعمال المتقدمين من فقهاء الإسلام لمصطلح الوظيفة، والفرق بينه وبين الاستعمال الحالي، كما اهتمت الدراسة ببيان أنواع الوظائف العامة في الدولة الإسلامية في عصورها السابقة، وأي أنواع تلك الوظائف التي تتفق مع زمننا المعاصر؟! كما أفصحت الدراسة عن طبيعة علاقة الموظف العام بالدولة، وهل العلاقة بين الطرفين عقدية أو لائحية، مبينة أولاً وجهة النظر القانونية، ومن ثم وجهة النظر الشرعية غير غافلة عن أنواع الوظائف. وخلصت الدراسة إلى جملة من التوصيات والنتائج، ومن أبرز النتائج أن المعيار الأدنى الذي يستحقه الموظف من الراتب هو معيار الكفاية، وأوصت الدراسة بضرورة مراجعة سلم الرواتب في كل سنتين على الأقل؛ وذلك لئلا يخرج العوض الذي يستحقه الموظف عن حد الكفاية، كما ينبغي على الدولة السعي للوصول بالموظفين إلى معيار التوسعة في الرزق.

الكلمات المفتاحية: معايير، راتب، موظف، الدولة، موظف عام.

Standards of Determination of Public Servant Salary Juristic Comparative Study

Khalid Jassem Alholi

Department of Comparative Jurisprudence and Sharia Policy, Faculty of Sharia and Islamic Studie ,Kuwait University, Kuwait.

E-mail: Khaled.alholy@ku.edu.kw

Abstract:

This research aims to reach well-defined standards by which public servant salaries are unified and aspects of differentiation between public servants in the salary scale. In this research, the researcher used a mix of descriptive analytical and comparative methods between the jurisprudential and legal opinions based on relevant laws and regulations applicable in Kuwait. This study concentrated on clarifying, in detail, the nature of the public service in the Islamic Sharia through clarifying former Muslim jurists' usage for the term "Job" and the difference between it and the current usage. The study also concentrated on clarifying the types of public service jobs in the Islamic State in its previous eras and which types of these jobs are consistent with our current time! Moreover, the study displayed the nature of the relationship of the public servant with the state and whether this relationship is contractual or regulatory, indicating firstly the legal point-of-view, then Sharia point-of-view without ignoring the types of jobs. The study also concluded a series of recommendations and results. The most significant results included that the minimum standard that the public servant deserves is the adequacy standard. The study recommends that the Salary Scale should be reviewed each two years so that the compensation deserved to the public servant shall not be out of adequacy limit. The state should endeavor to convey public servants to the standard of expansion of sustenance.

Keywords: Standard, Salary, Servant, State, Public Servant.

المقدمة

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على رسوله المصطفى، وبعد؛
فإن من طبيعة الإنسان الأثرة، والشح في المال، والميل إلى الدعة
والراحة، وقد زادت حدة هذا التوجه في زمننا المعاصر جراء كثرة الملهيات
والمغريات التي تروج لها الشركات العملاقة، ومن الشح المطاع الذي
أوقدت ناره في زماننا مطالبات موظفي الدولة بزيادة الرواتب حتى إن كل
جهة من الجهات تطلب أن يكون لها القدر المعلى في العائد المادي، يقابل
ذلك ميل إلى الراحة والدعة بحجة أن العقود الجارية مع الدولة هي أجر
مقابل عمل، فأدى ذلك إلى تفلت من العمل مع المطالبة في الأجر.

ومن ناحية أخرى تجد في جملة ليست بقليلة من الدول تضييقاً على
الموظفين الذي يقدمون خدمات للدولة، ينتفع بها جموع غفيرة من العباد
الذين يقطنون في تلك البلاد، والمقابل المادي الذي يحصلون عليه لا يكاد
يشبع جائعاً أو يسد رمقاً.

ولما كانت نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها تحمل حلاً لكل
الإشكالات الحياتية في سائر الأعصار والأمصار كان التفكير في الكتابة في
موضوع مرتب الموظف العام، لمحاولة الوصول إلى أحكام الله عزَّوَجَلَّ في
ذلك الشأن، والمساهمة في بناء الإنسان والأوطان؛ إثراء للأعمال العامة،
وقطعاً لدابر الخلاف والمشاحة، أو التقليل منها، حيث لا يمكن القضاء
عليها، من هنا كان هذا البحث تحت عنوان:

معايير تحديد مرتب الموظف العام في الدولة، دراسة فقهية مقارنة بالقانون

هدف البحث

يهدف هذا البحث إلى المساهمة في علاج الوقائع المعاصرة المتعلقة بنزاع موظفي العموم مع الجهات الإدارية من المطالبات المتواصلة في رفع الرواتب، وذلك بالنظر لزيادة الأسعار، كما أنه يهدف إلى الوصول إلى معايير واضحة المعالم تتحد على إثرها رواتب الموظفين وأوجه التفاضل بينها.

مشكلة الدراسة

يمكن إيجاز مشكلة البحث فيما يلي من الأسئلة:

١. ما حقيقة الموظف العام في الفقه الإسلامي، وما طبيعة علاقته بالدولة؟
٢. ما المعايير التي يجب اعتبارها عند تحديد قيمة العوض في الوظائف العامة؟ أو تفضيل بعض العاملين على بعض في قيمة العوض بحسب اختلاف الأشخاص أو بحسب اختلاف الوظائف؟
٣. وما الموقف القانوني من تلك المعايير الشرعية؟
٤. وأخيراً كيف يمكن المواءمة بين الموقف الشرعي والموقف القانوني فيما تقدم؟

الدراسات السابقة

هناك عدة دراسات شرعية وقانونية سابقة في موضوع الموظف العام، وقليل منها يتحدث عن معايير رواتب الموظف العام، وسيدكر الباحث هنا أبرز الدراسات السابقة:

١. مراتب القضاة بين القديم والحديث، دراسة مقارنة د/شاكر إسماعيل العبسي-مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا، العدد(٣٧) يناير-يونيو (٢٠١٣م)، تناول فيه الباحث مفهوم رزق القاضي، ومنهجية تحديده واستحقاقه للعرض على القضاء، وقد قارن الباحث بين قيمة الرواتب قديماً وحديثاً.
٢. الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة-د/ مختار عيسى سليمان مصطفى، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية(١٩٩٨م)، وهي رسالة علمية قيمة جداً ونافعة في بابها، تحدث فيها الباحث عن حقيقة الموظف العام في الفقه الإسلامي، والقانون، كما تحدث عن حقيقة العلاقة بين الموظف وبين الدولة، ولم تتناول الرسالة موضوع تحديد معيار الراتب.
٣. طبيعة الوظيفة العمومية في الفقه الإسلامي للأستاذ ربوح ياسين، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية العدد (١٩) الجزائر، (يونيو ٢٠١٥م)، تعرض البحث إلى ثلاثة عناصر رئيسية: تعريف الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي، مبادئ الوظيفة العامة، أخلاقيات الموظف العام.
٤. المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للأستاذة/ رشا عبد الرزاق الشمري، تناولت فيه تعريف الموظف العام والوظيفة العامة في الفقه والقانون، وبينت طرق اختيار الموظف العام بين الفقه والقانون، كما وتطرق إلى أهم حقوق

الموظف العام، وهي دراسة قانونية مزجت فيها أحكام الشريعة الإسلامية.

الجديد في البحث

يمكن القول بعبارة موجزة: إن الباحث لم يقف على من تناول موضوع معايير رواتب الموظفين بالبحث والتحقيق، كما أنه سيقوم بمقارنة تلك المعايير بالقوانين المعمول بها في الكويت، وذلك عمل غير مسبوق.

خطة البحث

يقع البحث في ثلاثة مباحث وتسبق بالمقدمة وفي نهايتها الخاتمة التي تتضمن أهم النتائج والتوصيات، ومباحث الدراسة كما يلي:

المبحث الأول: حقيقة الموظف العام في الفقه الإسلامي والقانون وتحتة مطالبان:

المطلب الأول: تعريف الوظيفة العامة والموظف العام في القانون

المطلب الثاني: حقيقة الوظيفة العامة والموظف العام في الفقه

الإسلامي

المبحث الثاني: طبيعة علاقة الموظف العام بالدولة بين الفقه الإسلامي والقانون

وتحتة مطالبان:

المطلب الأول: طبيعة العلاقة بين الموظف والدولة في القانون

المطلب الثاني: طبيعة علاقة الموظف بالدولة في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: معايير تحديد المرتبات في الفقه والقانون

وتحتة أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المعايير والمرتبات

المطلب الثاني: معايير المرتبات في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: التفاضل في الأرزاق بين موظفي الدولة

المطلب الرابع: معايير الأرزاق في القانون

الخاتمة وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

وسيتمد الباحث في المقارنة بين الفقه والقانون على القوانين

والأنظمة-ذات الصلة-المعمول بها في دولة الكويت،

أسأل الله عَزَّوَجَلَّ أن يوفقنا لما فيه رضاه، وهذا أوان الشروع في

المقصود.



المبحث الأول

حقيقة الموظف العام في الفقه الإسلامي والقانون

الوظيفة العامة مصطلح قانوني لم يستعمل عند الفقهاء بذات المعنى، وسيقوم الباحث بتعريف الاصطلاح القانوني، ثم يتحدث عنه في الفقه الإسلامي، وذلك فيما يلي من المطالب:

المطلب الأول

تعريف الوظيفة العامة والموظف العام في القانون

أولاً: التعريف اللغوي

الوظيفة لغة: أصلها (وظف) وهي تدل على تقدير شيء، فيقال: وظَّفْتُ له، إذا قدَّرْتُ له كل حين شيئاً من رزق أو طعام^(١). ويطلق على العهد والشَّرْطِ: وظيفة، وتجمع على (وظائف) و(وظُف)، والتوظيف: تعيين الوظيفة^(٢). ويقال أيضاً: له وظيفة من رزق-أي: مقدار معين من الرزق-

(١) ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس الرازي (ت: ٣٩٥هـ)، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، (١٣٩٩هـ/١٩٧٩م)، (١٢٢/٦).

أبو الفضل ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الأنصاري (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (٣٥٨/٩).

(٢) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت: ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع/ بيروت، الطبعة الثامنة (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م)، (ص: ٨٦٠).

وعليه كل يوم وظيفة من عمل^(١) -أي: عليه عمل يؤديه-.

العالم لغة: أصلها (عمم) وهو اسم جمع للعامة، وهو ضد الخاصة^(٢)، ويقال: عمّ الشيء عمومًا، أي: شمل الجماعة، وهو ضد الخاص^(٣)، ويقال: عمهم بالعطية أي: شملهم بها^(٤).

ثانياً: تعريف المركب اللفظي في الاصطلاح القانوني:

تعددت تعريفات الوظيفة العامة وتباينت وجهات النظر حولها وفقاً للفلسفات القانونية المختلفة^(٥)، وقد جاء في المادة (١١) من قانون الخدمة

(١) مرتضى الزبيدي، أبو الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (ت: ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: جماعة من المحققين، دار الهداية-بيروت، (د.ت)، (٤٦٤/٢٤).

(٢) مرتضى الزبيدي، تاج العروس، (١٤٩/٣٣).

(٣) أبو عبد الله الرازي، زين الدين محمد بن أبي بكر (ت: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ، المكتبة العصرية/بيروت، الطبعة الخامسة (١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م)، (ص ٣١٨).

(٤) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (ص ١١٤).

(٥) يختلف الاصطلاح القانوني للوظيفة العامة، ففي النظام الأمريكي يعتبر الوظيفة العامة وظيفة مؤقتة ليست دائمة يحق للموظف تركه وقت ما شاء، وله الحق في العودة إليه في أي وقت، فلا يحمل طابع الديمومة.

أما النظام الأوروبي فهو يرى أن الوظيفة العامة هي عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

انظر: الشمري، رشا عبد الرزاق جاسم، المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة والقانون، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، (٢٠١٦م)، (ص ٣٣).

الحلو، ماجد راغب، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، الطبعة

المدنية تصوير للوظائف العامة على أنها: خدمة تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة^(١).

وتعرف الوظيفة العامة في الاصطلاح القانوني هي: كل عمل دائم في أحد المرافق العامة التي تدار بواسطة الدولة، ويتم توليها وفق الشروط والضوابط القانونية المحددة لذلك^(٢).

وبناء على ذلك فإن الوظيفة العامة لا بد فيها من ضوابط هي كما يلي:

١. الاستمرار والدوام، فلا تنتهي الخدمة إلا بالتقاعد أو نحوه مما يحصل به إنهاء الخدمة، أو بعبارة أخرى: الوظيفة الدائمة أن يؤدي عملاً غير محدد بزمان معين، وهذه نظرية قانونية تقليدية^(٣).

٢. العمل يكون في المرافق العامة التي تدار بواسطة الدولة أو أحد

الأولى، ذات السلاسل للطباعة والنشر، الكويت (١٩٨٠م/١٤٠٠هـ)، (ص١٤٦).

(١) عبارة هذه المادة هي بذاتها عبارة الدستور الكويتي مادة(٢٦). انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الدستور الكويتي، وزارة العدل، الكويت، الطبعة الأولى، (فبراير/٢٠١١م)، (١/١٩).

وانظر أيضاً: قانون الخدمة المدنية المادة (١١) في مجموعة التشريعات الكويتية، (١٧٥/١٠).

(٢) المقاطع، الفارسي، محمد عبد المحسن المقاطع، أحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق-جامعة الكويت (١٩٩٧م)، (ص١٧٣). (بتصرف يسير)

(٣) وسيأتي أن القانون المدني الكويتي خالف هذه القاعدة.

انظر: الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، (ص١٦٥).

المؤسسات التابعة لها.

٣. يتم تولي هذه الوظائف وفقاً لشروط وضوابط قانونية معينة لذلك العمل.

وقد عرفت المادة (٢) من قانون الخدمة المدنية الموظف العام بأنه: كل من يشغل وظيفة مدنية من وظائف الجهات الحكومية، أيًا كانت طبيعة عمله أو مسمى وظيفته^(١).

وعلى الرغم من هذه النصوص القانونية إلا أن فقهاء القانون يرون أنها ليست تحمل تعريفاً دقيقاً للموظف العام؛ ومن أجل ذلك فإن القضاء والفقهاء القانونيين اجتهدوا رأيه في تعريف الموظف العام^(٢) بأنه: كل شخص يقوم بالعمل في خدمة مرفق عام يدار بطريقة مباشرة، ويكون قد شغل مركزه بطريقة قانونية سليمة، سواء بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة^(٣).

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الخدمة المدنية الكويتي، المادة (٢)، (١٧٢/١٠).

(٢) المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص١٧٦).

(٣) هذا تعريف إدارة الفتوى والتشريع في الكويت للموظف العام.

انظر: مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع في الكويت (يناير ١٩٩٠م) إلى (ديسمبر ٢٠٠٢م)، بخصوص الموظف والوظيفة العامة (٢٠٠٧م)، (٦٠/٥).

وانظر أيضاً: المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص١٧٦).

وعرفه القضاء الكويتي بقوله: "الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، وذلك عن طريق شغله منصباً إدارياً يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق".

الطبيباني، عادل طالب، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، وحدة التأليف

وبناءً على هذا التعريف فإن الموظف العام يشترط له ما يلي^(١):

١. سلامة إجراءات التعيين، فلا بد من صدور قرار بالتعيين وفقاً للأوضاع التي يقرها القانون، فكل وظيفة عامة لا يتولاها إلا وفق شروط وضوابط معينة تقتضيها طبيعة ذلك العمل؛ وهذا يفيد أنه ليس لكل أحد أن يتولى أي وظيفة.

٢. تقاضي مرتبٍ من الخزينة العامة^(٢) للدولة^(٣): ذلك أن الموظف لما كان تابعاً للمرفق العام الذي تديره الدولة بطريق مباشر، أو عن طريق أحد أشخاص القانون العام، فإنه ولا بد أن يحصل على راتبه من الميزانية العامة للدولة، أما من يقوم بخدمة تطوعية من دون الحصول على مقابل من الخزانة العامة للدولة فلا يعتبر موظفاً عاماً، مثل المأذون الشرعي.

٣. التبعية للمرفق العام الذي يدار بواسطة الدولة، سواء كانت الإدارة للدولة مباشرة أو أحد أشخاص القانون العام، أما ما يدار بواسطة

والترجمة والنشر، كلية الحقوق-جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، (١٩٩٨م)، (ص٣٢).

(١) الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، (ص٣١).

الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، (ص١٦٥).

(٢) الخزانة العامة للدولة (public treasury) هي ما يصطلح الفقهاء على تسميته بـ(بيت مال المسلمين)، ويقصد بها: الجهة التي تملك المال العام للمسلمين، من نقود وعروض وأراضٍ وغيرها.

انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (بيت المال)، (٢٤٤/٨).

(٣) المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص١٧٨).

التزام المرافق العامة فإنه لا يعتبر موظفًا عامًا.

وحتى يصدق وصف الموظف العام على العامل في المرفق لا بد أن يتوفر في المرفق ما يلي من الصفات^(١):

أ. تحقيق المصلحة العامة من سد حاجيات عامة، أو تقديم خدمات عامة
كنشر العدالة وحفظ الأمن العام.

ب. يجب ألا يكون القصد من المرفق بالدرجة الأولى تحقيق الربح
المادي، وإنما تحقيق النفع العام.

ت. خضوع المرفق لقانون يخص الدولة، يختلف عن ذلك القانون الذي
تدار به المؤسسات والشركات الخاصة.

والجدير بالذكر أن القانون الكويتي لم يشترط في الموظف العام صفة
الديمومة في العمل، فمن يُلزم بالخدمة العسكرية في فترات معينة من السنة
يدخل في إطار الموظف العام، وفقًا لمنصوص لمادة (١٢) من قانون الخدمة
المدنية^(٢).

(١) د/مباركة، بدري مباركة، محاضرات في الموظف العام والوظيفة العامة، من مطبوعات
جامعة الطاهر مولاي بسعيدة، كلية الحقوق والسياسة، الجزائر، (٢٠١٤/٢٠١٥م)،
(ص٣٣).

(٢) هذه المسألة محل خلاف بين فقهاء القانون، فما تبنته قرارات الفتوى والتشريع تخالف
ما نطقت به الأحكام القضائية.

انظر في ذلك: الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، (ص٣١).

الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، (ص١٦٥).

إذا تصورنا حقيقة الوظيفة العامة والموظف العام قانوناً، فإن ذلك يجرنا إلى بيان حقيقة الموظف العام والوظيفة العامة في الفقه الإسلامي، وذلك في المطلب التالي.



(٢) نصت المادة (١٢) من قانون الخدمة المدنية الكويتي: "الوظائف إما دائمة وإما مؤقتة...". المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص١٧٨).

المطلب الثاني

حقيقة الوظيفة العامة والموظف العام في الفقه الإسلامي

لم يرد في نصوص الكتاب والسنة تسمية الموظف العام - كما تقدم-، إلا إنه ورد معناه في نص الكتاب وفي عدة نصوص من السنة النبوية، كما ورد ذكر لفظ "الوظيفة" في نصوص الفقهاء على معان متعددة، وبيان ذلك فيما يلي:

مرادفات الوظيفة في لسان الشرع

في القرآن الكريم قال الله عزَّوَجَلَّ: "إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ" [التوبة: ٦٠].

والمراد بـ: "وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا": الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة بالتوكيل على ذلك... فيدفع لهم الإمام أجره معلومة بقدر عملهم^(١).

قال الإمام الشافعي: "والعاملون عليها: من ولاه الوالي قبضها، وقسمها، من أهلها كان أو غيرهم، ممن أعان الوالي على جمعها وقبضها، من العرفاء ومن لا غنى للوالي عنه...."^(٢).

(١) انظر في ذلك: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (١٧٧/٨).

القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، (٤٤٢/١). برهان الدين ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٣٩٢/٢). وانظر أيضاً: الكمال ابن الهمام، فتح القدير، (٢٦٢/٢).

(٢) الإمام الشافعي، الأم، (٩١/٢).

فظاهر من هذا التوضيح للفظ "الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا" أن المقصود بهم^(١): من وظيفتهم تتبع أموال الأغنياء وجلب الزكاة منهم لبيت المال، ويدخل في ذلك: من يقوم بحفظ أموال الزكاة وتخزينها، وحسابها عند وصولها لبيت المال، كما ويدخل فيهم: من يقوم بقسمتها على الفقراء إما بتتبع أحوال الفقراء وسبرها حتى يصل المال على وجهه إليهم، أو بنقل المال من بيت المال إليهم، أو حسابه وقسمته بين الفقراء، حتى يستوعب الفقراء، أو يستوعب أهل الزكاة^(٢).

وبعبارة أخرى: هم موظفون تابعون لمؤسسات الدولة، عملهم يختص في جانب الأموال الزكوية.

(١) انظر في ذلك: القرضاوي، فقه الزكاة، (٥٧٩/٢).

وانظر أيضاً: الطريفي، عبد العزيز بن مرزوق، التفسير والبيان لأحكام القرآن، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى (١٤٣٨هـ/٢٠١٧م)، (١٥٣١/٢).

(٢) الاتفاق قائم بين الفقهاء على استحقاق هذا الصنف لجزء من الزكاة. انظر في ذلك: الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، (٤٤/٢).
 عليش المالكي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد (ت: ١٢٩٩هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر/بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م)، (٨٦/٢).
 البغوي الفراء، الحسين بن مسعود بن محمد (ت: ٥١٦)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (١٩١/٥).

برهان الدين مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله (ت: ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (٤٠٥/٢).

ولذلك نظير في السنة النبوية وهو لفظ "العامل"، وجمعهم "عَمَال"، فإذا طلب منه القيام بعمل من الأعمال يقال: "استعمل"، وقد وردت هذه الألفاظ في حديث أبي حميد الساعدي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: اسْتَعْمَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلًا مِنَ الْأَسَدِ يُقَالُ لَهُ: ابْنُ اللَّثِيَّةِ عَلَى الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا قَدِمَ قَالَ: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا لِي، أَهْدِي لِي، قَالَ: فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمِنْبَرِ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، وَقَالَ: "مَا بَالُ الْعَامِلِ أُبْعَثُهُ فَيَقُولُ: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أَهْدِي لِي، أَفَلَا قَعَدَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ أَوْ فِي بَيْتِ أُمِّهِ حَتَّى يَنْظُرَ أَيُّهُدَى إِلَيْهِ أَمْ لَا...." (١).

وعند الإمام أحمد عن أبي حميد الساعدي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "هَدَايَا الْعَمَالِ غُلُوبٌ" (٢).

(١) رواه البخاري ومسلم.

الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، تحقيق: د/مصطفى البغا، دار القلم/دمشق، الطبعة الأولى: (١٤٢٢هـ/١٩٩٢م)، كتاب الأيمان والندور، باب: كيف كانت يمين النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، برقم (٦٦٣٦)، (١٣٠/٨).

الإمام مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، الجامع المسند الصحيح، دار الجيل-بيروت، مصورة عن الطبعة التركية (١٣٩٤هـ)، كتاب: الإيمان باب: تحريم هدايا العمال، برقم (١٨٣٢)، (١١/٦).

(٢) رواه أحمد والبخاري وصححه الألباني.

الإمام أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت: ٢٤١هـ)، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، إشراف: د/عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة/دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ/٢٠٠١م)، برقم (٢٣٠٦١)، (١٤/٣٩).

=

ومعنى "استعمل" في الحديث أي: جعله عاملاً على الصدقة، وساعياً في أخذها^(١)، فهو من العاملين الذي سبق تعداد أصنافهم، كما أن لفظ "العَمَّال" هنا يشمل السلطان ونوابه من أهل الولايات وغيرهم^(٢)، ممن يعمل لمصلحة الدولة.

يؤكد هذا المعنى حديث بُرَيْدَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ اسْتَعْمَلَنَا عَلَى عَمَلٍ فَرَزَقْنَاهُ رِزْقًا، فَمَا أَخَذَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ غُلُولٌ"^(٣) «(٤)».

أبو بكر البزار، أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العتكي (ت: ٢٩٢هـ)، البحر الزخار المعروف باسم مسند البزار، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله وآخرون، مكتبة العلوم والحكم/ المدينة المنورة، الطبعة الأولى (١٤٢٩هـ/٢٠٠٩م)، برقم (٣٧٢٣)، (١٧٢/٩).

الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي/ بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م)، برقم (٢٦٢٢)، (٢٤٦/٨).

(١) الملا قاري، نور الدين أبو الحسن علي بن محمد الهروي (ت: ١٠١٤هـ) مرقة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م)، (١٢٦٩/٤).

(٢) البنا الساعاتي، أحمد بن عبد الرحمن (ت: ١٢٧٨هـ)، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه: بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية (د.ت)، (٨٦/٩).

(٣) الغلول هو الخيانة في الغنيمة، وفي مال الفيء. العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير الصديقي، (ت: ١٣٢٩هـ)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الثانية (١٤١٥هـ/١٩٩٥م)، (١١٥/٨).

(٤) رواه أبو داود وابن خزيمة وصححه الألباني.

ومعنى استعملناه: جعلناه عاملاً على عمل من أعمال الولاية والإمارة، وقوله: (عَلَى عَمَلٍ) نكرة في سياق الشرط، فهي تعم سائر صنوف الأعمال سواء كانت جمع الصدقات أو الولايات أو غيرها^(١).

وهذا يفيد أن كلمة (استعملناه)، وكلمة (عمل)، يقصد بها الوظائف العامة للدولة، وهو المقصود هنا.

ومن استعمالها في السنة النبوية ما رواه الإمام أحمد من حديث ابن عمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ تَوَضَّأَ وَاحِدَةً فَتِلْكَ وَظِيفَةٌ الْوُضُوءِ الَّتِي لَا بُدَّ مِنْهَا...."^(٢)، ومعنى: "وَظِيفَةٌ الْوُضُوءِ" القدر الواجب

أبوداود السجستاني، سليمان بن الأشعث (ت: ٢٧٥هـ)، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة/دمشق، الطبعة الأولى (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م)، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب: أرزاق العمال، برقم (٢٩٤٣)، (٥٦٥/٤).

أبو بكر ابن خزيمة، محمد بن إسحاق النيسابوري (ت: ٣١١هـ)، صحيح ابن خزيمة، تحقيق: د/محمد الأعظمي، المكتب الإسلامي/ بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، كتاب الزكاة، باب: فرض الإمام للعامل على الصدقة رزقاً معلوماً، برقم (٢٣٦٩)، (٧٠/٤).

الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي/بيروت، الطبعة الثالثة (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، برقم (٦٠٢٣)، (١٠٤١/٢).

(١) العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، (١١٥/٨).

(٢) رواه أحمد وابن ماجه وضعفه الألباني.

الإمام أحمد، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت: ٢٤١هـ)، المسند، دارالمنهاج، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، برقم (٥٨٠٦)، (١٢٣٦/٣).

الألباني، إرواء الغليل، برقم (٩٦)، (١٣٤/١).

منه^(١).

الوظيفة عند الفقهاء

ذكر فقهاء المسلمين لفظ الوظيفة على عدة معان، ومن ذلك^(٢):

أولاً: أُطْلِقَت الوظيفة على المال الذي يؤخذ بشكل منتظم ودوري على من وجب عليه، كإطلاقهم على الواجب في الذمة بسبب التمكين من زراعة الأرض خراج الوظيفة^(٣)، وإطلاقهم للوظيفة على المقدار الواجب من النفقة^(٤)؛ لأنه يجب بصفة دورية.

ثانياً: إطلاقهم "الوظيفة" على الضريبة التي تفرض على الأغنياء حين الحاجة، قال الشاطبي: "فلإمام إذا كان عدلاً أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافياً لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال"^(٥).

(١) نور الدين السندي، أبو الحسن محمد بن عبد الهادي التتوي (ت: ١١٣٨هـ)، حاشية السندي على سنن ابن ماجه المسمى: كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه، دار الفكر، الطبعة الثانية، (د.ت)، (١/١٦٣).

(٢) مصطفى، مختار عيسى سليمان، الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، عمان، (١٩٩٨م)، (ص١١).

(٣) شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (ت: ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي/بيروت، (د.ت)، (١/٦٦٦).

(٤) أبو القاسم الرافي، عبد الكريم بن محمد القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، العزيز في شرح الوجيز، تحقيق: علي عوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، (١٠/٥٢).

(٥) الإمام الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (ت: ٧٩٠هـ)، الاعتصام،

ثالثاً: أطلقت الوظيفة على المال الذي يبذل للعامل بصفة دورية منتظمة، كقول بعض فقهاء الحنفية الوظائف هي: ما يقدر للإنسان في كل يوم من طعام أو رزق^(١).

رابعاً: أطلقت الوظيفة على ما أوجبه الله عزَّجَلَّ من الواجبات، كقولهم: الحج وظيفة العمر^(٢)، والصلاة وظيفة الوقت^(٣)، وهذا مأخوذ من النص النبوي المتقدم.

خامساً: أطلقت على العمل الدائم المستمر، كقولهم: "إذا لم يكن بين الحاضرین صاحب منزل ولا وظيفة ولا ذو سلطان، فالأعلم أحق

تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، (١٢١/٢).

وانظر أيضاً: إمام الحرمين الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت: ٤٧٨هـ)، الغياثي المسمى غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق، خليل المنصور، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الثانية (٢٠٠٣م/١٤٢٤هـ)، (ص١٢٨).

(١) ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي (ت: ٨٨٥هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د.ت)، (٢٩٥/١).

وانظر أيضاً: الصاوي، أحمد بن محمد المالكي (ت: ١٢٤١هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، صححه: الشيخ أحمد سعد علي وآخرون، مكتبة مصطفى البابي الحلبي/دمشق، الطبعة الأولى (١٣٧٢هـ/١٩٥٢م)، (٣١٣/٢).

(٢) شيخ زاده، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (٣٨٤/١).

(٣) بهاء الدين البغدادي، علي بن البهاء البغدادي الحنبلي (ت: ٩٠٠هـ)، فتح الملك العزيز بشرح الوجيز، دراسة وتحقيق: د/عبد الملك بن دهيش، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، (٥١٠/١).

بالإمامة"^(١)، ومرادهم أن صاحب الوظيفة وهو الإمام الراتب يقوم بإمامة الصلاة"^(٢)؛ لأنه نصب لهذا الغرض.

وقال الإمام النووي: "وظيفة المتولي للوقف: العمارة، والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول..."^(٣).

ونحوه قول الحنابلة: "إمامته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وإمامة الخلفاء الراشدين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ كانت متعينة عليهم، فإنها وظيفة الإمام الأعظم..."^(٤).

ومثل ذلك قول ابن القيم: "...صاحب الديوان"^(٥) وظيفته: أن يكتب

(١) الشرنبلالي، حسن بن عمار المصري الحنفي (ت: ١٠٦٩هـ)، مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح، اعتنى به: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م)، (ص١١٤).

(٢) الطحطاوي الحنفي، أحمد بن محمد بن إسماعيل (ت: ١٢٣١هـ)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (ص٢٩٩).

(٣) الإمام النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي/ بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ/١٩٩١م)، (٣٤٨/٥).

(٤) البهوتي، منصور بن يونس البهوتي (١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت)، (٢٣٢/١).

(٥) الديوان: هو الموضوع الذي تحفظ فيه ما يتعلق بحقوق السلطنة من الأعمال والأموال، ومن يقوم بها من الجيوش والعمال، وفي تسميته.

وصاحب الديوان هو المكلف بالتدوين في الصحف، فيدون أهل العطية وأهل الزكاة، ويدون فيه الجند الذين يستحقون الرزق من بيت المال.

=

المستخرج والمصروف، والنقيب والعريف وظيفته: إخبار ولي الأمر بالأحوال...^(١).

فالوظيفة هنا بمعنى: العمل الدائم المستمر، وهو المراد في هذا البحث. وبناءً عليه يمكن تعريف الوظيفة العامة في الاصطلاح الشرعي بأنها: خدمة عامة مشروعة تديرها الدولة، يُكَلَّفُ بها شخصٌ طبيعيٌّ أهلٌ لذلك العمل، وذلك على سبيل الدوام والاستقرار، بمقابل مادي معلوم^(٢).

أما الموظف العام فيمكن تعريفه بأنه: شخص طبيعي أهل للعمل تكلفه الدولة بواسطة أحد أجهزتها الإدارية للقيام بخدمة عامة مشروعة، تديرها الدولة مباشرة أو بواسطة أحد مؤسساتها، بمقابل معلوم تكفله الدولة.

ويمكن توضيح التعريف بما يلي

(خدمة عامة مشروعة): أي أنه عمل يرنو لتحقيق منفعة عامة، سواء كانت تتصل مباشرة للمتنتفع كالوظائف الخدمية مثل جمع الصدقات

أبو الحسن الماوردي، علي بن محمد بن حبيب البصري (ت: ٤٥٠هـ)، الأحكام السلطانية، دار الحديث/القاهرة، الطبعة الثانية، (د.ت)، (ص: ٢٩٧). ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٣٦٩/٥).

وانظر التعريف اللغوي: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (ص: ١١٩٧).

(١) شمس الدين ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، (ص: ١٩٩).

(٢) عرفه بعض الباحثين بتعريف قريب من هذا.

انظر: مصطفى، الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، (ص: ١٣).

وتفريقها، أو الانتفاع فيها بشكل غير مباشر، كما هو الشأن في المؤسسات الاستثمارية التي تديرها الدولة، كما أنها موصوفة بالمشروعية؛ لأنه لا يجوز لها الخروج عما هو مشروع في دين الله عزَّوجلَّ.

(تديرها الدولة): فلو كانت الخدمة العامة تدار بواسطة مؤسسات خاصة لم يعتبر العامل فيها موظفًا عامًا، ويستوي الأمر أن تديرها الدولة بواسطة مؤسسة وزارية كوزارة التعليم مثلاً، أو مؤسسة أخرى مملوكة للدولة، كمؤسسات القطاع النفطي.

(يُكَلَّفُ بها شخصٌ طبيعيٌّ أهلٌ لذلك العمل): يقابل الشخص الطبيعي الشخصية الاعتبارية، كالمؤسسات التي تكلف بإدارة بعض مرافق الدولة، فإنها لا تعتبر موظفًا عامًا، مثلما يعتبر العامل فيها ليس موظفًا عامًا.

(على سبيل الدوام والاستقرار): أي أن الخدمة يحتاج إليها باستمرار، فالمؤسسة التي تقدمها طبيعتها الاستمرار، بخلاف لو ما كلفت الدولة من يقوم بنقل ما يحتاج إلى نقله، فإنها مهمة تنتهي بانتهاء العمل المكلف به صاحبه، فهو لا يوصف بالاستمرار.

(بمقابل معلوم تكفله الدولة): أي أن العمل لا يكون من باب التبرع، وإنما يكون له مقابل تبذله الدولة، كرواتب القضاة والعسكريين ونحوهم، أما من يقوم بالعمل العام على سبيل التطوع فلا يسمى موظفًا عامًا.

إذا ثبت هذا فإن الذي يحتاج إلى إجابة في هذا المبحث هو: ما طبيعة العلاقة بين الموظف والدولة؟

هذا ما سيجيب عنه الباحث في المطلب التالي.

المبحث الثاني

طبيعة علاقة الموظف العام بالدولة بين الفقه الإسلامي والقانون

سنتناول طبيعة العلاقة في القانون ثم بعد ذلك نذكر طبيعة العلاقة في الفقه الإسلامي، وذلك تحت المطلبين التاليين:

المطلب الأول

طبيعة العلاقة بين الموظف والدولة في القانون

النظرة القانونية لطبيعة العلاقة بين الموظف والدولة أخذت اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن العلاقة بين الموظف والجهة الحكومية هي علاقة تعاقدية، يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(١).

وبناءً عليه: فإن علاقة الموظف على عمل مادي بدني كالتطبيب ونحوه هي علاقة إجارة أشخاص، بينما العمل الذهني القانوني-مثلاً-هو عقد وكالة، وهكذا كل عقد يكيف بحسبه^(٢).

الاتجاه الثاني: إن العلاقة بين الموظف والجهة الحكومية هي علاقة

(١) حسن، الدكتور عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية

للطباعة والنشر/ القاهرة (١٩٦٩م)، (ص٢٠٦).

الطبائبي، الوسيط في القانون الإداري، (ص٣٨).

المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص١٩٥)

الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة الجديد، (ص١٧٥).

الشمري، المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة والقانون، (ص٣٣).

(٢) المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص١٩٥).

تنظيمية لائحية، تحكمها القواعد القانونية المتصلة بتنظيم الوظائف العامة^(١).
ويترب على ذلك أن يكون التعيين فيها بالإرادة المنفردة، بأن تكون
الإدارة هي من تتخذ قراراً بالتعيين، بينما ترك العمل لا يكون إلا بقبول
السلطة طلب الاستقالة أو نحو ذلك^(٢).

كما أن الموظف يخضع لقواعد معدة سلفاً، بقطع النظر عن مبدأ
التراضي، ويحق للسلطة الإدارية تعديل الأحكام الوظيفية^(٣)، وبعبارة أخرى:
يعتبر التعيين في وظيفة عامة إنما هو استدعاء للعمل، وليس هو إنشاء لعمل
جديد^(٤).

ويستشكل أصحاب هذا التوجه القانوني على التوجه الأول عدة
إشكالات:

الأول: أنه يقيد الجهة الحكومية عن تطوير المرفق؛ إذ لا يمكنها تعديل
المهام أو إلغائها في جهة من الجهات التابعة لها؛ لوجود عقد لازم بينها وبين
الموظف.

(١) الطبطبائي، الوسيط في القانون الإداري، (ص٣٨).

المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص١٩٥).

الحلو، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة الجديد، (ص١٧٥).

الشمري، المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة والقانون، (ص٣٣).

(٢) المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص٢٠٠).

(٣) الطبطبائي، الوسيط في القانون الإداري، (ص٣٨).

(٤) حشيش، دراسات في الوظيفة العامة، (ص٥٨).

الثاني: إن العمل الجاري بين الناس اليوم يعارض نظرية العقد شكلاً وموضوعاً:

أما الاعتراض الشكلي الوارد عليه فهو: إن العقد بين الجهتين لا يتضمن مفاوضات ولا مساومات، بل إن ذلك لا وجود له أصلاً في هذه العقود، وإلا للزم منه تفاوت الأجور والمزايا الوظيفة الممنوحة للعاملين بحسب تفاوت قوة المفاوضات ومهارة العامل، ومثل ذلك غير حاصل^(١).

أما الاعتراض الموضوعي فهو: يلزم منه لو كان عقداً كسائر العقود ألا يمكن للإدارة تعديل العقد بالإرادة المنفردة ولو كان ذلك في مصلحة المرفق العام، وهو غير متحقق، بل إن تحققه يسبب تعطل المرفق العام عن أداء منفعه العامة بسبب المصالح الخاصة للعاملين في هذا المرفق^(٢).

والجدير بالذكر أن القانون الكويتي تبنى نظرية المزج بين النظريتين، مع ترجيح النظرية التنظيمية؛ نظراً لتحقيقها الصالح العام^(٣).

رأي الباحث في الآراء القانونية

من خلال التأمل في الآراء القانونية يمكن ملاحظة ما يلي:

(١) د/حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، (ص ٢٠٧).

(٢) المقاطع، الفارسي، القانون الإداري الكويتي، (ص ١٩٥).

(٣) المقاطع، القانون الإداري، (ص ٢٠٤).

جاء في المادة (١٥): "يكون التعيين بقرار من السلطة المختصة، أو بطريق التعاقد". فالتعيين بقرار من السلطة هو النظرية التنظيمية، والتعيين بطريق التعاقد هو النظرية التعاقدية، وذلك يكون في نطاق معين.

أولاً: إن الاتجاه الأول لم يجانب الصواب حين تبني مبدأ العلاقة التعاقدية بين الطرفين، لكن يلاحظ عليه أن تكييف العقد على الإجارة تارة، أو على الوكالة تارة أخرى يؤدي إلى إخلال بمبدأ العدالة بين الموظفين في الدولة.

ووجه هذا الإخلال: أن كل موظف من موظفي الدولة يقوم بخدمة لتحقيق مصلحة عامة، فجعل أحد صنوف العلاقة التعاقدية قابلاً للإلغاء-كما في عقد الوكالة وهو عقد جائز-وصنوف أخرى غير قابلة للإلغاء-كما في عقد الإجارة وهو عقد لازم-يؤول إلى جواز التخلي عن التعاقد مع الموظف القانوني، ومنع التخلي عن التعاقد عن الموظف الطيب-مثلاً-.

ثانياً: التوجه الثاني الذي يتبنى القول بأن العلاقة تنظيمية ليست تعاقدية يحمل اضطراباً؛ لأن العقد عبارة عن: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين، بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في محله^(١).

وهذا بعينه ما تم بين الجهة الإدارية من جهة، والموظف من جهة

(١) سلام، الأستاذ محمد سلامة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، طبع في المملكة المغربية بأمر من جلالة الملك الحسن الثاني، الطبعة الأولى (١٩٩٤م/١٤١٤هـ)، (ص١٠).

وانظر أيضاً: مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٠٢)، وما بعدها، (ص٢٩).
الزحيلي، وهبة مصطفى (ت:١٤٣٧هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر/دمشق، الطبعة الرابعة (١٩٩٤م/١٤١٤هـ)، (٤/٢٩٨١).

قلعجي، محمد رواس (ت:١٤٣٥هـ)، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع/ دمشق، الطبعة الثانية (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، (ص٣١٧).

أخرى، ويمكن تأكيد ذلك بما يلي:

أ. الموظف لا يمكنه استلام عمله إلا بصدر قرار من الجهة الإدارية المختصة، وفي حال عدم تنفيذه لهذا القرار خلال شهر من إصداره يعتبر قراراً لاغياً^(١).

وهذا بعينه الإيجاب والقبول، إذ الدولة تقوم بالإعلان عن حاجتها للوظيفة وهو الإيجاب، والموظف يتقدم بطلب الحصول عليها وهو القبول، ثم تستكمل بقية إجراءات من يقع عليه الاختيار، ويقوم بالتوقيع على الأوراق الخاصة بالوظيفة واستلام العمل وتحمل المسؤولية.

ب. تحمل الموظف لمسئوليته مقابل راتب يحصل عليه من الدولة، ومعنى ذلك أن العلاقة مبنها على عمل من جهة، وعوض من جهة أخرى، وهو يؤكد مبدأ التعاقد؛ إذ لا يستحق الموظف عوضاً دون عمل.

ومما يؤكد تعاقدية العلاقة مبدأ تعاقدية العلاقة بين الطرفين، إذ هي متضمنة لمبدأ المعاوضة، فمن لم يبذل عملاً للمصلحة العامة لا يستحق عوضاً.

ج. الموظف يستحق المحاسبة والعقوبة حال تخلفه عن الحضور إلى مقر

(١) جاء في المادة (١٢) من نظام الخدمة المدنية: "يبلغ الموظف بصورة من القرار الصادر بتعيينه، فإذا لم يتسلم العمل خلال شهر من تاريخ إبلاغه بصورة القرار، ولم يتقدم خلال هذه المدة بعذر تقبله الجهة الحكومية اعتبر القرار كأن لم يكن" مجموعة التشريعات الكويتية، نظام الخدمة المدنية، (١٩٦/١٠).

عمله^(١)، وقد تصل إلى إنهاء الخدمات، الذي هو بعبارة أدق إنهاء التعاقد؛ وسبب إنهاء التعاقد هو عدم بذل الموظف للعمل الذي لأجله تم إعطاؤه الراتب وتم التعاقد معه عليه، وهذا يعني أن المسألة مبنها على المعاوضة والتراضي، وهذا بعينه حقيقة التعاقد.

د. إذا علم أن محل العقد هو المنفعة التي يقدمها الموظف للدولة-أيًا كان نوعها-سواء كانت تعليمية أو تطبيقية، أو كان عملاً إدارياً قانونياً، بما في ذلك عمل القاضي ومعاونيه، فإن مما يؤكد العلاقة التعاقدية أنه حين انتهاء المصلحة من بقاء المؤسسة التابعة للدولة، فإن الدولة تقوم بإغلاقها، أو العهد بإدارتها للقطاع الخاص، وحينئذ تنتهي العلاقة بالموظف؛ لأن محل العقد حينئذ لم يعد موجوداً، ما يلزم منه بالضرورة إنهاء العلاقة بين الطرفين، وعدم استحقاق الموظف للعوض عن الفترة التي لن يعمل فيها في قادم الأيام، وهذا يؤكد مبدأ العقدية.

ثالثاً: قيام العلاقة على مبدأ الإذعان لا يعني خروجها عن مبدأ التعاقد^(٢)؛ لأن العلاقة هنا قائمة على التراضي، وإن كانت الشروط مطبوعة

(١) المادة (٨١) من نظام الخدمة المدنية: "إذا انقطع الموظف عن عمله بغير إذن...يحرم الموظف من مرتبه عن مدة انقطاعه".

انظر أيضاً: بهباني، المستشارة سلوى فيصل، النظام الوظيفي في ظل قانون ونظام الخدمة المدنية، الطبعة الأولى (٢٠١٦م/١٤٣٨هـ)، (ص٩٢).

الحلو، القانون الإداري الكويتي، (ص٢٤٦)

(٢) يعرف عقد الإذعان بأنه: علاقة بين طرفين تقوم على القبول من أحد الطرفين لكافة بنود العقد دون القدرة على تغيير شيء منها أو الإضافة عليها. ويمثل لهذا بعقود النقل في

مكتوبة ولا يملك المتعاقد تعديلها، إلا أنه يملك عدم الدخول فيها أصلاً، فأفاد ذلك قيامها على مبدأ التراضي ولو كانت بطريق الإذعان.

رابعاً: القول بأن العلاقة التعاقدية تقتضي عدم إمكانية تعديلها بالإرادة المنفردة صحيح، لكنه لا يحمل على إطلاقه؛ لأن التعديل حين يكون للمصلحة العامة فهو مقدم على المبدأ التعاقدية، كما في مبدأ نزع الملكية للمصلحة العامة، وكما في بيع مال المفلس لمصلحة الغرماء، ومثل ذلك معروف مشهور في الفقه الإسلامي والقانون.

خامساً: إذا تبين أن العلاقة تعاقدية فإن قواعد الفقه الإسلامي تأتي القول بأنها عقد إجارة أشخاص؛ وذلك لما يلي:

١. الإجارة لا تخلو إما أن يكون إجارة على عمل، أو إجارة على مدة، ولا يجوز الجمع بينهما لتجعل إجارة على عمل ومدة؛ لأن ذلك يفضي إلى الغرر، فقد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، وقد تنقضي المدة ولم يفرغ من العمل^(١).

الطائرات والقطارات والعقود مع شركات المياه والكهرباء ونحو ذلك، وبعض القانونيين يسميه عقد انضمام.

وقد وقع خلاف بين القانونيين في اعتبار الإذعان من العقود الحقيقية أو أنه عقد غير حقيقي بل هو مركز قانوني منظم.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية الجديدة (١٩٩٨م)، (٢٧٩/١).

(١) انظر: شهاب الدين الرملي، محمد بن أبي العباس بن حمزة (ت: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م)، (٢٨١/٥).

والمتمامل في الموظف العام يجد أنه لو أنهى العمل المُنات به قبل المدة المقررة وتخلف عن الحضور إلى مقر العمل في باقي المدة لكان مستحقاً للمساءلة والعقوبة الإدارية التي قد تفضي إلى الخصم من الراتب، ولو أنه كلف بعمل في زمن فلم ينهه في خلال ذلك الزمن كان مستحقاً للمساءلة والعقوبة أيضاً، وفي الصورتين ليس له الحق في تظلم أو مطالبة، وذلك منصوص نظام الخدمة المدنية^(١).

كما لا يمكن أن يقال إنه عقد إجارة على مدة؛ لأن المدة غير محددة، فالمصلحة من بقاء الدائرة أو الوزارة التي يعمل بها الموظف قد تتغير، وتقوم الدولة-كما تقدم-بإنهاء التعاقد دون إخطار مسبق، ما يؤكد عدم وجود مدة معينة للتعاقد، وبناءً على ذلك فإن القول بأنه عقد إجارة لا يصح في قول عامة الفقهاء^(٢).

قال في بدائع الصنائع: "ولو استأجر إنساناً لبيع له ويشترى ولم يبين المدة لم يجز؛ لجهالة قدر منفعة البيع والشراء، ولو بين المدة بأن استأجره

موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقى، (٢٥٣/٥).

(١) تقدم ذكر ذلك قريباً، وانظر نص المادة (٨١) من نظام الخدمة المدنية.

بهبهاني، النظام الوظيفي في ظل قانون ونظام الخدمة المدنية، (ص٩٢).

(٢) انظر: الخرشى المالكي، محمد بن عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل

للخرشى، دار الفكر للطباعة، بيروت، الطبعة الثانية (د.ت.)، (١١/٧).

أبو الحسن الماوردي، علي بن محمد بن حبيب البغدادي، (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير

شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (٤١٤/٧).

منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (٥/٤).

- شهرًا لبيع له ويشترى جاز؛ لأن قدر المنفعة صار معلومًا ببيان المدة"^(١).
٢. يجوز إنهاء خدمة الموظف العام بالإرادة المنفردة، وهذا يخالف مبادئ عقد الإجارة، فهو عقد لازم، لا جائز، والشأن في العقد اللازم ألا يجوز فسخه بالإرادة المنفردة"^(٢).
٣. يجيز القانون تكليف الموظف-بالإضافة إلى عمله في الأوقات المحددة-العمل في غير الأوقات الرسمية، في حال اقتضت مصلحة العمل"^(٣)، وهذا يعني أن العمل سيكون في وقت آخر غير الأوقات المتعارف عليها والمنصوص عليها.
- وبعبارة أخرى: إن الجهة الإدارية قد خرجت عن نطاق الإجارة بإضافة أوقات غير متفق عليها في العقد، وتلك الأوقات مما يتفق على عدم العلم

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (٤/١٨٤).

(٢) تنص المادة (٧١) على أن من طرق إنهاء خدمة الموظف الإحالة إلى التعاقد. وجاء في الأحكام القضائية: "إن المشرع اعتبر إحالة الموظف للتقاعد طريقًا من طرق إنهاء خدمته" ونص الحكم أيضًا: "ولم يقيد القانون سلطة الإدارة إلا بشرط واحد، هو أن يكون مستحقًا لمعاش تقاعدي...".

انظر: جريدة الجريدة، العدد (٢٩٧٨) الصادر في (٨/مارس/٢٠١٦م)، (ص١٠).

والفرق بين إنهاء خدمة الموظف وما تقدم ذكره من تعديل أو إغلاق المؤسسة للمصلحة العامة أن الإلغاء فيما تقدم يشمل الدائرة بجمع من فيها، أما في هذه الصورة فهي تخصّ موظفًا بعينه.

(٣) الفقرة الثانية من المادة (٢٤) من قانون الخدمة المدنية.

انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء العاشر، (ص١٧٩).

بها، فلو كان العقد إجارة فهو مشوب بالغرر، وذلك يمنع صحته.

٤. عقد الإجارة يقتضي أن يكون العمل مقابل أجر، وهو يفيد أن الأيام التي لا يعمل فيها الأجير لا يستحق الأجرة عليها، ويستثني بعض علماء الفقه الإسلامي أوقات الصلوات الخمس، والجمع وما تعلقت به الواجبات الدينية^(١)، وكذلك ما جرى به العرف، كالإجازات الأسبوعية والطارئة والدورية^(٢).

غير أن الذي يشكل عليه أن الموظف قد يمنح إجازة طويلة بمرتب كامل للقيام بنشاط لا علاقة له بالمرفق العام وعمله فيه، كتأدية أعمال فنية معينة، أو القيام بمهام عملية أو رياضية محددة، أو نحو ذلك^(٣).

وظاهر أن الموظف في هذه الصورة لم يقم بأي عمل من الأعمال التي تدخل في اختصاصات الوظيفة التي يستحق عليه العوض، إلا أن النظام المدني ينص على استحقاقه لكامل العوض، ومثل ذلك ينافي عقد الإجارة المبينة على المعاوضة^(٤).

(١) الرملي، نهاية المحتاج، (٢٨٢/٥).

(٢) قد يقال: إن هذا النوع من الإجازات لا يخل بمبدأ المعاوضة؛ لأنها عرف، والتمقرر في الفقه الإسلامي: "المعروف كالمشروط"؛ ولأنها من الساعات التي يستعيد فيها الموظف نشاطه، ليقوم بعدها بأعبائه الوظيفية بنشاط ومثابرة، فهي من مصلحة التعاقد.

(٣) انظر: نص المادة (٤٦) من نظام الخدمة المدنية.

(٤) جاء في المادة (٣٥) من نظام الخدمة المدنية: الإجازات التي يجوز منحها للموظف هي: ١- إجازة طارئة. ٢- إجازة دورية. ٣- إجازات خاصة بمرتب كامل.... وفي المادة (٣٦): "يجوز للموظف أن ينقطع عن العمل لسبب طارئ لا يستطيع الإبلاغ عنه مقدماً

٥. يعطي القانون الحق للجهة الإدارية في نقل الموظف إلى جهة أخرى غير الجهة التي يعمل فيها، بشرط أن تكون الوظيفة شاغرة، ومن ذات الدرجة الوظيفية، على أن يكون القرار صادرًا من السلطة المختصة^(١). وهذا يعني أن الوظيفة التي عين فيها الموظف أول مرة ليست حقًا مكتسبًا، وإنما يجوز نقله إلى وظيفة أخرى-بالشرط المتقدم-، وليس له حق الاعتراض^(٢).

ونتيجة ذلك كله: إن عقد الإجارة هنا قد اختل فيه أحد أهم أركانه وهو التراضي؛ لأن أحد أطراف العقد-وهو الدولة-قد قام بتغيير ما تعاقد عليه الموظف بالإرادة المنفردة، دون حق للموظف برفض هذا التعديل، ولا يمكن أن يقال: إن الموظف قد وافق على النقل حين إبرام العقد؛ لأنه يتضمن غررًا. سادسًا: لا يمكن القول إن العقد هنا عقد وكالة بأجر أو عوض، لأنه لو قيل به وقد نص المتعاقدان على الإجارة في العقد، فإنه يتحول إلى عقد إجارة على مذهب الأئمة الثلاثة أبي حنيفة^(٣) ومالك^(٤).....
للتصريح له بالغياب....".

(١) انظر: المادة (٣١) من نظام الخدمة المدنية.

(٢) انظر: الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، (ص٢٨٦).

(٣) علاء الدين ابن عابدين، محمد بن محمد أمين بن عمر الحسيني الدمشقي (ت: ١٣٠٦هـ)، قرة عين الأختيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع/لبنان، الطبعة الثانية (١٤١٢هـ / ١٩٩٢م)، (٤٦٠/٧).

(٤) ابن نجم شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس السعدي المالكي (ت: ٦١٦هـ)،

والشافعي^(١)، فيكون ما تقدم من الجواب كافياً في رد القول بأنه وكالة بأجر. فإن لم ينص على أنه عقد إجارة فهو عقد وكالة بعوض، والعوض يعتبر جعلاً^(٢)، وذلك سائغ في منصوص مذهب الحنابلة^(٣)، وهو رواية في مذهب المالكية^(٤).

لكن يشكل عليه أن العقد هنا يتحول إلى عقد جائز من طرفيه، بينما العقد بين الموظف والدولة لازم من جهة الموظف جائز من جهة الدولة، فهو إذن لا يتوافق مع هذا المذهب.

وفي المسألة قول ثالث -تقتضي الأمانة العلمية ذكره- وهو أن عقد

عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي/بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م)، (٨٣٢/٢).

(١) الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، (٢٥٧/٣).

(٢) الجعالة في اللغة: ما يجعل للإنسان على الأمر يفعله. انظر ابن فارس، مقاييس اللغة، (٤٦٠/١).

وفي الاصطلاح الفقهي: جعل شيء من المال معلوم كأجرة، لمن يعمل له عملاً مباحاً. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (٢٠٣/٤).

(٣) برهان الدين ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (ت: ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (٣٥١/٤).

(٤) عليش المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، (٤١٦/٦).

الوكالة بعوض يعتبر عقدًا لازمًا من جهة الجاعل-وهي الدولة-دون العامل^(١)-وهو الموظف-، وفي مسألتنا العقد جائز من جهة الدولة، لازم من قبل العامل.

وبناءً عليه فإن الآراء الفقهية لا تخدم القول: بأنها عقد جعالة؛ أو عقد وكالة بأجر.

ومن جهة أخرى: فإن بعض الوظائف العامة ليس فيها معنى الوكالة، - كما في التعليم مثلاً- فليس يجب على السلطان أن يقوم به بنفسه، فهو إذن لا يقيم غيره مقامه؛ لأنه ليس مقامه أصلاً، ومثل ذلك في التطبيب ونحوها من المهن والوظائف العامة.

إذا عرف هذا فإن التساؤل لا يزال محلاً للبحث: ما هو موقف الفقه الإسلامي من طبيعة العقد بين الموظف العام والدولة؟ هذا ما سيجيب عنه الباحث في المطلب التالي.



(١) المصدر السابق.

المطلب الثاني

طبيعة علاقة الموظف بالدولة في الفقه الإسلامي

لم تجر أقلام الفقهاء في بيان طبيعة الوظائف في الدولة على منحنى واحد؛ وذلك لقلّة الوظائف تحت مظلة الدولة في زمن تدوين الفقه الإسلامي، كما لم يكن التنظيم الإداري قد أخذ هذا الشعب والتوسع كما هو الحال في زماننا.

ويمكن القول إن استقراء كلام الفقهاء يفيد أن الوظائف عند الفقهاء على ثلاثة أنحاء، وهي كما يلي:

الأول: عامل الزكاة ونحوه

وفي هذا النوع من الوظائف يكون للدولة فيه خياران فيما يتعلق بالعوض:

الخيار الأول: أن يكون موكولاً لاجتهاد الإمام، فالعقد هنا عقد جعالة، للجهل بالعوض.

قال الإمام مالك: "وليس للعامل على الصدقات فريضة مسماة، إلا على قدر ما يرى الإمام"^(١).

(١) الإمام مالك، إمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي (ت: ١٧٩هـ)، الموطأ بشرح الزرقاني، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، (١٨٣/٢).

ومراد الإمام: أن الإمام لا يفرض للعامل قدرًا معينًا، وإنما يعطيه مما يجبي بحسب ما يراه الإمام ويتحقق فيه المصلحة.

الخيار الثاني: أن يستأجر الإمام من يقوم بهذا العمل بأجر مسمى معلوم، أو يبعثه من دون تسمية وبفرض له أجرة المثل، وفي كلا الحالتين يعتبر العقد إجارة أشخاص، إذ العامل أجير على عمل معلوم، و عوض معلوم نصًا أو عرفاً.

قال الموفق: "والإمام مخير إذا بعث عاملاً ؛ إن شاء استأجره إجارة صحيحة، ويدفع إليه ما سمي له، وإن شاء بعثه بغير إجارة، ويدفع إليه أجر مثله، وهذا كان المعروف على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فإنه لم يبلغنا أنه قاطع أحدًا من العمال على أجر...."^(١).

ويستدل على ذلك بحديث عبد الله بن السعدي قال: اسْتَعْمَلَنِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا فَرَعْتُ مِنْهَا وَأَدَيْتُهَا إِلَيْهِ، أَمَرَ لِي بِعَمَالَةٍ، فَقُلْتُ: إِنَّمَا عَمِلْتُ لِلَّهِ، وَأَجْرِي عَلَى اللَّهِ، فَقَالَ: خُذْ مَا أُعْطِيتَ، فَإِنِّي عَمِلْتُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَعَمَلَنِي، فَقُلْتُ مِثْلَ قَوْلِكَ، فَقَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا أُعْطِيتَ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ أَنْ تَسْأَلَ فَكُلْ وَتَصَدَّقْ"^(٢).

ودلالة الحديث من وجهين:

(١) ابن قدامة، المغني، شرح مختصر الخرقي، (٢/٢٧٣).

(٢) رواه البخاري ومسلم.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب الزكاة، باب: من أعطاه الله شيئاً من غير مسألة، برقم (١٤٧٣)، (٢/١٢٣).

الإمام مسلم، الجامع المسند الصحيح، كتاب الزكاة، باب: إباحة الأخذ لمن أعطي من غير مسألة ولا إشراف برقم (١٠٤٥)، (٣/٩٨).

الوجه الأول: من فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فإنه أعطى عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بعد أن قضى عمله، كما في قوله: "عَمِلْتُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَعَمَلَنِي"، فكان إعطاؤه للعوض بعد انقضاء العمل، ولم يُسَمَّ له العوض قبل العمل، وإلا لذكره رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ومقدار العطاء يكون على قدر العمل وهو قول الموفق-المتقدم:- "لم يبلغنا أنه قاطع أحدًا من العمال على أجر".

الوجه الثاني: أنه فعل عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، المعروف المشتهر والذي لم يخالف فيه أحد من الصحابة، فكان إجماعًا على صحة هذا التعاقد مع الدولة.

الثاني: أصحاب الولايات العامة، كالإمام العام، والقضاة والوزير المفوض،

ونحوهم

فهؤلاء يستحقون أرزاقًا من بيت مال المسلمين، وتلك الأرزاق تختلف عن الإجارة، قال الإمام القرافي: "الفرق الخامس عشر والمائة: بين قاعدة الأرزاق وبين قاعدة الإيجارات، كلاهما بذل مال بإزاء المنافع من الغير، غير أنّ باب الأرزاق أَدْخُلُ في باب الإحسان، وأَبْعَدُ عن باب المعاوضة، وباب الإجارة أَبْعَدُ من باب المسامحة وأَدْخُلُ في باب المكايسة"^(١).

ومما يؤكد العلاقة الإرزاقية ما قاله القاضي أبو يوسف في كتابه الخراج: "فأما الزيادة في أرزاق القضاة والعمال والولاة والنقصان مما يجري

(١) شهاب الدين القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت: ٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنواع الفروق، تحقيق: خليل منصور، دار الكتب العلمية، بيروت، (١٨٤١٨هـ/١٩٩٨م)، (٥/٣).

عليهم فذلك إليك، من رأيت أن تزيد في رزقه منهم زدته، ومن رأيت أن تحط من رزقه حطت...."^(١).

ولو كانت العلاقة إجارة لم تجز الزيادة أو الإنقاص منها، على المسمى في عقد الإجارة-خلافاً لما ذكره القاضي أبو يوسف-، وإنما منشأ ذلك-كما أشار إليه القرافي-، أنها من باب الإحسان من الدولة نظير تفرغهم الكامل للقيام بالأعباء التي تثقل عواتقهم.

يؤكد ذلك ما روته عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قَالَتْ: لَمَّا اسْتُخْلِفَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قَالَ: "لَقَدْ عَلِمَ قَوْمِي أَنَّ حِرْفَتِي لَمْ تَكُنْ تَعْجِزُ عَنْ مُؤَنَةِ أَهْلِي، وَشَغَلْتُ بِأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ، فَسَيَأْكُلُ آلُ أَبِي بَكْرٍ مِنْ هَذَا الْمَالِ"^(٢)، وَيَحْتَرِفُ لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ"^(٣).

(١) القاضي أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري(ت:١٨٢هـ)، الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الأولى، (د.ت)، (ص:١٨٧).

وقال القرافي في الفروق: "الأرزاق إعانة من الإمام لهم-للععمال والقضاة ونحوهم-على القيام بالمصالح لا أنه عوض...ويجوز في الأرزاق التي تطلق للقاضي الدفع والقطع والتقليل والتكثير والتغيير".

انظر: القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، (٣/٣).

(٢) أي أن الخلافة وما فيها من أعباء أشغلت أبا بكر الصديق عن التكسب، وعوض ذلك فإنه سيقوم بأخذ رزقه من بيت مال المسلمين، على أن يكون من صميم عمله تنمية هذا المال للمسلمين.

انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (٤/٣٠٤).

(٣) رواه البخاري. الإمام البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب: كسب الرجل وعمله، برقم (٢٠٧٠)، (٣/٥٧).

ووجه الاستدلال: أن أبا بكر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أخذ من بيت مال المسلمين حين أشغلته الخلافة عن التكسب، وأقر الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ الصديق على ذلك^(١)، فكان إجماعاً منهم على الاستحقاق.

أما كون العلاقة إرذاقاً وليست إجارة؛ فلأنها لو كان إجارة لكانت المقاطعة عليها قبل المبايعة، لكنه لما لم يكن هو موضع حديث في المبايعة، فدل على عدم اعتبار قيمتها.

ومن وجهة نظر الباحث: إنه لا يمكن القول إنها أجرة المثل؛ لأن التماثل هنا غير متصور لعظم أعباء الخلافة.

ويدخل في هذا القسم أصحاب فروض الكفايات من الأعمال التي لا تحمل صفة الولاية، كإمامة الجمع والجماعات وتعليم القرآن الكريم، وسائر الدراسات الشرعية.

قال موفق الدين ابن قدامة: "ولا يجوز أخذ الأجرة على الأذان في ظاهر المذهب، وكرهه القاسم بن عبد الرحمن والأوزاعي وأصحاب الرأي وابن المنذر؛ لأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لعثمان بن أبي وقاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: "وَأَتَّخِذْ مُؤَدِّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أذَانِهِ أَجْرًا"^(٢).... ولا نعلم خلافاً في جواز أخذ

(١) روى ابن سعد في الطبقات أن عمر وأبا عبيدة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا هما من فرضا للصديق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عوضاً عن عمله. وسيأتي لذلك ذكر إن شاء الله. انظر: ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البغدادي (ت: ٢٣٠هـ)، الطبقات الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (٣/١٣٧).

(٢) رواه أبو داود وابن خزيمة وصححه الألباني.

أبو داود السجستاني، السنن، كتاب الصلاة، باب: أخذ الأجر على التأذين، برقم (٥٣١)،

الرزق^(١) عليه^(٢)....^(٣).

(٢٠٩/١).

ابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة، كتاب الصلاة جماع أبواب الأذان والإقامة، باب: الزجر عن أخذ الأجر على الأذان، برقم (٤٢٣)، (٥٠٢/١).

الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، برقم (١٤٩٢)، (٣١٥/٥).

(١) أي أن الرزق هو الراتب الشهري الذي يُبذل للموظف. قال الحافظ ابن حجر في

تعريفه: "الرزق ما يرتبه الإمام من بيت المال لمن يقوم بمصالح المسلمين كل شهر..."

انظر: ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (١٥٠/١٣).

(٢) القربات على ثلاثة أنواع: النوع الأول: ما لا يتعدى نفعه كالصلاة والصيام، فمثل هذه

القربات لا يجوز أخذ الأجرة عليها، النوع الثاني: ما كان نفعه متعدياً ولا يختص فاعله

أن يكون من أهل القرية، كبناء المساجد ونحو ذلك، فهذه يجوز أخذ الأجرة عليها،

النوع الثالث: ما كان نفعه متعدياً ويختص فاعله أن يكون من أهل القرية، كالأذان وتعليم

القرآن، فهذا محل خلاف الفقهاء، فذهب الحنفية والحنابلة إلى منع أخذ الأجرة عليها،

وكره الإمام مالك ذلك، وأجازته الشافعية وهي رواية عن أحمد، والمتفق عليه عند

الفقهاء جواز أخذ الرزق من بيت مال المسلمين فيما تعلق في فروض الكفايات كالأذان

وتعليم القرآن، وهذا الذي أشار الموفق إلى الاتفاق عليه.

انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٥٥/٦). القرافي، الذخيرة،

(٤٠٥/٥). الرملي، نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي والرشيدي، (٢٩١/٥). برهان

الدين ابن مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله (ت: ٨٨٤هـ)، المبدع في شرح

المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ / ١٩٩٧م)،

(٢٧٦/١). وانظر أيضاً: موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، (١٤٣/٦).

تقي الدين ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، (ص ٤٩١).

(٣) موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، (٤٦٠/١).

الثالث: الوظائف العسكرية

وهي الوظائف التي يتولاها الجند ومن في حكمهم الذين يحمون الثغور من كيد الأعداء، ويصطلح الفقهاء على تسميتهم: "المرتزقة"، ويقصد بهم: من حسبوا أنفسهم للجهاد في سبيل الله وحماية الثغور نظير عوض يبذل لهم من بيت المال^(١).

قال الشيخ تقي الدين ابن تيمية: "الجهاد واجب على المسلمين عمومًا على الكفاية منهم؛ وهو واجب على المرتزقة، لكن وجوبه على المرتزقة الذين يعطون من مال الفيء^(٢) لأجل الجهاد أوكد؛ لأنه وجب عليهم من وجهين: وجب عليهم بالشرع، والوجه الثاني: وجب بالعقد الذي دخلوا فيه لما عقدوا مع الإمام عقد الطاعة في الجهاد والمعاوضة على ذلك، كما يجب العمل على الأجير الذي قبض الأجرة... وهذا وجوب بعقد المعاوضة"^(٣).

(١) انظر: أبو الحسن الماوردي، علي بن محمد بن حبيب البصري (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (٤٤٣/٨).

(٢) الفيء في اللغة بمعنى الرجوع. انظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، (٤/٤٣٥).

ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، كالذي تركوه فزعا من المسلمين وهربوا، والجزية عشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا إلينا تجارا، ونصف عشر تجارات أهل الذمة، وخراج الأرضين، ومال من مات من المشركين ولا وارث له. موفق الدين ابن قدامة، المغني في شرح مختصر الخرقى، (٦/٤٥٣).

(٣) الشيخ تقي الدين ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، (٢٨/١٨٤). (بتصرف)

ويفهم من ذلك أن العلاقة هنا تعاقدية، يجب فيها على طرفي العقد القيام بالمقصد من التعاقد، ولو كان العمل ليس واجباً عينياً بأصل الشرع، إلا إنه حين الدخول في هذه العلاقة وجب عليه القيام بها، كما يجب على الأجير العمل.

وبناءً على ذلك فلا يجوز مخالفة قيمة الرزق الذي تقرر بذله لهؤلاء المرتزقة-خلافاً لما قرره الإمام القرافي فيما تقدم ذكره-، وهو ليس بعقد أجرة، قال الخطيب الشربيني: "وما يأخذه المرتزقة من الفيء... ليس بأجرة لهم، بل هو مرتبهم"^(١).

ومن وجه آخر: فإن مقتضى العلاقة التعاقدية يقتضي أن يقال: إنها تحمل طابع الإلزام، كما تقتضي أن يقوم المرتزق بالانقطاع عن سائر الأعمال حتى يقوم بأعباء ما وكل إليه من العمل الجهادي وحفظ الجانب الأمني للأمة.

رأي للباحث

وجهة نظر الباحث: إن الوظائف العامة في زماننا ينطبق عليها القسم الثالث، وذلك لوجهين:

الأول: إن الموظف يلزم بالانقطاع عن سائر الأعمال والأنشطة التي تمنعه من أداء عمله على الوجه المطلوب.

(١) الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، (٢٨/٦).

الثاني: إن الدولة تحتاج إلى بقاء الموظف في وظيفته حتى تتحقق المصلحة العامة.

وبناءً على ذلك يمكن القول: إن طبيعة العلاقة بين الموظف والدولة في وقتنا المعاصر هي علاقة تعاقدية إرزاكية، أو بعبارة أخرى "عقد إرزاك"، وبرهان ذلك ما يلي:

١. إن الموظف لا ينخرط في سلك العمل إلا وهو يعلم قدر العوض الذي يحصل عليه، ولربما اختار وظيفة مكان أخرى رغبة في الرزق الأوفر، وهذا يفيد حصول الرضا منه على الرزق الذي تبذله الدولة. ويتأكد ذلك في السبب الثاني.

٢. قبل أن يقوم الموظف بمباشرة العمل يُطلَع من قبل الجهات المختصة على مقدار ما يحصل عليه من الرزق، ويقوم بالإمضاء على الأوراق الخاصة بالتعيين، والتي تفيد موافقته على المهام التي وكلت إليه، ما يفيد أن العلاقة تعاقدية.

٣. ليس للموظف الحق في التشاغل عن وظيفته التي كلف بها بمهمة أخرى لم توكل إليه، فأشبهه بحماة الثغور الذين نص الفقهاء على علاقتهم التعاقدية مع الإمام-المتمثل بسلطات الدولة في زماننا المعاصر-، فأفاد ذلك أن الإرزاك عبارة عن علاقة تعاقدية بين الدولة وبين الموظف للقيام بخدمة عامة.

ما حقيقة عقد الإرزاك؟

عقد الإرزاك فيه شبه من عقد الإجارة، إلا أن له من الخصائص ما

يجعل القول بأنه عقد إجارة بعيد جدًّا - كما تقدم ذكره -، كما يظهر أيضًا أن الإرزاق يتضمن عقد الوكالة، إلا أنه ليس بوكالة - كما تقدم -.

وسيدكر الباحث هنا وجه هذا التضمن، وذلك بقصد الوصول إلى الحقيقة الشرعية لهذه العلاقة، ثم يذكر الباحث حدًّا جامعًا مانعًا لعقد الإرزاق.

تضمن عقد الإرزاق للوكالة

الوكالة هي: إقامة جائر التصرف غيره مقامه، فيما تجوز فيه النيابة. وفي مسألتنا: تقيم الدولة - ممثلة بالجهة الإدارية - الموظف العام مقامها في تحصيل أعلى المصلحتين ودفع أعلى المفسدتين، والقيام بما أنيط به من مهام، ويدل على ذلك ما يلي:

١. تطبيق النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لقول الله عَزَّوَجَلَّ: "خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلَّ عَلَيْهِمْ" [التوبة: ١٠٣].

فالنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مأمور بأخذ الزكاة، كما أنه مأمور بالدعاء لأهلها، وهذا هو فعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقد كان يبعث عماله لقبض الزكاة - كما تقدم -، فإذا وضعت بين يديه دعا لأهلها. ما يعني أنه مخاطب بالجمع ومخاطب بالدعاء، وعمال الزكاة إنما هو نوابه في الجمع.

يؤكد هذا المعنى حديث أبي حميد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - المتقدم -، وفيه: "... قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَنَخَبَ النَّاسَ، وَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ،

ثُمَّ قَالَ: "أَمَّا بَعْدُ، فَإِنِّي أَسْتَعْمِلُ رِجَالًا مِنْكُمْ عَلَى أُمُورٍ مِمَّا وَلَا نَبِيَّ اللَّهُ..."^(١).
 فقوله: "فإنني أستعمل رجالاً منكم على أمورٍ مما ولا نبي الله"، أي أقام
 غيره مقامه في الوظيفة العامة، وهذا بعينه عقد الوكالة.

قال القرافي موضحاً حقيقة هذا العقد: "ما يُصْرَفُ للخِراسِ على
 خِراسِ الأموالِ الزكوية، والنخل وسِعةِ المواشي والعمال على الزكاة، كل
 ذلك عقد إِرْزاق، لا إِجارة..."^(٢).

٢. ينص الفقهاء على أن وظيفة القضاء -وهي وظيفة عامة-، تنعقد بلفظ
 صريح كلفظ: "استنتك"، أو بلفظ غير صريح: كلفظ: "وكلتكَ"^(٣)،

(١) رواه البخاري ومسلم.

الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح المختصر
 من أمور رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، تحقيق: د/مصطفى البغا، دار
 القلم/دمشق، الطبعة الأولى: (١٤٢٢هـ/١٩٩٢م)، كتاب الأيمان والندور، باب: كيف
 كانت يمين النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، برقم (٦٦٣٦)، (١٣٠/٨).

الإمام مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، الجامع
 المسند الصحيح، دار الجيل-بيروت، مصورة عن الطبعة التركية (١٣٩٤هـ)، كتاب:
 الإيمان باب: تحريم هدايا العمال، برقم (١٨٣٢)، (١١/٦).

(٢) شهاب الدين القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، (١٧/٣).

(٣) أبو الحسن الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل (ت: ٨٤٤هـ)، معين الحكام فيما يتردد
 بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، (د.ت)، (ص: ١٣).
 برهان الدين ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري (ت: ٧٩٩هـ)، تبصرة
 الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة
 الأولى (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، (٢٢/١).

=

وهذا يؤكد تضمن الوظيفة العامة لعقد الوكالة.

٣. الموظف المسئول يحق له إلزام زملائه بالقيام بعمل من صميم اختصاصهم، كما يحق له عزل من هو أدنى منه في الوظيفة أو القبول فيها-بحسب المكان الوظيفي-كتعيين القاضي يكون بأمر نائب السلطان.

حد عقد الإرزاق

بناءً على ما تقدم يمكن التعبير عن الحقيقة الشرعية لعقد الإرزاق بالقول: هو عقد تبرمه الدولة مع شخص طبيعي، ليقوم بعمل تتحقق فيه مصلحة عامة، مقابل الحصول على راتب من أموال بيت مال المسلمين.

ويمكن توضيح هذه الحقيقة الشرعية بما يلي:

عقد تبرمه الدولة مع شخص طبيعي) أي أن العلاقة بين الطرفين هي علاقة تعاقدية، أحد طرفيها شخص طبيعي^(١)، وهذا يخرج ما إذا كانت العلاقة التعاقدية أحد طرفيها شخصية اعتبارية^(٢) كما في عقود الإنشاءات

الماوردي، الأحكام السلطانية، (ص١١٧).

البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، (٦/٢٨٩).

(١) يقصد بالشخص الطبيعي: الإنسان الذي تميز عن سائر المخلوقات والجمادات بعقله المدرك، ويعتبر كل إنسان شخصاً طبيعياً.

انظر: الحداد، مهند وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، دار الوراق/عمّان الأردن، (٢٠٠٨م)، (ص٣٨٦).

(٢) الشخص الاعتباري يمثل له بالمؤسسات والشركات، ونحو ذلك.

ونحو ذلك، كما أن من يبرم هذا التعاقد الدولة، وليس جهة أخرى، ليخرج الموظف المتعاقد مع غير الدولة.

(ليقوم بعمل تتحقق فيها مصلحة عامة) شرط العمل أن تتحقق فيه المصلحة العامة، وهذا إخبار عن الحقيقة، إذ ليس من الممكن أن يكون العمل في جهة حكومية تحقيق مصلحة خاصة؛ لأن تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة.

(على أن يحصل مقابل ذلك على راتب من بيت مال المسلمين) تفيد هذه العبارة أن ما يحصل عليه الموظف هو مقابل الخدمة؛ لأن العلاقة تعاقدية.

كما تفيد أن مصدر هذا الراتب هو أموال الدولة؛ ليخرج ما إذا كان يعمل لمصلحة عامة ويحصل على راتب من مؤسسات القطاع الخاص، كما في المؤسسات الخاصة ذات الطابع الخدمي.

كما أنه قيد ليخرج الفقير الذي يحصل على رزقه من أموال الزكاة التي تجبها الدولة، فإن الآخذ منها يحصل عليها لفقره وحاجته وفاقته، لا لعمله.



ويعرف بأنه: كائن أوجده القانون يتكون من مجموعة من الأشخاص، وقد تم إنشاء هذا الكيان لتحقيق هدف معين، وليس لأي أحد من المؤسسين اعتبار قانوني مستقل، وإنما الاعتبار للأشخاص مجتمعين تحت مسمى واحد.
انظر: الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، (ص ٤١٦).

المبحث الثالث

معايير تحديد المرتبات في الفقه والقانون

لم يفصل الفقهاء في الحديث عن معايير تحديد المرتبات أو الأرزاق التي تبذل للموظفين، والذي سيقوم به الباحث هو: وضع معايير واضحة المعالم يكن من خلالها تحديد مقادير الأرزاق، وبيان أوجه التفاضل بينها، مستنداً إلى النصوص الشرعية، وغير غافل عن نصوص علماء الفقه الإسلامي، ومن ثم مُقَارَنَةُ الحُكْمِ الشَّرْعِيِّ بنصوص بما جاء في القانون الكويتي، وقبل ذلك سيعرّف الباحث بمعنى المعايير، والرواتب في اللغة والاصطلاح، وكل ذلك فيما يلي.

المطلب الأول

تعريف المعايير والمرتبات

أولاً: تعريف المعايير

في اللغة: معايير جمع معيار، وأصلها (عَيَّرَ)، ويقال: عايرت الدينار أي وزنتها واحداً بعد واحد، إذا ساويته به^(١)، ويقال المعيار: ما عير به، أي: وزن به، ويقال أيضاً: (عاير) المكاييل والموازين عياراً^(٢)، فالمعيار إذن هو آلة التقدير وحده.

(١) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (ص٤٤٧).

(٢) أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، (ص٢٢٢).

أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، (٤/٦٢٣).

مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، (١٣/١٨٠).

في الاصطلاح: لم يخرج المعنى الذي استعمله الفقهاء لكلمة المعيار عن المعنى اللغوي، فالمراد بها عندهم الميزان أو طريقة الموازنة أو الأداة التي تفاضل بين المتماثلين، فعلماء الأصول ينصون على أن "الاستثناء معيار العموم"^(١)، وكقول الحنابلة: "النهي عن بيع الطعام بالطعام إلا متماثلاً، يحمل على ما فيه معيار شرعي، وهو الكيل أو الوزن"^(٢)، وقد نص على مثل ذلك فقهاء الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥)، فمعنى المعيار عندهم هو المقياس والميزان الذي تقدر به الأشياء.

(١) ابن النجار الفتوحى، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي وآخرون، مكتبة العبيكان/الرياض، الطبعة الثانية(١٤١٨هـ/١٩٩٧م)، (٣/١٠٤).

(٢) شمس الدين الزركشي، محمد بن عبد الله الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، دار العبيكان، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ/١٩٩٣م)، (٣/٤١٧).

انظر أيضاً: الدكتور القيسي، كامل صكر، معايير الربح وضوابطه في التشريع الإسلامى، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة الأولى(١٤٢٩هـ/١٩٩٨م)، (ص١٣)
(٣) انظر: علاء الدين الكاسانى، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية-بيروت الطبعة الثانية(١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، (١/٩٦).

(٤) انظر: عبد الباقي الزرقانى، عبد الباقي بن يوسف المصري (ت: ١٠٩٩هـ)، شرح الزرقانى على مختصر خليل، ضبط وتصحيح: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى(١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م)، (٥/١٢٨).

(٥) انظر: الرافعى، عبد الكريم بن محمد الرافعى القزوينى (ت: ٦٢٣هـ)، فتح العزيز بشرح الوجيز لأبى حامد الغزالي، دار الفكر، بيروت، (د.ت) (٨/١٦٧).

ولن يخرج استعمال الباحث لمعنى المعايير عن ذلك، فالمراد بها: الأدوات والموازن التي تقاس بها رواتب موظفي العموم تحديداً أو تفضيلاً^(١).

ثانياً: تعريف الرواتب

في اللغة: رواتب جمع راتب، على وزن فاعل، وأصلها (رتب)، بمعنى الثبات والدوام وعدم الحركة^(٢)، و"الرتبة" و"المرتبة" بمعنى: المنزلة^(٣)، ويقال أيضاً: أمر راتب أي: دارٌّ ثابت^(٤).

في الاصطلاح القانوني: تعرف الرواتب بأنها: كل ما يتقاضاه الموظف من مبالغ من الجهة الحكومية التي يعمل بها، أياً كان وصفها، سواء كانت تمثل الراتب الأساسي أو العلاوة الاجتماعية أو علاوة الأولاد، وكذا البدلات والمكافآت أو غيرها مما يتقرر للوظيفة^(٥).

- (١) فمراد الباحث بالمعيار هنا: أدوات وموازن تحديد الرواتب والتفاضل بينها.
 - (٢) ابن فارس، مقاييس اللغة، (٤٨٦/٢).
 - أبو الفضل ابن منظور، لسان العرب، (١١٠/١).
 - (٣) أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، (ص١١٧).
 - (٤) مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، (٤٨١/٢).
 - (٥) الطبطبائي، عادل طالب، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق-جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، (١٩٩٨م)، (ص١٩٣).
- وانظر أيضاً: شرح نظام الخدمة المدنية الكويتي، صادر عن ديوان الخدمة المدنية الكويتي، منشور في الشبكة العنكبوتية.

<http://www.csc.net.kw/thirddoc.htm#s7>

الشمري، المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة والقانون، (ص٧٦).

المطلب الثاني

معايير المرتبات في الفقه الإسلامي

أولاً: معيار الكفاية

يقصد بالكفاية في اللغة: الحسب الذي لا مستزاد فيه، ويطلق على القوت الكافي^(١)، وقد استعمل الفقهاء لفظ "الكفاية" بمعناها اللغوي^(٢).

قال الإمام الشافعي: "وينبغي للإمام أن يحصي جميع ما في البلدان من المقاتلة...، ويحصي الذرية، والنساء صغيرهن وكبيرهن، ويعرف قدر نفقاتهم وما يحتاجون إليه في مؤناتهم بقدر معاش مثلهم في بلدانهم، ثم يعطي المقاتلة في كل عام عطاءهم، والذرية ما يكفيهم لستهم من كسوتهم ونفقتهم، طعاماً أو قيمته دراهم، أو دنائير... فيعطون الكفاية، ويختلف في مبلغ العطايا باختلاف أسعار البلدان وحالات الناس فيها، فإن المؤنة في بعض البلدان أثقل منها في بعض..."^(٣).

وظاهر من كلام الإمام وتفصيلاته في معرفة المقادير والأسعار، أن المقصد من العطاء بلوغ حد الكفاية، والذي قرره الإمام نص عليه بعض فقهاء الحنفية، وقرره فقهاء الشافعية، والحنابلة^(٤).

(١) ابن فارس، مقاييس اللغة، (١٨٨/٥).

(٢) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية، (كفاية)، (٥/٣٥).

(٣) الإمام الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس المطلبى القرشي المكي (ت: ٢٠٤هـ)،

الأم، دار المعرفة/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (٤/١٦٢).

(٤) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٤/٣١٧).

=

ويمكن الاستدلال على إعطاء قدر الكفاية بما يلي:

١. ما تقدم ذكر من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا من قول أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "...وَسُغِلْتُ بِأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ، فَسَيَأْكُلُ آلُ أَبِي بَكْرٍ مِنْ هَذَا الْمَالِ (١)... (٢)".

فقوله (وَسُغِلْتُ... فَسَيَأْكُلُ...) ترتيب الحكم على الوصف، ما يقتضي أن الوصف علة للحكم، ولا يمكن أن يأكل أقل من قدر الكفاية؛ لأنه لو تَصَوَّرَ أنه يأخذ أقل من كفايته فإن ذلك سياترّب عليه ضياع حقوق عياله، وقد أشركهم معه في الاستحقاق؛ لأن نفقتهم واجبة عليه.

٢. عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُثْبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ

النووي، روضة الطالبين، (١١/١٣٧).

موفق الدين ابن قدامة، المغني في شرح مختصر الخرقي، (٦/٤٦٦).

(١) أي أن الخلافة وما فيها من أعباء أشغلت أبا بكر الصديق عن التكسب، و عوض ذلك فإنه سيقوم بأخذ رزقه من بيت مال المسلمين، على أن يكون من صميم عمله تنمية هذا المال للمسلمين.

انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (٤/٣٠٤).

(٢) رواه البخاري.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب: كسب الرجل وعمله، برقم (٢٠٧٠)، (٣/٥٧).

بالمعروف" (١).

ويمكن الاستدلال هنا بعموم المناط، فالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل لها حق في أخذ الكفاية، وهي منقطعة في بيت زوجها، فيكون كل من لزمته نفقة غيره يلزمه مقدار الكفاية، وإلا لم يكن لإيجاب النفقة معنى.

والموظف في الدولة يأخذ رزقاً نظير انقطاعه عن أي عمل آخر، فكان مقتضى ذلك أن يكون له مقدار الكفاية.

٣. عن المُستورد بن شدادٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: سمعتُ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: "مَنْ كَانَ لَنَا عَامِلاً فَلْيَكْتَسِبْ زَوْجَةً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ خَادِمٌ فَلْيَكْتَسِبْ خَادِمًا، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَسْكَنٌ فَلْيَكْتَسِبْ مَسْكَنًا"، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: أُخْبِرْتُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ اتَّخَذَ غَيْرَ ذَلِكَ فَهُوَ غَالٌ أَوْ سَارِقٌ" (٢).

(١) رواه البخاري ومسلم.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها ولدها بالمعروف، برقم (٥٣٦٤)، (٦٦/٧).
الإمام مسلم، الجامع المسند الصحيح، كتاب الأفضية، باب: قضية هند، برقم (١٧١٤)، (١٢٩/٥).

(٢) رواه أبو داود وابن خزيمة وصححه الألباني.

أبو داود السجستاني، السنن، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب: في أرزاق العمال، (٩٥/٣) برقم: (٢٩٤٥).

ابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة، كتاب الزكاة، باب: إذن الإمام للعامل بالتزويج واتخاذ الخادم والمسكن من الصدقة، برقم (٢٣٧٠)، (١٢٠/٤).

ومعنى الحديث: أن العامل -الموظف العام- له الحق في اكتساب الزوجة، كما أن له الحق في اتخاذ مسكن وخادم إن احتاج إليهما، وهذا قدر الكفاية الذي أشار إليه الفقهاء.

وحين التأمل تجد أن المعنى هنا متردد بين اكتساب العامل لهذه المذكورات من ماله الخاص الذي يتقاضاه، أو من مال بيت المال^(١).

والذي يظهر للباحث أن المراد أن العامل يكتسب المذكورات من خلال المال العام لا المال الخاص^(٢)، ويمكن تأكيد ذلك من أوجه:

الأول: إن المتقرر في قواعد الأصول: "التأسيس أولى من التأكيد"، والتأسيس هنا بالنص على قاعدة جديدة-وهي كفالة المال العام لما يحتاج إليه الموظف-، وأما التأكيد فهو أحقية الموظف باتخاذ مسكن أو خادم أو نحوه، إذ هو معلوم بدهاة.

الثاني: لو كان المراد اتخاذ الخادم من المال الخاص لم يكن لذكر العمل معنىً، وذلك في قوله: "مَنْ كَانَ لَنَا عَامِلًا".

الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، صحيح سنن أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع/الكويت، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، (٢٩٤/٨).

(١) أبو سليمان الخطابي، حمد بن محمد البستي (ت: ٣٨٨هـ)، معالم السنن، المطبعة العلمية/ حلب، الطبعة الأولى (١٣٥١هـ/١٩٣٢م)، (٧/٣).

(٢) ذكر ذلك الطيبي في شرح مشكاة المصابيح. انظر: شرف الدين الطيبي، الحسين بن عبد الله الطيبي (٧٤٣هـ)، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق: د/عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار الباز/مكة المكرمة، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٧م)، (٢٠٦٥/٨).

الثالث: من تمام الحديث: "مَنْ اتَّخَذَ غَيْرَ ذَلِكَ فَهُوَ غَالٌ^(١) أَوْ سَارِقٌ"، وإنما يكون الغلول والسرقة من المال العام لا من مال العامل.

الرابع: لو كان المراد أن يتخذ العامل مسكناً أو خادماً من ماله هو لا المال العام، لكان اتخاذ الخادم أو المسكن واجباً أو مستحباً، ولا قائل بذلك. ويشير الحديث إلى أن مقدار الكفاية يسد باباً من أبواب الشر والفساد على المال العام للدولة، وهو الوجه التالي من وجوه الاستدلال.

٤. إن إعطاء الموظف أقل من مقدار الكفاية سيؤدي به إلى أحد أمرين: إما أن يهمل الموظف عمله بحثاً عن الكفاية، ما يترتب عليه إهمال العمل وتضييع مصالح المسلمين، وإما أن يؤدي ذلك إلى التخوض في المال الحرام؛ بحثاً عن الرزق من أي محلٍ كان، وهذه مفسدة يجب درؤها، فتعين إعطاء الموظف مقدار الكفاية.

(١) الغال من الغلول، هو الخائن، وشاع استعماله في الأخذ من الغنيمة بغير حق.

انظر: الإمام النووي، شرح صحيح مسلم، (٢١٦/١٢).

وعرفه في المغني بقوله: الغال هو الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة، فلا يطلع الإمام عليه، ولا يضعه مع الغنيمة.

انظر: موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، (٣٠٥/٩).

والمراد به في الحديث أن أخذ العامل من المال العام للمسلمين دون وجه حق يعتبر خيانة للمسلمين.

انظر: العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، (١١٥/٨).

ثانياً: التوسعة في الرزق

إذا كانت الكفاية معياراً قام الدليل على اعتباره شرعاً، فإن بعض علماء الحنفية استحب الزيادة على مقدار الكفاية^(١)، والتوسعة على القاضي في الرزق.

قال في بدائع الصنائع في شأن القاضي: "وينبغي للإمام أن يوسع عليه (أي على القاضي)، وعلى عياله، كي لا يطمع في أموال الناس"^(٢).

وظاهر من ذلك أن المقتضي للتوسعة في الرزق قطع الأطماع البشرية التي تعتري نفس القاضي بما في أيدي الناس؛ وذلك قطعاً لدابر تضييع الحقوق وانتشار الظلم.

وهذا التعليل يفيد أن إعطاء العامل حد الكفاية قد لا يؤدي إلى

(١) يراد بالكفاية: المال الذي يغطي الضرورات والحاجيات، بينما التوسعة هو ما زاد على ذلك، وفي القرآن: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ [الطلاق: ٧]، فهو ينفق من السعة إن كان من أهلها، وحد الإنفاق هو المعروف، ففهم الفرق بين التوسعة في الرزق والكفاية فيه.

انظر في معنى الكفاية عند الفقهاء: ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي السعدي الأنصاري (ت: ٩٧٤هـ)، الفتاوى الفقهية الكبرى، جمعها: الشيخ عبد القادر الفاكهي (ت: ٩٨٢هـ)، المكتبة الإسلامية/بيروت، الطبعة الأولى (د.ت)، (٧٦/٤). وانظر أيضاً: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (٣٨/٤).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١٣/٧).

وانظر أيضاً: أبو القاسم ابن السمناني الحنفي، علي بن محمد الرحبي (ت: ٤٩٩هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، د/صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م)، (٨٥/١).

المقصود من انقطاع العامل لأداء عمله، وهذا يقتضي أن تزيد الدولة من عطاءاتها عن حد الكفاية إلى حد الإغناء، بما يؤدي إلى إقبال العامل على عمله، وترك الانشغال بأعمال أخرى بعيداً عن أعين اللوائح والأنظمة، طمعاً في مزيد من الرزق.

ويمكن الاستدلال على توسعة رزق العاملين في الدولة بما يلي:

١. ما رواه ابن سعد في الطبقات عن حميد بن هلال قال: لَمَّا وَلِيَ أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "افْرَضُوا لِخَلِيفَةِ رَسُولِ اللَّهِ مَا يُغْنِيهِ، قَالُوا: نَعَمْ...."^(١).

فقولهم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: "افْرَضُوا لِخَلِيفَةِ رَسُولِ اللَّهِ مَا يُغْنِيهِ" يفيد أن مقدار الرزق يكون بقدر الإغناء؛ (لأنه إن لم يأخذ ما يغنيه فسينشغل بتحصيل رزقه عن القيام بالعمل، كما أن أخذه للرزق سيلزم منه الانقطاع عن كل ما يشغله عن ذلك العمل)^(٢). يؤكد ذلك الدليل الثاني.

(١) رواه ابن سعد في الطبقات وهو من مراسيل الثقة.

انظر: ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البغدادي (ت: ٢٣٠هـ)، الطبقات الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ/١٩٩٠م)، (٣/١٣٧).

قال الألباني: ورجاله ثقات رجال مسلم إلا أنه مرسل، فحميد بن هلال لم يدرك أبا بكر. انظر: الألباني، إرواء الغليل، (٨/٢٣٢).

(٢) أشار إلى ذلك في عمدة القاري. انظر: بدر الدين العيني، محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي، الحنفية (ت: ٨٥٥هـ)، عمدة القاري بشرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي/ بيروت، (١١/١٨٦).

٢. عن عمرو بن ميمون عن أبيه قال: "لما استخلف أبو بكر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ جعلوا له ألفين فقال: "زيدوني فإن لي عيالا، وقد شغلتموني عن التجارة"، قال: فزادوه خمسمائة...^(١).

فقوله: "زيدوني...وقد شغلتموني عن التجارة"، يفيد أنه يأخذ أكثر من الكفاية، بل يصل إلى السعة في الرزق؛ فإنه أراد أن يقوم العطاء مقام تجارته، والمعروف المشهور أن الصديق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ من ذوي الأموال ومن تجار الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ .

٣. ما رواه ابن حبان أن عمراً بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أعطى ابن السَّعْدِيِّ أَلْفَ دِينَارٍ فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهَا، وَقَالَ: أَنَا عَنْهَا غَنِيٌّ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: إِنِّي قَائِلٌ لَكَ مَا قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا سَأَقَ اللَّهُ إِلَيْكَ رِزْقًا مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ، وَلَا إِشْرَافٍ نَفْسٍ فَخُذْهُ..."^(٢).

(١) رواه ابن سعد في الطبقات وحسنه أكرم العمري.

انظر: ابن سعد، الطبقات الكبرى، (٣/١٣٧).

العمري، أكرم بن ضياء، عصر الخلافة الراشدة محاولة لنقد الرواية التاريخية وفق منهج المحدثين، مكتبة العبيكان/الرياض، الطبعة الأولى (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م)، (ص ٢٥٤).
قال الألباني: "ورجاله ثقات رجال الصحيح، إلا أنه منقطع، فإن ميمونا -وهو ابن مهران الجزري- لم يدرك خلافة أبي بكر".

انظر: الألباني، إرواء الغليل، (٨/٢٣٢).

(٢) رواه ابن حبان والطبراني وصححه الألباني.

ابن حبان البستي، أبو حاتم محمد بن حبان الدارمي (ت: ٣٥٤هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المسمى، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، رتبته: علي بن بلبان الفارسي (ت: ٧٣٩هـ)، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة

فإعطاء عمر لابن السعدي "ألف دينار" إنما هو من قبيل التوسعة عليه، وليس من قبيل الكفاية، وذلك لكثرة الألف وحصول الغنى بها^(١).

ويرى عامة الفقهاء أن عمال الزكاة ونحوهم يستحقون للرزق من بيت المال، سواء احتاجوا لذلك أو استغنوا عنه^(٢)، كما أنهم يتفقون على أن

الرسالة / بيروت، الطبعة الأولى (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م)، كتاب الزكاة، باب: ذكر البيان بأن لا حرج على المرء في أخذ ما أعطي من غير مسألة ولا إشراف نفس، برقم (٣٤٠٣)، (١٩٥/٨).

أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، برقم (٤٨٢٣)، (١١١/٥).

الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها، برقم (١٣٢٤)، (٣١٦/٣).

(١) يرى بعض الباحثين أن قيمة الأرزاق للقضاة في زمن الدولة الإسلامية على مر عصورها يتراوح ما بين (٦٣٠ دولارًا أمريكيًا) تقريبًا، إلى (٢١٢ ألف دولار أمريكي)، وذلك بحسب دراسة قام بها الباحث، وبناء على عملية حسابية أجراها، حيث اعتبر قيمة الدينار (٤,٢٥ غم) من الذهب، والغرام يعادل (٢٥ دولارًا أمريكيًا)، فالعملية الحسابية تقتضي أن تكون قيمة ما أعطاه عمر لابن السعدي تزيد على (١٠٠ ألف دولار أمريكيًا) في العملة الحالية.

انظر: د/ العبسي، شاكر إسماعيل، مراتب القضاة بين القديم والحديث-دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا، اليمن، العدد (٣٧)، يناير-يونيو (٢٠١٣م)، (ص٦٧).

(٢) ملا خسرو الحنفي، محمد بن فرامر بن علي (ت: ٨٨٥هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، (د.ت)، (١/١٨٨).

عليش المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، (٢/٨٧).

الإمام النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي/بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ/١٩٩١م)،

القضاة والولاة ونحوهم يستحقون رزقاً من بيت المال حال حاجتهم، وقد تَعَيَّنَ القضاء عليهم، ونص بعض الفقهاء أن القدر المستحق لهؤلاء من الرزق هو الكفاية- كما تقدم.

إذا ثبت هذا فإن العلماء اختلفوا في مناط استحقاق القاضي للعوض، هل هو العمل مع الحاجة أم العمل فقط؟ بحيث لو تخلفت الحاجة سقط استحقاق العوض.

للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: مناط الاستحقاق هو العمل مع الحاجة، فلا يأخذ القاضي

(٣٢٧/٢).

علاء الدين المرداوي، علي بن سليمان دمشقي الصالحي (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي/ بيروت، الطبعة الثانية (د.ت)، (٢٢٦/٣).

وقد ذكر المرداوي رواية عند الحنابلة: أن العامل على الزكاة يعطى إن كان فقيراً. وحديث عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يرد ذلك، وكذا حديث أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيِّ، إِلَّا لِخُمْسَةِ: الْعَامِلِ عَلَيْهَا، وَرَجُلٍ اشْتَرَاهَا بِمَالِهِ، أَوْ غَارِمٍ، أَوْ غَازٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَوْ مُسْكِينٍ تُصَدِّقَ عَلَيْهِ فَأَهْدَى مِنْهَا لِغَنِيِّ". رواه أبو داود وابن خزيمة وصححه الألباني.

أبو داود، السنن، كتاب الزكاة باب: من يجوز له أخذ الصدقة وهو غني، برقم (١٦٣٥)، (٣٨/٢).

ابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة، كتاب الزكاة، باب: إعطاء الغارمين من الصدقة وإن كانوا أغنياء، برقم (٢٣٧٤)، (١٢٢/٤). الألباني، إرواء الغليل، برقم (٨٧٠)، (٣٧٧/٣).

الرزق إلا مع وجود الحاجة. وبه قال بعض الحنفية^(١) وهو قول المالكية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد^(٣).

القول الثاني:

مناط الاستحقاق هو العمل وليس الحاجة، وبناءً عليه فللقاضي أخذ رزقه من بيت المال مطلقاً. وبه قال الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) وهو قول عند الحنفية^(٦).

ويرى بعض الحنفية^(٧) أن أخذ القاضي للرزق إنما هو على سبيل الاستحباب لا الإباحة، وعليه: فإن أخذ الرزق أفضل من تركه.

دليل القول الأول

١. ما تقدم من حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قَالَتْ: لَمَّا اسْتُخْلِيفَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، قَالَ: "لَقَدْ عَلِمَ قَوْمِي أَنَّ حِرْفَتِي لَمْ تَكُنْ تَعْجِزُ عَنْ مُؤَنَةِ أَهْلِي، وَشَغِلْتُ بِأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ، فَسَيَأْكُلُ آلُ أَبِي بَكْرٍ مِنْ هَذَا

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١٣/٧).

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، (٣٣/١).

(٣) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (١٦٥/١١).

وانظر أيضاً: موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقى، (٣٤/١٠).

(٤) النووي، روضة الطالبين، (١٣٧/١١).

(٥) البهوتي، كشف القناع، (٢٩٠/٦).

(٦) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٣١٧/٤).

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١٤/٧).

الْمَالِ^(١)، وَيَحْتَرَفُ لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ"^(٢).

ووجهه: أن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أخذ من بيت مال المسلمين حين أشغلته الخلافة عن التكسب، فكان مناط أخذه الحاجة وليس مجرد العمل.

٢. إن بعض الأعمال تقع من باب القربات، والقربات لا يجوز أخذ العوض عليها، كما في الأذان الذي قال فيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "وَأَتَّخِذُ مُؤَدِّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَيَّ أَذَانَهُ أَجْرًا"^(٣).

دليل القول الثاني

١. ما رواه عبد الله بن السعدي قال: اسْتَعْمَلَنِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

(١) أي: إن الخلافة وما فيها من أعباء أشغلت أبا بكر الصديق عن التكسب، وعوض ذلك فإنه سيقوم بأخذ رزقه من بيت مال المسلمين، على أن يكون من صميم عمله تنمية هذا المال للمسلمين. انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (٣٠٤/٤).

(٢) رواه البخاري.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب: كسب الرجل وعمله، برقم (٢٠٧٠)، (٥٧/٣).

(٣) رواه أبو داود وابن خزيمة وصححه الألباني.

أبو داود السجستاني، السنن، كتاب الصلاة، باب: أخذ الأجر على التأذين، برقم (٥٣١)، (٢٠٩/١).

ابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة، كتاب الصلاة جماع أبواب الأذان والإقامة، باب: الزجر عن أخذ الأجر على الأذان، برقم (٤٢٣)، (٥٠٢/١).

الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، برقم (١٤٩٢)، (٣١٥/٥).

عَلَى الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا فَرَعْتُ مِنْهَا وَأَدَيْتُهَا إِلَيْهِ أَمَرَ لِي بِعَمَالَةٍ فَقُلْتُ: إِنَّمَا عَمِلْتُ لِلَّهِ، وَأَجْرِي عَلَى اللَّهِ، فَقَالَ: خُذْ مَا أُعْطَيْتَ، فَإِنِّي عَمِلْتُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَعَمَلْنِي، فَقُلْتُ مِثْلَ قَوْلِكَ، فَقَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا أُعْطِيتَ شَيْئًا مِنْ غَيْرِ أَنْ تَسْأَلَ فَكُلْ وَتَصَدَّقْ"^(١).

وفي رواية: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُعْطِينِي الْعَطَاءَ فَأَقُولُ: أَعْطِهِ أَفْقَرَ إِلَيْهِ مِنِّي، حَتَّى أُعْطَانِي مَرَّةً مَالًا، فَقُلْتُ: أَعْطِهِ أَفْقَرَ إِلَيْهِ مِنِّي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "خُذْهُ فَتَمَوَّلْهُ أَوْ تَصَدَّقْ بِهِ، وَمَا جَاءَكَ مِنْ هَذَا الْمَالِ وَأَنْتَ غَيْرُ مُشْرِفٍ وَلَا سَائِلٍ فَخُذْهُ، وَمَا لَا فَلا تُتْبِعْهُ نَفْسَكَ"^(٢).

فالحديث يدل على استحقاق العامل في خدمة المصلحة العامة للعرض، كما قال عمر: "فعملني"، أي: أعطاني مقابل العمل، فهو يدل على أن مناط الاستحقاق هو القيام بالعمل وليس الحاجة، فيستحق العامل للعرض ولو مع غناه.

(١) رواه البخاري ومسلم.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب الزكاة، باب: من أعطاه الله شيئاً من غير مسألة، برقم (١٤٧٣)، (١٢٣/٢).

الإمام مسلم، الجامع الصحيح المسند الصحيح، كتاب الزكاة، باب: إباحة الأخذ لمن أعطي من غير مسألة ولا إشراف، برقم (١٠٤٥)، (٩٨/٣).

(٢) رواه البخاري بهذا اللفظ.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب الأحكام، باب: رزق الحكام والعاملين عليها، برقم (٧١٦٣)، (٦٧/٩).

٢. قياس أعمال القربات على العامل في الزكاة، فكما أن العامل في الزكاة يستحق العوض ولو مع غناه، فكذا أعمال القربات، بجامع أن كلاً منهما يعمل للمصلحة العامة، ويقوم بالفرض الكفائي^(١).

القول المختار

يمكن مناقشة الأدلة على النحو التالي:

أولاً: استدلال القول الأول بحديث عائشة -رَضِيَ اللهُ عَنْهَا- لا يستقيم؛ لأن الدليل أخص من المدلول، ووجه ذلك: أن الحديث يفيد أن أبا بكر الصديق رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أخذ من الفيء لمقام الحاجة؛ لكنه لا يفيد منع الأخذ عند عدم الحاجة، وهذا هو موطن النزاع.

ثانياً: الاستدلال بحديث: "... لا يَأْخُذُ عَلَيَّ أَذَانِهِ أَجْرًا" معارض بأن الفقهاء يتفقون على جواز أخذ الرزق على الأذان والإمامة من بيت المال، وأنه مغاير للأجرة التي تقتضي ألا يقوم بعمل القربة إلا بالعوض.

ثالثاً: من وجهة نظر الباحث إن القول بأن مناط الاستحقاق هو العمل دون الحاجة أقرب للرجحان، وذلك لعدة اعتبارات منها:

أ. دلالة حديث عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وذلك من وجهين:
الأول: الحديث يفيد أن العامل يستحق عوضاً عن عمله ولو مع غناه كما هو ظاهر اللفظ، وكل القربات ذات النفع المتعدي تقاس عليها، بل يمكن القول إن القياس هنا بمعنى النص، أي: إن المسكوت أولى بالحكم

(١) انظر: أبو القاسم ابن السمناني الحنفي، روضة القضاة وطريق النجاة، (١/٨٦).

من المنطوق أو مساوياً له.

ووجه كونه بمعنى النص: أن بعض أعمال القربات -كالقضاء مثلاً- أكثر مشقة من عمل العامل؛ ولأن عمل القاضي يترتب عليه استباحة دماء وأموال وغيرها بسبب ما يصدره من أحكام في غاية الأهمية، فعمله فيها أعظم أثراً، ولا بد للناس منه.

الثاني: إن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بالأخذ والتمول، ولا يخلو أن يحمل أمره على الاستحباب أو على الوجوب، ولما كان بعض أعمال القربات ذات المنفعة العامة يمكن أن تؤدي على وجه التطوع المحض- كما في الجهاد في سبيل الله- كان القول بأن الأخذ على وجه الاستحباب أقرب من الوجوب، فمناط الاستحقاق حينئذ هو العمل وليس الحاجة.

ب. إن بعض المهن تترتب عليها مسؤوليات عظيمة، فهي ألصق بالمهن الطاردة منها للجاذبة، فلو تصور ألا عوض فيها إلا مع الحاجة لأدى ذلك إلى العزوف عنها، ما يؤدي إلى استسراء الفساد في المجتمع.

ت. استعمال قاعدة سد الذرائع تقتضي القول بأن الموظف العام يستحق أخذ الرزق دون اعتبار لكفايته من عدمها، ووجه ذلك: إن أخذه للرزق يقطع طمعه في أموال الناس^(١).

وبناءً على ما تقدم يمكن القول:

(١) أشار لذلك الإمام الكاساني الحنفي. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١٤/٧).

إن الحد الأدنى الذي يستحقه الموظف في الدولة هو الكفاية، كما
وينبغي الوصول بالموظف إلى مقدار السعة في الرزق، وتعتبر السعة بحسب
نوع العمل الذي يؤديه وأهميته.



المطلب الثالث

التفاضل في الأرزاق بين موظفي الدولة

قبل بيان معايير التفاضل لا بد من التنبيه على قاعدة شرعية في غاية الأهمية في هذا الباب، وهي: إن التساوي في سبب الاستحقاق يقتضي حرمة التفاضل في قيمة الاستحقاق بلا مقابل، فإن كانت الزيادة مقابل عمل أو رأي أو نحوه فهي زيادة مشروعة، تقابل الزيادة في العمل.

وقد نص فقهاء الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) على حرمة التفاضل بين أفراد الجند حيث لا تفاضل في العمل؛ لأن الجميع اشترك في سبب الاستحقاق على وجه التسوية، فكان إعطاء بعضهم زيادةً على غيره-من دون ما يوجب ذلك-منافٍ للعدل.

ويمكن الاستدلال على ذلك بأن الرزق هنا عوض غير منصوص على مقداره، فكان لا بد من الاجتهاد في تحديد مقداره، فإن كان العمل واحداً كان العمل بالاجتهاد واجباً في الموضوعين، وإلا لكان أحد الموضوعين عملاً بالهوى، وهو ما نهت عنه الشريعة، كما في قوله عزَّجَلَّ: "وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ" [ص: ٢٦].

فإن كان لبعضهم مزيد عمل أو غناء أو رأي أو نحوه كان التفاضل بينهما مشروعاً؛ قياساً على التفضيل بين سهم الفارس وسهم الراجل ونحو

(١) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (٦/٣٨٣).

(٢) منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (٣/٩٠).

ذلك^(١).

إذا ثبتت هذه القاعدة بدليلها فإن معايير التفاضل على النحو التالي:

أولاً: زيادة الكلفة في أداء العمل

يُقصد من ذلك أن زيادة الكلفة المادية على الموظف حين قيامه بعمله الذي يحقق المصلحة العامة، مع وجود حاجة للقيام بذلك العمل يقتضي زيادة في العوض.

ومن ذلك: الموظف الذي يعمل في منطقة نائية يتطلب الوصول إليها مزيداً من الجهد والوقت والمال، كالمعلم والمؤذن ونحوه يعمل في مناطق بعيدة عن محل إقامته.

ويمكن التأسيس لهذا المعيار بما نص عليه الفقهاء في باب الغنيمة، فإن أربعة أخماسها تقسم بين المقاتلين، على أن يكون للراجل سهم واحد ويكون للفارس ثلاثة أسهم في قول مالك^(٢) والشافعي^(٣) وأحمد^(٤) وهو قول صاحبي أبي حنيفة^(٥).

(١) وسيأتي بيان لمزيد من أوجه التفاضل.

(٢) القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي (ت: ٤٢٢هـ)، المعونة على مذهب إمام أهل المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية/مكة المكرمة، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، (٦١٤/٢).

(٣) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، (١٦٩/٤).

(٤) منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، (٨٨/٣).

(٥) السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت: ٤٨٣هـ)، شرح السير الكبير،

ويستدل الجمهور على رأيهم بما رواه ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: "إن رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسْهَمَ لِلْفَارِسِ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ: سَهْمَيْنِ لِفَرَسِهِ، وَسَهْمًا لِلرَّجُلِ"^(١).

وإنما أعطي الفارس أكثر من الراجل-ضعفه أو زيادة على الضعف- لعله وجود الفرس، أي: إن زيادة الكلفة على الفارس يفيد زيادة قدر الاستحقاق من الغنيمة.

وهذا ما أشار إليه الموفق بقوله: "لأن الفرس أثرها في الحرب أكثر، وكلفتها أعظم، فينبغي أن يكون سهمها أكثر"^(٢).

وهذا بعينه هو المعيار الذي أشار إليه الباحث وهو: زيادة كلفة العمل على الموظف تقتضي زيادة العوض.

والإمام أبو حنيفة لا يخالف هذا المبدأ-من حيث الجملة- إلا أنه يرى

الشركة الشرقية للإعلانات، الطبعة الأولى (١٩٧١م/١٣٩١هـ)، (٣/٨٨٦).

(١) رواه ابن حبان بهذا اللفظ، وهو من المتفق عليه.

ابن حبان البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، كتاب السير، باب: الغنائم وقسمتها، برقم (٤٨١١)، (١١/١٤٠). واتفق عليه الشيخان بلفظ: "قَسَمَ فِي النَّقْلِ لِلْفَرَسِ سَهْمَيْنِ، وَلِلرَّجُلِ سَهْمًا".

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب المغازي، باب: غزوة خيبر، برقم (٤٢٢٨)، (٥/١٣٦).

الإمام مسلم، الجامع المسند الصحيح، كتاب السير والمغازي، باب: باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين، برقم (١٧٦٢)، (٥/١٥٦).

(٢) ابن قدامة، المغني، شرح مختصر الخرقى، (٩/٣٤٩) (بتصرف يسير)

أن الفارس يستحق سهمين، والراجل يستحق سهمًا واحدًا^(١).
وتجدر الإشارة إلى من الفقهاء من يرى أنه لو كان مع المقاتل فرسان فإنه يسهم للفرسين^(٢)، ومنهم من يرى ألا يسهم إلا لفرس واحد^(٣).
وسبب الخلاف في ذلك: أن العادة أن يقاتل الفارس على فرس واحد لا على اثنين، وبناءً على ذلك فالفرس الثاني فيه رفاهية، وليس له حاجة في القتال، ومن رأى أن له حاجة في القتال فرض له سهمًا كما فرض للفرس الأول^(٤).

وذلك يقتضي القول: إن الكلفة التي تقتضي الزيادة في العوض هي التي يحتاج إليها العمل، لا التي فيها رفاهية للعامل.

ثالثاً: المعيار المصلي

من القواعد الفقهية التي اتفقت عليها كلمة الفقهاء: "تصرف الوالي على

- (١) ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (٩٥/٥).
- (٢) قال به أبو يوسف من الحنفية وهو قول الحنابلة.
انظر: أبي سهل السرخسي، شرح السير الكبير، (٨٨٨/٣).
- منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (٨٩/٣).
- (٣) وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية. انظر في ذلك:
مذهب الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (١٢٦/٧).
مذهب المالكية: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب إمام أهل المدينة، (٦١٥/٢).
مذهب الشافعية: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، (١٧٠/٤).
- (٤) انظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب إمام أهل المدينة، (٦١٥/٢).
منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، (٨٩/٣).

الرعية، منوط بالمصلحة"^(١)، ومن ذلك تصرفه في المال العام للمسلمين.

قال الشيخ تقي الدين ابن تيمية: "وليس لولاة الأمور قسم الأموال بحسب أهوائهم كما يقسم المالك ملكه، فإنما هم أمناء ونواب ووكلاء، ليسوا ملاكًا، كما قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا أُعْطِيَكُمْ وَلَا أَمْنَعُكُمْ، أَنَا قَاسِمٌ أَضْعُ حَيْثُ أُمِرْتُ»^(٢)، فهذا رسول رب العالمين صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يخبر أنه ليس المنع والعطاء بإرادته واختياره، كما يفعل ذلك المالك الذي أبيع له

(١) انظر: ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، (ت ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى: (١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م)، (٣٩٦/١). الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله، (ت ٧٩٤هـ) المثثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية (١٩٨٥م / ١٤٠٥هـ)، (٣٠٩/١).

وانظر أيضًا: الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، الطبعة الثالثة (١٤١٣هـ / ١٩٩٣م)، (ص ٣٠٩).

ويستدل للقاعدة بالحديث المتفق عليه: " مَا مِنْ عَبْدٍ يَسْتَرْعِيهِ اللَّهُ رَعِيَّةً يَمُوتُ يَوْمَ يَمُوتُ وَهُوَ غَاشٌّ لِرَعِيَّتِهِ إِلَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ".

الإمام البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب: من استرعاه الله رعية فلم يحطها بنصحه، برقم (٦٧٣١)، (٢٦١٤/٦).

الإمام مسلم، الجامع المسند، كتاب الإيمان، باب: استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار، برقم (١٤٢)، (١٢٥/١).

(٢) رواه البخاري.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب فرض الخمس، باب: قول الله عَزَّ وَجَلَّ: "فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ" [الأنفال: ٤١]، برقم: (٣١١٧)، (٨٥/٤).

التصرف في ماله"^(١).

ونظير ذلك ما قرره القاضي أبو يوسف للخليفة هارون الرشيد: "فأما الزيادة في أرزاق القضاة والعمال والولاة والتقصان مما يجري عليهم فذلك إليك... وكل ما رأيت أن الله تعالى يصلح به أمر الرعية فافعله، ولا تؤخره، فإنني أرجو لك بذلك أعظم الأجر وأفضل الثواب..."^(٢).

والمقصود من ذلك أن وضع الأموال لأصحاب الأعمال التي يحصل فيها منفعة عامة راجع إلى رأي الإمام، يتصرف فيه بحسب المصلحة. وما سيأتي من معايير التفاضل راجعة إلى المصلحة المشار إليها.

رابعاً: العمل الأوقع أثراً يكون أعلى عوضاً

نص الفقهاء أن المرأة والصبي والعبد ونحوهم إن حضروا إلى ساحة المعركة لتأدية عمل يحقق منفعةً للجيش، فإن الإمام يرضخ^(٣) لهم.

(١) تقي الدين ابن تيمية، شيخ الإسلام أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨هـ)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٨م)، (ص٢٦). (بتصرف يسير).

(٢) أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (ت: ١٨٢هـ)، الخراج، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف، سعد حسن محمد، الطبعة الجديدة (١٩٧٨م/١٣٩٨هـ)، (ص٢٠٤).

(٣) الرضخ في اللغة: أصلها (رضخ) وهي تدل على الكسر اليسير، ثم استعملت في العطاء اليسير، فيقال: رضخ له، إذا أعطاه شيئاً ليس بالكثير، كأنه كسر له من ماله كسرة. انظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، (٤٠٢/٢). ابن منظور، لسان العرب، (١٩/٣).

ويستدل على مشروعية الرضخ للمرأة^(١) بما رواه مسلم أَنَّ نَجْدَةَ بِن هُزْمِزٍ كَتَبَ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يَسْأَلُهُ: "هَلْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَعْزُو بِالنِّسَاءِ؟ وَهَلْ كَانَ يَضْرِبُ لَهُنَّ بِسَهْمٍ؟" فَكَتَبَ إِلَيْهِ ابْنُ عَبَّاسٍ: "كَانَ يَعْزُو بِهِنَّ، فَيُدَاوِينَ الْمَرْضَى وَيُحْذِينَ مِنَ الْغَنِيمَةِ، وَأَمَّا يُسْهِمُ فَلَمْ يَضْرِبْ لَهُنَّ بِسَهْمٍ"^(٢).

- وفي الاصطلاح الفقهي: هو عطاء دون السهم، لمن لا سهم له من الغنيمة.
- الرحياني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي (ت: ١٢٤٣هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، (٥٥٥/٢). وانظر أيضًا: ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (١٤٧/٤). الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل بحاشية الدسوقي، (١٩٢/٢).
- (١) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (١٤٨/٤). النووي، روضة الطالبين وإعانة المفتين، (٣٧١/٦).
- الرحياني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (٥٥٥/٢).
- وعند المالكية قولان: أحدهما: أن من لا يستحق السهم لا يستحق الرضخ، كالمرأة والعبد، إلا أنهم ينصون أن الرضخ أمره للإمام. والقول الثاني: أن من لا يستحق السهم فإنه يرضخ له كالمرأة والعبد. انظر مذهب المالكية: ابن نجم شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، (٣٣٧/٢). ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهي، (ص١٠١).
- (٢) رواه مسلم والترمذي. الإمام مسلم، الجامع المسند الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب: النساء الغازيات يرضخ لهن ولا يسهم، برقم (١٨١٢)، (١٤٤٤/٣).
- الإمام الترمذي، الجامع الصحيح، أبواب السير عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. باب: من يعطى الفيء، برقم (١٥٥٦)، (٢١٥/٣).

فقول ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا "يُحَذِّينَ": أي يعطين العطية اليسيرة من الغنيمة، وهي التي تسمى الرضخ؛ لأن المرأة لا تستحق سهمًا؛ إذ هي ليست أهلاً للقتال^(١).

وتقدير قيمة الرضخ راجع للإمام-كما تقدم- فيعطي أهل الرضخ بحسب جهدهم، فالمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطاش تفضل في العطاء على تلك لا تقوم بهذه المهمة.

قال الموفق: "ويفعل الإمام بين أهل الرضخ ما يرى، فيفضل العبد المقاتل وذا البأس على من ليس مثله، ويفضل المرأة المقاتلة والتي تسقي الماء وتداوي الجرحى وتنفع، على غيرها"^(٢).

والحاصل من ذلك: أن المرأة التي تداوي الجرحى نفعها في ساحة المعركة أكثر من غيرها، فكانت مستحقة للزيادة في العطاء على نظيراتها، أي: إن عموم المناط يقتضي القول: بأن تقدير قيمة الأرزاق كثرةً وقلةً يجب أن يتناسب مع أثر العمل على المصلحة العامة، فما كان أوقع أثرًا يجب أن يكون أعلى عوضًا.

(١) الإمام النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي/بيروت، الطبعة الثانية (١٣٩٢هـ/١٩٧٢م)، (١٢/١٩٠). (بتصرف).

(٢) موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، (٩/٢٥٧).

خامساً: المخاطرة التي تحتف بالعمل تستوجب الزيادة في العوض

اتفق الفقهاء - من حيث الجملة^(١) - أن الإمام لو نادى بعد القتال^(٢):
(من قتل قتيلاً فله سلبه^(٣))، فهو جائز، ويستحق القاتل سلب المقتول

(١) بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد الغيتابي (ت: ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م)، (١٧٩/٧).
الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (٣٦٧/٢).
الإمام الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس (ت: ٢٠٤هـ)، الأم، دار المعرفة/ بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م)، (١٤٩/٤). برهان الدين ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، (٢٥٨/٣).

(٢) يرى الإمام مالك أنه لا يجوز لإمام المسلمين أو أمير الجيش أو نحوه أن ينادي بالسلب قبل القدرة على العدو؛ لأن ذلك يؤدي إلى إبطال النيات، إذ قد يلقي المجاهد بنفسه في المهالك طمعاً في المال، فيكون القتال لا ثواب فيه، أما بعد القتال فلا محذور فيه. أبو عبد الله الخرخشي، محمد بن عبد الله المالكي (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة/بيروت، الطبعة الثانية (د.ت)، (١٣٠/٣).

(٣) يقصد بالسلب: ما كان على الكافر من ثياب وحلي وعمامة، وقلنسوة، وسلاح وسيف ونحو ذلك، وقد اختلف في بعض تفاصيل ما على الكافر في النوع والمقدار، هل يدخل في السلب أو لا يدخل؟ كأن يكون معه ذهب كثير، كما اختلف في خيل المقتول الذي قاتل عليه، هل يدخل في السلب أو لا يدخل؟ وليس من مندوحة لبحثها في هذا الموضوع. انظر: منصور البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، (٧٢/٣).
وانظر أيضاً: أبو بكر الدمياطي، عثمان بن محمد شطا البكري الشافعي (ت: ١٣١٠هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م)، (٢٣٠/٢).

أبو الحسن العدوي، علي بن أحمد بن مكرم (ت: ١١٨٩هـ)، حاشية العدوي على شرح

بشرطه^(١).

ودليل استحقاق السلب حديث أبي قتادة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الطويل وفيه: إِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَهُ سَلْبُهُ..."^(٢).

كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر/ بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (١٦/٢).

الحطاب الرعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ/١٩٩٢م)، (٣٦٧/٢).

(١) شرط استحقاقه عند الحنفية والمالكية إذن الإمام، بينما يرى الشافعية والحنابلة استحقاق المقاتل للسلب، دون إذن الإمام. والفرق بين المذهبين أن السلب لو كان من الخمس فهو من سهم المصالح يستحق بإذن الإمام، ومن قال: إنه يستحق ولو لم ينادي به الإمام يرى أن السلب يبدأ به قبل قسمة الغنيمة، أي: هو من أصل الغنيمة لا من الخمس.

وأعرض الباحث عن تفصيل هذه المسألة؛ لأنها ليست ذات صلة مباشرة بموضوع البحث.

انظر مذهب الحنفية: زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، (١٠١/٥).
مذهب المالكية: ابن عرفة الدسوقي، محمد بن أحمد المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر، الطبعة الثانية (د.ت)، (١٩٠/٢).
مذهب الشافعية: أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، (٣٩٣/٣).
مذهب الحنابلة: شمس الدين الزركشي، محمد بن عبد الله المصري الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرق، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م)، (١٨٣/٣).

(٢) رواه البخاري ومسلم.

=

فقد جعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن قتل القتييل من جيش العدو ما حملة ذلك القتييل من مال ومتاع، وهو قدر زائد على ما يستحقه مرتزقة الجيش أو أهل القتال.

فأفاد ذلك: استحقاق القاتل سلب المقتول زيادةً على نسبة استحقاقه، وتعليل هذه الزيادة هي الخطر الذي اقتحمه، والتغريب بالنفس الذي قام به^(١).
ولذلك نظير في الأعمال المدنية كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهِيَ أَحَقُّ... " ^(٢).

وجدير بالاهتمام في هذا الجانب ما قاله الإمام مالك في المدونة: "ما نفل رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا من بعد ما برد القتال... " ^(٣).

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب فرض الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب، برقم (٣١٤٢)، (٩٢/٤).

الإمام مسلم، الجامع المسند الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتييل، برقم (١٧٥٢)، (١٤٨/٥).

(١) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، (١٥٩/٤).

(٢) ورواه البخاري وأبو داود بلفظ: " مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ".

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب الحرث والمزارعة، باب: من أحيا أرضًا مواتًا، برقم (٢٣٣٥)، (١٠٦/٣).

أبو داود السجستاني، السنن، كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب: في إحياء الموات، برقم (٣٠٧٣)، (١٤٢/٣).

(٣) الإمام مالك، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني إمام دار الهجرة (ت: ١٧٩هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، (٥١٨/١).

ومراد الإمام أن التنفيل إنما كان حادثه عين، قصد منها التحفيز على القتال بعد أن ضعفت القوة وخارت عزائم المقاتلين، ولذلك كان لا بد من تحفيز الجيش بالعطاء تحقيقاً للمصلحة.

وهذا يفيد أن المقصد الذي لأجله أبيض سلب المقتول هو التحفيز على القتال، واستنهاض الهمم والجهود، للقيام بعمل عسكري تحصل فيه مصلحة الأمة، ويتحقق لها الانتصار.

ومن وجهة نظر الباحث: إن هذا التعليل لا يخالف ما نص عليه الجمهور من مشروعية السلب، ذلك أن المقصود من السلب التحفيز على القتال، وتعليل الإمام يفيد أن العوض مشروع حين يؤدي إلى التحفيز على العمل.

فإذا ما لوحظ مع ذلك أن المقاتل إنما يستحق سهمًا من الغنيمة بحسب حاله إن كان راجلاً أو فارسًا- كما تقدمت الإشارة إليه-، وأن السلب زيادة مستحقة على سهم الغنيمة؛ سببها تحمل المقاتل للمُخاطرة، وتغيره بنفسه- كما قرره الفقهاء-، أفاد ذلك معيارًا جديدًا وهو: إن زيادة المخاطرة في العمل وظروفه تقتضي زيادة العوض عليه؛ ترغيبًا في تحقيق المصلحة العامة.

ومن أمثلة الأعمال ذات المخاطر العالية في وقتنا المعاصر: العمل في مجال إطفاء الحرائق؛ لأن العامل يتعرض لمخاطر الحريق، وبدرجة أقل يتعرض العامل في مجال الإنتاج النفطي والعامل في محطات تكرير النفط، إلى مخاطر التعرض للحريق.

وفي مجال الأعمال العسكرية: العمل في مجال الطيران الحربي، فقائد

الطائرة معرض للهلاك أو للأسر نتيجة لسقوط الطائرة التي تواجه العدو، فهو متعرض للهلاك كما في مستحق السلب.

سادساً: الأعمال الشاقة التي تحتاجها الأمة ويندر القائمين بها يقتضي زيادة العوض عليها

يتفق الفقهاء على مشروعية تنفيل الإمام^(١)، ويقصد بالتنفيل: زيادة يشرطها الإمام أو الأمير لمن يفعل ما فيه نكاية في الكفار، كالتهجم على قلعة أو الدلالة عليها^(٢).

كما يمكن أن يرسل الإمام عيناً من الجيش، أو طليعة منه لتتجه على قلاع عدو، أو تدل عليها، أو أن يرسل عيناً تعرف مواطن قوة العدو ومواطن ضعفه، فذلك من أعمال النكاية في العدو، والتي اتفق الفقهاء على جوازها من حيث الجملة^(٣).

(١) ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: ٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى الحلبي/ مصر، الطبعة الثانية (١٣٩٥هـ/١٩٧٥م)، (١/٣٩٦).

(٢) قليوبي وعميرة، حاشية على شرح المحلي على منهاج الطالبين للنووي، (٢/١٩٤). وانظر أيضاً: الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار بحاشية ابن عابدين، (٤/١٥٣).

(٣) انظر: ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي/دمشق، الطبعة الثانية (٥/٩٩).

ابن عرفة الورغمي، محمد بن محمد ابن عرفة التونسي (ت: ٨٠٣هـ)، المختصر الفقهي،

والحجة فيه ما رواه حبيب بن مسلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يُنْفِلُ الرَّبْعَ بَعْدَ الْخُمْسِ، وَالثُّلْثَ بَعْدَ الْخُمْسِ إِذَا قَفَلَ^(١).

ومعناه: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطى السرية ربع ما تغنم، وذلك بعد إخراج الخمس الذي هو لله عَزَّوَجَلَّ وللرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

وقوله: "إِذَا قَفَلَ" أي: في حال عودتهم للعدو يجعل الثلث بعد الخمس، وقيل: "إِذَا قَفَلَ" أي: في طريق عودتهم إلى أوطانهم يجعل لهم

تحقيق: د/حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى (١٤٣٥هـ/٢٠١٤م)، (١٠٨/٣).

أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، (٩٣/٣).
البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، (٨٤/٣).

والخلاف بين الفقهاء في مصدر المال الذي يعطيه الإمام: هل هو الخمس؟ أو مال المصالح؟ أو كل الغنيمة، وهذا لا مندوحة في بحثه في هذا الموضوع؛ لأنه خارج إطار البحث.

انظر المسألة: موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، (٢٢٧/٩).

(١) رواه أبو داود بهذا اللفظ ورواه ابن حبان وصححه الألباني.

أبو داود السجستاني، السنن، كتاب الجهاد، باب: فيمن قال: الخمس قبل النفل؟ برقم (٢٤٧٩)، (٣٣/٣).

ابن حبان البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، كتاب السير، باب: ذكر ما يستحب للإمام أن ينفل السرية إذا خرجت عند البعث الشديد في البداية والرجعة، برقم (٤٨٣٥)، (١٦٥/١١).

الألباني، صحيح وضعيف سنن أبي داود، برقم (٢٣٨٧)، (٥٢٥/٢).

الثالث^(١).

والتفريق في العطاء بين الطليعة والقفول سببه: أن قوة الظهر أشد حضوراً في أول المعركة وأضعف عند الخروج؛ فيكون الجيش أنشط وأشهى للإمعان في بلاد العدو في أول المعركة، أما في حال القفول؛ فإن في نهوضهم بعد القفل مشقةً وخطرًا أعظم مما كان في حال الطليعة^(٢).

ويمكن الاستدلال عليه أيضاً بأن قيم العدالة التي دلت عليها الشريعة المطهرة تأبى القول بالتساوي بين غير المتماثلات، بل إنها تقتضي تفضيل بعض الأفراد على بعض بموجب العمل الزائد والمخاطرة والمشقة التي تحملها العامل، وهذا ما أشار إليه النووي بقوله: "ويجعله-أي النفل-بقدر العمل وخطره"^(٣).

(١) انظر في ذلك: أبو سليمان الخطابي، حمد بن محمد البستي (ت: ٣٨٨هـ)، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، (١٣٥١هـ/١٩٣٢م)، (٣١٣/٢).

أبو الحسن السندي، نور الدين محمد بن عبد الهادي الحنفي (ت: ١١٣٨هـ)، فتح الودود في شرح سنن أبي داود، تحقيق: محمد زكي الخولي، مكتبة أضواء المنا/ المدينة المنورة، الطبعة الأولى (١٤٣١هـ/٢٠١٠م)، (١٧٤/٣).

العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، (٣٠٢/٧).

(٢) انظر معنى الحديث: أبو سليمان الخطابي، معالم السنن، (٣١٣/٢).

أبو الحسن السندي، فتح الودود في شرح سنن أبي داود، (١٧٤/٣).

العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، (٣٠٢/٧).

(٣) الإمام النووي، روضة الطالبين، (٣٦٩/٦).

قال الإمام الشافعي: "...فينبغي للإمام أن يجتهد، فإذا كثر العدو واشتدت الشوكة وقل من بإزائه من المسلمين نَفَلَ؛ اتباعًا لسنة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإذا لم يكن ذلك لم يُنْفَلْ..."^(١).

والمقصود من ذلك: أن الفعل النبوي يدل على الاستحباب أو يدل على الإباحة، فلما أعطى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زيادة على الغنيمة، دل ذلك على جواز بذل زيادة في العطاء حين تحقق المصلحة.

ووجه هذه الزيادة- كما هو ظاهر-: العمل الشاق الذي تقوم به طليعة الجيش، وهذا يفيد استحقاق الزيادة في العوض نظير الأعمال الشاقة التي لا يقوم بها إلا بعض الأفراد، وذلك حين وجود المصلحة من عملهم.

سابعاً: الأعمال لا يحسنها إلا القلة تستحق زيادة في العوض

ذكر موفق الدين ابن قدامة من فقهاء الحنابلة صورة من صور التنفيل وهي: أن يعطي الإمام زيادة لبعض الجيش؛ لغنائه وبأسه وبلائه، أو لمكروه تحمله دون سائر الجيش، فالزيادة في العوض تستحق لهم دون سائر الجيش، ولو لم يشترط له الإمام ذلك^(٢).

وقد ذكر ابن عابدين من الحنفية ما يشبه ذلك^(٣).

(١) الإمام الشافعي، الأم، (١٥١/٤).

(٢) انظر: موفق الدين ابن قدامة، المغني شرح مختصر الخرقي، (٢٢٨/٩).

وانظر أيضاً: موفق الدين ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، الكافي دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، (١٣٩/٤).

(٣) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (١٥٥/٤).

ويستدل على ذلك بما في الصحيحين عن سلمة بن الأكوع رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أن عبد الرحمن بن عيينة اعتدى على إبلٍ لرسولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقتل راعيها، وخرج يطرُدها هو وأناس معه في خيلٍ، قال سلمة بن الأكوع رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: "فجعلتُ وجهي قِبَلَ المدينة، ثم ناديتُ ثلاثَ مراتٍ: يا صباحاهُ، ثم أتبعْتُ القومَ فجعلتُ أرمي وأعقرُهُم... حتى رُدَّتِ الإبلُ إلى رسولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. قال سلمة: "فَأَعْطَانِي رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَهْمَ الرَّاجِلِ وَالْفَارِسِ جَمِيعًا"^(١).

فقوله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: " فَأَعْطَانِي " أي: إن إعطاء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لسلمة زيادة على نظرائه من أفراد الجيش إنما كان بسبب إرجاعه للإبل، وذلك يفيد جواز إعطاء الإمام لمن يجد فيهم غناء وبأسًا زيادة على غيرهم.

والغناء والبأس الذي وجد في سلمة بن الأكوع رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: هو شجاعته في مواجهة جملة من الكفار بمفرده، كما أنه سريع في عدوه حتى إنه يدرك الفرس، فهي صفاتٌ جُبلٌ عليها سلمة بن الأكوع، وأمكن أن توظف فيما يحقق منفعة للأمة، فأعطي قدرًا زائدًا على ما يعطى لبقية أفراد الجيش.

فإذا كان يجوز إعطاء واحد من أفراد الجيش لغنائه وبأسه، فكذا يجوز إعطاء الجملة من الناس الذين يتميزون بالقوة وشدة البأس ونحوها من

(١) متفق عليه من حديث طويل.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب: الجهاد والسير، باب: من رأى العدو فنادى بأعلى صوته، برقم (٣٠٤١)، (٦٦/٤).

الإمام مسلم، الجامع المسند الصحيح، كتاب الجهاد والسير، باب: غزوة خيبر، برقم (١٨٠٢)، (١٨٦/٥).

الصفات، التي يمكن توظيفها لتحقيق المصلحة العامة.

وهذا يفيد معيارًا جديدًا وهو: من يقوم بأعمال لا يطيقها إلا القلة من الموظفين يبذل لهم مزيد عوض؛ رغبةً في حصول الأمة على خدماتهم، كما يجدر تحفيز العمال القادرين على عملهم للقيام بجهود إضافية تتحقق معها المصلحة العامة.

ويمكن التمثيل لذلك: القيام بمهمة التعليم الشرعي، فتلك مهمة لا يحسنها إلا القلة من الناس، كما أن حاجة الأمة لها عظيمة، فالتعليم الشرعي يحتاج إليه لامثال فروض الأعيان، وفروض الكفايات التي كلفت بها الأمة، من حفظ الدين ونشره بين الأمم.

ومثل ذلك: الوظائف الدبلوماسية التي تحمل مشقة مفارقة الأوطان والخلان، كما أنها تتطلب قدرات خاصة في الدفاع عن قضايا الوطن، كسرعة البديهة وحسن اختيار الألفاظ والتحكم بالغضب ونحو ذلك.

ومنه أيضًا: الفرق العسكرية الخاصة التي تقوم بأعمال أمنية تتطلب قدرات بدنية وذهنية أعلى من غيرها، وكذا الفرق المدنية التي تقوم بأعمال التخطيط الاستراتيجي، أو الاستشارات أو نحوها.



المطلب الرابع

معايير الأرزاق في القانون

لم تنص قوانين الخدمة المدنية أو القوانين ذات الصلة على معايير محددة للأرزاق، ويمكن أن نستفيد بعضاً من تلك المعايير من خلال إشارات وإرشادات مواد دستورية، إذ قرر الدستور الكويتي جملة من الحقوق الاقتصادية والمالية للمواطنين، غير أنه يجدر التنبيه أن الحقوق الاقتصادية يغلب عليها طابع الوعد أكثر من طابع الحق، وهي تكتسب صفتها كحقوق حين ينجز ذلك الوعد، وليس بمجرد إقرارها^(١)، ولذلك فلا بد من أن تكون تلك الحقوق مقررة في مواد قانونية واضحة حتى تكتسب صفة الحقوق.

وسيدر الباحث هنا ما توصل إليه مما يمكن اعتباره معياراً، ومن ثم يقوم بمقارنة ذلك بما نص عليه فقهاء الشريعة المطهرة، ثم يذكر رأيه في هذه المعايير.

أولاً: معيار الكفاية والتوسعة في الرزق

أفادت المادة (١١) من الدستور الكويتي حق الفرد على الدولة بأن توفر له المعونة الاجتماعية اللازمة للعيش الكريم والعفيف^(٢)،

(١) د/ الطبطائي، النظام الدستوري في الكويت دراسة مقارنة، (ص٣٩٥).

(٢) د/المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي، (ص٢١٦).

ونص المادة (١١): "تكفل الدولة المعونة للمواطنين في حالة الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل كما توفر لهم خدمات التأمين الاجتماعي والمعونة الاجتماعية والرعاية الصحية".

=

وكفالة ذلك العيش الكريم تقتضي أن يكون أقل حد من الراتب يستحقه الموظف العام هو الكفاية؛ حتى يتحقق وصف العيش الكريم، ويستغني الموظف العام عن طلب مساعدة مالية.

وفي المادة (٢٠) يفصح الدستور عن مراده فيما يتعلق بعيش المواطن، فينص على أن أحد أهم أهداف الاقتصاد الوطني زيادة الإنتاج، ورفع المستوى المعيشة، وتحقيق الرخاء للمواطنين^(١).

وأكد ذلك في نص المادة (٤٨) من الدستور المتعلقة بفرض الضرائب ونحوها: "أداء الضرائب والتكاليف العامة واجب وفقاً للقانون، وينظم القانون إعفاء الدخول الصغيرة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة"^(٢).

فالمنع من المساس بالحد الأدنى اللازم لمعيشة أصحاب الدخول الصغيرة هو بعبارة أخرى: الحفاظ على حد الكفاية، وهو يؤكد مبدأ حفظ العيش الكريم، ولا شك أن أدنى ذلك يكون بكفالة الحد الأدنى اللازم للمعيشة.

ومن أجل تحقيق مبدأ العيش الكريم ألزم الدستور الكويتي الدولة بتوفير فرص العمل للمواطنين^(٣)، وذلك لا يعني أنها تقوم بتوظيف المواطنين

انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الدستور الكويتي الصادر (١٩٦٢م)، (١٨/١).

(١) مجموعة التشريعات الكويتية، الدستور الكويتي الصادر (١٩٦٢م)، (١٩/١).

(٢) مجموعة التشريعات الكويتية، الدستور الكويتي الصادر (١٩٦٢م)، (٢٤/١).

(٣) الدستور الكويتي المادة (٤١)، ونصها: " لكل كويتي الحق في العمل وفي اختيار نوعه،

في القطاع العام، وإنما ألا تصادر الدولة حرية الفرد في العمل بما يناسب ميوله الشخصية، ويكون دور الدولة حينئذ المساعدة في توفير فرص العمل في جميع القطاعات الخاصة والعامه، والقصد من ذلك حفظ كرامة الإنسانية للمواطن وكف يده عن السؤال^(١).

وبناءً على ذلك يمكن القول: إن الدستور الكويتي تبنى مبدأ حصول الكفاية للمواطن، سواء من خلال العمل الخاص الذي يقوم به أو من خلال العمل في المرفق العام.

وقد سار قانون الخدمة المدنية على ذات النهج، ففي المادة (٢٠)، التي أجازت الخصم من الراتب لمبالغ واجبة الأداء، قيدت ذلك الخصم بما لا يتجاوز نصف الراتب^(٢).

وإنما قُيدت الزيادة بنصف الراتب؛ لئلا يكون العمل لا منفعة مادية فيه، وهو أحد أهم مقاصد العمل.

كما فرضت المادة (١٨) من قانون الخدمة المدنية للموظف حقاً في

والعمل واجب على كل مواطن تقتضيه الكرامة ويستوجهه الخير العام، وتقوم الدولة على توفيره للمواطنين وعلى عدالة شروطه".

انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الدستور الكويتي، (٢٣/١).

(١) انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي، (٦٦/١).

وانظر أيضاً: الطببائي، النظام الدستوري في الكويت، (ص٣٨٠).

المقاطع، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي، (ص٢١٤).

(٢) قانون الخدمة المدنية الصادر سنة ١٩٧٩م، المادة (٢٠)، (ص١٧٨).

علاوة دورية طبقاً للقواعد المقررة^(١).

ولعل أحد مقاصد هذه العلاوة الدورية هو معالجة ما يطرأ على المعيشة من غلاء أسعار، أو حاجات الموظف للزيادة في المدخول بسبب زيادة المسؤوليات.

وجاء في نص قانوني آخر يتعلق برواتب المتقاعدين: "إعادة النظر كل سنتين على الأكثر في مستوى المرتبات والمعاشات التقاعدية، على ضوء زيادة نفقات المعيشة"^(٢).

وهذا النص القانوني يفيد صراحة أن إعادة النظر يقصد منه معالجة زيادة نفقات المعيشة من خلال زيادة المعاشات التقاعدية، وبعبارة أخرى: يقصد منه الوصول إلى مبدأ الكفاية.

وتبنى فقهاء القانون حد الكفاية كمبدأ ومعيار من معايير تحديد الرواتب، وذلك لعدة أسباب من أهمها ما يلي:

أولاً: المرتب هو المصدر الأساسي للرزق، ففي الغالب ليس للموظفين مصدر رزق آخر^(٣)، ولا يمكن غض الطرف عن أن الموظف ينقطع عن كل وسائل الكسب لأجل تحقيق المصلحة العامة، فهو إذن يحتاج

(١) انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الخدمة المدنية، (١٠/١٨٨).

(٢) نص على ذلك القانون رقم (٤٩) لسنة (١٩٨٢م) في شأن زيادة مرتبات الموظفين المدنيين والعسكريين وزيادة المعاشات للمتقاعدين، وتعديل بعض أحكام قانون ونظام الخدمة المدنية (٤٩/١٩٨٢م).

(٣) د/ الطبطائي، الوسيط في القانون الإداري، (ص١٦).

إلى كفالة رزقه.

ثانياً: الكفاية تدفع الموظف للإخلاص في العمل والتفرغ التام لأدائه^(١).

ثالثاً: إن الوظيفة العامة تعتبر خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة...^(٢)، ولكن قيام الموظف العام بهذه المصلحة العامة لا بد أن يكون له ما يحفزه، ولا أقل من أن يعطى حد الكفاية^(٣).

رابعاً: إن من الواجب على جهة الإدارة القيام باجتذاب العناصر الصالحة والتي تملك الكفاءة اللازمة للعمل في السلك الوظيفي؛ لئلا تقتصر الوظيفة العامة على الأغنياء، وهؤلاء سيمارسون عملهم تفضلاً على الإدارة دون مراعاة لمستوى الأداء^(٤).

خامساً: المرتب يساعد جهة العمل على استقطاب العناصر الصالحة، والدولة تراعي عند تحديد المرتبات مستوى الأجور في القطاع الخاص؛ لتحقيق التناسق بينهما، فلا ترفع مرتبات الموظفين فتكلف الخزنة العامة أعباء مالية إضافية، ولا تخفض الرواتب تخفيضاً ظاهراً فتطرد العناصر القادرة،

(١) المصدر السابق.

(٢) هذا نص المادة (٢٦) من الدستور الكويتي الصادر ١٩٦٢م.

انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الدستور الكويتي الصادر (١٩٦٢م)، (١/٢٠).

(٣) انظر: د/الطبيبائي، قانون الخدمة المدنية الجديد دراسة تطبيقية لقرارات مجلس الخدمة المدنية، (ص١٦٠).

(٤) انظر: د/حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، (ص٢٨٠).

التي تجد عندئذ في الشركات وغيرها من المؤسسات الخاصة مجالاً أرحب^(١)، فلا مناص لها حينئذ من تبني مبدأ الكفاية كحد أدنى للمرتبات.

هذا وتجدر الإشارة إلى أمرين:

الأول: إن مجلس الخدمة المدنية قد قرر منح الموظف العام علاوة اجتماعية، تختلف قيمتها حسب وضعه الاجتماعي إن كان متزوجاً أو عازباً^(٢).

كما يمنح الموظف علاوة اجتماعية عن كل واحد من أبنائه ذكوراً أو إناثاً بما لا يزيد عددهم عن سبعة^(٣)، والقصد من ذلك الإعانة على أعباء المعيشة^(٤).

الثاني: أن قانون الخدمة المدنية تبني مبدأ: العمل سبب الاستحقاق، وليس العمل مع الحاجة، فقد جاء في المادة (١٨): "يستحق الموظف مرتبه من تاريخ تسلمه العمل..."^(٥)، فأناط الاستحقاق بالعمل، لا بالحاجة للراتب.

(١) د/حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، (ص ٢٨٠).

(٢) بهبهاني، النظام الوظيفي في ظل قانون الخدمة المدنية، (ص ٤٩).

وانظر أيضاً: قرار مجلس الخدمة المدنية رقم (١)، لسنة (١٩٧٩م)، والقرارات اللاحقة ذات الصلة. (ص ٢٣١).

(٣) انظر: تعميم ديوان الخدمة المدنية رقم (١٣)، لسنة (٢٠٠٣م).

وذكرت ذلك الأستاذة سلوى بهبهاني. انظر: بهبهاني، النظام الوظيفي في ظل قانون الخدمة المدنية، (ص ٢٣٩).

(٤) انظر: بهبهاني، النظام الوظيفي في ظل قانون الخدمة المدنية، (ص ٥٠).

(٥) انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الخدمة المدنية، (١٧٧/١٠).

ثانياً: المعايير المصلحية

الأعمال التي يقوم بها الموظف العام قد تكون متماثلة أو متشابهة أو مختلفة، فالأعمال المتشابهة والمتماثلة تتسم رواتبها بالتساوي، وقد يفوت التساوي حين يتفاضل الموظفون فيما بينهم، كنتيجة للأقدمية أو الحالة الاجتماعية^(١).

كما أن من صفات الراتب أنه ذو خاصية غير شخصية، بمعنى أنه يتحدد بشكل عام ومجرد عن نشاط الموظف في خدمة المرفق أو نحو ذلك، وإنما الذي يحدد الراتب هو النص التنظيمي دون تمييز بين الموظفين^(٢).

وجاء في المادة (١٦): " تحدد درجة التعيين والمرتب الذي يمنح فيها بمراعاة نوع الوظيفة، ومستوى ونوع وندرة المؤهل، أو الخبرة أو التدريب، وكذلك عدد سنوات الدراسة المقررة"^(٣).

فجعلت المادة القانونية معيار تحديد المرتب مرتباً بنوع الوظيفة، ثم مستوى المؤهل الدراسي، وجعلت المعيار في هذا المؤهل الدراسي هو الندرة وعدد سنوات الدراسة^(٤)، هذا ولم يغفل القانون جانب الخبرة في أداء

(١) الطببائي، قانون الخدمة المدنية الجديد دراسة تطبيقية لقرارات مجلس الخدمة المدنية، (ص١٦١).

(٢) سعيان، قانون الوظيفة العامة-دراسة مقارنة، (ص٢١٢).

(٣) مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الخدمة المدنية، (١٧٧/١٠).

(٤) أوضحت جداول نظام الخدمة المدنية أن التفاضل في المرتبات راجع إلى درجة الشهادة إن كانت جامعية أو أعلى أو أدنى من ذلك، وجعلت الجامعي أعلى من غيره؛ لأن عدد سنوات الدراسة أكثر والمؤهل أعلى.

=

العمل^(١).

والمبدأ المصلحي ظاهر في هذا المادة التي تشير إلى معايير تحديد الراتب، فالتخصصات الجامعية التي تتسم بالندرة تستحق عوضاً زائداً عن القدر الذي يستحقه من لا يحمل هذا التخصص.

وظاهرٌ أن المصلحة في معالجة التخصصات الموصوفة بالندرة النسبية لتحقيق العدالة من وجه، ومن وجه آخر: للحض على دراسة التخصصات التي يحتاج إليها.

وفي الأعمال التي تتطلب سفرًا أو انتقالاً أو بسبب طبيعة خاصة لذلك العمل، فإن المادة (١٩) من قانون الخدمة المدنية جعلت لمجلس الخدمة المدنية الحق في تحديد تلك الزيادات المتعلقة^(٢).

بين الفقه والقانون

١. اتفق القانون مع ما نص عليه علماء الفقه الإسلامي وهو أن أقل ما يحصل عليه الموظف من الرزق هو حد الكفاية.
٢. اتفق القانون مع المذهب الفقهي القائل بأن معيار الاستحقاق هو العمل، وليس العمل مع الحاجة.

انظر: بهباني، النظام الوظيفي في ظل قانون الخدمة المدنية، (ص ٥٥).

(١) انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، المذكرة الإيضاحية لقانون الخدمة المدنية، (١٠/١٨٨).

(٢) انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الخدمة المدنية، (١٠/١٧٧).

٣. نص المتقدمون من فقهاء الإسلام على أن الواجب على الدولة مراجعة الأسعار، لتبين مدى ملاءمة الرواتب لتلك الأسعار.
- واقصر القانون الكويتي على مراجعة الرواتب والمعاشات التقاعدية، ولربما كان مرجع ذلك أن الموظف يستحق العلاوة الدورية السنوية، بينما ذلك غير ممكن فيما يتعلق برواتب المتقاعدين.
٤. ما جاء في المادة (١٩) يتوافق من وجه مع ما سبق ذكره عن الفقهاء من استحقاق العمل الذي تحتف به المخاطر الحقيقية، أو الأعمال الشاقة ونحوها، لكن تحديد ذلك غير منصوص قانوناً، وإنما يفوض إلى مجلس الخدمة المدنية، غير أن الملاحظ أن هذا القانون يضع وصفَ طبيعةٍ خاصةٍ ولا يعين طبائع تلك الأعمال من مخاطرة أو مشقة أو غير ذلك، وإنما يفوض فيه مجلس الخدمة المدنية.
٥. بعض المهن تقتضي التوسعة في الرزق والزيادة على حد الكفاية إلى حد الإغناء، وهي تلك التي تحمل بطبيعتها مشقة شديدة، يشق على الموظف الاستمرار فيها ما لم يكن الحافز فيها مناسباً، أو أن تكون العامل في مهنة ما يخشى على ضياع الأمانة من بين يديه حال حاجته للمال أو تطلعه إليه، ومن هنا تبنت القوانين الكويتية التوسعة على من يتولى منصب القضاء^(١)، كما نص على ذلك علماء الفقه الإسلامي.

(١) صدر القانون رقم (١٤/١٩٧٧م) في شأن درجات ومرتببات القضاة، في المادة (٤)، وفي المادة (٨): إن القضاة يمنحون بدل طبيعة عمل بنسبة (٥٠%) من أول رابط الوظيفة التي يشغلها كل منهم. كما يعطى القاضي سكناً خاصاً-وفقاً للشروط والأحكام-يتناسب مع

رأي الباحث

من خلال ما تقدم يظهر للباحث ما يلي:

أولاً: لا يوجد نص قانوني يعين أدنى حدٍ للأجور كما هو معمول به في كثير من الدول، على الرغم من وجود النصوص الدستورية التي توضح كفالة العيش الكريم^(١).

ثانياً: إن النص على التفاضل بحسب نوع الوظيفة، ومستوى المؤهل ونوعه، بالإضافة إلى خبرة الموظف وعدد سنوات العمل دون تحديد أنواع الوظائف من جهة الخدمة التي تؤديها، وترتيبها في التوسعة في الرزق يعد نوعاً من أنواع النقص، وذلك أن عدم وجود اللائحة المنظمة للوظائف الأعلى أجراً ثم الأدنى فالأدنى، يجعل المطالبات برفع سقف الرواتب لا تنتهي، مما يؤدي إلى فقدان القيمة الحقيقية والفائدة التي يرجى أن تعود على المؤسسات العامة للدولة من رفع الرواتب، فلا تملأ تلك الزيادات فراغات الندرة النسبية لبعض الوظائف في سوق العمل، بل لربما تعزز الندرة ولا تحل مشكلتها، كما أنها لا تحقق الإغناء المنشود للموظف.

ولذلك فإن الباحث يرى أنه لا بد من وجود مواد قانونية واضحة

وظيفته، وذلك طبقاً للنظام الذي يصدر.

انظر: مجموعة التشريعات الكويتية، (١٠/٨٩).

(١) أشار إلى ذلك الدكتور أحمد سليم سعيّفان. انظر: الدكتور أحمد سليم، قانون الوظيفة العامة-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية/بيروت، الطبعة الأولى (٢٠١٧م/١٤٣٧هـ)، (ص٢١٢).

المعالم ترتب الأعلى أجرًا فالأدنى حتى ينقطع باب النزاع، وكما لا بد من جعل الوظائف التي تقوم بفروض الكفايات الدينية كالتعليم والإمامة والأذان ونحوها في أعلى درجات ذلك السلم؛ لأنها تقوم بفروض الكفاية التي فرضها الله عَزَّجَلَّ على العباد، وفي حال عدم وجودها سيتخذ الناس رؤوسًا جهالًا، فيؤدي ذلك إلى فوات الكفاية في إقامة فريضة الله عَزَّجَلَّ، وهذا مما تؤاخذ به الأمة بمجموعها.

وقد ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: "إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْبِضُ الْعِلْمَ انْتِزَاعًا يَنْتَزِعُهُ مِنَ الْعِبَادِ، وَلَكِنْ يَقْبِضُ الْعِلْمَ بِقَبْضِ الْعُلَمَاءِ، حَتَّى إِذَا لَمْ يُبْقِ عَالِمًا، اتَّخَذَ النَّاسُ رُؤُوسًا جُهَالًا، فَسُئِلُوا فَأَفْتَوْا بِغَيْرِ عِلْمٍ، فَضَلُّوا وَأَضَلُّوا"^(١).

فحين عدم وجود الكفاءات العلمية والشرعية سيكون مصدر التعليم من لا يعرف العلم، فيؤدي ذلك إلى الوقوع في الضلال، وتعطيل فريضة الشرع. ثالثًا: الزيادة السنوية التي يحصل عليها الموظف ليست كافية لمعالجة ارتفاع الأسعار، خاصة وأن الأسعار تقفز بمقادير عالية جدًا، لا قدرة للزيادة السنوية اليسيرة على معالجتها.

(١) رواه البخاري ومسلم.

الإمام البخاري، الجامع الصحيح المسند، كتاب العلم، باب: كيف يقبض العلم؟ برقم (١٠٠)، (٣١/١)

الإمام مسلم، الجامع المسند، كتاب العلم باب: رفع العلم وقبضه وظهور الجهل والفتن في آخر الزمان، برقم (٢٦٧٣)، (٦٠/٨)

ومن وجهة نظر الباحث لا بد من قيام الدولة بمراجعة الأسعار، وبذلل زيادة للموظف في حال وجود ما يبرر ذلك، ولو لزم الأمر توقيف الزيادة السنوية التي تمنح للموظف.

ولذلك فإن الباحث يوصي بتعديل المادة المشار إليها لتكون على النحو التالي: يعاد النظر كل سنتين على الأكثر في مستوى مرتبات الموظفين المدنيين والعسكريين، والمعاشات التقاعدية، على ضوء زيادة الأسعار ونفقات المعيشة^(١)، كما وتلغى العلاوة الدورية عن جميع الموظفين.

وهذا يحقق فائدتين:

الأولى: التخفيف على الميزانية العامة، خاصة في حال لا يوجد ما يبرر الزيادة فيها.

الثانية: أنه سيقدم معالجة حقيقية لارتفاع الأسعار، وعدم حصول الكفاية في الرواتب، عوضاً عن المعالجة القاصرة.

رابعاً: يفوض القانون مجلس الخدمة المدنية في تحديد الأعمال التي تحتف بها المخاطر، ومن وجهة نظر الباحث أن جملة ليست بقليلة من الأعمال التي تحتف بها المخاطر لا تخفى، فترك تحديدها لمجلس الخدمة المدنية يجعل باب المطالبات مفتوحاً للعاملين جميعاً، دون تمييز بين المستحقين وغيرهم.

(١) التعديل يشبه النص الأصلي إلا أنه يصرح بذكر جميع الموظفين المدنيين والعسكريين.

الخاتمة

أبرز النتائج

١. من أبرز الوظائف العامة التي جاءت في الكتاب والسنة وظيفة العاملين على الزكاة، وهم الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة من الأغنياء، وجلبها إلى بيت المال.
٢. تعددت استخدامات علماء الفقه الإسلامي لمصطلح الوظيفة، فمنهم من استعمالها بمعنى المال الذي يؤخذ بشكل منتظم ودوري على من وجب عليه، ومنهم من استعمالها بمعنى المال الذي يبذل للعامل بصفة دورية، كما أطلقها بعضهم على ما أوجبه الله عزَّجَلَّ من الواجبات، كالحج والصلاة، وأطلق اصطلاح الوظيفة أيضًا على العمل الدائم المستمر.
٣. يمكن تعريف الوظيفة العامة في الاصطلاح الشرعي بأنها خدمة عامة مشروعة تديرها الدولة، يُكَلَّفُ بها شخصٌ طبيعيٌّ أهلٌ لذلك العمل، وذلك على سبيل الدوام والاستقرار، بمقابل مادي معلوم.
٤. يمكن تعريف الموظف العام في الاصطلاح الشرعي بأنه شخص طبيعي أهل للعمل، تكلفه الدولة بواسطة أحد أجهزتها الإدارية للقيام بخدمة عامة مشروعة، تديرها الدولة مباشرة أو بواسطة أحد مؤسساتها، بمقابل معلوم تبذله الدولة.
٥. للقانون الإداري توجهان في طبيعة العلاقة بين الموظف العام والجهة الحكومية، أحدهما: أن العلاقة بين الطرفين تعاقدية، والتوجه الآخر

يتبنى مبدأ العلاقة التنظيمية اللائحية، ومزج القانون الكويتي بين التوجهين، مع ترجيحه للتوجه التنظيمي.

٦. دلت الأدلة الشرعية، وقرر علماء الفقه الإسلامي أن العلاقة بين الموظف العام والدولة هي علاقة عقدية إرزاكية، ويمكن التعبير عن حقيقة هذه العلاقة بأنها: عقد تبرمه الدولة مع شخص طبيعي، ليقوم بعمل تتحقق فيه مصلحة عامة، مقابل الحصول على راتب من بيت مال المسلمين.

٧. الذي توصل اليه الباحث أن المعيار الأساسي لتحديد الرواتب أن الحد الأدنى الذي يستحقه الموظف في الدولة هو الكفاية، وينبغي السعي للوصول به إلى مقدار سعة الرزق، على أن السعة تكون بحسب نوع العمل وأهميته.

٨. دلت الشريعة المطهرة على أن التساوي في سبب الاستحقاق يقتضي حرمة التفاضل في قيمة الاستحقاق بلا مقابل، فإن كانت الزيادة مقابل عمل أو رأي أو نحوه فهي مشروعة.

٩. من أبرز المعايير المصلحية التي دلت عليها النصوص واقتضاها الواقع:

أ. الكلفة في أداء العمل تقتضي زيادة في العوض، بشرط حاجة العمل والعامل لها، أما الكلفة التي تحمل رفاهية للعامل زائدة للعامل فلا عبء بها.

ب. إن تقدير قيمة الأرزاق كثرةً وقلّةً يجب أن يتناسب مع أثر العمل على

- المصلحة العامة، فما كان أوقع أثرًا يجب أن يكون أعلى عوضًا.
- ج. الزيادة في المخاطر المادية التي تحتف بالعمل وظروفه تقتضي زيادة العوض عليه؛ كما أن العمل الشاق الذي لا يقوم به إلا قلة من الأفراد يستوجب زيادة العوض حين تحقق المصلحة من العمل.
- د. يجدر تحفيز العمال على الأعمال المميزة النافعة، على بذل المجهود الزائد للقيام بتلك الأعمال من أجل تحقيق المصلحة العامة.

التوصيات

١. يوصي الباحث بوضع مواد قانونية واضحة المعالم تترتب على إثرها الأجور الأعلى فالأدنى؛ سدًا لباب النزاع.
٢. يوصي الباحث بأن تجعل الوظائف التي تقوم بفروض الكفايات الدينية في أعلى درجات سلم الرواتب، لما في ذلك من حفظ مكانة العلم والعالم، كما أن فيه تحفيزًا لذوي العقول المميزة للقيام بفرض الكفايات؛ درئًا للمفاسد التي قد تقع جراء خلو المكان من العلماء.
٣. يوصي الباحث بتعديل نص القانون رقم (١٩٨٢/٤٩م) بشأن زيادة مرتبات الموظفين المدنيين والعسكريين وزيادة المعاشات للمتقاعدين، لتكون على النحو التالي: يعاد النظر كل سنتين على الأكثر في مستوى مرتبات الموظفين المدنيين والعسكريين، والمعاشات التقاعدية، على ضوء زيادة الأسعار ونفقات المعيشة، كما وتلغى العلاوة الدورية عن جميع الموظفين.
٤. يؤكد الباحث على أهمية إلغاء العلاوة الدورية؛ لما تسببه من إرهاق

على الميزانية العامة، كما أنها لا تحل إشكال غلاء المعيشة الذي يفرضه الواقع.

٥. يوصي الباحث بالاهتمام بدراسة أثر غلاء الأسعار وزيادة الكلفة المعيشية على الأرزاق التي تكفلها الدولة، واستنباط الحلول الفقهية الكفيلة بمعالجة الظواهر السلبية لغلاء المعيشة، زيادة على ما ذكر في ثنايا هذا البحث.

٦. يوصي الباحث بالاهتمام بدراسة القانون الإداري على وجه الخصوص، لبيان مدى موافقته للشريعة ومقاصدها، وذلك بغية الوصول إلى ما فيه نفع للبلاد والعباد.

والحمد لله رب العالمين



أهم المصادر والمراجع

- ❖ القرآن الكريم.
- ❖ ابن النجار الفتوحى، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي وآخرون، مكتبة العبيكان/الرياض، الطبعة الثانية(١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- ❖ ابن حبان البستي، أبو حاتم محمد بن حبان الدارمي (ت:٣٥٤هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المسمى، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، رتبه ابن بلبان (ت:٧٣٩هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة/ بيروت، الطبعة الأولى(١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).
- ❖ ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت:٥٩٥هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مصطفى الحلبي/ مصر، الطبعة الثانية(١٣٩٥هـ/١٩٧٥م).
- ❖ ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البغدادي(ت:٢٣٠هـ)، الطبقات الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ/١٩٩٠م).
- ❖ ابن عرفة الدسوقي، محمد بن أحمد المالكي (ت:١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر، الطبعة الثانية (د.ت).
- ❖ ابن عرفة الورغمي، محمد بن محمد ابن عرفة التونسي(ت:٨٠٣هـ)، المختصر الفقهي، تحقيق: د/حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الطبعة الأولى(١٤٣٥هـ/٢٠١٤م).
- ❖ ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس الرازي (ت:٣٩٥هـ)، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر/ بيروت، (١٣٩٩هـ/١٩٧٩م).
- ❖ ابن نجم شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس السعدي المالكي (ت:٦١٦هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن

- محمد لحمير، دار الغرب الإسلامي/بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م).
- ❖ ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي/دمشق، الطبعة الثانية (د.ت).
- ❖ ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، (ت ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى: (١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م).
- ❖ أبو الحسن السندي، نور الدين محمد بن عبد الهادي الحنفي (ت: ١١٣٨هـ)، فتح الودود في شرح سنن أبي داود، تحقيق: محمد زكي الخولي، مكتبة أضواء المناء/ المدينة المنورة، الطبعة الأولى (١٤٣١هـ/ ٢٠١٠م).
- ❖ أبو الحسن الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل (ت: ٨٤٤هـ)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، (د.ت).
- ❖ أبو الحسن العدوي، علي بن أحمد بن مكرم (ت: ١١٨٩هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف محمد البقاعي، دار الفكر/بيروت، الطبعة الأولى، (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م).
- ❖ أبو الحسن الماوردي، علي بن محمد بن حبيب البصري (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م).
- ❖ أبو الفضل ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي الأنصاري (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م).
- ❖ أبو القاسم ابن السمناني الحنفي، علي بن محمد الرحبي (ت: ٤٩٩هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، د/صلاح الناهي، دار الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م).

- ❖ أبو القاسم الرافي، عبد الكريم بن محمد القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، العزيز في شرح الوجيز، تحقيق: علي معوض، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٧م).
- ❖ أبو بكر ابن خزيمة، محمد بن إسحاق النيسابوري (ت: ٣١١هـ)، صحيح ابن خزيمة، تحقيق: د/محمد الأعظمي، المكتب الإسلامي/ بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م).
- ❖ أبو بكر البزار، أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العتكي (ت: ٢٩٢هـ)، البحر الزخار المعروف باسم مسند البزار، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله وآخرون، مكتبة العلوم والحكم/ المدينة المنورة، الطبعة الأولى (١٤٢٩هـ/٢٠٠٩م).
- ❖ أبو بكر الدمياطي، عثمان بن محمد شطا البكري الشافعي (ت: ١٣١٠هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- ❖ أبو سليمان الخطابي، حمد بن محمد البستي (ت: ٣٨٨هـ)، معالم السنن، المطبعة العلمية/ حلب، الطبعة الأولى (١٣٥١هـ/١٩٣٢م).
- ❖ أبو عبد الله الخرخشي، محمد بن عبد الله المالكي (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة/بيروت، الطبعة الثانية (د.ت).
- ❖ أبو عبد الله الرازي، زين الدين محمد بن أبي بكر (ت: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ، المكتبة العصرية/بيروت، الطبعة الخامسة (١٤٢٠هـ/١٩٩٩م).
- ❖ أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبة الأنصاري (ت: ١٨٢هـ)، الخراج، المكتبة الأزهرية للتراث، تحقيق: طه عبد الرؤوف، سعد حسن محمد، الطبعة الجديدة (١٩٧٨م/١٣٩٨هـ).

- ❖ أبو داود السجستاني، سليمان بن الأشعث (ت: ٢٧٥هـ)، السنن، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة/دمشق، الطبعة الأولى (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م).
- ❖ الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي/بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٥هـ/١٩٨٥م).
- ❖ الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي/بيروت، الطبعة الثالثة (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- ❖ الألباني، محمد ناصر الدين (ت: ١٤٢٠هـ)، صحيح سنن أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع/الكويت، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م).
- ❖ الإمام أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت: ٢٤١هـ)، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، إشراف: د/عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة/دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢١هـ/٢٠٠١م).
- ❖ الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وسننه وأيامه، تحقيق: د/مصطفى البغا دار القلم/دمشق، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ/١٩٩٢م).
- ❖ إمام الحرمين الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت: ٤٧٨هـ)، الغياثي المسمى غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الثانية (٢٠٠٣م/١٤٢٤هـ).
- ❖ الإمام الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (ت: ٧٩٠هـ)، الاعتصام، تحقيق: سليم الهلالي، دار ابن عفان، الرياض، الطبعة الأولى (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- ❖ الإمام الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس (ت: ٢٠٤هـ)، الأم، دار المعرفة/بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٠هـ/١٩٩٠م).

- ❖ الإمام النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: ٦٧٦هـ)، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار التراث العربي/بيروت، الطبعة الثانية (١٣٩٢هـ/١٩٧٢م).
- ❖ الإمام النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي/ بيروت، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ/١٩٩١م).
- ❖ الإمام مالك، إمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي (ت: ١٧٩هـ)، الموطأ بشرح الزرقاني، تحقيق: طه سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م).
- ❖ الإمام مالك، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني إمام دار الهجرة (ت: ١٧٩هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).
- ❖ الإمام مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، الجامع المسند الصحيح، دار الجيل-بيروت، مصورة عن الطبعة التركية (١٣٩٤هـ).
- ❖ بدر الدين العيني، أبو محمد محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي (ت: ٨٥٥هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م).
- ❖ بدر الدين العيني، محمود بن أحمد بن موسى الغيتابي، الحنفي (ت: ٨٥٥هـ)، عمدة القاري بشرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي/ بيروت.
- ❖ برهان الدين ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري (ت: ٧٩٩هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، الطبعة الأولى (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- ❖ برهان الدين مفلح، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله (ت: ٨٨٤هـ)،

- المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- ❖ البغوي الفراء، الحسين بن مسعود بن محمد (ت: ٥١٦هـ)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية/بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- ❖ البنا الساعاتي، أحمد بن عبد الرحمن (ت: ١٢٧٨هـ)، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية (د.ت).
- ❖ بهاء الدين البغدادي، علي بن البهاء البغدادي الحنبلي (ت: ٩٠٠هـ)، فتح الملك العزيز بشرح الوجيز، دراسة وتحقيق: د/عبد الملك بن دهيش، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، الطبعة الأولى (١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م).
- ❖ بهبھاني، المستشار سلوى فيصل، النظام الوظيفي في ظل قانون ونظام الخدمة المدنية، الطبعة الأولى (٢٠١٦م/١٤٣٨هـ).
- ❖ البهوتي، منصور بن يونس البهوتي (١٠٥١هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، (د.ت).
- ❖ الخطاب الرعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي (ت: ٩٥٤هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، الطبعة الثالثة (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- ❖ الخرشبي المالكي، محمد بن عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت، الطبعة الثانية (د.ت).
- ❖ الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الشافعي (ت: ٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).

- ❖ الرفاعي، عبد الكريم بن محمد الرفاعي القزويني (ت: ٦٢٣هـ)، فتح العزيز بشرح الوجيز لأبي حامد الغزالي، دار الفكر، بيروت، (د.ت).
- ❖ الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي (ت: ١٢٤٣هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية (١٤١٥هـ/١٩٩٤م).
- ❖ الزحيلي، وهبة مصطفى (ت: ١٤٣٦هـ)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة (١٩٩٤/١٤١٤هـ).
- ❖ الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تحقيق عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق الطبعة الثالثة (١٤١٣هـ/١٩٩٣م).
- ❖ الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله، (ت ٧٩٤هـ) المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية (١٩٨٥م/١٤٠٥هـ).
- ❖ السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت: ٤٨٣هـ)، شرح السير الكبير، الشركة الشرقية للإعلانات، الطبعة الأولى (١٩٧١م/١٣٩١هـ).
- ❖ سلام، الأستاذ محمد سلامة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، طبع في المملكة المغربية بأمر من جلالة الملك الحسن الثاني، الطبعة الأولى (١٩٩٤م/١٤١٤هـ).
- ❖ سليمان الخطابي، حمد بن محمد البستي (ت: ٣٨٨هـ)، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، (١٣٥١هـ/١٩٣٢م).
- ❖ شرف الدين الطيبي، الحسين بن عبد الله الطيبي (٧٤٣هـ)، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق: د/عبد الحميد هندواوي، مكتبة الباز/مكة المكرمة، الطبعة الأولى (١٤١٧هـ/١٩٩٧م).

- ❖ الشرنبلالي، حسن بن عمار المصري الحنفي (ت: ١٠٦٩هـ)، مراقي الفلاح شرح متن نور الإيضاح، اعتنى به: نعيم زرزور، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م).
- ❖ شمس الدين ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ/١٩٩٣م).
- ❖ شمس الدين الزركشي، محمد بن عبد الله الحنبلي (ت: ٧٧٢هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله الجبرين، دار العبيكان، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ/١٩٩٣م).
- ❖ شهاب الدين الرملي، محمد بن أبي العباس بن حمزة (ت: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م).
- ❖ شهاب الدين القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت: ٦٨٤هـ)، أنوار البروق في أنواع الفروق، تحقيق: خليل منصور، دار العلمية، بيروت، (١٤١٨هـ/١٩٩٨م).
- ❖ الشيخ تقي الدين ابن تيمية، شيخ الإسلام أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني (ت: ٧٢٨هـ)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، وزارة الشؤون الإسلامية، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٨م).
- ❖ شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (ت: ١٠٧٨هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي/بيروت، (د.ت).
- ❖ الصاوي، أحمد بن محمد المالكي (ت: ١٢٤١هـ)، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، صححه: الشيخ أحمد سعد علي وآخرون، مكتبة مصطفى

- البابي الحلبي/دمشق، الطبعة الأولى (١٣٧٢هـ/١٩٥٢م).
- ❖ الطحطاوي الحنفي، أحمد بن محمد بن إسماعيل (ت:١٢٣١هـ)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م).
- ❖ الطريفي، عبد العزيز بن مرزوق، التفسير والبيان لأحكام القرآن، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى (١٤٣٨هـ/٢٠١٧م).
- ❖ عبد الباقي الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف المصري (ت:١٠٩٩هـ)، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م).
- ❖ العبسي، د/شاكر إسماعيل، مرتبات القضاة بين القديم والحديث-دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الاجتماعية، جامعة العلوم والتكنولوجيا، اليمن، العدد (٣٧)، يناير-يونيو (٢٠١٣م).
- ❖ العظيم آبادي، محمد أشرف بن أمير الصديقي (ت:١٣٢٩هـ)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثالثة، (١٤١٤/١٩٩٤هـ).
- ❖ علاء الدين ابن عابدين، محمد بن محمد أمين بن عمر الحسيني الدمشقي (ت:١٣٠٦هـ)، قره عين الأختيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع/لبنان، الطبعة الثانية (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- ❖ علاء الدين الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت:٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية-بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- ❖ علاء الدين المرادوي، علي بن سليمان الدمشقي الصالحي (ت:٨٨٥هـ)،

- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي/ بيروت، الطبعة الثانية(د.ت).
- ❖ عlish المالكي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد (ت: ١٢٩٩هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر/ بيروت، الطبعة الثانية، (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م).
- ❖ العمري، أكرم بن ضياء، عصر الخلافة الراشدة محاولة لنقد الرواية التاريخية وفق منهج المحدثين، مكتبة العبيكان/الرياض، الطبعة الأولى (١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م).
- ❖ الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب(ت: ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، إشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع/ بيروت، الطبعة الثامنة (١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م).
- ❖ القاضي أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري(ت: ١٨٢هـ)، الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الأولى، (د.ت).
- ❖ القاضي عبد الوهاب، أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي (ت: ٤٢٢هـ)، المعونة على مذهب إمام أهل المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية/مكة المكرمة، الطبعة الأولى(١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- ❖ قلعجي، محمد رواس(ت: ١٤٣٥هـ)، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة الثانية (١٤٠٨هـ/١٩٨٨م).
- ❖ القيسي، د/كامل صكر، معايير الربح وضوابطه في التشريع الإسلامي، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة الأولى(١٤٢٩هـ/١٩٩٨م).
- ❖ الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد(ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية/ بيروت، الطبعة الثانية (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م).
- ❖ مرتضى الزبيدي، أبو الفيض محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (ت:

- ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: جماعة من المحققين، دار الهداية-بيروت، (د.ت).
- ❖ مصطفى، مختار عيسى سليمان، الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، عمان، (١٩٩٨م).
- ❖ ملا خسرو الحنفي، محمد بن فرامر بن علي (ت: ٨٨٥هـ)، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، (د.ت).
- ❖ الملا قاري، نور الدين أبو الحسن علي بن محمد الهروي (ت: ١٠١٤هـ) مرقة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م).
- ❖ موفق الدين ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ/١٩٩٤م).
- ❖ موفق الدين ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، المغني في شرح مختصر الخراقي دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٤هـ/١٩٩٤م).

أهم الراجع القانونية

- ❖ بهبهاني، المستشار سلوى فيصل، النظام الوظيفي في ظل قانون ونظام الخدمة المدنية، الطبعة الأولى (٢٠١٦م/١٤٣٨هـ).
- ❖ حسن، الدكتور عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر/ القاهرة (١٩٦٩م).
- ❖ الحلو، ماجد راغب، القانون الإداري الكويتي وقانون الخدمة المدنية الجديد، الطبعة الأولى، ذات السلاسل للطباعة والنشر، الكويت (١٩٨٠م/١٤٠٠هـ).

- ❖ سعيان، الدكتور أحمد سليم، قانون الوظيفة العامة-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية/بيروت، الطبعة الأولى(٢٠١٧م/١٤٣٧هـ).
- ❖ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية الجديدة (١٩٩٨م).
- ❖ شرح نظام الخدمة المدنية الكويتي، صادر عن ديوان الخدمة المدنية الكويتي، في الشبكة العنكبوتية. (<http://www.csc.net.kw/thirddoc.htm#s7>)
- ❖ الشمري، رشا عبد الرزاق جاسم، المبادئ الحديثة للوظيفة العامة بين الشريعة والقانون، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، (٢٠١٦م).
- ❖ الطبطباي، د/عادل طالب، مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع في الكويت (يناير ١٩٩٠ إلى ديسمبر ٢٠٠٢م)، بخصوص الموظف والوظيفة العامة(٢٠٠٧م).
- ❖ الطبطباي، د/عادل طالب، الوسيط في قانون الخدمة المدنية الكويتي، وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق-جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، (١٩٩٨م).
- ❖ مباركة، الدكتورة/ بدري مباركة، محاضرات في الموظف العام والوظيفة العامة، من مطبوعات جامعة الطاهر مولاي بسعيدة، كلية الحقوق والسياسة، الجزائر، (٢٠١٤/٢٠١٥م).
- ❖ مجموعة التشريعات الكويتية، الدستور الكويتي، وزارة العدل الكويت، الطبعة الأولى، (فبراير/٢٠١١م).
- ❖ المقاطع، الفارسي، محمد عبد المحسن المقاطع، أحمد حمد الفارسي، القانون الإداري الكويتي، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق-جامعة الكويت (١٩٩٧م).

- **Legality of Judicial Jurisdiction to Women, Critical Analytical Study of the Kuwaiti Legislation**
Dr. Khalid Abba Al-Safi Al-Mutairi..... 569
- **The Rules of Livestock Partnership in Islamic jurisprudence**
Dr. Anwar Mohammed Sayed Ahmed Rizk 647

Private Law

- **Judicial technology and development of judicial procedures in civil courts
“An analysis study in the Egyptian and UAE law”**
Dr. Abdullah Abdulhay Al-Sawi..... 705
- **Barriers to Donation Return In Islamic Jurisprudence And Kuwaiti Civil Law**
Dr. Jarrah Nayef Al-Fadhli 817

Public law

- **The right of the arbitrarily imprisoned to compensation a comparative study**
Dr. Majid bin Nayef al-Shaibani921
- **Standards of Determination of Public Servant Salary Juristic Comparative Study**
Dr. Khalid Jassim Ibrahim Al-Holi.....995

Contents of issue 12th

The Principles of jurisprudence

- **The Comprehensive Islamic Jurisprudence, its Definition, Sources, and Application, An Islamic Jurisprudence Objective (Fiqh Maqāṣidia) Study**
Dr. Faisal Ahmed Al-Lamia 31
- **Imam Al-Juwayni Islamic Jurisprudence Objective (Maqāṣidia) on Fiscal Policy.**
Dr. Khalid Faleh Al-Otaibi 111

General Jurisprudence

- **The Regulations of Banknotes Increase, An Islamic Jurisprudence Authentication Study (Takhrij) Based on the Hanbali Islamic School of Jurisprudence**
Dr. Abdul Rahman Hammoud Al Mutairi 187
- **Electronic Games Rules In Islamic Jurisprudence**
Dr. Eid Ahmed Al-Hadi Osman 263
- **Ways to prevent Coronavirus and how they affect Prayer, Jurisprudential and Objective-Oriented Study**
Dr. Abdul Rahman Mohammed Al-Baloul 347
- **The Chaos of Electronic Fatwas: Causes, Consequences, and Ways to Eliminate them**
Dr. Samaha Abdel Moneim Abu Al-Atta Atiyah 407

Comparative Jurisprudence

- **Indication of the woman cover and cloth as provided in the Holy Quran and Sunnah**
Dr. Yasser Ajeel Al-Nashmi 487

Editing word

Thank God, the Lord of the worlds, and peace and prayers to our master Muhammad.

The Faculty of Sharia and Law in Cairo is pleased to present to students and adhere to the knowledge of the 12th issue of the journal of the Shariah & Law sector, full of many researches and studies on sharia, legal and judicial contribution from the college in the dissemination of the useful knowledge, which is characterized by the ideology of the middle Azhar, which is antithetical to intolerance and homosexuality, and the antithesis of extremism and deviation.

We hope that the great Al-Azhar will lead the path of our nation's path, so as to protect the minds of creation from disharmony, deviation and extremism in interpreting the texts of the Holy Order, so that Al-Azhar will remain the platform of moderation, peace and love in the whole world.

By God, we ask for success and payment in what we meant by issuing this work, and to go beyond negligence and zalat, he is the guardian of that and his guardian, and he is the sire and yes.

Chairman & chief editor
Prof. Mamdouh Mohammed Ali Mabrouk
Dean of the Faculty of Sharia and Law
in Cairo

composition, language and conclusions. At the end of the evaluation, he is asked to give an opinion on whether or not the research is valid for publication, or to publish it after the amendments have been made. The editor may inform the author of the unacceptable research for publication of the opinion of the arbitrators or his conclusion, at his request, without mentioning the names of the arbitrators, and without the obligation to respond to the researcher's defenses.

- 13- The chief editor sends to the researcher a copy of the arbitrator's report (without mentioning the arbitrator's name) within (10) days from the date of receipt of the report, accompanied by a notice of the required modifications to the research, if any, according to the report, provided that the notice shall include a time limit for the researcher to implement these amendments not more than one month from the date of receipt of the electronic notice.
- 14- The researcher sends to the editor an electronic copy of his research after making the required adjustments with a report from him, showing the modifications he made to the research, within the specified period.
- 15- The editor refers the copy of the research after the modifications made by the researcher to the executive office, accompanied by a copy of the researcher's report, and a copy of the arbitrator's report, to make sure that the researcher makes the required adjustments in full, if the office is certain of this, refer the research to the editor in preparation for publication.
- 16- The journal has the right to delete or modify the language of the study, in accordance with the rules of publication.
- 17- The researcher shall be notified of the acceptance of the research for publication within a maximum (15) days from the date of receipt of the office report.
- 18- When the research is accepted for publication, the researcher receives a certificate certified by the journal, stating that the research is accepted for publication, sent via email.
- 19- The search for the withdrawal rule is considered if the researcher is late to make the required adjustments in the prescribed period, unless there is a compelling excuse accepted by the executive office of the journal.
- 20- The journal republishes the paper-based or electronic research, which has already been published, without the need for the researcher's permission, and has the right to allow third-placed third-country research into different databases, whether for a fee or for free.

Arbitration and publication proceedings

Arbitration and publication of research and studies submitted to the journal are conducted in accordance with the following rules:

- 1- All research correspondence and summaries of the journal and all necessary publications are conducted electronically via the journal's e-mail, and paper correspondence is not accepted.
- 2- Research is sent on behalf of the chief editor of the journal, on the e-mail: magazine.sh.law@azhar.edu.eg
- 3- The researcher sends two copies of the research, one in Word format and the other in PDF format, provided that the formal and objective controls established in the publishing rules are adhered to.
- 4- The researcher encloses along with the two copies referred to, a written request on behalf of the editor requesting the publication of the research, and a commitment that the research or study has not been published before, and that it is not part of a master's or doctoral thesis, or a book that has already been published.
- 5- The researcher should attach his research with two summaries, one in Arabic and the other in English, within one page of the summary of no more than (300) words, and in addition to a summary of his biography.
- 6- The research and studies submitted are published only after arbitration by the accredited arbitration committees of the journal.
- 7- The editorial board has the right to preliminary examination of the research, and to determine its eligibility for arbitration, or to reject it.
- 8- The journal prepares a list of accredited arbitrators according to specialties, and this list is constantly updated.
- 9- The journal employs at least two arbitrators for each research, and the editor may choose a third arbitrator, if the research is rejected by one of the arbitrators, and the researcher will be notified of the statues of the publication of his research, if he is rejected by the arbitrators.
- 10- The research is presented electronically and confidentially to the arbitrators selected by the journal, and their reports are confidential.
- 11- The arbitrator shall not be informed of the completion of the research evaluation within a maximum of one month from the date of receipt of the research electronically.
- 12- The arbitrator is required to provide his opinion on the research in writing according to specific issues, including: the authenticity of the research and the extent of scholar addition in the field of specialization, the methodology of research, sources and footnotes, the integrity of

Publishing Rules In The Journal

The Journal of the Shariah & Law Sector is a scholarly journal dealing with the publication of all related fields of interest, research and studies, commentary on judicial rulings, summaries of university letters, scholarly reports on seminars and conferences, and the presentation and review of new books, according to the following rules:

- Research and studies should be deep and original, adding new knowledge.
- Adhering to the principles of scholar research and its general rules, taking into account the strict scholar documentation of the research materials.
- The researcher undertakes that the research or study has not been published before and should not be submitted for publication in another journal.
- Research or study must not be part of the PhD or master's thesis submitted by the researcher, or part of a book that has already been published.
- The number of research pages should not exceed (50) pages A4 with references, taking into account the correct grammar.
- Research should be coordinated in accordance with the principles of scholar research and takes into account the novelty of references and the accuracy of their documentation.
- Adhere to the formal format specifications established by the journal: the research should be written in Simplified Arabic script size (14) of the texts in the board, in the same font size (12) for margins, the size (16) for the headlines, the size (14) bold for subtitles, and without leaving spaces between lines, so that the page includes (30) lines across the board and margins, and the footnotes are 2.5 cm on the sides of the four pages.
- The journal retains all copyrights, and the researcher may not publish the research in another scientific journal after the publication is approved in the journal.
- The origins of research that reach the journal are not received whether or not published and notify the researcher not to publish.
- The researcher must attach a summary of his research within the limits of one page in Arabic and English, while adhering to the summary preparation controls approved by the University.
- The journal does not pay financial rewards for published research.
- The researcher may not request that his research not be published, after it is presented to the editorial board and before its arbitration, except for reasons that the editorial board is convinced of.

Prof. Yusuf bin Mohammed al-Khudhair Professor of Commercial Law at the Higher Institute of Justice at Imam Mohammed Bin Saud Islamic University in Saudi Arabia

Public Law Dep.

Prof. Ahmed Hosni Taha Professor of Criminal Law at the faculty of Sharia and Law, Tafahna Al-Arafa branch, former Vice-President of Al-Azhar University, and the member of the scientific committee.

Prof. Said Ahmed Mohamed Marjan Professor of constitutional and administrative law, public law department, faculty of Sharia and Law, Damanhour branch and its dean.

Prof. Al-Said Atiyah Abdul Wahid Professor and head of the political and public finance department, school of law, Ain Shams University.

Prof. Jalaluddin Banga Ahmed Professor of criminal law and the dean of the faculty of Law at Shandi University, Sudan.

Prof. Sameh Ahmed Ibrahim Gad tenured professor and head of the Public Law department at faculty of Sharia and Law in Cairo, former Vice President of Al-Azhar University, and member of the scientific committee.

Prof. Adel Abdel-Al Ibrahim Professor of criminal law, public law department, Faculty of Sharia and Law, Cairo, and its former dean

Prof. Fouad Mohamed Al Nadi tenured professor of constitutional and administrative law at the faculty of Sharia and Law in Cairo, member of the scientific committee and the legal advisor to the former president of Al-Azhar University.

Prof. Habib Mohamed Geoda	Professor of civil Law, faculty of Law, University of Tripoli, Libya.
Prof. Hamdi Saad Ahmed,	Professor of civil law and the undersecretary of the faculty of Sharia and Law on Tanta.
Prof. Zekry Abdul Razeq Mohammed Khalifa	tenured professor of commercial law at faculty of Sharia and Law in Cairo and the head of private law department.
Prof. Abdul Khaliq Hassan Ahmed	tenured professor of civil law at the Faculty of Sharia and Law in Cairo.
H.H. Prince Prof. Abdul Aziz Bin Satam	Professor of regulations at the Higher Institute of Justice at the University of Imam Mohammed bin Saud al-Islamiya in Saudi Arabia.
Prof. Abdullah Mabrouk Mohammed Al Najjar	tenured professor of civil law at the faculty of Sharia and Law in Cairo, dean of the graduate school at Al-Azhar University, member of the scientific committee and the advisor of the Egyptian president for legislative reform.
Prof. Mohammed Ali Osman Al-Fiqi	tenured professor of civil law at the faculty of Sharia and Law in Cairo.
Prof. Mustafa Mohammed Mustafa Al-Baz	Professor of Private International Law at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its vice dean for educational affairs.
Prof. Mustafa Mohammed Mustafa Arjawi	tenured professor of private law at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, the former dean of the faculty of Sharia and Law in Damanhour, and the member of the scientific committee.
Prof. Mamdouh Mohammed Ali Mabrouk	tenured professor of civil law at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its in-office dean.
Prof. Walid Ali Mohammed Ali	Professor of commercial law, faculty of Law, Cairo.

Prof. Saif Rajab Qazamal	full-time professor of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law of Tanta and its former dean and the member of the scientific committee.
Prof. Abdul Aziz Faraj Mohammed	tenured professor and the head of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo.
Prof. Abdul Ghani Abdel Fattah Ghoneim	Professor of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo.
Prof. Atta Abdel Ati Al-Sunbati	tenured professor of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and the former dean of the Graduate School at Al-Azhar University.
Prof. Mohammed Abdel Rahman Al-Daweini,	Professor of Comparative Jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its former vice dean, and the deputy of al-Azhar Grand Imam.

Private Law Dep.

Prof. Ahmed Abdel-Al Abu Qurin	full-time professor of civil law at School of Law Ain Shams University.
Prof. Ahmed Abdul Karim Mohamed Salameh	full-time professor of private international law, school of law at Helwan University and former Vice-Chancellor of Helwan University.
Prof. Jamal Mahmoud Abdel Aziz	Professor of commercial and maritime law at law school, Cairo University, and the director of Cairo University Center for Integrated Education.
Prof. Hamed Mohammed Abdul Rahman Abu-Talib	tenured professor of commercial and civil procedures at the faculty of Sharia and law in Cairo and its former dean, and member of the Scientific Committee.

Prof. Mohamed Abdel Moneim Habshi Professor of Islamic Law at Ain Shams University School of Law.

Prof. Mohamed Naguib Awadin Professor of Islamic Law, Cairo University School of Law.

Prof. Nasr Farid Mohamed Wasel a tenured professor Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, rapporteur of the Scientific Committee, the member of Al-Azhar Council of Senior Scholars, and the former Grand Mufti of Egypt.

Prof. Nobby Mohammed Gad al-Karim a full-time professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and a member of the Jury of Judges.

Dep. of Comparative Jurisprudence

Prof. Ahmed Ali Taha Ryan tenured professor of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, the former dean of the Faculty of Sharia and Law in Assiut, a member of the Scientific Committee, and the member of Al-Azhar Council of Senior Scholars.

Prof. Osama Abdel Samae Mohammed tenured Professor of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and former vice dean.

Prof. Rashad Hassan Khalil full-time professor of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its former dean, and rapporteur of the scientific committee.

Prof. Suad Al-Sharbasi Hassanein full-time professor of comparative jurisprudence at al-Azhar Girls College on tenth of ramadan and a member of the committee of arbitrators.

Prof. Saad eddin Massad Hilali full-time professor of comparative jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and th former dean of the Faculty of Islamic and Arab Studies in Damietta and Aswan.

- Prof. Abdul Aziz Atta Sayed Ahmed** a full-time professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its former deputy and a member of the committee of arbitrators.
-
- Prof. Abdul Moneim Ahmed Sultan Eid** a professor of Islamic law and undersecretary of the Faculty of Law of the University of Manofia.
-
- Prof. Ali Abdul Qadir Osman Ramadan** Professor of Islamic Law at Dar al-Uloom College, Cairo University.
-
- Prof. Ali Mohammed Mansour** the tenured professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, former head of the Islamic jurisprudence department, and the member of the scientific committee.
-
- Prof. Fathi Osman al-Fiqi** a tenured professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its former deputy, member of the Scientific Committee, the member of Al-Azhar Council of Senior Scholars.
-
- Prof. Farhat Abdel Ati Saad** a full-time professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its former dean and the secretary of the scientific committee.
-
- Prof. Mohammed Abu Zeid al-Amir** a tenured professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Law and Law in Cairo, Vice President of Al-Azhar University for delta sector, general coordinator of the Egyptian Family House, and the member of the Scientific Committee.
-
- Prof. Mohammed Rashid Ali Abu Zeid** a full-time professor of jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and a member of the committee of arbitrators.
-
- Prof. Mohammed Abdul Sattar Jebali** the tenured professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, former head of the Department of Islamic jurisprudence and a member of the arbitral committee.
-

Prof. Ali bin Abbas bin Othman al-Qamei a professor of jurisprudence at the Faculty of Sharia at Um al-Qura University and former dean of the Saudi Arabian Senior Scholars Committee, and a member of the Jurisprudence Council of the Islamic World Association.

Prof. Mohammed Abdel Latif a tenured professor of principles of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, and the member of the panel of arbitrators.

Prof. Mahmoud Abdel Rahman Abdel Moneim a tenured professor of Principles of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, member of the committee of arbitrators and former head of principles of Islamic jurisprudence department.

Dep. of Islamic Jurisprudence (al-fiqh)

Prof. Osama Mohammed al-Abd a tenured professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, a member of the Scientific Committee, former president of Al-Azhar University, and the chairman of the Religious Committee of the Egyptian House of Representatives.

Prof. Hassan Salah Al-Saghir the tenured professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, member of the committee of Arbitrators, Secretary General of Al-Azhar Council of Senior Scholars, President of the International Academy of Preacher training and fatwa researchers at Al-Azhar.

Prof. Saad Mohammed Hassan the a full-time professor of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Assiut, Egypt.

Panel of Arbitrators

Dep. of Principles of Islamic Jurisprudence (Usūl al-fiqh)

Prof. Hamdi Sobh Taha

a tenured professor of principles of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, the member of the Scientific Committee, and the member of Al-Azhar Council of Senior Scholars.

Prof. Hamza bin Hussein bin Hamza al-Fa'ir

the professor of jurisprudence at the Faculty of Sharia at Um al-Qura University, dean of the Institute of Scientific Research at the Faculty of Sharia in Mecca and a member of the Jurisprudence association of the Islamic World Association.

Prof. Ramadan Mohammed Hattimi

a tenured professor of Principles of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo, the former dean and member of the Scientific Committee.

Prof. Saud Bin Ibrahim Al-Shariem

Professor of principles of Islamic jurisprudence and the Dean of the Faculty of Judicial Studies and Regulations at Um al-Qura University in Saudi Arabia and Imam of the Al-Haram al-Meki

Prof. Abdel-Hay Azab

a tenured professor of principles of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and its former dean, member of the Scientific Committee, and the former President of Al-Azhar University.

Prof. Ali Hussein Ali Abdel Nabi

a tenured professor of Principles of Islamic jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and the Faculty vice dean.

Executive Office

Chief Executive Officer

Prof. Ali Hussein Ali Abdul Nabi

Dean deputy of the Faculty of Sharia & Law in Cairo for Graduate Studies

Members of Executive Officer

Dr. Mohamed Salah Helmy Saad

Teacher of jurisprudence at the Faculty of Sharia & Law in Cairo

Dr. Abdullah Abdulhay Al-Sawi

Teacher in the Law Department of the Faculty of Sharia & Law in Cairo

Dr. Mahmoud Saad Mahmoud Mohammed

Teacher of General Jurisprudence at the Faculty of Sharia & Law in Cairo

Dr. Ahmed Mustafa Moawad Muharram

Teacher of Comparative Jurisprudence at the Faculty of Sharia & Law in Cairo

Dr. Mohammed Mahmoud Ibrahim

Teacher in the Public Law Department at the Faculty of Sharia & Law in Cairo

Dr. Ahmed Abdul-Masher Ali

Assistant Teacher at the Faculty of Sharia & Law in Cairo

Dr. Ahmed Ibrahim Ahmed Yusuf

Director of the Faculty's Media Office and General Coordinator of the Quality Unit

Editorial Board

Editor-in-Chief

Prof. Mamdouh Mohammed Ali Mabrouk

Dean of the Faculty of Sharia and Law in Cairo

Deputy Editor-in-Chief

Prof. Ali Hussein Ali Abdul Nabi

Dean deputy of the Faculty of Law and Law in Cairo for Graduate Studies

Managing Director

Prof. Mustafa Mohammed Mustafa Al-Baz

Dean deputy of the Faculty of Sharia and Law in Cairo for Education and Students Affairs

Members of the editorial board

- **Prof. Fathi Osman Omar Al-Fiqi**
Full-time professor of jurisprudence at the Faculty of Sharia and Law in Cairo and a member of the Senior Scholars Committee at Al-Azhar
- **Prof. Ali Abdulqadir Osman**
Professor of Islamic Law at Dar al-Uloom College, Cairo University
- **Prof. Saud Bin Ibrahim Al-Shariem**
Professor of Jurisprudence and Dean of the Faculty of Judicial Studies and Systems at Um al-Qura University in Saudi Arabia and in front of the Holy Mosque
- **Prof. Jalaluddin Banga Ahmed**
Professor of Criminal Law and Dean of the Faculty of Law at Shandi University, Sudan

Editorial Secretary

Mr. Mohsen Mohammed Ali Al-Shaer

Board of Directors

Chairman

Prof. Mamdouh Mohammed Ali Mabrouk
Dean of the Faculty of Sharia & Law in Cairo

Members of the Board of Directors

Prof. Mahmoud Abdul Rahman Mohammed Siddiq,
Dean of the Faculty of Sharia & Law in Assiut

Prof. Maher Ahmed Amer,
Dean of the Faculty of Sharia & Law of Tanta

Prof. Ahmed Mohamed Marjan,
Dean of the Faculty of Sharia & Law in Damanhour

Prof. Shafiqa Al-Shahawi Radwan,
Dean of the Faculty of Islamic and Arab Studies, Cairo for Girls

All correspondence should be addressed on behalf of Prof. chief editor of
the Shariah and Law Sector Journal
Egypt - Faculty of Sharia & Law - Cairo - Al darash - Jowhar Al-Qaed Street



Tel: 25107687

Fax: 25107738

Email: magazine.sh.law@azhar.edu.eg
<http://fshariaandlaw.edu.eg>

All opinions expressed in this Journal express the views of the authors, and do not necessarily reflect the point of view of the Journal and is not responsible for its content.



Deposit Number
18053 / 2021

ISSN: 2636-2570



<http://fshariaandlaw.edu.eg>
<https://jssl.journals.ekb.eg>

Al-Azhar University
Faculty of Sharia and Law
in Cairo



Journal of Sharia and Law Sector

**An annual scholarly journal discussing sharia, legal and judicial
studies**

Published by

Faculty of Sharia and Law in Cairo,
Al-Azhar University

ISSUE 12th

2020 / 2021